



## L'enseignement du droit et les émotions

Alicia Mazouz

### ► To cite this version:

Alicia Mazouz. L'enseignement du droit et les émotions. Revue juridique de la Sorbonne / Sorbonne Law Review, 2021, 4. <hal-04310394>

**HAL Id: hal-04310394**

**<https://hal.science/hal-04310394v1>**

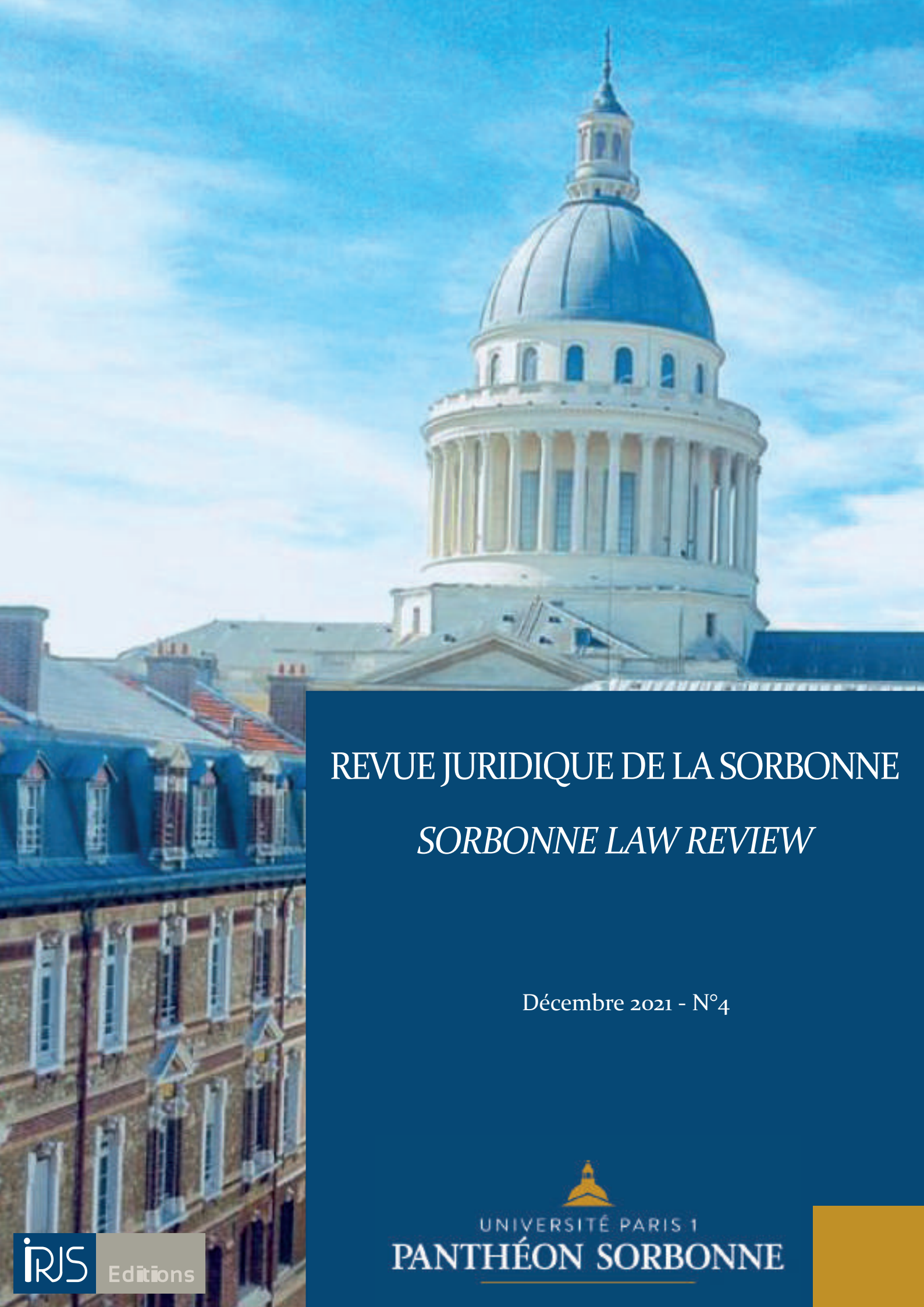
Submitted on 27 Nov 2023

**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.



Distributed under a Creative Commons CC BY-NC 4.0 - Attribution - Non-commercial use - International License



REVUE JURIDIQUE DE LA SORBONNE  
*SORBONNE LAW REVIEW*

Décembre 2021 - N°4



UNIVERSITÉ PARIS 1  
**PANTHÉON SORBONNE**

# Revue Juridique de la Sorbonne – *Sorbonne Law Review*

## Comité scientifique

Jean-Luc ALBERT, Professeur à Aix-Marseille Université  
 Mireille BACACHE, Professeur à l'École de droit de la Sorbonne, Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne  
 Grégoire BIGOT, Professeur à l'Université de Nantes  
 Philippe BONFILS, Professeur à Aix-Marseille Université  
 David BOSCO, Professeur à Aix-Marseille Université  
 Mathieu CARPENTIER, Professeur à Université Toulouse 1 Capitole  
 Cécile CHAINAIS, Professeur à l'Université Paris II Panthéon-Assas  
 Véronique CHAMPEILS-DESPLATS, Professeur à l'Université Paris Nanterre  
 David CHILSTEIN, Professeur à l'École de droit de la Sorbonne, Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne  
 Sabine CORNELOUP, Professeur à l'Université Paris II Panthéon-Assas  
 Florence DEBOISSY, Professeur à l'Université de Bordeaux  
 Joachim ENGLISH, Professeur à l'Université de Münster  
 Etienne FARNOUX, Professeur à l'Université de Strasbourg  
 Frédérique FERRAND, Professeur à l'Université Jean Moulin Lyon 3  
 Daniel GUTMANN, Professeur à l'École de droit de la Sorbonne, Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne  
 Jérémy HOUSSIER, Professeur à l'Université de Reims Champagne-Ardenne  
 Laurence IDOT, Professeur émérite de l'Université Paris II Panthéon-Assas  
 Laurence JÉGOUZO, Maître de conférences HDR à l'École de droit de la Sorbonne, Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne  
 Xavier LAGARDE, Professeur à l'École de droit de la Sorbonne, Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne  
 Anne-Marie LEROYER, Professeur à l'École de droit de la Sorbonne, Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne  
 Pascal LOKIEC, Professeur à l'École de droit de la Sorbonne, Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne  
 André LUCAS, Professeur à l'Université de Nantes  
 Vincent MALASSIGNÉ, Professeur à CY Cergy Paris Université  
 Nathalie MALLET-POUJOL, Professeur à l'Université de Montpellier  
 Arnaud MARTINON, Professeur à l'Université Paris II Panthéon-Assas  
 Anne-Catherine MULLER, Professeur à l'École de droit de la Sorbonne, Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne  
 Etienne PATAUT, Professeur à l'École de droit de la Sorbonne, Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne  
 Adalberto PERULLI, Professeur à l'Université de Venise  
 Laurent PFISTER, Professeur à l'Université Paris II Panthéon-Assas

Philippe PIERRE, Professeur à l'Université de Rennes  
 Stéphanie PORCHY-SIMON, Professeur à l'Université Jean Moulin Lyon 3  
 Catherine PRIETO, Professeur à l'École de droit de la Sorbonne, Université Paris 1  
 Panthéon-Sorbonne  
 Laurence USUNIER, Professeur à CY Cergy Paris Université  
 Michel VIVANT, Professeur à l'École de droit de Sciences-Po  
 Nicolas WAREMBOURG, Professeur à l'École de droit de la Sorbonne, Université  
 Paris 1 Panthéon-Sorbonne  
 Célia ZOLYNSKI, Professeur à l'École de droit de la Sorbonne, Université Paris 1  
 Panthéon-Sorbonne

### **Directeur de la publication**

Christine NEAU-LEDUC, Présidente de l'Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne

### **Directeur de la revue**

Emmanuel JEULAND, Professeur à l'École de droit de la Sorbonne, Université Paris 1  
 Panthéon-Sorbonne

### **Équipe éditoriale**

- Volet édition :

Pierre GAUTIER, responsable des éditions  
 Alexia HERMANTIN, assistante d'édition

- Volet communication et diffusion :

Nathalie Sacksick

Revue semestrielle (2 numéros/an ; juin et décembre)

Revue gratuite, en *open access*

Disponible sur : <https://irjs.panthéonsorbonne.fr/revue-juridique-sorbonne>



Langues de publication : français, anglais.

IRJS éditions - Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne

12 place du Panthéon

75005 PARIS (France)

@ : [irjs-editions@univ-paris1.fr](mailto:irjs-editions@univ-paris1.fr) / Tel : 01 44 07 77 82

ISSN : 2739-6649

Dépôt légal : décembre, mise en ligne le 20 décembre 2021.

## Édito

« Le séminaire “droit et émotion” s'est tenu tous les mois en visioconférence pendant la période du Covid-19 en 2020-2021. Il a été coorganisé par trois doctorantes Carla Trebert, Clara Gavelli et Rebecca Demoule en coordination avec le directeur de l'IRJS Emmanuel Jeuland. Ce séminaire a connu un succès inattendu et a donné lieu à de belles discussions. La présentation d'un thème par un chercheur confirmé suivi d'une réponse par un doctorant s'est révélée être un bon “format”. Chaque auteur s'est emparé du sujet à sa manière en l'orientant parfois davantage vers les sentiments durables que vers les émotions éphémères. Certains se sont même pris de passion pour ce sujet qu'ils ont beaucoup creusé (notamment D. Chilstein et X. Lagarde). On peut distinguer ceux qui maintiennent que le droit doit rester à distance des émotions et qu'il est justement fait pour cela de ceux qui estiment que l'émotion doit être intégrée largement dans la recherche et le raisonnement juridique voire judiciaire. Ce furent des moments d'une rare intensité et même de joie dans un temps où les chercheurs avaient besoin de conserver un lien avec leur centre de recherche et où précisément leurs émotions (d'inquiétude, d'angoisse, parfois de peur) entraient en conflit avec leur besoin de sérénité. »

Emmanuel JEULAND

## Sommaire

<b>Édito .....</b>	<b>3</b>
<b>Dossier thématique .....</b>	<b>6</b>
<b><i>Droit et émotion</i> .....</b>	<b>6</b>
Rebecca DEMOULE, Clara GAVELLI, Emmanuel JEULAND, Carla TREBERT (dir.)	
<i>La structuration du partage des émotions dans les rites funéraires</i> .....	9
Marika MOISSEEFF	
<i>Remarques sur le besoin de rituel dans la justice numérisée Réponse à Marika MOISSEEFF</i> .....	23
Emmanuel JEULAND	
<i>Les Émotions et le droit de la famille</i> .....	25
Anne-Marie LEROYER	
<i>Droit et Émotion dans l'étude de l'aidant familial</i> .....	36
Marie BOUSSAGUET	
<i>De l'émotion comme fondement du droit à l'émotion comme outil d'analyse du droit : l'exemple de l'acte d'enfant sans vie</i> .....	45
Rébecca DEMOULE	
<i>Misère et pathos dans le discours des juges constitutionnels. Exemples sud-africains et colombiens</i> .....	62
Matthieu FEBVRE-ISSALY	
<i>Droit &amp; Émotion : La spécificité de la révolte fiscale dans l'exemple du mouvement des « Bonnets Rouges »</i> .....	94
Magdalena MARIN	
<i>Une émotion que le Conseil constitutionnel ne saurait voir : un double paradoxe</i> .....	109
Alexia PASCALI	
<i>Médiation Et Émotion</i> .....	122
Nathalie DION	
<i>La place accordée aux émotions par la médiation dans le système de justice</i> .....	137
Florine TRUPHÉMUS	
<i>Droit de la responsabilité civile et émotions</i> .....	148
Muriel FABRE-MAGNAN	

<i>Philosophie du préjudice et émotion</i> .....	155
Jean Baptiste PRÉVOST	
<i>Justice prédictive et dimension émotionnelle du droit de la responsabilité civile</i> .....	164
Florence ITTAH	
<i>Droit pénal et émotion</i> .....	169
David CHILSTEIN	
<i>L'influence des émotions sur la loi pénale. Quelques caractéristiques des lois pénales émotionnelles</i> .....	182
Natacha PAGET-BLANC	
<i>La répression au service de l'émotion</i> .....	193
Sarah GHARIOS	
<i>Libres propos sur l'enseignement du droit et les émotions</i> .....	198
Alicia MÂZOUZ	
<i>Le sentiment de discrimination</i> .....	205
Lisa CARAYON	
Julie MATTIUSI	
<i>La manifestation numérique des émotions</i> .....	219
Maëva ATCHIAMAN	
<i>La légitimité des émotions</i> .....	224
Xavier LAGARDE	
<b>Doctrine</b> .....	232
<b><i>De la prise de décision de justice aux implications sociales et psychosociales : L'impact du Sentiment d'Injustice Subie (SIS)</i></b> .....	233
Nasrédine GOUTAS	
Azeddine GOUTAS	
<b><i>Demystifying Justified Expectations in American Tort Conflicts</i></b> .....	264
By Yoann PRÉ	
<b><i>Réflexions sur la théorie des effets légaux du contrat en droit transitoire</i></b> .....	298
Aurélie VAN DEN BAVIÈRE	

# Dossier thématique

## Droit et émotion

*Séminaire de recherche IRJS*

*Co-organisé par Emmanuel Jeuland, directeur de l'IRJS  
et Rebecca Demoule, Clara Gavelli, Carla Trebert, co-organisatrices  
des déjeuners-débats de l'École de Droit de la Sorbonne et doctorantes  
Conférences sur Zoom, décembre 2020-mai 2021*

### ***Définition de l'émotion en droit et histoire du droit***

#### ***Présentation des séminaires***

Emmanuel JEULAND, professeur de droit privé, Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne.

### ***Approche émotivo-relationnelle du droit***

Maxence CHRISTELLE, maître de conférences à l'Université de Picardie-Jules Verne (CURAPP-ESS)

et Emma BRETON, doctorante en philosophie politique, Université de Paris.

### ***Les ordalies à l'aune des émotions***

Laura VIAUT, maître de conférences d'histoire du droit, Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne

et Pierre GAUTIER, doctorant en droit, Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne.

### ***Rituel et émotion***

Marika MOISSEFF, psychiatre et ethnologue à l'EHESS (CNRS), Laboratoire d'anthropologie sociale, PSL Research University

et Emmanuel JEULAND, professeur de droit privé, Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne.

### ***L'émotion en droit de la famille***

Anne-Marie Leroyer, professeure de droit privé, Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne

et Marie BOUSSAGUET, Rebecca DEMOULE, doctorantes en droit, Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne.

### ***Propriété intellectuelle et émotion***

Tristan AZZI, professeur de droit privé, Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne

et Clara GAVELLI, doctorante en droit, Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne.

### ***Droit des sociétés et émotion***

Bruno DONDERO, professeur de droit, Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne

et David LEMBERG, doctorant en droit, Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne.

***Droit du travail et émotion***

Pierre-Yves VERKINDT, *professeur émérite de droit de l'Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne*  
et Mathilde DE SLOOVERE, *doctorante en droit*.

***Théorie du droit, nature et émotion***

Pierre BRUNET, *professeur de droit, Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne*  
et Matthieu FEBVRE-ISSALY, *doctorant en droit*.

***Droit public financier et émotion***

Matthieu CONAN, *professeur de droit, Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne*  
et Magdalena MARIN, *doctorante en droit*.

***Droit public et émotion***

Norbert FOULQUIER, *professeur de droit, Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne*  
et Alexia PASCALI, *doctorante en droit*.

***Nationalité française, des émotions aux sentiments***

Etienne PATAUT, *professeur de droit, Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne*  
et Apolline SCHAAAL, *doctorante en droit*.

***Médiation et émotion***

Nathalie DION, *maître de conférences en droit privé, Université d'Orléans*  
et Florine TRUPHEMUS, *doctorante en droit*.

***Responsabilité civile et émotion***

Anne GUÉGAN, *maître de conférences Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne*  
et Muriel FABRE-MAGNAN, *professeur de droit, Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne*.

***Philosophie du préjudice et émotion***

Jean-Baptiste PRÉVOST, *philosophe et juriste, Université Paris-Sorbonne*  
et Florence ITTAH, *doctorante en sciences juridiques*.

***Droit pénal et émotion***

David CHILSTEIN, *professeur de droit, Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne*  
et Fiona GUILLAUDIN, Natacha PAGET-BLANC, Sarah GHARIOS, *doctorantes en droit*.

***Enseignement du droit et émotion***

Alicia MÂZOUZ, *maîtresse de conférences, Université catholique de Lille*  
et Carla TREBERT, *doctorante en droit*.

***Discrimination et émotions : le sentiment de discrimination***

Lisa CARAYON, *maîtresse de conférences, Université Sorbonne Paris Nord*  
et Julie MATTIUSI, *maîtresse de conférences Université de Haute Alsace*.

***Droit du numérique et émotions***

Célia ZOLYNSKI, *professeur de droit, Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne*  
et Maëva ATCHIAMAN, *doctorante en droit*.

***La légitimité des émotions***

Xavier LAGARDE, *professeur de droit, Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne*  
et Pierre-Yves VERKINDT, *professeur émérite de droit de l'Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne*.

**Pour citer ce dossier** : Rebecca DEMOULE, Clara GAVELLI, Emmanuel JEULAND, Carla TREBERT (sous la direction de), « Droit et émotion », Séminaire de recherche IRJS, partie 1, *Revue Juridique de la Sorbonne* [en ligne], juin 2021, n° 3, p. 146-258.

**URL** : [https://irjs.panthéonsorbonne.fr/sites/default/files/inline-files/Droit\\_et\\_emotion\\_1.pdf](https://irjs.panthéonsorbonne.fr/sites/default/files/inline-files/Droit_et_emotion_1.pdf)

## La structuration du partage des émotions dans les rites funéraires

Marika MOISSEFF

*Directrice de recherche au CNRS, Laboratoire d'anthropologie sociale  
Université PSL*

Les rites canoniques étudiés en anthropologie concernent les événements clés émaillant le cycle de vie des individus qui suscitent des émotions particulièrement intenses – la naissance, le mariage, la mort – notamment pour leurs proches<sup>1</sup>. Le rite consiste à prendre acte de ces événements en organisant la mise en scène publique de ces émotions privées affectant au premier chef des individus ou des groupes de semblables particuliers. Sa structuration spécifique, comme nous allons le voir en nous penchant sur les rites funéraires, permet un ajustement de l'intensité des émotions ressenties entre les personnes directement concernées par l'événement et celles qui, au départ, le sont moins. L'événement privé est ainsi transformé en événement proprement social. Je me risquerai ici à suggérer qu'un même processus semble à l'œuvre dans les rites judiciaires où sont jugées des affaires pénales, c'est-à-dire impliquant des événements à très haute charge émotionnelle. Tout comme les autres rites canoniques étudiés par les ethnologues, la gestion des émotions se doit d'être différente de celle intervenant dans les interactions du quotidien : la solennité va de pair avec la gravité des actes jugés et participe de la formalité du partage émotionnel entre les personnes directement concernées – les accusés, les victimes et leurs proches – et le public.

Les rituels se fondent, en effet, toujours sur l'hétérogénéité des positions des divers participants et sur l'ajustement de l'intensité de leurs ressentis. Cet ajustement est sous-tendu par l'intervention de tiers médiateurs qui se doivent à la fois d'être partie prenante de l'événement tout en étant plus distants de l'expression émotionnelle. Le juge paraît, de ce point de vue, occuper une telle place. D'une part, il n'appartient ni à la sphère des intimes des individus concernés, ni au public proprement dit puisqu'il agit en professionnel. D'autre part, il doit néanmoins tenir compte des émotions, les siennes éventuellement mais pas obligatoirement, et celles suscitées au cours du procès.

J'arrêterai là ce bref parallèle que j'ai tenté d'établir entre rites judiciaires occidentaux contemporains, dont l'analyse n'entre pas dans le champ de mes compétences actuelles, et les rites « exotiques » que nous allons examiner. La participation cérémonielle dans ce dernier cas repose, en effet, sur la gestion continue d'une hétérogénéité qui est non seulement expressive mais, plus fondamentalement encore, sous-tendue par les actions conjointes et complémentaires que doivent adopter les divers participants. Pour en

---

<sup>1</sup> Pour une version plus développée des arguments présentés ici, voir M. MOISSEFF et M. HOUSEMAN, « L'orchestration rituelle du partage des émotions et ses ressorts interactionnels », in L. KAUFMANN et L. QUÉRÉ (dir.), *Émotions collectives. En quête d'un 'objet' impossible*, Paris : EHESS, 2020, p. 133-168. Et pour une comparaison avec les pratiques associées à la mort et au deuil dans l'Occident contemporain, voir M. MOISSEFF, *Si loin, si proche. Quand le mort saisit encore le vif*, Lyon : Éditions Fage, 2021.

rendre compte, il est nécessaire de préciser les trois aspects qui y sont étroitement intriqués : (1) une volonté que partagent les participants de contribuer à une réalisation correcte du rituel, (2) une performance fondée sur la coordination systématique des disparités qui distinguent leurs comportements respectifs, (3) un accordage réciproque de l'intensité des expressions émotionnelles qu'implique la poursuite de ces comportements<sup>2</sup>.

Ceux qui prennent part à un rituel tel que des obsèques ou une célébration de mariage s'engagent sciemment dans une activité collective renvoyant à certains registres affectifs : la tristesse et la colère face à la perte d'un proche, la gaieté associée au consentement d'un amour réciproque. Toutefois, ce que partagent avant tout les acteurs est une même intention de contribuer au bon déroulement de la performance rituelle. Cette préoccupation est d'autant plus décisive que la collaboration passe typiquement par l'agencement de comportements distincts que doivent adopter différentes catégories de participants. Lors d'un mariage, par exemple, on ne s'attend certainement pas à ce que les témoins, les parents des mariés, les mariés eux-mêmes et les membres de l'assistance agissent de la même façon.

Si une telle complémentarité interactive au service d'une entreprise commune se retrouve bien aussi dans la vie de tous les jours, sa ritualisation la dote de qualités distinctives. Tout d'abord, il est de règle que les pratiques rituelles comportent non seulement une implication corporelle appuyée, mais aussi une sollicitation intense à la fois des sens et des expressions affectives. De ce point de vue, les interactions qui participent de ces pratiques – faire ses adieux au défunt, prononcer des vœux ou porter un toast aux mariés, etc. – sont particulièrement marquantes sur le plan des ressentis qu'elles mobilisent. Mais le comportement rituel se singularise surtout par le fait qu'il est à la fois hautement schématisé et cependant fort complexe. D'un côté, il obéit, en regard des activités de la vie quotidienne, à des contraintes supplémentaires qu'imposent des prescriptions spécifiques. Il faut, en effet, agir de telle ou telle façon, selon tel ordre, etc., pour que l'activité menée en commun – les funérailles, le mariage – soit reconnue comme ayant effectivement lieu comme il se doit. Et, pour ce faire, la complémentarité synergique des actions des uns et des autres requiert la coordination systématique de leurs conduites respectives<sup>3</sup>. Mais, d'un autre côté, les pratiques rituelles sont caractérisées par une complexité spécifique dont la justification échappe, en partie, aux principes d'intelligibilité ordinaires. Les directives paradoxales et les intentionnalités quelque peu mystérieuses qu'elles mettent en œuvre – s'adresser à un mort, revêtir des habits destinés à n'être portés qu'une fois, manifester une grande

---

<sup>2</sup> La notion d'accordage que nous utilisons ici doit beaucoup aux travaux fondateurs de Daniel Stern sur les interactions précoces mère-bébé (voir en particulier D. STERN, *The Interpersonal World of the Infant. A View from Psychoanalysis and Developmental Psychology*, New York : Basic Books, 1985), ainsi que M. GRATIER, « Harmonies entre mère et bébé. Accordage et contretemps », *Enfances & Psy* 2001, 13, p. 9-15). Une définition claire et succincte nous est fournie par Marie-Sophie BACHOLLET et Daniel MARCELLI : « L'accordage affectif est ce moment particulier pendant lequel mère et bébé s'engagent de concert dans un comportement qui traduit le partage d'un état affectif » (M.-S. BACHOLLET et D. MARCELLI, « Le dialogue tonico-émotionnel et ses développements », *Enfances & Psy* 2010, 49, p. 14-19).

<sup>3</sup> Cf. V. TURNER, *The Ritual Process: Structure and Anti-Structure*, Chicago: Aldine Publishing, 1969.

intimité avec quelqu'un qu'on connaît à peine, etc. – les rend difficiles à comprendre en termes d'interactions quotidiennes. Ces actes acquièrent cependant, pour ceux qui y prennent part, une valeur et une efficacité propres, en raison des expériences spéciales qu'ils fournissent et des retombées pragmatiques qui leur sont reconnues. Ainsi, si la nature des pratiques rituelles demeure difficile à expliciter, les acteurs leur présupposent néanmoins un sens qui ne leur devient pleinement accessible que lorsqu'ils y participent. Elles s'imposent à eux comme des actions « archétypiques » dont ils seraient à la fois les auteurs et pas les auteurs<sup>4</sup>. En somme, les conduites rituelles se démarquent des façons de faire de tous les jours parce qu'elles sont fixées par la coutume et néanmoins foncièrement équivoques.

Dans de telles conditions propres au rituel, les émotions que donnent à voir les participants sont indissociables des agissements prescrits qu'ils s'efforcent d'adopter. L'expression émotionnelle se réalise en effet dans le cadre de prescriptions ne portant ni directement sur l'état affectif que devraient ressentir les participants, ni sur une représentation purement théâtralisée des sentiments, mais sur des actes conventionnels impliquant l'expression tangible de certains ressentis. Alors que dans l'interaction quotidienne, l'idée qu'on se fait de l'état d'esprit des uns et des autres est le point de départ à partir duquel se déploie un comportement social négocié, dans le cas du rituel ce sont, au contraire, des schèmes de comportement bien définis qui constituent les bases pour l'expression, partiellement idiosyncrasique, des sentiments de chacun. Par exemple, se conformer aux gestes requis consistant à marcher sans jamais croiser les bras et sans regarder en arrière tout en affichant une expression de tristesse n'empêche pas de laisser libre cours à son propre chagrin. Et, réciproquement, l'exécution concertée de ces gestes, sans pouvoir déterminer une convergence des ressentis personnels de chacun, peut contribuer à la susciter. Dans les rites, un rapport circulaire s'établit donc entre comportements prescrits et ressentis individuels, de sorte que, comme l'affirme MAUSS à propos de l'« expression obligatoire des sentiments » au cours des cérémonies funéraires, « tout [...] est à la fois social, obligatoire, et cependant violent et naturel »<sup>5</sup>.

Ainsi, les actes rituels, bien que prescrits, ne sont pas accomplis de façon mécanique. Ils sont informés par une expressivité affective que chacun investit de façon personnelle. Corrélativement, l'articulation coordonnée des comportements différents que poursuivent différentes catégories de participants, bien que prévisible, n'a rien d'automatique ; elle est sous-tendue par l'implication émotionnelle personnalisée de chacun. Tous contribuent ainsi ensemble par cette mise à disposition de leurs vécus affectifs propres, qu'on peut qualifier de « mutualisation » des émotions, au bon déroulement du rituel. Toutefois, c'est en raison même de l'investissement individué qui l'anime que cette mutualisation requiert un travail d'orchestration. Elle exige, en effet, que les participants soient engagés dans un processus continu d'ajustement non pas tant du contenu de leurs expressions émotionnelles respectives (lequel est en principe

---

<sup>4</sup> C. HUMPHREY et J. LAIDLAW, *The Archetypal Actions of Ritual. A Theory of Ritual Illustrated by the Jain Rite of Worship*, Oxford: Clarendon Press, 1994.

<sup>5</sup> M. MAUSS, « L'expression obligatoire des sentiments (rituels oraux funéraires australiens) », *Journal de psychologie* 1921, 18, p. 413.

déterminé par les comportements prescrits qu'ils poursuivent), que de l'intensité de ces expressions. C'est selon nous cette modulation réciproque de l'amplitude de leurs manifestations émotionnelles tout au long de l'exécution des actions rituelles qui permet aux acteurs de s'accorder les uns aux autres conformément aux rythmes affectifs qu'occasionne leur performance conjointe. Or, ce travail d'orchestration émotionnelle dépend moins des perceptions qu'ont les participants des conduites des uns et des autres, que des sensations corporelles d'ordre cénesthésique que suscitent chez eux ces conduites.

Pour illustrer les ressorts de l'expression émotionnelle particulièrement intense qui se donne à voir au cours de certains rites collectifs canoniques en anthropologie, je commencerai par considérer les pratiques funéraires actuelles d'une communauté aborigène du Sud de l'Australie<sup>6</sup>.

### **La gestion collective du deuil dans une communauté aborigène australienne**

À l'annonce de la mort, les proches du défunt avec qui il a partagé une forte intimité – conjoint, enfants, père et mère, frères et sœurs –, que l'on désignera ici comme les deuillements, se mettent à hurler et s'infligent parfois de profondes blessures corporelles. Dans les semaines qui suivent, leur douleur prend la forme d'une prostration plus ou moins marquée qui, la plupart du temps, persiste au-delà de l'enterrement. Cet abattement initial est entrecoupé d'épisodes extrêmement démonstratifs de chagrin et, aussi parfois, de colère, notamment lorsque le décès est inattendu ou causé par des circonstances particulièrement violentes ou traumatiques tels que suicide, meurtre ou accident, nécessitant alors souvent l'intervention des autres.

De nos jours, en raison de la législation australienne, le cadavre est confié aux pompes funèbres qui président à sa mise en bière et à l'inhumation. Le personnel tend à respecter les modalités coutumières aborigènes, en acceptant que plusieurs membres de la famille restent de longs moments et à de nombreuses reprises auprès du défunt, et qu'ils procèdent à certains soins (le coiffer, le maquiller, parfois couper des touffes de cheveux pour les conserver). Ils acceptent aussi de garder le cadavre beaucoup plus longtemps qu'il n'est de règle pour le reste de la population australienne. L'ethos aborigène exige, en effet, que tout soit mis en œuvre pour s'assurer que l'ensemble des personnes susceptibles d'être affectées par la disparition – souvent plusieurs centaines, voire plus, provenant de communautés très éloignées les unes des autres – soient prévenues et puissent avoir le temps de s'organiser afin de venir soutenir les deuillements et d'assister aux funérailles. Les Aborigènes attendent, en effet, de leurs proches qu'ils soient solidaires avec eux dans le chagrin. Réciproquement, les proches souhaitent ardemment faire montre concrètement de leur solidarité au travers d'une proximité

---

<sup>6</sup> Pour une présentation plus fournie d'un éventail de pratiques funéraires actuelles des Aborigènes australiens, voir K. GLASKIN et al. (dir.), *Mortality, Mourning and Mortuary Practices in Indigenous Australia*, Farnham / Burlington: Ashgate Publishing, 2008.

physique et émotionnelle, en acceptant d'être affectés aussi profondément que possible et de l'exhiber<sup>7</sup>.

C'est pour la même raison que la période qui précède l'enterrement est marquée par la transformation des modes ordinaires de sociabilité. Les deuillements tendent à se regrouper et à résider ensemble. Certains restent dans leur maison tandis que les plus traditionnels s'installent dans un campement à l'extérieur appelé *sorry business camp*. Ils sont dans tous les cas rejoints par les membres de leur famille élargie. D'autres visiteurs viennent marquer leur respect en passant quelque temps avec les deuillements, et leur apportent nourriture et boissons, parfois même leur glissent de l'argent. Des femmes âgées, qui ne sont pas les plus proches parentes, vont jouer le rôle de pleureuses : par intermittence et à l'arrivée de chaque nouveau venu, elles se mettent à pleurer en chœur de façon conventionnelle et extrêmement bruyante pendant quelques minutes. La puissance et le caractère poignant de ces lamentations sont à la mesure des sensations physiques violentes qu'elles provoquent à chaque fois chez les personnes présentes. Leur répétition inopinée qui interrompt soudainement la reprise des échanges ordinaires relance quant à elle l'intensité des ressentis qui auraient sinon tendance à retomber. La mise en place de l'accordage de l'expression émotionnelle qu'établissent entre elles ces vieilles femmes en pleurant en chœur à l'unisson médiatise donc l'ajustement de l'intensité des ressentis émotionnels de l'ensemble des autres participants. L'agrégation du visiteur au *sorry business camp* s'effectue simultanément au plan des sensations physiques induites par les pleurs qui l'accueillent et des gestes significatifs auxquels il doit dans le même temps se conformer avec chacun des proches du défunt : il leur serre la main puis ils s'étreignent dans un geste de compassion mutuelle. On l'informe ensuite à voix basse des circonstances de la mort, des dispositions prises tandis que, par la suite, les propos échangés redeviennent d'ordre plus courant jusqu'à ce que retentissent, à nouveau, les hurlements des pleureuses. Ce sont des « alliés » du défunt (certains membres de sa belle-famille) ou des consanguins plus éloignés, et non les deuillements, qui fournissent et préparent la nourriture pour les repas et offrent des collations aux visiteurs. Ils participent également aux tâches requises pour les funérailles proprement dites telles que la rédaction et la distribution de la notice nécrologique ou la préparation de la collation qui suivra l'inhumation au cimetière. Ce sont aussi des hommes choisis parmi les consanguins et les alliés du défunt, en raison des relations privilégiées qu'ils ont entretenues avec lui, qui porteront le cercueil.

Le jour dit, les deuillements et les porteurs, qui occupent tout d'abord le devant de la scène, se signalent par la formalité des habits qu'ils portent : robes, jupes ou pantalons noirs et chemises ou chemisiers blancs ou noirs. Aujourd'hui, il arrive que certains y associent une pièce de vêtement de la couleur qu'affectionnait le défunt et que des rubans de boutonnière de la même couleur soient mis à disposition de l'assistance en

---

<sup>7</sup> Cf. M. TONKINSON, « Solidarity in Shared Loss: Death-related Observances among the Martu of the Western Desert », in K. GLASKIN 2008 *op. cit.*, p. 37-53 ; pour une analyse analogue concernant une population amérindienne amazonienne, voir O. ALLARD, « To Cry one's Distress. Death, Emotion, and Ethics among the Warao of the Orinoco Delta », *Journal of the Royal Anthropological Institute* 2013, 19, p. 545-561.

même temps que la notice nécrologique. En dehors des personnes venues en leur qualité d'officiels – policiers et autres figures d'autorité – et du personnel des pompes funèbres qui, eux, se font discrets, les autres participants s'habillent comme à l'ordinaire, c'est-à-dire de manière très informelle.

Le cadavre est exposé dans le cercueil ouvert placé à l'intérieur du lieu de culte chrétien choisi, les funérailles aborigènes s'effectuant aujourd'hui toujours, au moins en partie, selon des rites chrétiens. Dès l'entrée dans ce lieu de culte, les deuilles et les pleureuses se placent devant le cercueil. Les pleureuses entonnent alors leurs lamentations auxquelles se mêlent instantanément les pleurs et les hurlements retentissants des deuilles, certaines faisant mine de se précipiter dans le cercueil, au bord de l'évanouissement, tandis que d'autres les retiennent et les prennent dans leur bras. Au bout de quelque temps, l'officiant chrétien fait son apparition et les lamentations font place au sermon qu'il prononce et aux chants chrétiens entonnés par tous à intervalles réguliers. Les messages envoyés par ceux qui n'ont pu venir sont ensuite lus. Puis le cercueil est fermé, événement qui suscite à nouveau les lamentations des pleureuses et l'explosion des pleurs et des cris des deuilles.

Les participants s'acheminent ensuite vers le cimetière, à pied ou en voiture, formant un long et lent cortège que l'on ne peut ignorer en raison de l'affluence. Dans le cimetière, ils marchent silencieusement, en communion, jusqu'à l'endroit où le cercueil est déposé à terre. Lorsqu'il est descendu dans la fosse, une nouvelle explosion de pleurs et de cris de la part des pleureuses et des deuilles retentit. La veuve, ou une sœur, ou une fille, peut faire mine de s'élancer sur le cercueil, voire s'évanouir à demi. Il arrive ensuite souvent que des proches du mort se mettent à chanter et à jouer de la guitare, en entonnant les chansons que le mort affectionnait particulièrement, ou qu'il avait composées. Puis chacun jette un peu de terre sur le cercueil ou une fleur, et serre la main des deuilles. Tout le monde repart du cimetière, de manière plus dispersée qu'à l'arrivée, et se retrouve dans un endroit public – hall communautaire, club sportif, pub – où de petits sandwiches, des gâteaux, des boissons ont été disposés sur des tables. L'ambiance n'est alors plus du tout lugubre. Au contraire, et en contraste total avec l'atmosphère précédente, on rit volontiers et bruyamment, entre autres en évoquant certains événements plaisants ou carrément drôles qu'on a vécus avec le défunt. On s'enquiert des nouvelles des uns et des autres. Même la mère qui vient d'enterrer son fils, et qui hurlait encore de douleur quelques minutes auparavant, participe avec entrain aux discussions.

Quelques heures plus tard, les groupes se dispersent mais les deuilles et d'autres membres de la famille tendent à rester ensemble, occasion de questionner les circonstances de la mort et le caractère approprié des dispositions prises pour les obsèques. Il arrive alors fréquemment que des disputes éclatent, et des bagarres plus ou moins sérieuses peuvent prendre place, phénomènes favorisés par la consommation abondante d'alcool. De fait, tout décès tend à raviver les conflits familiaux.

La période collective du deuil que nous venons de considérer débute dès l'annonce du décès et s'achève au terme de la succession des événements qui entourent l'inhumation. Dans l'intervalle, les membres de la communauté concernée contribuent,

en fonction du plus ou moins grand degré de proximité qu'ils ont avec le mort, à la mise en place d'une expérience partagée qui s'impose comme une représentation collective de la douleur et de la perte. De ce point de vue, ils constituent, selon la formule de VAN GENNEP, une « société spéciale »<sup>8</sup> qui se caractérise par la restructuration de l'organisation spatio-temporelle de la vie quotidienne. Dans le *sorry business camp* ou la maison qui en tient lieu, les deuillements qui y sont confinés occupent la place centrale autour de laquelle gravitent les autres catégories de participants. Déchargés des tâches ordinaires, assumées par des parents plus éloignés du défunt, ils sont incités à se consacrer entièrement à leur chagrin et à le manifester sur un mode ostentatoire. Les pleureuses participent, quant à elles et comme nous l'avons vu, à l'ajustement de l'intensité des ressentis des uns et des autres. Dans cette première partie de la gestion collective du deuil, le confinement des deuillements dans un espace dédié à l'expression du chagrin, inséré dans la communauté des vivants, renvoie à l'association étroite établie entre eux et le défunt : le corps prostré des premiers se substitue en quelque sorte au corps inanimé du mort en faisant écho à son absence, à sa relégation à l'extérieur. C'est la mise à l'écart des deuillements et du mort, respectivement au centre et à la périphérie de la communauté, qui sous-tend la constitution d'une société spéciale temporaire. De fait, dans la chambre funéraire où repose le cadavre, l'intimité physique des deuillements avec le défunt est transitoirement prolongée. Le jour de l'inhumation, on assiste à la mise en place progressive d'une distance établie entre eux via le passage dans des espaces publics successifs. Dans l'église ou le temple, leur présence conjointe sur le devant de la scène où trône le cercueil les réunit encore mais de façon nettement moins exclusive et privée. Dans le cimetière, la descente du cercueil dans la fosse opère leur séparation physique définitive qui donne lieu à la dernière scène empreinte de pathos. Le cadavre y demeure tandis que les deuillements sont conviés à rejoindre les vivants dans le lieu où prend place la réception qui clôt les funérailles.

L'itinéraire suivi par les deuillements, depuis l'annonce du décès, les fait passer d'un lieu d'enfermement, le *sorry business camp*, à un autre, la chambre funéraire, pour finalement les réintroduire dans des espaces publics de plus en plus ouverts où vont converger, en très grand nombre, divers participants dont la majorité ont des liens plus distancés avec le défunt. La formalité des gestes et des attitudes que ces participants adoptent comme « naturellement » est tout d'abord en phase avec l'intensité des émotions exprimées par les deuillements, et est orchestrée par les divers tiers présents : pleureuses, porteurs, officiants du culte ou des pompes funèbres. Mais en se substituant aux lamentations proférées par les femmes, les chants, tout d'abord religieux puis profanes, entonnés en chœur par l'ensemble de l'assistance redonnent à celle-ci et, par là, à la communauté des vivants, une place dont elle s'était volontairement abstraite pour marquer la solennité du moment. L'ensemble des participants recouvre ainsi progressivement la liberté d'exprimer ouvertement autre chose que la tristesse en donnant à voir toute la gamme des émotions, depuis la joie jusqu'à la colère, à l'instar de ce qui se passe dans la vie quotidienne. Si, au cours de la période qui précède

---

<sup>8</sup>A. VAN GENNEP, *Les Rites de passage*, Paris : Picard, 1981 [1909], p. 211.

l'inhumation, c'est à n'en pas douter le chagrin exprimé par les deuillements et les pleureuses, qui donne le ton à la mise en place de l'expérience partagée, dès que le mort prend place dans le cimetière, le mouvement s'inverse. C'est au tour des deuillements d'ajuster l'expression de leurs ressentis sur celle des autres participants parmi lesquels se fondent les pleureuses, le rôle de celles-ci étant désormais devenu caduque.

Nous voyons que l'expression collective du deuil repose bien sur la complémentarité des comportements que chacun effectue en fonction des relations qu'il entretenait avec le défunt. La prise en charge de ces comportements par les différentes personnes à la fois les affecte intimement, en modelant leur expérience émotionnelle, et modèle leur façon d'exprimer, face aux autres, cette expérience intime. La mise en scène conventionnelle du deuil substitue aux obligations réciproques complexes du quotidien entre le défunt et ses proches auxquelles sa transformation en cadavre a mis fin, les obligations mutuelles définissant les relations prescrites entre les deuillements et les autres catégories de participants. Cette réciprocité reconfigurée va se déployer dans des espaces particuliers proprement rituels au sein desquels la temporalité ordinaire est suspendue : tout un chacun doit disposer de suffisamment de temps pour se consacrer pleinement au travail (*business*) requis pour tisser avec les autres l'expérience du partage collectif des émotions (cf. la prolongation du temps de garde habituel du cadavre imposée par les Aborigènes aux pompes funèbres). Elle est médiatisée par des tiers professionnels ou quasi professionnels, ici respectivement les officiants des pompes funèbres ou du culte chrétien et les pleureuses et les porteurs. Les relations rituellement instaurées, et qui sont cependant en continuité avec celles de la vie ordinaire, se réalisent au travers d'interactions simplifiées par leur formalité dont le moteur est alimenté par les émotions générées par l'exhibition ostentatoire du chagrin. Mais ces émotions ne vont pas dans le même sens pour les deuillements et pour les autres. Les intimes du défunt qui sont le plus affectés par sa mort sont incités à extérioriser les émotions internes et intenses qui les habitent. En revanche, ceux qui sont plus éloignés du mort, en étant transformés en spectateurs obligés de cette mise en scène de la douleur associée à la perte, sont mis en contact intime, interne et intense avec leurs propres morts, leurs propres sentiments de tristesse et de perte. La performance rituelle, par le biais de la complémentarité des gestes effectués par ceux occupant des places distinctes vis-à-vis du mort, médiatise par les ajustements réciproques qu'elle implique l'harmonisation de l'intensité des sentiments ressentis par les uns et les autres.

### **Un rituel de commémoration des défunts en Papouasie-Nouvelle-Guinée**

Dans certaines cultures, des rites sont exécutés à distance de la gestion initiale du cadavre afin de continuer à commémorer collectivement les défunts. Chez les Kaluli de Papouasie-Nouvelle-Guinée, les rites de ce type sont appelés *gisaro*<sup>9</sup>. Au cours de cette

---

<sup>9</sup> Pour l'ethnographie originale et une analyse plus complète de ce rite, voir E. SCHIEFFELIN, *The Sorrow of the Lonely and the Burning of the Dancers*, New York: Saint Martin's Press, 1976 ; S. FELD, *Sound and Sentiment. Birds, Weeping, Poetics and Song in Kaluli Expression*, Philadelphia: University of Pennsylvania

performance, des hommes venus d'une localité voisine, en évoquant les défunts de la localité qui les reçoit, vont provoquer des explosions de rage spectaculaires de la part de leurs hôtes. La représentation particulièrement poignante de la douleur mise en scène dans le *gisaro* est un autre exemple de partage collectif de l'expérience émotionnelle associée au deuil.

La cérémonie se déroule durant toute une nuit à l'intérieur d'une maison communautaire dont l'allée centrale est éclairée par des torches. Les hôtes sont assis dans l'ombre, de chaque côté de cette allée centrale, dans des espaces réservés à chaque famille. Certains invités sont revêtus d'ornements somptueux évoquant des oiseaux associés aux esprits des morts. Le visage baissé et impénétrable, ils dansent avec lenteur le long de l'allée centrale, en chantant à voix basse. Leurs mélodies décrivent, au travers d'images poétiques suggérant l'abandon, la perte et la solitude, les lieux dispersés sur le territoire de leurs hôtes. Ces derniers, profondément émus, sont ainsi amenés à se remémorer les personnes récemment disparues qu'ils associent à ces lieux. La scène suivante est typique de celles qui ne vont cesser de se répéter durant la nuit<sup>10</sup>. Un ancien, mis en fureur par le chagrin qui l'a soudain submergé, se met à proférer de bruyants hurlements de souffrance et se lève d'un bond. Il se saisit alors d'une torche et en enfonce l'extrémité enflammée dans l'épaule nue du danseur-chanteur qui reste impassible. Puis il se précipite dehors pour gémir sur la véranda. Au petit matin, les visiteurs mirent abruptement fin à la cérémonie :

« Les danseurs, dont les épaules étaient assez sérieusement brûlées, payèrent alors une compensation [servant à faire des parures corporelles] à ceux qu'ils avaient fait pleurer, et tous les visiteurs quittèrent ensemble la maison pour rentrer chez eux. Parce que beaucoup de gens avaient pleuré, la cérémonie fut tenue pour réussie. Certains des visiteurs partirent en gémissant par sympathie pour ceux de leurs parents, parmi les hôtes, qui avaient été envahis par le chagrin »<sup>11</sup>.

Ici encore, la convention rituelle d'expression des émotions de douleur et de deuil permet aux deuilés de faire passer leurs sentiments internes qui les lient au défunt, à l'extérieur d'eux, sur d'autres qui ont charge d'évoquer l'absence du défunt. Les images lyriques de solitude véhiculées par les chants sont associées aux lieux spécifiques où le deuilé avait pour habitude de se rendre avec un parent proche aujourd'hui disparu. Elles exacerbent ainsi la présence de l'absent dans les souvenirs des deuilés, en actualisant dans l'ici et maintenant du rite, le sentiment, pour le deuilé, de la perte définitive de l'intimité qu'il a autrefois partagée avec le défunt. Mais, en même temps, le comportement rituel consistant à pleurer de manière ostentatoire et à brûler le chanteur sert d'exutoire au chagrin intime.

Les émotions des deuilés sont réifiées par les blessures infligées aux danseurs-chanteurs et échangées contre des présents concrets dont les hôtes vont se revêtir. Les parures corporelles, tout comme les blessures visibles infligées aux chanteurs,

---

Press, 1982 ; N. MUNN, « An Essay on the Symbolic Construction of Memory in the Kaluli Gisalo », in D. DE COPPET et A. ITEANU (dir.), *Cosmos and Society in Oceania*, Oxford: Berg Publishers, 1995, p. 83-104.

<sup>10</sup> E. SCHIEFFELIN, *The Sorrow of the Lonely and the Burning of the Dancers*, op. cit. p. 23.

<sup>11</sup> *Ibid.* p. 24.

extériorisent les blessures internes et invisibles que les chants ont réouvertes. L'émotion personnelle est ainsi objectivée et, en tant que telle, transformée en objet de partage au plan collectif. Ce partage de la tristesse participe, en effet, au cycle d'échanges qui lie les différents groupes kaluli les uns aux autres, tout comme un tel partage participe, chez les Aborigènes, de l'ensemble des obligations réciproques que se doivent les différents membres participant d'un même réseau de parenté élargi qui résident dans diverses localités réparties sur le territoire australien. De fait, les ressorts de l'expression collective des émotions dans le rituel kaluli renvoient, comme dans le cas aborigène évoqué précédemment, à la volonté expressément acceptée – les chanteurs ont répondu positivement à l'invitation formelle que leurs hôtes leur ont adressée afin qu'ils exécutent ensemble un *gisaro*, et ces derniers répondront, à leur tour ultérieurement, à une telle invitation – de manifester publiquement, de manière ouverte et ostentatoire, leurs douleurs intimes et d'être profondément affectés par les émotions des autres.

Notons que le rôle tenu par les pleureuses dans le cas aborigène revient, dans le *gisaro*, aux danseurs-chanteurs : ils jouent le rôle de tiers médiateurs de l'ajustement des émotions entre les individus immédiatement affectés par les émotions liées à la perte d'un proche (les deuilés) et les spectateurs affectés de façon consécutive en raison de l'exhibition du chagrin des premiers. L'expression fermée des danseurs-chanteurs au cours de leur performance, allant de pair avec la lenteur de leurs mouvements et la tonalité basse de leurs chants tristes et lancinants, participe de la tension ascensionnelle ressentie par l'ensemble des participants. Cet effacement conventionnel de l'expression de leurs émotions atteint son acmé lorsqu'ils font montre d'une impassibilité ostentatoire au moment où ils sont brûlés. Il dénote aussi la nécessité protocolaire, au cours du rite, de ne pas usurper la place centrale conférée aux deuilés qui sont alors seuls incités à faire montre, à l'inverse de manière explosive, du ressenti vécu dans leur for intérieur, attestant ainsi de la réussite du rite. Ce qui ne veut pas dire que les exécutants invités, au même titre que les autres spectateurs, ne ressentent rien mais qu'ils n'ont pas alors à l'exhiber. Par contre, une fois le rite achevé, ils sont libres d'exprimer leur propre ressenti de chagrin comme l'illustre le fait que certains visiteurs partent en gémissant « par sympathie » avec ceux qu'ils ont fait souffrir. La clôture du rite marqué par le don des présents faits par les visiteurs à leurs hôtes leur permet de recouvrer leur capacité à donner libre cours à des émotions sur un mode plus ordinaire, c'est-à-dire celui de la vie quotidienne, non contraint par les exigences de l'organisation des interactions proprement rituelles. L'impassibilité performée participe de la structure complémentaire des positions occupées par chacun au cours du rite : il y a bien ajustement mais non confusion des ressentis à partir d'une distinction des places clairement établies. Et cette complémentarité des positions des uns et des autres s'inversera lors des *gisaro* ultérieurs exécutés dans la localité des visiteurs.

Le *gisaro* est consacré au partage collectif d'une expérience émotionnelle prenant acte de ce que la mort fait aux vivants. Il le fait au travers d'une organisation conventionnelle qui introduit une césure dans le cours de la vie sociale ordinaire, généralement diurne, au travers de la mise en place d'une temporalité suspendue – toute une nuit – et d'un espace spécialement apprêté pour l'occasion. Celui-ci est composé

d'un centre, seul illuminé, réservé à la performance rituelle proprement dite, et d'une périphérie où règne l'obscurité composée d'espaces privés où sont assis les hôtes. La performance est ponctuée par les appariements successifs d'un danseur-chanteur avec le deuilleur affecté par son exécution, celui-ci passant de l'ombre à la lumière, de l'intimité au public, à l'instar des affects du deuil : réparties respectivement entre un visiteur-performeur et un hôte, retenue et décharge émotionnelles extrêmes se renforcent l'une l'autre. Ces appariements jouent le rôle d'opérateur du partage, entre l'ensemble des personnes présentes, des divers ressentis négatifs (tristesse, colère) que les défunts induisent chez leurs proches.

C'est, en effet, au travers de ce type d'interactions dyadiques à la complémentarité particulièrement bien accordée que ces ressentis, dont les deuilleurs font l'expérience dans leur for intérieur, sont mis en circulation au sein du collectif disparate rassemblé pour un *gisaro*. Ainsi, la décharge émotionnelle des personnes les plus affectées, suscitée par les conditions spécifiques mises en place par le rituel – structuration spatio-temporelle, foisonnement symbolique, formalisme interactionnel exceptionnel – induit, chez les autres participants, des sensations physiques cénesthésiques (*infra*) qui participent de la mutualisation des émotions.

### La qualité distinctive des émotions rituelles

Les moments forts des performances que nous venons d'examiner sont clairement organisés de manière à privilégier certains registres affectifs : la détresse ostentatoire des deuilleurs aborigènes lorsque le cercueil est fermé ou descendu dans la tombe, la fureur de ceux qui brûlent les chanteurs lors d'un *gisaro*. Les propriétés spécifiques des actes rituels nous permettent d'avancer quelques propositions à propos des émotions rituelles. Tout d'abord, il existe à la fois une continuité et une coupure entre les manifestations quotidiennes de l'affectivité individuelle et l'expression des émotions dans les rites collectifs. La tristesse et le désarroi que donnent à voir les participants lors des cérémonies de deuil ne sont pas de nature radicalement différente des sentiments de chagrin et de détresse qu'ils peuvent manifester à d'autres occasions. Cependant, en tant qu'expression systématique et épurée de ces sentiments, médiatisée par une coordination collective et animée par des prescriptions conventionnelles, elles s'en distinguent nettement<sup>12</sup>. Ce sont des mises en forme synthétiques et éphémères qui s'imposent à ceux qui y prennent part, non pas comme des modèles réalistes pour le comportement de tous les jours, mais comme des expériences conventionnelles, à la fois « privilégiées »<sup>13</sup> et énigmatiques, à l'aune desquelles le quotidien peut être (ré)évalué. Ainsi, selon la fameuse distinction de Clifford GEERTZ<sup>14</sup>, les manifestations affectives de la vie courante fournissent un modèle pour l'élaboration des émotions rituelles dont

<sup>12</sup> F. BERTHOMÉ et M. HOUSEMAN, (2010), « Ritual and Emotions: Moving Relations, Patterned Effusions », *Religion and Society* 2010, 1, p. 57-75.

<sup>13</sup> C. BELL, *Ritual Theory, Ritual Practice*, Oxford / New York : Oxford University Press, 1992.

<sup>14</sup> C. GEERTZ, *The Interpretation of Cultures: Selected Essays*, New York : Basic Books, 1973.

l'expression offre, en retour, aux participants une modélisation de leur affectivité quotidienne.

Hors rituel, les comportements sont, en règle générale, censés être en phase avec les intentions des individus. La structuration des actes rituels semble, pour sa part, se fonder plutôt sur la reconnaissance de divergences significatives à la fois entre ce que ressentent les différents acteurs, et pour chacun d'eux, entre leurs sentiments intimes et les manifestations affectives qu'ils mettent en scène. Leurs ressentis respectifs prennent corps au travers d'actions et d'interactions conventionnellement régies par des contraintes particulièrement fortes dont l'exigence d'une coordination sans heurt. Cette régulation systémique spécialement resserrée entraîne une schématisation simplificatrice des relations rituelles qui se nouent entre les acteurs. De façon concomitante, les émotions rituelles, qui sont à comprendre comme les corrélats sensibles de ces relations<sup>15</sup>, acquièrent une qualité flagrante et épurée, comme en témoignent par exemple les exhibitions dramatiques de désespoir au cours des rites funéraires. En même temps, les actions et interactions conventionnelles auxquelles se livrent les participants sont marquées par une complexité distinctive : le comportement des deuilés les identifie au défunt tout en témoignant de leur séparation radicale avec lui, les danseurs-visiteurs du *gisaro* s'adonnent à des lamentations pour des défunts qui ne sont pas les leurs tout en s'exhibant comme des oiseaux associés aux esprits des morts. C'est cette complexité qui rend les actes rituels, les relations qu'ils définissent, et les émotions qu'ils mettent en scène partiellement obscures et difficiles à appréhender à l'aune des intentions et attitudes propres à la vie quotidienne. Or, l'incertitude qu'introduit cette complexité, associée au caractère à la fois exacerbé et stylisé des états affectifs que les rituels donnent à voir, ne peuvent que favoriser une importante variabilité dans la façon dont chacun vit ces expériences exceptionnelles. En somme, les émotions rituelles, reconnaissables mais singularisées, interviennent davantage comme des embrayeurs de vécus affectifs que comme des repères émotionnels normatifs.

Enfin, les manifestations affectives dissemblables auxquelles se livrent différentes catégories de participants se doivent d'être coordonnées entre elles. En effet, comme on l'a dit en introduction, ceux qui prennent part à un rituel élaborent leurs vécus affectifs dans le cadre d'une préoccupation commune, à savoir celle d'accomplir correctement et de concert les actes qui le constituent. Cette intention partagée des participants – un alignement de leurs *concerns*<sup>16</sup> focalisé sur le rite lui-même – se traduit concrètement par les obligations réciproques qui les engagent les uns vis-à-vis des autres et qui sont mises au service du bon déroulement de leur performance conjointe. Ainsi, les manifestations de tristesse lors des rites funéraires obéissent à une coordination complexe dans laquelle des personnes appartenant à des catégories distinctes se doivent de moduler leurs expressions émotionnelles respectives en fonction de celles des autres. Cet engagement personnel dont font preuve les participants fournit les conditions, non tant d'un partage d'une même émotion, que de l'expérience de ressentir ensemble

<sup>15</sup> J. BONHOMME, « Des pleurs ou des coups. Affects et relations dans l'initiation au Bwete Misoko (Gabon) », *Systèmes de pensée en Afrique Noire* 2008, p. 133-163.

<sup>16</sup> M. SALMELA, « Shared Emotions », *Philosophical Explorations* 2012, 15, p. 33-46.

simultanément des émotions diversifiées dont les expressions sont cependant étroitement ajustées les unes aux autres ; c'est bien en ce sens, et en ce sens seulement, que les ressentis sont partagés. C'est la reconnaissance par les participants de cette émotion de partage, centrée sur l'expérience quelque peu mystérieuse du rite lui-même, qui s'exprime, par exemple, dans la détente enjouée qui règne lors de la réception qui suit un enterrement aborigène, tout comme dans les expressions de chagrin et de sympathie des danseurs-visiteurs envers leurs hôtes à la fin du *gisaro*.

Cette mutualisation des vécus affectifs de chacun dans le cadre de l'agencement de leurs comportements prescrits respectifs se fonde sur la contribution conjointe à un accordage de l'intensité affective. Cet accordage est sous-tendu par l'intrication de la modulation gestuelle et sonore – lamentations funéraires, chants soutenus par les chœurs dans le *gisaro* – qui participe de sensations physiques d'ordre cénesthésique<sup>17</sup> dont elle favorise l'ajustement. Ces sensations sont suscitées par la stimulation de récepteurs internes dont le fonctionnement dépend, non du système nerveux central régissant la motricité volontaire et la cognition, mais du système nerveux dit autonome ou neuro-végétatif qui régit des phénomènes physiologiques tels que, entre autres choses, les fréquences cardiaque et respiratoire et la sudation. Les phénomènes de cet ordre tendent à s'ajuster entre les personnes rassemblées dans un collectif. Lors d'une décharge émotionnelle particulièrement intense – événements traumatiques mais également configurations relationnelles particulièrement significatives et tendues – l'amplification de ces réactions viscérales sont susceptibles de favoriser la déconnexion d'avec les afférences corticales en inhibant partiellement ou totalement la capacité à les contrôler par la volonté, l'expérience et sa mémorisation se centrant alors sur les ressentis et les perceptions associées aux circonstances qui les ont déclenchées. C'est, par exemple, ce qui est à l'origine des symptômes itératifs et particulièrement invalidants du syndrome de stress post-traumatique. C'est pourquoi on peut en inférer que, dans des situations hautement régulées mais tout aussi chargées, telles que les rituels considérés, les sensations cénesthésiques concourent en grande partie à assurer l'harmonisation de l'intensité des ressentis qui sous-tend la mutualisation des émotions.

Comme il a été dit ici à plusieurs reprises, le bon déroulement du rite repose sur une dynamique continue de coordination des comportements des participants qui dépend en grande partie d'un ajustement réciproque de l'intensité des expressions affectives que ces comportements occasionnent. Pour ce faire, le recours à des tiers – les officiants rituels que sont, par exemple, dans les funérailles aborigènes, les pleureuses, dans le *gisaro*, les chanteurs – est tout à fait crucial : ils n'agissent pas en leur nom personnel mais au nom de la charge qu'ils assument de médiatiser les relations des uns et des autres en sorte que leurs expressions affectives respectives constituent un tout cohérent. Cette intervention de tiers médiateurs va de pair avec le rôle central que joue dans ces pratiques la figure de l'appariement. La complémentarité des gestes entre les deuilés et chaque visiteur dans le *sorry business camp* aborigène sous la houlette des

---

<sup>17</sup> M. MOISSEFF, « Cadavres et Churinga : des objets culturels exemplaires ? », *Arch. de Sc. soc. des Religions* 2016, 174, p. 255-278.

lamentations des pleureuses, ou l'affrontement dramatique entre visiteurs-performeurs et deuilés dans le *gisaro* en sont autant d'exemples. L'interdépendance dyadique, en raison des dynamiques d'identification et de différenciation réciproques qu'elle induit, impose des contraintes particulièrement fortes aux interactions et à leur expression émotionnelle. En engendrant ainsi des sites d'intensification de l'expérience vécue des participants dont elle marque le tempo, elle s'impose comme le ressort privilégié de la structuration du champ relationnel qu'instaurent les performances rituelles. De ce point de vue, le recours à des tiers médiateurs à même d'incarner une autorité propre aux pratiques cérémonielles, d'un côté, et la mise en place de dispositifs d'appariement, de l'autre, contribueraient de façon décisive à l'expression rituelle des émotions.

La symphonie est caractérisée par la multiplicité des exécutants et la diversité des timbres, et le concerto par l'articulation d'un ou plusieurs instruments solistes avec l'orchestre. De ce point de vue, l'orchestration rituelle de l'expression des émotions telle qu'on a ici tenté de la décrire renverrait à une symphonie concertante où fusionnent les deux genres : la coordination systématique et conventionnellement réglée des corps d'un ensemble disparate de participants médiatise la constitution d'un collectif extraordinaire, à la fois en continuité avec et disjoint de la vie quotidienne, au sein duquel, sans abolir la distinction de leurs places respectives, l'accordage du vécu affectif idiosyncrasique des individus particuliers à celui des autres concourt à la réalisation d'une expérience émotionnelle partagée d'une ampleur exceptionnelle. Et c'est pour cette raison qu'elle est mémorable.

## Remarques sur le besoin de rituel dans la justice numérisée Réponse à Marika MOISSEFF

**Emmanuel JEULAND**

*Professeur à l'École de Droit de la Sorbonne  
Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne*

L'analyse des rituels funéraires que nous a présentée Marika MOISSEFF mérite particulièrement d'être présentée à des juristes. En effet, l'une des problématiques actuelles des juristes porte sur la déritualisation de la justice en raison de sa numérisation. MM. GARAPON et LASSÈGUE ont pointé du doigt, dans leur livre, le manque de rituel<sup>1</sup>. La procédure a des origines ritualistes en droit romain ou au Moyen-Âge avec notamment les ordalies. Il nous importe donc de savoir ce qu'il se passe dans les rituels. S'agit-il d'une manière de rendre présent la transcendance divine ? Dans ce cas, le principe de laïcité impliquerait de se couper de tout rituel. En revanche, s'il s'agit d'un accordage des émotions comme l'avance Marika MOISSEFF, alors nous avons encore besoin de rituel judiciaire et, plus particulièrement, de comprendre ce que nous devons faire pendant une audience.

Au cours de l'année 2020, la pandémie a conduit à l'édition d'ordonnances qui ont permis d'imposer aux parties, sans leur consentement, l'absence d'audience ou la visioconférence. Or, le Conseil d'État<sup>2</sup> et le Conseil constitutionnel<sup>3</sup> ont censuré ces textes en matière pénale car l'oralité y paraît nécessaire aux droits de la défense<sup>4</sup>. Il nous semble que la solution devrait être la même pour la procédure civile car les émotions et les droits de la défense peuvent y revêtir la même intensité.

Plus précisément, Marika MOISSEFF indique qu'un rituel, en tous les cas un rituel funéraire, suppose trois éléments : la présence d'un cadavre, le traitement des proches et un travail collectif. Si j'avance une analogie, certes sans doute peu scientifique, cela pourrait correspondre pour le rituel judiciaire à la présence des parties, la présence des proches et la place du public. Les parties et les tiers intéressés ont besoin d'être présents

---

<sup>1</sup> A. GARAPON et J. LASSÈGUE, *Justice digitale*, Paris : PUF, 2018.

<sup>2</sup> CE, 27 novembre 2020, aff. 446712, 446724, 446728, 446736, 446816.

<sup>3</sup> Conseil constitutionnel n° 2019-778 DC du 21 mars 2019, 2019-802 QPC du 20 septembre 2019 et 2020-836 QPC du 30 avril 2020.

<sup>4</sup> V. internationalement : E.-J. VAN DER VLIS, "Videoconferencing in criminal proceedings", in S. Braun, & J. L. Taylor (Eds.), *Videoconference and remote interpreting in criminal proceedings*, Guildford: University of Surrey, 2011, 11-25 [http://www.videoconference-interpreting.net/wp-content/uploads/2014/04/02\\_vanderVlis.pdf](http://www.videoconference-interpreting.net/wp-content/uploads/2014/04/02_vanderVlis.pdf) consulté le 29 mars 2021 ; et au plan français : L. DUMOULIN et Ch. LICOPPE, *Justice et visioconférence : les audiences à distance, rapport du GIP Justice* v.<http://www.gip-recherche-justice.fr/wp-content/uploads/2018/07/R.F.-Dumoulin-visioconf%C3%A9rence-1.pdf>, consulté le 29 mars 2021.

physiquement car l'organisation spatio-temporelle de l'audience produit un effet psychologique, non seulement sur la conscience mais aussi probablement sur le système neuro-végétatif (indépendant de la conscience). La sphère collective a davantage besoin de symbolique pour tourner la page d'une émotion collective négative (pénale ou civile, pensons aux scandales liés au Mediator). Dans le rituel funéraire, une synchronisation a lieu entre ces différents niveaux ce qui produit un accordage émotionnel. Or, la numérisation a tendance à opérer une désynchronisation entre ces niveaux notamment si l'audience a lieu en visioconférence et que le public ne peut pas y assister en direct (ou même y assister à distance sans pouvoir intervenir). Dans certains dispositifs de visioconférence judiciaire testés notamment au Canada, les journalistes peuvent assister en direct à la visioconférence et le public peut assister à retransmission dans une salle dédiée. La présence physique doit être le principe et la visioconférence l'exception lorsqu'elle est justifiée et proportionnée au but à atteindre (ex. en cas de très longue distance). Lorsque l'on dit que la numérisation rend la justice plus efficace, on suppose une conception de l'efficacité qui est assez réductrice et économique. Or, un rituel selon Marika MOISSEFF est efficace ou il n'est pas, de même un rituel judiciaire est efficace ou n'est pas et s'il n'est pas efficace, il risque de donner lieu à des recours ou à de nouveaux conflits. La question de l'efficacité de la justice ne doit donc pas être envisagée sous un angle purement économique mais aussi sous cet angle symbolique et rituel. Une désynchronisation entre les espaces-temps des parties, des tiers intéressés et du public peut éventuellement être envisagée mais elle doit être pensée, expérimentée et évaluée. Il est faux d'affirmer sans démonstration que la visioconférence ou un échange d'écrits même numérisés, est un équivalent fonctionnel de l'audience présentielle. Au contraire, le principe doit être la mise en place d'une audience en présentielle permettant un accordage des émotions (des parties, des tiers intéressés, des juges et du public) et l'exception, dûment justifiée et proportionnée (ce qui suppose réunis les conditions de nécessité et d'adéquation avant que ne soient balancés les intérêts), l'absence d'audience par un échange d'écrits ou une visioconférence<sup>5</sup>.

---

<sup>5</sup> Sur ces questions : voir V.-L. BENABOU et E. JEULAND, « L'audience en visio-conférence : une exception au principe de présence physique », *JCP G* 2021, Libres propos, 2.

Verbatim de l'intervention d'Anne-Marie LEROYER, Professeure de droit à l'Université Paris 1 – Panthéon-Sorbonne, à la troisième séance du cycle de séminaire « Droit et émotion » du 15 janvier 2021

## Les Émotions et le droit de la famille

Merci beaucoup Carla et merci à Emmanuel Jeuland d'avoir initié cette série de séminaires que je dirais originaux sur la question des émotions sur lequel le juriste, malgré tout, et y compris en droit de la famille, n'a pas l'habitude de s'arrêter.

Emmanuel Jeuland avait attiré notre attention, en introduction, sur le courant « Law and emotions » qui a travaillé et regroupé un certain nombre de réflexions, notamment sur la position du juge et de la justice face aux émotions. Ce courant s'est intéressé aux émotions ressenties par ceux et celles qui exercent la justice : l'empathie, la colère, ce que peuvent exprimer ou non, notamment dans le procès pénal très visité, les prévenus ; le remords, les excuses, la honte, ceux exprimés par les victimes ; la souffrance, la peur et parfois par les témoins, l'angoisse ou l'amertume.

Ces auteurs ont en particulier contesté le postulat d'une délibération éclairée et d'un raisonnement juridique rationnel, en présence de cette dimension subjective dont serait habité le juge. Et leurs travaux ont en partie (parce qu'il y a eu des réponses en sens contraire) discrédité le travail du juge ainsi habité par des émotions subjectives qu'il ne pourrait pas finalement maîtriser. Ces travaux s'interrogent sur la dimension individuelle des émotions.

D'autres travaux envisagent davantage la dimension collective et sociale des émotions. Un auteur, professeur à l'université de Genève, dont les travaux sont assez lus, Alexandre Flückiger, s'est interrogé sous une forme d'humour, mais intéressante, dans un article très connu « Pourquoi respectons-nous la *soft law* ? ». Il anticipe sur ce mouvement de contrainte ressentie par chacun qui fait que les émotions deviennent contraignantes et ainsi sources d'un certain système normatif.

À mon avis, cette double manière d'appréhender les émotions individuelles d'un côté (on s'interroge sur la façon dont le sujet ressent des émotions) et collective de l'autre (on s'interroge sur l'influence des émotions sur les systèmes normatifs) représente une division essentielle. Cette division m'intéresse parce qu'elle prend sens en droit de la famille. Je ne vais pas tenter en effet de faire la liste des exemples du droit de la famille où il y aurait des émotions. Il y aurait beau jeu d'ailleurs de montrer que la famille est une sphère émotionnelle et donc un droit d'émotion. Didier Lett dans son article sur « Famille et relations émotionnelles », publié dans le fameux ouvrage sur

L'histoire des émotions, décrit très bien comment la famille est un terreau émotionnel. Mon propos est différent : il s'agit de regarder ce que l'étude des émotions nous permet de comprendre et d'apprendre sur le droit de la famille, sur son évolution et sur la manière dont il se construit. Et à cet égard, la dichotomie émotions individuelles/émotions collectives me paraît essentielle.

## **I.- Les Émotions individuelles**

### **A.- Les émotions attestant d'une transformation du droit de la famille, de l'institutionnel à l'individuel**

Si on s'attache en effet à l'étude de ces émotions individuelles, j'ai pensé que l'on pouvait justement apprendre différents éléments sur l'évolution du droit de la famille. D'abord, il est évident que l'examen des émotions individuelles du sujet atteste des transformations du droit de la famille. Il y a là une nouvelle façon, en passant par les émotions, de présenter quelque chose qui est quand même assez connu : le passage de l'institutionnel à l'individuel.

Ce passage est traditionnellement situé assez tardivement, plutôt dans les années 1950, après l'introduction de la CESDH et tout le travail de la jurisprudence de la CEDH. Mais en réalité, le changement est bien plus ancien.

Le passage de l'institutionnel à l'individuel, de l'examen de la famille en tant qu'institution à l'appréhension du sujet dans la famille et des rapports interindividuels, a parfaitement été épinglé par un auteur comme Henry Sumner Maine (1822-1888). Ce juriste l'avait parfaitement développé, dès la fin du XIX<sup>e</sup> siècle, dans son ouvrage connu, *L'ancien droit considéré dans ses rapports avec l'histoire de la société primitive et avec les idées modernes*. L'auteur constate le passage d'une société de groupe à une société d'individus, mais sans s'intéresser véritablement aux émotions.

En revanche, il y a deux auteurs beaucoup plus récents qui introduisent dans leur analyse de la famille, et même du droit de la famille, la question des émotions. Cette introduction de l'appréhension des émotions, ils le font dans un même mouvement du passage de l'institution à l'individuel. Il s'agit d'Axel Honneth dans ses travaux et notamment dans *La lutte pour la reconnaissance* et d'Anthony Giddens, dans son ouvrage *La transformation de l'intimité*. La lecture de ces auteurs et l'appréhension de leur apport au droit de la famille doit beaucoup à la philosophe Gabrielle Radica, et son ouvrage sur la philosophie de la famille.

Si l'on prend les travaux d'Axel Honneth, il y a deux ouvrages où la question des émotions et son rapport avec le droit de la famille est important, c'est *La lutte pour la reconnaissance* et *Le droit de la liberté*. Il y développe des idées qui sont connues, mais il insiste sur le fait que dans l'examen qu'il peut y avoir des rapports au sein de la famille entre les individus, on a une désinstitutionnalisation progressive de la famille et une autonomisation institutionnelle des relations intimes et amoureuses. Un des passages

du livre m'a intéressé puisque dans *La lutte pour la reconnaissance*, il indique que le lien intersubjectif est fondé sur des motifs sexuels et émotionnels et que ce lien intersubjectif, que l'on va examiner aujourd'hui, a été découplé de l'ensemble institutionnel de la vie familiale et de l'éducation des enfants. De sorte que pour l'examen de ce lien intersubjectif, qui devient pour lui primordial dans les relations familiales, et dans la manière dont on va analyser les relations familiales, et bien, cette manière de considérer le lien intersubjectif plutôt que le statut familial, plutôt que l'institution de la famille, pour lui, va avoir pour conséquence, finalement, de permettre la progression d'un idéal d'égalité, par exemple dans le couple, de partenaires, plutôt qu'un idéal patriarcal. En fait, sa manière de prendre les choses est intéressante, parce que c'est par le biais de l'examen des rapports émotionnels et de leur développement, de leur épanouissement, qu'il va expliquer l'évolution non seulement de l'institution à l'individu, de l'individualisation, mais également du mouvement pour lui plus égalitaire au sein de la famille.

L'autre auteur qui s'interroge aussi sur cette évolution avec le prisme des émotions, c'est Anthony Giddens. Lui définit la famille comme une sphère, une sphère émotionnelle dans laquelle les relations interindividuelles ne sont plus normées et plus du tout articulées aux impératifs classiques de la procréation et de la parenté. Cette évolution encourage la réalisation émotionnelle et sexuelle qui va « se substituer à la maximisation économique des profits ». Cette approche permet aussi d'avoir une définition de l'intimité dans la famille. L'émotion, le sentiment et l'attachement permettent l'autonomisation du sujet, à partir de relations toujours considérées de manière intersubjective et non plus institutionnelle. Ces travaux peuvent avoir une incidence sur la manière de saisir l'évolution du droit de la famille. J'en ai vu trois – il y en a bien d'autres, mais j'en ai pris trois.

### **1. *L'émotion et la contractualisation de la famille***

La première incidence de l'émergence de ce qu'on peut appeler le sujet émotionnel est la manière dont finalement, par la prise en compte de l'émotion dans les relations interindividuelles, on va asseoir et justifier le mouvement de contractualisation du droit de la famille. Les engagements vont dépendre beaucoup plus de la qualité des affects et des émotions, que de paramètres sociaux et anthropologiques ou même institutionnels, qu'autrefois. En fait, la manière qu'ont ces auteurs de penser l'évolution de la famille peut permettre de mieux comprendre le mouvement de contractualisation de la famille.

### **2. *Examen des émotions, pouvoir les exprimer, en avoir conscience, les maîtriser – fonction thérapeutique du droit de la famille***

La deuxième conséquence que je vois dans leur manière d'exprimer et d'analyser les émotions, est la valorisation faite de la possibilité de les exprimer, d'en avoir conscience et de les maîtriser. On voit là apparaître une autre évolution du droit de la famille, c'est la fonction thérapeutique du droit de la famille, très présente par exemple lors des débats

sur la question de savoir s'il faut maintenir ou non le divorce pour faute, dans l'acte d'enfant sans vie, la question de la surqualification d'inceste, dans le développement de la médiation familiale, et je pourrais multiplier les exemples. Cette façon finalement de prendre en considération l'émotion individuelle va conduire à l'adoption de lois émotionnelles, comme la question du deuil et la manière dont les parents font face au deuil d'un enfant, mais également va conduire à toute une révolution des pratiques sur la manière de former les juristes, les avocats, les médiateurs, à la gestion des émotions. Ce qui est assez nouveau. Et cette manière de former à la gestion des émotions est intéressante parce qu'elle est psychologisante, puisqu'il faut, par exemple, que les parties à un conflit dans un divorce puissent exprimer les émotions, pour un effet un peu cathartique, de manière à briser le conflit et à permettre l'accord. Ce rôle-là est désormais dévolu aux juristes, et en particulier dans le divorce par consentement mutuel sans juge, par les avocats. On a véritablement une évolution dans ce sens de la fonction thérapeutique du droit de la famille.

Le revers de cette façon de faire n'a peut-être pas été mis assez en avant. Je l'ai trouvé assez bien exprimé dans divers travaux, mais plus particulièrement dans les travaux d'Eva Illouz, dans son livre *Saving the Modern Soul: Therapy, Emotions, and the Culture of Self-Help*. L'auteure va s'interroger sur l'omniprésence d'un discours thérapeutique, dans lequel le thérapeute va se comporter en entrepreneur moral. C'est très intéressant parce qu'on ouvre ici une porte à un certain nombre de pratiques relatives à la question de savoir comment on va analyser le bon parent dans la garde des enfants, ou la bonne famille dans la question de l'agrément en matière d'adoption, ou encore dans le cadre des entretiens en matière d'accès à l'assistance médicale à la procréation. D'une certaine manière, ces pratiques administratives donnent naissance à une police administrative des familles contrôlant et tirant des conséquences des émotions exprimées. Ainsi, un parent en colère ou émotionnellement trop instable va se voir refuser un droit de visite ou même l'exercice de l'autorité parentale. Même chose pour l'agrément en matière d'adoption : la présence des émotions est très importante, on le voit dans les décisions administratives de recours contre le refus d'agrément. Les questions posées tournent autour du point de savoir si le parent est stable émotionnellement ou encore si l'enfant est apte émotionnellement à faire l'objet d'une adoption. Les émotions sont instrumentalisées au profit de l'écriture de ce que peut être une bonne famille. C'est le revers de cette intrusion des émotions en droit de la famille.

### ***3. Analyse de la famille comme une sphère privée, intime, liée par des liens émotionnels, distincte de la sphère publique, étatique – des systèmes de justice différents***

La troisième conséquence qui peut être repérée est le fait d'analyser la famille comme une sphère privée, comme une sphère intime, et finalement de considérer que ces liens émotionnels sont des liens purement privés, dans lesquels l'État n'a rien à faire ni à voir. Ces auteurs ont une certaine tendance à analyser la famille comme des sphères de justice privée. Cette division des sphères qui est assez classique lorsqu'on étudie l'intime et l'État, le privé et le public et a des échos dans plein d'ouvrages, mais on la

trouve vraiment très prégnante lorsqu'il s'agit de la question des émotions et de l'étude des émotions, par exemple des parents et des rapports entre les membres du couple. Comme si finalement l'émotion était un domaine privé excluant l'intervention de l'État.

Pourtant, l'analyse est inexacte en droit de la famille. Il y a d'ailleurs un concept intéressant pour essayer de contrer cette approche émotionnelle complètement privée de la famille : c'est le concept de capitalisme émotionnel, proposé par la sociologue américaine Arlie Hochschild et qui permet de comprendre que le capitalisme ne produit pas seulement des biens et des services, mais aussi des émotions et des formes de relations où l'affectivité est intriquée avec le mercantile. Pour donner un exemple tout à fait parlant qui n'est pas en droit de la famille, mais que Pierre-Yves Verkindt a dû repérer en droit du travail, c'est l'histoire de l'hôtesse de l'air qui doit sourire pour finalement mieux accueillir les passagers. Cette fonction du sourire a pour but à la fois un caractère attractif, mais aussi le fait de pouvoir rassurer les voyageurs. En droit de la famille, on a également cette idée du capitalisme émotionnel qui est bien décrit aussi par Eva Illouz dans son texte « Pourquoi l'amour fait mal » parce qu'elle va montrer comment, finalement, cette question de l'amour et des affects et des émotions (un peu plus large que juste la question des émotions) dans la famille n'est pas du tout qu'une affaire privée, mais aussi une affaire marchande, et que les relations amoureuses rentrent dans une logique économique calculatrice et que les partenaires vont se choisir. Finalement la question de l'analyse économique du droit de la famille, chère à Garry Becker, entre aussi dans cette perspective-là avec le poids du pour et du contre qui finalement refroidit la seule analyse de la famille comme une sphère émotionnelle.

C'est au travers de ces différentes perspectives qu'on peut analyser finalement la place des émotions pour repérer quelques évolutions en droit de la famille. Ceci fait, l'émotion individuelle traduit quand même en droit de la famille quelque chose d'exact ; c'est que l'on s'intéresse au sujet émotionnel. Et le sujet émotionnel, c'est le sujet vulnérable.

### **B.- Le sujet émotionnel est un sujet vulnérable**

Le sujet vulnérable dans la famille, c'est l'enfant. Mais c'est aussi la femme et c'est toute personne finalement qui, pour une raison ou pour une autre, le consentement va être altéré par l'âge, une maladie... Cette façon d'analyser le sujet va finalement complètement transformer le droit de la famille et la manière dont on va percevoir les règles de droit, puisqu'on a un postulat, qui est très vrai en droit de la famille et très vrai en droit des contrats, c'est que l'émotion perturbe la capacité de discernement. Et donc à chaque fois qu'on a un sujet émotionnel, que ce soit l'enfant, ou toute autre personne placée dans une situation de vulnérabilité, on va avoir finalement l'idée que le consentement donné n'a pas été donné de manière éclairée. On a une disqualification

très intéressante et qui est plus importante, peut-être, en droit de la famille que dans les autres matières.

Je donnerai un exemple : la peur et le mariage. On sait que la nullité en matière de mariage peut être prononcée en raison d'une simple crainte révérencielle. Le droit fait de cette peur, de cette crainte, un cas de nullité particulier dans le mariage. Le droit appréhende ici le sujet émotionnel dans ses peurs, pour le protéger.

### ***Vers une plus grande protection du sujet émotionnel***

Cette vision du sujet émotionnel induit une plus grande protection de la personne. Le droit va se saisir de l'émotion comme un prétexte pour régenter les relations familiales interindividuelles. Je donnerai deux exemples.

#### *1. La sanction de la violence psychologique*

La jurisprudence a pu définir la violence psychologique avant que le législateur n'intervienne comme celles qui « sans atteindre matériellement la personne, sont cependant de nature à provoquer une sérieuse émotion ». L'appréhension de la violence psychologique se fait au travers d'un vocabulaire émotionnel, qui va permettre de déterminer si le sujet est affecté ou s'il ne l'est pas.

#### *2. La reconnaissance de la qualité de victime vient aussi de la prise en considération des émotions du sujet*

La reconnaissance de la qualité de victime va venir aussi de la considération des émotions du sujet. Il n'y a pas une analyse de la qualité de victime abstraite, mais tout à fait concrète en fonction des émotions ressenties par la victime. Les juristes vont alors présenter des hypothèses de reconnaissance de la qualité de victime qui n'étaient pas du tout considérées jusqu'alors. J'en donne un exemple : lors des travaux préparatoires de la loi du 30 juillet 2020 – énième loi qui vient sanctionner les violences intrafamiliales – la question s'est posée de savoir si l'on devait créer un délit pénal spécifique pour sanctionner les parents qui auraient été violents devant leurs enfants, mais pas violents à l'égard de leurs enfants. Autrement dit, on reconnaissait ici la violence psychologique des enfants qui assistent aux violences parentales. La manière de justifier dans les travaux préparatoires de la loi la consécration de ce délit, était le fait que l'exposition des enfants mineurs à la violence conjugale est une violence psychologique subie directement par eux, qui a pour effet, voulu ou non, de terroriser l'enfant, de l'isoler par crainte ou honte, de le conditionner aux abus sur les personnes de sexe féminin. On voit bien comment l'émotion, ici de l'enfant, est saisie pour en faire une victime. On avance donc vers la consécration éventuelle d'une disposition juridique.

### **C.- Les émotions restent en droit de la famille des marqueurs de genre**

Dernier point sur la prise en compte de ces émotions individuelles, c'est quand même l'idée que ces émotions restent en droit de la famille des marqueurs de genre, ou plus généralement des marqueurs discriminants. Sur les marqueurs de genre, j'ai pris deux exemples.

#### **1. La mère émotionnelle et le père structurant**

La lecture des décisions de jurisprudence sur la résidence des enfants atteste que les juges ont une forte propension à analyser les relations à la mère et au père de manière émotionnelle. Ce ne sont plus du tout des théories psychosociales, psychiatriques sur les théories de l'attachement, qui sont mobilisées ici comme elles ont pu être mobilisées autrefois, mais on trouve des décisions sur le fait que l'enfant doit être confié à la mère parce que l'enfant va développer avec sa mère des relations affectives, parce que la mère, nous dit-on, entre dans le champ de la protection émotive, et que le père entre dans le champ de la loi structurante. On n'a pas le temps ici de développer cette affirmation, mais l'idée de la mère émotive et du père structurant est quand même une idée assez intéressante sur laquelle, d'ailleurs, l'historien Didier Lett a travaillé sur l'histoire des tempéraments.

#### **2. L'émotion cache l'idée d'un travail de care**

La doctrine a aussi bien montré les dangers de la stigmatisation des émotions dans ce qu'on a dénommé le travail de care. Certains auteurs qui ont montré combien ce que l'on peut appeler le soutien émotionnel aux autres dans la famille (aux personnes les plus âgées, aux malades, aux enfants handicapés...) est entouré d'un langage émotionnel qui fait disparaître et disqualifie complètement ces activités, que d'autres au contraire s'attachent à mettre en lumière comme étant ce qu'ils elles dénomment un travail de care. Le recours aux émotions non seulement stigmatise parfois les individus, mais participe aussi d'une certaine idée de la répartition des rôles au sein de la famille en les dissimulant complètement.

## **II.- Les Émotions collectives**

Je voulais avec cette seconde partie, mais le temps presse, vous montrer comment la prise en considération des émotions collectives change complètement le prisme de travail sur la question des émotions et son rapport en droit de la famille.

Les émotions collectives peuvent être relevées soit parce que les individus ont conscience qu'une norme a été violée, et ils manifestent à cette occasion l'idée qu'il y a là une certaine injustice, soit en raison d'un mouvement général, collectif, d'empathie.

## A.- Entre la morale et le droit

J'ai pris deux situations, où l'on peut remarquer que l'émotion collective (c'est-à-dire l'idée qu'il y a un partage d'une même émotion entre une plus grande catégorie d'individus) va être à l'origine de normes, qui ne sont pas nécessairement des normes juridiques, qui vont intervenir en droit de la famille.

Parfois l'émotion collective est rendue obligatoire. Si on ne partage pas tel dégoût, telle pitié, telle autre émotion, on est un paria de la société. Et ce que je dis est vrai pour le droit de la famille, mais à mon avis pour bien d'autres illustrations en droit. Je voudrais vous montrer comment l'émotion collective peut être source de normes. C'est ce que précisait d'ailleurs Alexandre Flüchiger quand il s'intéressait à la question de savoir pourquoi on respecte la *soft law* ou pas. J'ai pris deux illustrations plus précises : une première série d'émotions, l'indignation, la colère et le dégoût ; et l'autre série, c'est l'empathie et la pitié.

### 1. *L'indignation, la colère et le dégoût (l'inceste, l'indignité, la violence)*

L'indignation, la colère et le dégoût sont à l'origine d'un certain nombre de condamnations en droit de la famille. Prenons le cas de l'inceste. Le droit ne consacre pas la vision anthropologique ou sociologique de l'inceste. Le droit a une conception beaucoup plus restreinte de l'inceste. Malgré tout, l'émotion du dégoût de l'inceste a pour conséquence de produire un certain nombre de comportements moraux, qui vont finalement inciter les individus à réprouver un comportement pourtant non sanctionné juridiquement. Ainsi, les rapports sexuels entre adultes consentants de la même famille ne sont pas interdits par le droit français. Mais le dégoût de l'inceste conduit à une condamnation morale de ce comportement et incite les individus à demander la consécration de règles juridiques qui vont au-delà des règles actuelles sur la sanction de l'inceste.

L'émotion collective de dégoût est à l'origine de règles morales et parfois d'une demande de droit. En matière d'inceste, on a un débat actuellement intéressant en bioéthique, qui est la demande des personnes nées d'une assistance médicale à la procréation avec don, de savoir quels sont les autres enfants qui sont nés d'un même donneur – possibilité qui existe par exemple au Royaume-Uni. Cette question de savoir quels sont les frères et sœurs nés d'un même don n'est pas une simple curiosité ou une simple volonté de créer une famille différente, elle a aussi pour fondement, en tout cas telle que la demande est faite, l'idée émotionnelle qu'il ne serait pas impossible d'avoir des relations sexuelles sans le savoir avec un frère ou une sœur née d'un même donneur. Le législateur actuellement dans la loi bioéthique ne l'a pas consacré, mais c'est une demande assez récurrente qui est exprimée dans cette hypothèse.

Prenons maintenant l'indignation. Cette émotion a présidé aux cas d'indignité successorale et est de plus en plus présente, à telle enseigne que l'indignation envers la

violence, par exemple, a été consacrée par la loi du 30 juillet 2020 pour créer de nouveaux cas d'indignité et de nouveaux cas de déchéance de l'obligation alimentaire.

## **2. *L'empathie et la pitié***

L'empathie et la pitié a aussi été un prisme émotionnel invoqué pour protéger les enfants. Ainsi dans le discours sur la question de savoir comment consacrer la filiation des enfants nés de gestation pour autrui, le prisme émotionnel a une importance presque excessive, c'est-à-dire que cette façon de considérer les enfants comme des victimes de la société, de leurs propres parents, et donc de mobiliser dans la société l'argument de l'empathie envers ses enfants, a été un argument extrêmement important qui a permis aux juges (car c'était aussi dans leur discours) d'admettre progressivement, mais de manière certaine et aujourd'hui non contestée, l'établissement de la filiation à l'égard des deux parents d'intention.

## **B.- Quelle légitimité ?**

On pourrait multiplier les exemples où la mobilisation des émotions collectives est source de normes, que ce soit des normes morales ou des normes juridiques. Ce qui m'a intéressé finalement, c'est de savoir si cette façon de faire du droit par l'émotion, dont on trouve des exemples dans toutes les matières, n'est pas dangereuse. Est-ce que la mobilisation des émotions collectives n'est pas un phénomène illustrant ce que l'on décrit comme étant la crise de la démocratie, parce que ce sont des canaux finalement qui ne passent pas justement par la rationalité d'une délibération collective. De cette manière, je voudrais donner deux exemples : la honte et la peur.

### **1. *La pudeur et la honte / l'honneur (signifiant comportement sexuel normé, toute déviance hors norme, provocation, ou même délit)***

La honte, par exemple, est une émotion qui est mobilisée collectivement pour normaliser les comportements, en particulier les comportements sexuels dans la famille. C'est une manière aussi de stigmatiser, de discriminer toute déviance (le terme étant employé de façon justement non stigmatisante), toute provocation qui serait considérée comme, finalement, n'obéissant pas aux codes sexuels de l'époque. Cette manière de faire du droit évidemment a une incidence en droit de la famille dans la façon dont on appréhende l'évolution du mariage et des devoirs conjugaux, ou la sanction de l'homosexualité. Au travers de la mobilisation de l'émotion collective, certains comportements sont ainsi stigmatisés.

### **2. *La peur, pastorale de la peur / thérapeutique de la terreur***

Et puis on a aussi la peur, mobilisée de manière à éviter un comportement. Didier Lett a vraiment beaucoup travaillé sur cette analyse de la famille et de la parenté comme des communautés émotionnelles et montré comment cette vision assez chrétienne de la pastorale de la peur, de la thérapeutique de la terreur, avait une incidence dans

l'évolution historique du droit de la famille sur les comportements, sur ce qui était admis et ce qui était refusé.

Donc si je fais enfin la conclusion de ce long exposé, ce que je vous ai dit n'est pas nouveau. C'est là l'aspect déceptif de cet exposé. Rien de spécialement nouveau, mais peut-être une façon de relire ces vieux classiques, qui est une façon originale et intéressante permettant finalement de repérer un certain nombre d'écueils dans l'évolution du droit de la famille et son élaboration même contemporaine.

## Bibliographie indicative

H.S. Maine, *L'ancien droit considéré dans ses rapports avec l'histoire de la société primitive et avec les idées modernes* [« Early law and custom »], A. Durand et Pedone Lauriel, 1861 (réimpr. 1874 pour la traduction en français)

Gabrielle Radica, *Philosophie de la famille. Communauté, norme et pouvoir*, Paris, Vrin, 2013.

Axel Honneth, *La lutte pour la reconnaissance*, trad. P. Rusch, Paris, Cerf, 2008

Axel Honneth, *Le droit de la liberté*, Paris Gallimard, 2015

Anthony Giddens, *The Transformation of Intimacy. Sexuality, Love and Eroticism in modern Societies*, Stanford UP, 1992, p. 61-62.

Ella Illouz *Saving the Modern Soul. Therapy, Emotions, and the Culture of Self-Help*, 2008

Arlie Russell Hochschild, *The managed Heart. Commercialization of Human Feeling*, Berkeley, Los Angeles, Londres, California UP, 1983, traduction française : *Le prix des sentiments. Au cœur du travail émotionnel*, trad. par Salomé Fournet-Fayas et Cécile Thomé, Paris, La Découverte, 2017, 307 pages.

Arlie Russell Hochschild, *Les sentiments du capitalisme*, trad. Jean-Pierre Ricard, Paris, Seuil, 2006

Arlie Russel Hochschild, *The Second shift*, New York, Avon Books, 1990

Eva Feder Kittay, *Love's Labor. Essay on Women, Equality and Dependency*, New York-Londres, Routledge, 1999

Sandra Laugier et Patricia Paperman, *Le souci des autres. Ethique et politique du care*, éd. Paris, EHESS, 2005

Pascale Molinier, *Le travail du care*, Paris, La Dispute, 2013

Alexandre Flückiger, Pourquoi respectons-nous la soft law? in *Revue européenne des sciences sociales*, 2009, p. 73 et s.

L. Thévenot, « Emotions et évaluations dans les coordinations publiques », in P. Paperman et R. Ogien, *Raisons pratiques*, n° 6, *La couleur des pensées. Sentiments, émotions, intentions*, Paris EHESS, 1995, p. 148 et s.

Didier Lette, « Famille et relations émotionnelles », in *Histoire des émotions – Tome I : De l'Antiquité aux Lumières*, Seuil, 2017, p. 179 et s.

Bruno Dumezil, « Les barbares », in *Histoire des émotions – Tome I : De l'Antiquité aux Lumières*, Seuil, 2017, p. 93 et s.

## Droit et Émotion dans l'étude de l'aidant familial

**Marie BOUSSAGUET**

*Doctorante en droit privé à l'École de Droit de la Sorbonne (IRJS)*

*Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne*

*Co-direction Université Paris-Dauphine PSL (IRISSO)*

Il apparaît de prime abord bien difficile de rapprocher les notions de droit et d'émotion (qui plus est au singulier), tant les activités raisonnées et émotionnelles paraissent appartenir à des sphères hermétiques. Cependant, ces deux pans ne s'ignorent pas. Au contraire, rapprocher droit et émotion nous permet justement de prendre au sérieux la dimension sociale des émotions, et leur rôle moteur dans la création et le renouvellement des normes.

**Le courant *Law and Emotion*.** Le droit a toujours détaché la sphère des émotions de son champ d'action, car ces éléments relèveraient de mondes bien distincts : émotion contre raison, elle n'aurait ainsi aucune place dans le travail de production des normes juridiques. Cependant, en renonçant à l'étanchéité de ces deux domaines, une nouvelle analyse de la création et du renouvellement des normes nous est offerte. Ce courant présente principalement deux versants : révéler la pertinence des émotions dans l'analyse du droit, et identifier les émotions des acteurs et actrices dans les processus judiciaires<sup>1</sup>.

Né dans les années 90, le courant de la *Law and Emotion*, par la prise en compte des émotions dans l'analyse critique du droit, s'ancrait dans un mouvement prenant dans différents domaines scientifiques. La démarche consistait à intégrer l'analyse des émotions dans une dimension épistémique comme corollaire à l'étude de l'expérience des acteurs et actrices étudiés<sup>2</sup>. Comme l'énonce Madame Leroyer dans sa précédente intervention, la question des émotions dans l'analyse du droit de la famille permet d'étudier le passage de l'institution à l'individuel. La famille se définit comme une sphère émotionnelle dans laquelle les relations individuelles sont normées et ne sont plus orientées vers la seule procréation, mais vers la maximisation économique des profits, ce qui amène à redéfinir les contours de l'intimité dans la sphère familiale. Dans la

---

<sup>1</sup> « A significant part of law and emotion scholarship is focused on arguing for the relevance of emotion and on identifying emotion in legal processes and actors. Other parts of it venture further to ask how law can affect the expression and content of emotions themselves. », R. GROSSI, « Understanding Law and Emotion », *Emotion Review*, vol. 7, n° 1, Janvier 2015.

<sup>2</sup> Pour reprendre l'analyse réalisée par Patricia PAPERMAN concernant le travail de *care*, « D'une voix discordante : désentimentaliser le *care*, démoraliser l'éthique », dans P. MOLINIER, P. PAPERMAN, S. LAUGIER, *Qu'est-ce que le care ? Souci des autres, sensibilité, responsabilité*, Éditions Payot & Rivages, 2009, pp. 89-110, not. p. 96.

sphère de l'économie domestique se mêle ainsi sphère émotionnelle et marchande, révoquant l'hermétisme présupposé entre ces deux mondes<sup>3</sup>.

L'étude des transferts patrimoniaux et des relations économiques entre les membres de la sphère familiale est source de tension, sur le plan émotionnel comme juridique. La difficulté réside dans la prise en compte des services non rémunérés réalisés entre ses membres, pour laquelle il faut établir le « coût d'opportunité », soit « la perte ou le gain auquel un individu doit renoncer pour se consacrer à cette production »<sup>4</sup>. Ces services peuvent également faire l'objet de transferts patrimoniaux, qui intéressent les domaines économique et juridique. C'est toute la problématique de l'économie domestique, qui saisit les aspects patrimoniaux potentiels dans les relations familiales, et notamment celles mobilisées au moment de la prise en charge de la personne âgée dépendante.

**L'émotion en sociologie.** Dans le cadre de notre sujet d'étude, c'est la sociologue Arlie Russell Hochschild qui amorça l'étude des émotions en sociologie sur le travail de *care*<sup>5</sup>. Elle établit le concept d'*Emotional Labor*<sup>6</sup>, traduit en français par « travail émotionnel »<sup>7</sup>, dans son étude sur le travail de *care* réalisé par les hôtesses de l'air<sup>8</sup>. Ce dernier établit que « l'organisation des émotions se fait en fonction des rôles que nous nous attribuons et des attentes que se forment les personnes impliquées dans la situation à notre égard »<sup>9</sup>. Sur ce fondement, l'autrice a par la suite pu étudier les

<sup>3</sup> A. GRAMAIN, L. LACAN, F. WEBER, J. WITTEW, « Économie domestique et décisions familiales dans la prise en charge des personnes âgées dépendantes. De l'ethnographie à la formalisation microéconomique », *Revue économique*, vol. 56, n° 2, 2005, pp. 465-484 ; V. ZELIZER, « Transactions intimes », *Genèses*, vol. 42, n° 1, 2001, pp. 121-144.

<sup>4</sup> A. GRAMAIN, L. LACAN, F. WEBER, J. WITTEW, « Économie domestique et décisions familiales dans la prise en charge des personnes âgées dépendantes. De l'ethnographie à la formalisation microéconomique », *Revue économique*, 2005, vol. 56, n° 2, pp. 465-484.

<sup>5</sup> Nous retiendrons ici une définition large du travail de *care*, soit comme « un service à la personne avec laquelle il existe un contact personnel », et qui constitue un soutien pour la personne bénéficiaire. Ce dernier n'implique pas nécessairement une interaction directe de « face à face », ce qui permet d'inclure les transferts patrimoniaux comme la mise à disposition de biens et de services, R. PARREÑAS, « Le travail de *care* des hôtesses de bar au Japon », *Travailler*, vol. 28, n° 2, 2012, pp. 15-31 ; P. ENGLAND, N. FOLBRE, « The Cost of Caring: Emotional Labor in the Service Economy », *Annals of the American Academy of Political and Social Sciences*, 561 : 39-51, 1999 ; P. ENGLAND, M. BUDIG, N. FOLBRE, « Wages of Virtue : The Relative Pay of Care Work », *Social Problems*, 49 : 455-473, 2002. Pour une définition plus large, intégrant les dimensions morales, politiques, et de justice, inhérentes au travail du *care*, voir la définition retenue par Joan TRONTO dans *Moral Boundaries : A Political Argument for an Ethic of Care*, Routledge, 1993 ; P. MOLINIER, P. PAPERMAN, S. LAUGIER, *Qu'est-ce que le care ? Souci des autres, sensibilité, responsabilité*, Éditions Payot & Rivages, 2009.

<sup>6</sup> « I call "emotional labor" - the effort to seem to feel and to try to really feel the "right" feeling for the job, and to try to induce the "right" feeling in certain others. For example, the flight attendant is trained to manage fear at turbulence and anger at cranky or abusive passengers. », A. R. HOCHSCHILD, « Feeling in Sociology and the World », *Sociologisk Forskning*, vol. 45, n° 2, 2008, pp. 46-50.

<sup>7</sup> A. R. HOCHSCHILD, « Travail émotionnel, règles de sentiments et structure sociale », *Travailler*, vol. 9, n° 1, 2003, pp. 19-49.

<sup>8</sup> A. R. HOCHSCHILD, *The Managed Heart: The Commercialization of Human Feeling*, Berkeley, The University of California Press, 1983.

<sup>9</sup> J. BERNARD, « Reviewed Work(s) : Le prix des sentiments. Au cœur du travail émotionnel by Arlie Russell Hochschild », *Revue française de sociologie*, vol. 59, n° 1, Janvier/Mars 2018, pp. 130-133.

différences existant dans les interactions de la sphère privée et celles opérant dans un contexte professionnel, en particulier dans le domaine domestique de répartition des activités de *care* au sein des couples<sup>10</sup>. C'est notamment dans cette démarche que nous souhaitons inscrire ici notre présentation des enjeux pluridisciplinaires propres à l'étude des aidants familiaux.

**L'apport de la *Law and Emotion* dans l'étude du travail de *care*.** Le vieillissement, d'actualité au regard des circonstances sanitaires actuelles<sup>11</sup>, est un phénomène complexe qui présente une réalité hétérogène, où autonomie et dépendance se côtoient, sans s'exclurent. La diversité qu'englobe cette population soulève de nombreuses questions qui concernent la problématique des solidarités familiales. Quel est le rôle de la famille dans la prise en charge du vieillissement ? Et d'un point de vue juridique prospectif : quel *doit être* le rôle de la famille dans la prise en charge des personnes âgées ?

Bien vaste question. L'analyse du travail de *care*<sup>12</sup> sous le prisme du courant *Law and Emotion* se concentrera ici sur les relations mobilisées lors de la perte d'autonomie de la personne âgée. L'intégration de l'analyse par les émotions permettra notamment de restituer les dimensions matérielle et psychologique du travail de *care*.

Cet article n'aura vocation à présenter que certaines pistes d'analyse et un état des questions sur cette thématique, d'abord sous un versant théorique, puis par une illustration pratique. Dans un premier temps sera présenté le concept de parenté pratique, où la dimension sociale des émotions permet de redessiner les contours des solidarités familiales. Dans un second temps, le propos se concentrera sur les problématiques soulevées lorsque le rôle de l'aidant familial est endossé par un membre du couple.

**Le concept de parenté pratique.** La parenté pratique, concept issu de la sociologie<sup>13</sup>, correspond au groupe de personnes mobilisées pour la prise en charge de la

---

<sup>10</sup> A. R. HOCHSCHILD, A. MACHUNG, *The Second Shift: Working Parents and the Revolution at Home*, New York : Viking Penguin, 1989 : « This work does not fall equally upon the two genders; roughly a quarter of men but half of women work in jobs heavy in emotional. Emotional labor has hidden costs, and these fall more heavily on women », A. R. HOCHSCHILD, « Feeling in Sociology and the World », *Sociologisk Forskning*, vol. 45, n° 2, 2008, pp. 46-50

<sup>11</sup> Sur l'incidence de la pandémie de Covid dans le travail de soin apporté aux personnes âgées, voir O. GIRAUD, A. PETIAU, B. RIST, A. TOUAHRIA-GAILLARD, A. TRENTA, « “Ça fait des années qu'on est confinés”. La crise sanitaire du Covid-19 révélatrice de la condition des proches aidant-e-s de personnes en situation de dépendance. » *Revue française des affaires sociales*, n° 4, 2020, pp. 243-260.

<sup>12</sup> Voir *supra*, note de bas de page n° 4.

<sup>13</sup> F. WEBER, « Pour penser la parenté contemporaine. Maisonnée et parentèle, des outils de l'anthropologie », dans D. DEBORDEAUX, P. STROBEL (dir.), *Les solidarités familiales en questions. Entraide et transmission*, LGDJ, 2002, pp. 73-106 ; A. GRAMAIN, F. WEBER, « Introduction. Modéliser l'économie domestique », dans S. GOJARD, A. GRAMAIN, F. WEBER (dir.), *Charges de famille. Dépendance et parenté dans la France contemporaine*, La Découverte, 2003, pp. 9-42.

personne âgée dépendante<sup>14</sup>, par le biais de transferts patrimoniaux ou la mise à disposition de biens ou de services en dehors du marché et des institutions<sup>15</sup>. Ce sont donc les personnes réalisant un travail de *care* au bénéfice de la personne âgée. L'étude de la parenté pratique permet de rechercher et analyser les différents modes de prise en charge des personnes dépendantes et leurs déterminants économiques et sociaux. Sous le prisme de ce concept se révèle ainsi la diversité des aidants, qui dépasse la seule sphère de la parenté juridique. Ce concept intéressera particulièrement le juriste en droit patrimonial de la famille pour deux raisons. Premièrement, il donne la possibilité d'établir un nouveau tracé des contours de la notion de famille dans le cadre du travail des soins à la personne et l'étude des solidarités familiales à l'heure du vieil âge. Deuxièmement, il permet de mettre en évidence le travail effectué par l'aidant familial et d'observer les différences de traitements accordées selon la personne qui va endosser ce rôle. La parenté pratique est ainsi un outil théorique révélant une puissance pratique dans l'étude des transferts marchands et non marchands réalisés hors et dans la sphère de la parenté juridique qui interviendraient au titre de l'aide fournie par un aidant.

La parenté pratique nous fait pénétrer la « boîte noire familiale »<sup>16</sup>, en dépassant l'opposition entre argent et sentiment. Cette opposition tend à confondre deux niveaux d'analyse : le niveau ponctuel de l'aide apportée, et le niveau de la relation dans laquelle s'inscrit cette aide<sup>17</sup>. Pour comprendre le fonctionnement des solidarités intervenant au moment de la perte d'autonomie d'une personne âgée, il faut dépasser la seule approche par les liens de la parenté juridique de la filiation et de l'alliance, et analyser les différentes logiques sur lesquelles repose la parenté pratique, qui regroupe la transmission, la production quotidienne, et la logique relationnelle dite de « parenté élective »<sup>18</sup>. En accordant une place privilégiée à la dimension sociale des émotions, et en dépassant la seule sphère juridique de la famille, l'on sera plus éclairé sur les relations mobilisées lors de la prise en charge d'une personne âgée dépendante. Il y a donc tout intérêt à saisir l'analyse sociologique pour mieux comprendre l'organisation des relations dans le déclin de l'autonomie.

Cet affranchissement des frontières de la famille juridique permet d'étudier sous un nouvel angle les solidarités intervenant lors de la perte d'autonomie des personnes

<sup>14</sup> Cette notion peut également nourrir les réflexions sur « l'organisation de la solidarité à l'égard de toute personne en situation de dépendance quel que soit son âge ou son état de santé », A. GRAMAIN, F. WEBER, « Introduction. Modéliser l'économie domestique », dans S. GOJARD, A. GRAMAIN, F. WEBER, *Charges de famille. Dépendance et parenté dans la France contemporaine*. La Découverte, 2003, pp. 9-42.

<sup>15</sup> A. GRAMAIN, L. LACAN, F. WEBER, J. WITTEWER, « Économie domestique et décisions familiales dans la prise en charge des personnes âgées dépendantes. De l'ethnographie à la formalisation microéconomique », *Revue économique*, vol. 56, n° 2, 2005, pp. 465-484.

<sup>16</sup> V. CARADEC, *Sociologie de la vieillesse et du vieillissement*, Paris, Nathan, coll. 128, 2001, p.78.

<sup>17</sup> S. GOJARD, A. GRAMAIN, F. WEBER (dir.), *Charges de famille. Dépendance et parenté dans la France contemporaine*, La Découverte, 2003 ; V. ZELIZER, « Transactions intimes », *Genèses*, vol. 42, n° 1, 2001, pp. 121-144.

<sup>18</sup> S. GOJARD, A. GRAMAIN, F. WEBER, « Conclusion. Le partage du quotidien. Services rémunérés et sentiments de parenté », dans S. GOJARD, A. GRAMAIN, F. WEBER (dir.), *Charges de famille. Dépendance et parenté dans la France contemporaine*, La Découverte, 2003, pp. 390-398.

âgées, mais aussi de repenser le statut de la conjointe aidante et du conjoint aidant en dehors de sa catégorisation juridique. C'est en couplant cette analyse avec celle des limites de la dichotomie établie entre les solidarités nationale et familiale que l'on favorisera une meilleure construction de son statut et une reconnaissance de son travail effectif.

### **L'aidant familial dans la prise en charge des personnes âgées dépendantes.**

Rappelons que l'aidant évoqué ici est la personne mobilisée pour la prise en charge de la personne âgée dépendante, par le biais de transferts patrimoniaux ou la mise à disposition de biens ou de services en dehors du marché et des institutions, ce qui en fait un membre de la parenté pratique. Cet aidant, entre travailleur rémunéré et aidant bénévole, concentre les ambiguïtés lorsqu'il s'agit d'un parent, et cumule des statuts, qui aujourd'hui ne répondent pas à une organisation cohérente : débiteur de l'aide, débiteur de l'obligation alimentaire, héritier à la succession, et éventuellement créancier d'aides sociales.

Face à ces difficultés, les sociologues interrogent les juristes<sup>19</sup> : pouvons-nous organiser une articulation cohérente entre ces différents statuts ? Une tentative de réponse à cette question, par la collaboration entre juristes et sociologues, replacerait au cœur des réflexions normatives l'affectif et les liens personnels dans les rapports de rémunération du travail de l'aidant, et pourrait permettre une meilleure reconnaissance de ce travail effectif<sup>20</sup>.

Parmi les aidants familiaux concentrant le plus de difficultés, l'on retrouve la conjointe aidante, pour laquelle cet article va consacrer quelques brèves observations.

**La conjointe aidante.** Pour une illustration pratique des problématiques soulevées, il y a lieu de consacrer une attention toute particulière au membre du couple remplissant le rôle d'aidant de la personne en perte d'autonomie. Cet aidant concentre certaines ambiguïtés du débat, et, qui plus est, est l'aidant familial le plus récurrent. Selon les statistiques de la DRESS publiées en 2019<sup>21</sup>, la majorité des seniors aidés le sont uniquement par leur entourage<sup>22</sup>. Quand les seniors sont aidés par un membre de

---

<sup>19</sup> Ibid.

<sup>20</sup> « (...) Ce qui compte est de conserver une position épistémologique, qui accorde une place privilégiée à l'expérience des acteurs et des actrices du care ». L'autrice évoque ici la valeur épistémique et morale des émotions dans les relations personnelles inscrites dans une perspective de care. La désentimentalisation du care évoquée dans le titre consiste en « déconnecter l'éthique du care de son association aux femmes en mettant en évidence qu'il s'agit d'activités qui sont des réponses à une vulnérabilité commune (et non des réponses liées à une affectivité propre aux femmes) », P. PAPERMAN, « D'une voix discordante : désentimentaliser le care, démoraiser l'éthique », dans P. MOLINIER, P. PAPERMAN, S. LAUGIER, *Qu'est-ce que le care ? Souci des autres, sensibilité, responsabilité*, Éditions Payot & Rivages, 2009, pp. 89-110, not. pp. 96, 104 et 109.

<sup>21</sup> M. BRUNEL, J. LATOURELLE, M. ZAKRI, « Un senior à domicile sur cinq aidé régulièrement pour les tâches du quotidien », *Études et résultats*, n° 1103, DREES, 2019.

<sup>22</sup> La définition de l'entourage retenue par les autrices et l'auteur de l'article *supra* exclut ici les aidants professionnels. L'hypothèse de cumul de l'aide familiale et professionnelle sera écartée pour cette étude.

l'entourage, 87 % d'entre eux le sont au moins par le conjoint ou les enfants. Un senior aidé sur deux déclare un seul aidant. Environ une femme aidée sur cinq et un homme aidé sur deux le sont uniquement par leur conjoint. Les femmes ont une plus grande probabilité de vivre plus longtemps que leur éventuel conjoint<sup>23</sup>. Ainsi, l'aidant familial est souvent le conjoint, et une femme dans le cadre des couples hétérosexuels<sup>24</sup>.

Les statistiques de la DRESS ne font référence qu'au conjoint, sans restituer de distinction selon le mode de conjugalité choisi (concubinage, pacs, mariage). L'on retiendra pour la suite des développements le terme de conjointe aidante, par cohérence avec les statistiques utilisées, tout en gardant en tête que le conjoint évoqué sur le plan de l'aide sociale peut correspondre au partenaire, à l'époux ou l'épouse, comme au concubin ou à la concubine<sup>25</sup>.

**Illustration d'une difficulté d'articulation : l'aide sociale et la conjointe aidante.** Le propos se concentrera sur une aide sociale en particulier. Il s'agit de l'aide personnalisée à l'autonomie (APA). Cette dernière sert à payer, en totalité ou en partie, les dépenses nécessaires pour permettre à la personne âgée de rester à domicile<sup>26</sup>. Elle est versée par les services du département, et soumise à certaines conditions<sup>27</sup> : d'âge<sup>28</sup>, d'autonomie, évaluée par la grille Aggir<sup>29</sup>, et de résidence<sup>30</sup>. Son bénéfice ne nécessite pas un recours préalable des obligés alimentaire<sup>31</sup>, et elle n'est pas récupérable sur les successions<sup>32</sup>. Si le bénéfice de l'APA, à domicile comme en institution, n'est pas soumis à des conditions de ressource, il peut être demandé au bénéficiaire de l'aide une participation financière. Cette dernière n'est qu'éventuelle et dépend des ressources du bénéficiaire de l'aide et de son plan d'aide<sup>33</sup>.

<sup>23</sup> M. BRUNEL, J. LATOURELLE, M. ZAKRI, « Un senior à domicile sur cinq aidé régulièrement pour les tâches du quotidien », *Études et résultats*, n° 1103, DREES, 2019.

<sup>24</sup> 59,5 % des aidants de seniors à domicile sont des femmes, et plus d'un quart des aidants sont des conjoints, d'après les chiffres actualisés du dispositif d'enquête « CARE » (Capacité Aides et REssources des seniors) mis en place par la Drees ; X. BESNARD, M. BRUNEL, N. COUVERT, D. ROY, « Les proches aidants des seniors et leur ressenti sur l'aide apportée. Résultats des enquêtes « CARE » auprès des aidants (2015-2016) », *Les dossiers de la DREES*, n° 45, novembre 2019.

<sup>25</sup> M. SAULIER, *Le droit commun des couples – Essai critique et prospectif*, IRJS Éditions, 2017, p. 14, n° 11, p.19, n° 13, p. 201, n° 224, et p. 481.

<sup>26</sup> L'APA peut également servir à payer une partie du tarif dépendance d'un établissement médico-social, comme un EHPAD, dans lequel la personne âgée est hébergée. Seul l'APA à domicile sera évoquée dans cet article.

<sup>27</sup> Article L232-1 du Code de l'action sociale et des familles.

<sup>28</sup> Articles L232-1 et R232-1 du Code de l'action sociale et des familles.

<sup>29</sup> Articles R232-3 et 232-4, et annexes 2-1 et 2-2 du Code de l'action sociale et des familles ; <https://www.service-public.fr/particuliers/vosdroits/F1229#:~:text=La%20grille%20Aggir%20est%20utilis%C3%A9e,et%20sociales%20dites%20activit%C3%A9s%20illustratives> (consulté le 23/02/2021).

<sup>30</sup> Articles L232-2 et R232-2 du Code de l'action sociale et des familles.

<sup>31</sup> Article L232-24 du Code de l'action sociale et des familles.

<sup>32</sup> Article L232-19 du Code de l'action sociale et des familles.

<sup>33</sup> Articles L232-4 et R 232-11 du Code de l'action sociale et des familles pour l'APA à domicile, et articles L 232-8 et R 232-19 du même Code pour l'APA en établissement. Concernant les ressources prises en compte, voir l'article R 232-5 du Code de l'action sociale et des familles.

La personne âgée peut utiliser cette aide pour rémunérer directement son aidant<sup>34</sup>. Dans ce cas, elle devient un particulier employeur et devra déclarer ces sommes à l'Urssaf. Cependant, cette modalité n'est pas disponible lorsque l'aide à domicile est assurée par le conjoint, le concubin ou le partenaire<sup>35</sup>.

Cette aide soulève un point intéressant concernant l'articulation entre la solidarité nationale et la solidarité familiale. Si cette aide n'est pas récupérable sur les successions, on peut alors interpréter que la charge finale de cette dette est attribuée à la solidarité nationale. Pour parler en termes économiques, l'on admet qu'il s'agit d'un « risque » assuré nationalement<sup>36</sup>.

En procédant à un raisonnement de type « toute chose égale par ailleurs », lorsque l'aidant familial n'est pas un membre du couple, il est possible de rémunérer directement ce dernier, accordant ainsi une certaine visibilité au travail effectué. L'APA n'étant pas récupérable sur la succession, la charge finale de la dette que représente le travail de cet aidant repose donc sur la solidarité nationale. Dans l'hypothèse où cette même aide est réalisée par un membre du couple, la personne âgée en situation de dépendance pourra éventuellement bénéficier de l'APA, mais elle ne pourra pas utiliser cette aide pour rémunérer directement son aidant. Ainsi pour la réalisation d'un même travail, dans un cas il sera reconnu et fondera un droit à rémunération, dans l'autre, il sera ignoré et envisagé comme bénévole. La charge finale de la dette que représente le travail de la conjointe aidante est donc attribuée à la solidarité familiale.

L'on observe ici une curieuse articulation du statut de l'aidant familial, qui mérite que l'on s'interroge sur cette dernière. Cet exemple illustre les limites de la dichotomie établie entre les solidarités nationale et familiale soulevées par l'absence de cohérence dans l'organisation du statut de l'aidant familial.

Dans une autre hypothèse, il a pu être observé<sup>37</sup> le cas où une succession est déficitaire en raison du recours sur succession exercé par le département pour récupérer les aides sociales dont a pu bénéficier le *de cujus* de son vivant (donc hors APA). L'héritier renonce. Cependant, il récupère 700 000 € par le biais d'une assurance-vie. Si l'aide, prévoyant un recours sur succession, était envisagée comme à la charge définitive de la solidarité familiale, l'assurance-vie, dont le capital n'est pas récupérable, va faire

<sup>34</sup> Article L232-15 du Code de l'action sociale et des familles.

<sup>35</sup> Article L232-7 alinéa 2 du Code de l'action sociale et des familles.

<sup>36</sup> « L'apparition de nouveaux risques sociaux serait le résultat d'une double transformation de nos sociétés : d'une part, des évolutions démographiques profondes combinant les effets du vieillissement des populations européennes et une fragilisation des familles et des couples et, d'autre part, une transformation tout aussi profonde du marché du travail, marquée par la précarisation et la flexibilité des emplois. Peter Taylor-Gooby définit ainsi ces risques : "Les nouveaux risques sociaux sont les risques auxquels les personnes font face désormais au cours de leur existence du fait des changements économiques et sociaux liés à la transition vers une société post-industrielle" [Taylor-Gooby, 2004, p. 2-3 : Taylor-Gooby P. (dir.) (2004), *New Risks, New Welfare. The Transformation of the European Welfare State*, Oxford, Oxford University Press.], ». C. MARTIN, « Longévité et nouveaux risques sociaux. Pour une politique des âges de la vie dans une société du care », dans GUILLEMARD A.-M., MASCOVA E. (dir), *Allongement de la vie. Quels défis ? Quelles politiques ?*, La Découverte, 2017, pp. 261-278.

<sup>37</sup> Terrain d'enquête en cours de réalisation.

basculer la charge définitive du côté de la solidarité nationale. Cette observation est à rapprocher de l'hypothèse évoquée *supra* concernant la conjointe aidante et le bénéfice de l'APA. Selon la relation concernée et l'outil juridique mobilisé pour envisager une indemnisation, l'articulation entre les solidarités demeure bien aléatoire et malléable, là où une cohérence des statuts reste à construire.

**Pour conclure.** L'opposition selon laquelle le travail domestique réalisé par la conjointe serait nécessairement bénévole et entrerait dans une obligation du couple<sup>38</sup>, alors que celui fourni par un autre aidant<sup>39</sup> pourrait percevoir une indemnisation, est une articulation qui mérite d'être questionnée.

En effet, ce travail domestique semble nécessairement rattaché à la sphère familiale, à laquelle l'imaginaire collectif lie générosité désintéressée, altruisme, et aide-bénévole. Elle est présentée comme s'opposant à la sphère économique, concernée par les valeurs marchandes et d'échanges des marchés. La thèse des « mondes antagonistes »<sup>40</sup> semble encore largement reprise dans les réflexions juridiques sur ces problématiques. Ce travail domestique, qu'il soit réalisé bénévolement ou professionnellement, ne connaît pas de véritable reconnaissance sur le plan économique, dont le prix sera généralement payé par les femmes<sup>41</sup>, et plus largement par « toutes les catégories sociales désavantagées, ethnicisées, racialisées »<sup>42</sup>.

L'on est ainsi bien mal à l'aise face à l'aidant familial qui est dans cet entre-deux, entre travailleur rémunéré et aidant bénévole. Mais c'est notamment en rapprochant droit et émotion que nous pouvons prendre au sérieux la dimension sociale des émotions, comme moteur dans la création et le renouvellement des normes sur ce point. L'étude de ces « transactions intimes »<sup>43</sup>, soit des transferts économiques mêlés à

---

<sup>38</sup> Comme historiquement envisagé en Grande-Bretagne, évoqué par l'autrice, et similairement en France, « Le travail de *care* faisait partie intégrante du devoir conjugal et, par conséquent, ne pouvait relever du marché du travail librement consenti », E. NAKANO GLENN, « Le travail forcé : citoyenneté, obligation statutaire, et assignation des femmes au *care* », dans P. MOLINIER, P. PAPERMAN, S. LAUGIER, *Qu'est-ce que le care ? Souci des autres, sensibilité, responsabilité*, Éditions Payot & Rivages, 2009, pp. 113-131, not. p. 120 ; en droit français, ce fondement se trouverait dans l'obligation de secours et d'assistance de l'article 212 du Code civil dans le cadre du mariage. Pour les partenaires, elle résiderait dans l'aide matérielle et d'assistance réciproque de l'article 515-4 du Code civil. Il n'existe aucun fondement sur ce point concernant le concubinage, puisqu'il s'agit d'une union de fait. L'on constate donc un alignement pour l'ensemble des couples.

<sup>39</sup> Familial, tiers ou professionnel.

<sup>40</sup> V. ZELIZER, « Transactions intimes », *Genèses*, vol. 42, n° 1, 2001, pp. 121-144.

<sup>41</sup> Un parallèle entre le statut du conjoint aidant et les partages patrimoniaux intervenant lors des divorces et successions peut s'établir avec les analyses retenues par Sybille Gollac et Céline Bessière dans *Le Genre du capital*, La Découverte, 2020, et celles de Viviana Zelizer dans l'article cité *supra* concernant les droits à rétribution des femmes fondés sur leur travail ménager ; C. MARTIN, « Les solidarités familiales : bon ou mauvais objet sociologique ? », dans D. DEBORDEAUX, P. STROBEL (dir.), *Les solidarités familiales en questions. Entraide et transmission*, LGDJ, 2002, pp. 41-73, not. p. 51.

<sup>42</sup> S. LAUGIER, « Le *care* comme critique et comme féminisme », *Travail, genre et sociétés*, vol. 26, n° 2, 2011, pp. 183-188.

<sup>43</sup> V. ZELIZER, *loc. cit.*, pp. 121-144.

l'affectif, opérant dans la sphère de l'économie domestique<sup>44</sup>, aboutira, nous l'espérons, à une meilleure reconnaissance du travail effectué par l'aidant familial dans le cadre de la prise en charge des personnes âgées. S'affranchir de l'opposition « des mondes antagonistes »<sup>45</sup> permettra de rechercher les possibilités théoriques et pratiques mettant fin à l'opposition entre soins et paiement.

---

<sup>44</sup> A. GRAMAIN, L. LACAN, F. WEBER, J. WITTWER, « Économie domestique et décisions familiales dans la prise en charge des personnes âgées dépendantes. De l'ethnographie à la formalisation microéconomique », *Revue économique*, vol. 56, n° 2, 2005, pp. 465-484.

<sup>45</sup> V. ZELIZER, *loc. cit.*, pp. 121-144.

## De l'émotion comme fondement du droit à l'émotion comme outil d'analyse du droit : l'exemple de l'acte d'enfant sans vie

**Rébecca DEMOULE**

*Doctorante en droit privé à l'Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne*

Deux mois avant notre contribution orale au séminaire « Droit et émotion » organisé par l'Institut de recherche juridique de la Sorbonne, une proposition de loi sénatoriale, était enregistrée pour modifier le régime des actes d'enfant sans vie<sup>1</sup>. Disposant que peuvent figurer sur les actes d'enfant sans vie, à la demande des père et mère, le ou les prénoms de l'enfant ainsi qu'un nom, le texte exclut expressément tout effet juridique de ces ajouts<sup>2</sup>. La proposition de loi consiste ainsi à « accompagner le deuil des parents, sans pour autant accorder de droits supplémentaires »<sup>3</sup>. Définitivement adoptée par le Parlement au moment où nous relisons les épreuves de cet article – elle affirme ainsi sans détour le lien entre le droit encadrant l'acte d'enfant sans vie et les émotions. Cela confère à l'étude des actes d'enfant sans vie un intérêt tout particulier dans le cadre du cycle de séminaire « Droit et émotion ».

L'acte d'enfant sans vie a été créé pour des parents ayant perdu un enfant à la suite, notamment, d'une fausse couche tardive ou encore d'une interruption de grossesse pour motif médical. Dans ces cas, en effet, l'enfant naît non viable ou non vivant et ne bénéficie donc pas de la personnalité juridique. Il est ainsi différencié des enfants nés viables et vivants et décédés peu après leur naissance. Pour accompagner la douleur des parents<sup>4</sup> et à défaut d'acte de naissance, le droit instaure cependant un dispositif de prise en compte par l'état civil de cette vie manquée : l'acte d'enfant sans vie.

Plusieurs chercheurs ont qualifié l'acte d'enfant sans vie de « compassionnel »<sup>5</sup>. La compassion pouvant être définie comme le « sentiment qui porte à prendre part à la

---

<sup>1</sup> Proposition de loi n° 189 (2020-2021) visant à nommer les enfants nés sans vie, de Mme Anne-Catherine LOISIER, enregistrée à la Présidence du Sénat le 7 décembre 2020.

<sup>2</sup> La proposition de loi déposée au Sénat ne prévoyait pas cela et cette précision a été intégrée au texte suite à un amendement présenté en commission au Sénat par la rapporteure du texte.

<sup>3</sup> *Ibid.*, Exposé des motifs.

<sup>4</sup> Pour des raisons de cohérence, nous ferons référence aux porteurs du projet parental de l'enfant né sans vie par l'expression « parents ». D'autres chercheurs ont parlé de « personnes concernées » (terminologie du rapport PERISENS) ou de « péri-parents » (Anne-Sophie Giraud).

<sup>5</sup> V. par exemple X. BIOY, *Le concept de personne humaine en droit public : Recherche sur le sujet des droits fondamentaux*, préf. H. Roussillon, Paris : Dalloz, 2003, coll. Nouvelle bibliothèque de thèses, p. 223 ; J. ROCHFELD, *Les grandes notions du droit privé*, Paris : Presses universitaires de France, 2011, coll. Thémis Droit, p. 9 s. ; v. également G. LOISEAU, « L'acte II d'enfant sans vie », *Dr. fam.* 2008 n° 10, comm. 135.

douleur et aux souffrances d'autrui »<sup>6</sup>, l'acte d'enfant sans vie serait l'objet juridique d'un sentiment qui touche à des émotions.

La vérification de cette affirmation (I) conduira à utiliser l'émotion comme un outil d'analyse du droit régissant l'acte d'enfant sans vie (II).

## I.- Les sources discrètes de l'émotion en droit

### A.- La consécration progressive d'un acte émotionnel par des textes administratifs

**Changement de fonction.** À l'origine, l'acte d'enfant sans vie n'était pas orienté vers l'émotion des parents. Un décret du 4 juillet 1806 prévoyait que « lorsque le cadavre d'un enfant dont la naissance n'a pas été enregistrée sera présenté à l'officier de l'état civil, cet officier n'exprimera pas qu'un tel enfant est décédé, mais seulement qu'il a été présenté sans vie (...) » (article 1) et que « cet acte sera inscrit à sa date sur les registres de décès, sans qu'il en résulte aucun préjugé sur la question de savoir si l'enfant a eu vie ou non » (article 2). Selon Vincent Gourdon, historien, et Catherine Rollet, historienne et démographe, le décret de 1806 s'inscrit dans un contexte de questionnements autour de l'état civil de l'enfant mort-né, notamment au regard des enjeux en matière d'héritage<sup>7</sup>. Les considérations émotionnelles étaient encore loin. Qualifié en 1919 d'« acte d'enfant sans vie », après suppression de l'exigence de présentation de l'enfant à l'état civil<sup>8</sup>, cet acte était établi pour tous les enfants qui étaient décédés lors de la présentation à l'officier d'état civil, même s'ils étaient nés vivants et viables. Il ne comportait même pas le prénom de l'enfant.

La dimension « émotionnelle » de l'acte d'enfant sans vie a peu à peu pris les devants à partir des années 1990.

**La législation au secours de la personnalité juridique.** En 1993, l'acte d'enfant sans vie intègre le Code civil. La loi du 8 janvier 1993<sup>9</sup> introduit ainsi une distinction au sein des décès périnataux entre les enfants nés vivants et viables, mais décédés avant la déclaration de leur naissance à l'officier d'état civil, et ceux qui ne sont pas nés vivants et viables. Les premiers, nés viables et vivants, voient leur personnalité juridique reconnue et l'officier d'état civil établit un acte de naissance et un acte de décès (article 79-1, alinéa 1<sup>er</sup> du Code civil). L'acte d'enfant sans vie n'est délivré qu'aux seconds (article

<sup>6</sup> « Compassion », *Dictionnaire de l'Académie française*, 9<sup>e</sup> édition. [en ligne]. [consulté le 30 avril 2021]. Disponible sur Internet : <http://www.dictionnaire-academie.fr/article/A9C3211>.

<sup>7</sup> V. GOURDON, C. ROLLET, « Les mort-nés à Paris au XIX<sup>e</sup> siècle : enjeux sociaux, juridiques et médicaux d'une catégorie statistique », *Population* 2009, vol. 64, n° 4, p. 687-722.

<sup>8</sup> Instruction générale relative à l'état civil du 11 mai 1999, JO 28 juill., p. 11272, §461 a.

<sup>9</sup> Loi n° 93-22 du 8 janvier 1993 modifiant le code civil relative à l'état civil, à la famille et aux droits de l'enfant et instituant le juge aux affaires familiales, JO 9 janv., p. 495, art. 6.

79-1, alinéa 2 du Code civil) – et sa délivrance est, à cette époque, obligatoire. Outre l'entrée de l'acte d'enfant sans vie dans le Code civil, l'appréciation par le droit des décès périnataux s'affine.

En distinguant les deux situations, la loi a pour objectif assumé de tenir compte de l'émotion des parents des enfants décédés peu après leur naissance. Il s'agit ainsi de prendre en considération « le souhait légitime des parents de voir, pour des raisons psychologiques, établir un acte de naissance lorsque l'enfant est né viable »<sup>10</sup>.

**L'Administration au secours des enfants sans vie.** La suite des années 1990 voit plusieurs textes administratifs « émotionnaliser » l'acte d'enfant sans vie, tel qu'introduit dans le Code civil en 1993. Un décret de 1997 prévoit ainsi que « l'indication d'enfant sans vie ainsi que la date et le lieu de l'accouchement peuvent être apposés sur le livret de famille, à la demande des parents, par l'officier de l'état civil qui a établi l'acte »<sup>11</sup>.

C'est surtout l'Instruction générale relative à l'état civil de 1999 qui, en précisant matériellement les conditions et le régime de l'acte d'enfant sans vie, le recouvre d'une dimension émotionnelle. Elle détaille notamment le régime de l'acte d'enfant sans vie, en précisant d'abord qu'il ne répond pas aux délais imposés en matière d'acte de naissance<sup>12</sup>, bénéficiant ainsi d'un régime plus souple, qui s'adapte à la situation des parents endeuillés. L'Instruction générale relative à l'état civil prévoit également que « l'enfant sans vie peut recevoir un ou des prénoms si les parents en expriment le désir »<sup>13</sup>. Ces deux dispositions sont emblématiques : c'est le « désir » des parents qui primera, malgré le caractère en principe impératif des actes d'état civil<sup>14</sup>. Par ailleurs, la possibilité de prénommer l'enfant, qui n'était pas prévue par la loi de 1993, symbolise son individualisation et son humanisation malgré l'absence de personnalité juridique.

Ce mouvement se poursuit avec la circulaire du 30 novembre 2001 relative à l'enregistrement à l'état civil et à la prise en charge des corps des enfants décédés avant la déclaration de naissance. À l'occasion du traitement de la prise en charge du corps de l'enfant sans vie, elle insiste sur les émotions des parents, en prévoyant que « quelle que

<sup>10</sup> Proposition de loi n° 447 (1990-1991) relative aux enfants déclarés sans vie à l'officier d'état civil, de M. André Rouvière et plusieurs de ses collègues, déposée au Sénat le 3 juillet 1991, p. 2 : « Or, pour des raisons psychologiques les parents se trouvant dans cette situation souhaiteraient que la société reconnaisse cette naissance, qu'un acte mentionnant la naissance suivi d'un acte mentionnant le décès soient dressés ». L'apport de cette justification, qui était formulée par la proposition de loi sur les enfants sans vie du 3 juillet 1991, à la loi du 8 janvier 1993 est expressément souligné par le rapport fait en première lecture au Sénat lors de l'examen de ce dernier texte (L.DEJOIE, *Rapport fait au nom de la commission des Lois constitutionnelles, de Législation, du Suffrage universel, du Règlement et d'administration générale*, déposé le 2 décembre 1992, p. 15-16).

<sup>11</sup> Décret n° 97-853 du 16 septembre 1997 modifiant le décret n° 74-449 du 15 mai 1974 relatif au livret de famille, JO 18 sept., p. 13550, art. 3.

<sup>12</sup> *Ibid.*, §466.

<sup>13</sup> *Ibid.*, §467-2.

<sup>14</sup> V. *infra*.

soit la décision prise par la famille en matière de prise en charge du corps, le personnel soignant veillera à proposer, sans imposer, un accompagnement facilitant le travail de deuil »<sup>15</sup>.

**Le tournant de 2008 : l'irruption du juge.** Cette dynamique se transforme en 2008 et 2009 à la suite d'une série d'arrêts de la Cour de cassation. Depuis la circulaire de 2001 et jusqu'en 2008, un acte d'enfant sans vie n'était délivré que dans le respect du seuil de viabilité prévu par l'Organisation mondiale de la Santé, soit vingt-deux semaines d'aménorrhée ou un poids du fœtus de 500 grammes. Cela avait été le raisonnement des juges d'appel dans plusieurs arrêts, que la Cour de cassation, dans des arrêts du 6 février 2008, casse pour violation de la loi au visa de l'article 79-1, alinéa 2, du Code civil. Elle estime que « l'article 79-1, alinéa 2, du code civil ne subordonne l'établissement d'un acte d'enfant sans vie ni au poids du fœtus, ni à la durée de la grossesse, la cour d'appel (...) a ajouté au texte des conditions qu'il ne prévoit pas »<sup>16</sup>.

Tirant les conséquences de ces arrêts de la Cour de cassation, les pouvoirs publics prennent alors un décret, accompagné d'un arrêté, pour modifier les conditions de délivrance des actes d'enfant sans vie<sup>17</sup>. Désormais, le critère de délivrance est celui de l'accouchement : doit être présenté, pour établir l'acte d'enfant sans vie, un certificat médical d'accouchement, qui distingue, dans le formulaire mis à disposition, les différents termes de grossesse qui ouvrent, ou non, la délivrance d'un acte d'enfant sans vie. Or, le critère de l'accouchement n'est plus aussi objectif que les normes de l'Organisation mondiale de la Santé, en particulier concernant les fausses couches, et laisse une marge d'appréciation au médecin qui le rédige<sup>18</sup>. Il introduit donc de la souplesse dans la délivrance de l'acte d'enfant sans vie, ce qui constitue à nouveau une forme d'adaptation au ressenti des parents endeuillés.

Cela sera suivi par d'autres textes administratifs : décret généralisant la possibilité de délivrance d'un livret de famille aux parents d'un enfant sans vie<sup>19</sup>, circulaire de 2009 rendant facultative la délivrance d'un acte d'enfant sans vie<sup>20</sup>. Au-delà de

---

<sup>15</sup> Circulaire du 30 novembre 2001 relative à l'enregistrement à l'état civil et à la prise en charge des corps des enfants décédés avant la déclaration de naissance, texte non paru au *Journal officiel*, NOR : MESH0130766C.

<sup>16</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ, 6 févr. 2008, n° 06-16.498, n° 06-16.499 et n° 06-16.500, publiés au bulletin.

<sup>17</sup> Décret n° 2008-800 du 20 août 2008 relatif à l'application du second alinéa de l'article 79-1 du Code civil, JO 22 août, p. 13145 et arrêté 20 août 2008 relatif au modèle de certificat médical d'accouchement en vue d'une demande d'établissement d'un acte d'enfant sans vie, JO 22 août, p. 13165.

<sup>18</sup> G. LOISEAU, *loc. cit.*

<sup>19</sup> Décret n° 2008-798 du 20 août 2008 modifiant le décret n° 74-449 du 15 mai 1974 relatif au livret de famille, JO 22 août, p. 13144 et arrêté du 20 août 2008 modifiant l'arrêté du 1<sup>er</sup> juin 2006 fixant le modèle de livret de famille, JO 22 août, p. 13145.

<sup>20</sup> Circulaire interministérielle du 19 juin 2009 relative à l'enregistrement à l'état civil des enfants décédés avant la déclaration de naissance et de ceux pouvant donner lieu à un acte d'enfant sans vie, à la délivrance du livret de famille, à la prise en charge des corps des enfants décédés, des enfants sans vie et des fœtus, texte non paru au *Journal officiel*, NOR : IOCB0914736C.

l'accompagnement des parents au moment de l'accouchement, ou encore du devenir du corps, la circulaire s'attache à des éléments particuliers d'accompagnement de l'émotion des parents, que ce soit sur la mémoire de l'enfant (« les professionnels veilleront à assurer, dans la mesure du possible, la disponibilité de traces mémorielles de l'enfant, tels que le bracelet de naissance ou des photos qui auront été prises de l'enfant dont la présentation aura été soignée (nettoyage, habillage), ou encore les empreintes, mèches de cheveux ..., qui seront conservées dans le dossier médical ») ou sur l'objectif des funérailles (« l'expression des rituels funéraires, en tant qu'elle peut faciliter, pour les parents endeuillés, la prise de conscience de la réalité de la perte et enclencher le processus de deuil, devra être favorisée »)<sup>21</sup>.

**Le discours institutionnel, forme de reconnaissance de l'émotion.** Le discours ministériel dévoile, lui aussi, un rapport particulier à l'émotion. À plusieurs reprises dans des réponses ministérielles, en effet, des ministres ont eu recours à la même formulation : « le dispositif d'établissement des actes d'enfant sans vie procède d'un équilibre délicat et sensible entre, d'une part, la douleur des parents confrontés à la naissance d'un enfant sans vie et la reconnaissance symbolique du lien qui les unit à celui-ci et, d'autre part, nos principes de droit concernant la personnalité juridique »<sup>22</sup>. Cette expression montre la recherche d'une conciliation, par les autorités publiques, du droit avec la gestion de l'émotion des parents.

Ce souci d'équilibre se retrouve dans les textes administratifs. Ainsi, la circulaire précitée de 2009 est orientée vers le ressenti des membres de la famille. Il y est ainsi indiqué que le texte « tient compte, notamment, de l'évolution réglementaire résultant des décrets et arrêtés susmentionnés parus le 20 août 2008 qui contribuent à apporter une réponse aux souffrances des familles confrontées à un deuil »<sup>23</sup>. La circulaire consacre d'ailleurs une partie et une annexe à l'accompagnement du deuil périnatal. Dans cette dernière, elle précise justement que « les situations de mort fœtale et périnatale peuvent avoir par conséquent un caractère particulièrement douloureux et des conséquences importantes sur l'équilibre de chacun des parents du couple et de la famille. Pour ces raisons, les familles touchées par cette épreuve doivent pouvoir bénéficier d'un accompagnement de qualité fondé sur le respect de la part des professionnels des établissements de santé (...) ».

**En conclusion, des sources administratives prépondérantes.** Il est emblématique que l'ensemble de la question soit traité par des textes administratifs (décret, arrêtés, circulaires, IGREC), à l'exception de la loi de 1993. Cela est d'autant plus

<sup>21</sup> *Ibid.*, p. 11.

<sup>22</sup> Rép. min. n° 15505 : JOAN, 1<sup>er</sup> janv. 2009, p. 12461, Minot M. ; v. également Rép. min. n° 2823 : JOAN, 16 janv. 2018, p. 355, Mesnier T. ; Rép. min. n° 11312 : JOAN, 25 déc. 2018, p. 12201, Bonnivard E. ; formule également reprise par Adrien Taquet, secrétaire d'État chargé de la protection de l'enfant, lors de l'examen en séance publique au Sénat le 16 janvier 2020 d'un amendement additionnel sur les actes d'enfant sans vie à la proposition de loi relative à la déclaration de naissance auprès de l'officier d'état civil du lieu de résidence des parents (JO Sénat, 17 janv. 2020, p. 353).

<sup>23</sup> Circulaire du 19 juin 2009, précitée, p. 2.

curieux qu'il résultait des arrêts de cassation de 2008 que la définition des critères de délivrance des actes d'enfant sans vie devait émaner de la loi. L'observation générale sur les sources a pu être expliquée de différentes façons.

D'une part, il a pu être soutenu que l'irruption de la source légale pour réglementer l'acte d'enfant sans vie aurait entraîné, par la dimension humanisante de l'enfant que comporte l'acte d'enfant sans vie, un débat sur la personnalité juridique de l'embryon et, partant, sur la question de l'interruption volontaire de grossesse. On imagine les pouvoirs publics souhaiter éviter un tel débat. Partant, ce contournement du débat est réalisé au « plus grand bénéfice des familles endeuillées »<sup>24</sup>. Et, sur ce point, l'attention est encore une fois prêtée à l'émotion des parents endeuillés.

D'autre part, ce choix peut également relever du traitement, en pratique, de l'enfant sans vie : il s'agit principalement d'élaborer une réglementation quant aux pratiques des services hospitaliers et funéraires et de l'état civil, qui n'appelle pas nécessairement à un texte de loi, mais peut tout à fait être encadrée par des sources administratives.

**Un basculement vers le législatif sous le signe de l'émotion.** Ce mouvement s'infléchit toutefois avec l'adoption de la proposition de loi visant à nommer les enfants sans vie. Le texte consiste en effet à intégrer dans la loi la possibilité de donner un prénom, jusqu'à prévue par une circulaire, et d'ajouter la possibilité d'attribuer un nom de famille à l'enfant, qui était expressément rejetée par la même circulaire. Le tout en refusant d'en tirer quelque conséquence juridique que ce soit, notamment sur le plan de la personnalité juridique. L'objectif de cette démarche est clair : « même si aucune contestation juridique n'a jamais eu lieu, il importe d'élever – au sens fort du terme – ces dispositions au rang législatif et, ce faisant, au rang symbolique »<sup>25</sup>. Autrement dit, le transfert de l'administratif vers le législatif repose uniquement sur la prise en compte de l'émotion parentale. Ce constat n'est que renforcé par le contexte d'adoption du texte, à l'unanimité par les deux chambres<sup>26</sup>, et les multiples références à la douleur des parents dans l'ensemble des travaux<sup>27</sup>.

<sup>24</sup> P. MURAT, « Circulaire du 19 juin 2009 sur l'établissement d'acte d'enfant sans vie », *Dr. fam.* 2009, n° 10, comm. 123.

<sup>25</sup> Intervention du député P. GOSSELIN in B. DESCAMPS, *Rapport fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la république, sur la proposition de loi, adoptée par le sénat, visant à nommer les enfants nés sans vie (n° 4241)*, enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 17 novembre 2021, p. 21-22.

<sup>26</sup> Pour le Sénat, v. JO Sénat, n° 58, 11 juin 2021, p. 4716. Pour l'Assemblée nationale, le vote ayant eu lieu à main levée, cette donnée n'est pas disponible, mais un journaliste de la chaîne publique La Chaîne parlementaire l'affirme : J. Wiels, « Le Parlement unanime pour donner un nom aux enfants mort-nés », *La Chaîne parlementaire* [en ligne] 26 nov. 2021. [consulté le 3 déc. 2021]. Disponible sur internet : <<https://lcp.fr/actualites/le-parlement-unanime-pour-donner-un-nom-aux-enfants-mort-nés-91567>>.

<sup>27</sup> V. notamment M. MERCIER, *Rapport fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du Règlement et d'administration générale sur la proposition de loi visant à nommer les enfants nés sans vie*, enregistré à la Présidence du Sénat le 2 juin 2021 ; B. DESCAMPS, *op. cit.*

## B.- La confirmation d'un acte émotionnel par la pratique médicale et parentale

L'explication des mutations du traitement de l'acte d'enfant sans vie décrites précédemment se trouve dans une appréhension nouvelle du fœtus, notamment de la part des parents et du personnel médical.

**Le fœtus, objet des émotions parentales.** La circulaire de 2009 présente les motifs de cette prise en charge nouvelle de l'acte d'enfant sans vie : ce mouvement se rattache au renouvellement de la place qu'occupent le fœtus et la naissance<sup>28</sup>, notamment en raison de la forte diminution de la mortalité infantile, du développement de l'imagerie médicale<sup>29</sup> mais aussi de la transformation symbolique du projet parental<sup>30</sup>. La planification de la grossesse est davantage permise (contraception, interruption volontaire de grossesse) et avec elle le désir de parentalité, « accentuant par là même l'investissement affectif de la famille sur l'enfant à naître »<sup>31</sup>.

L'ensemble de ces éléments contribue à établir que le ressenti des parents constitue, aujourd'hui, la *ratio legis* du dispositif. Ce n'est donc pas la reconnaissance en *elle-même* de l'enfant sans vie qui est visée : elle n'est qu'un moyen de répondre à l'émotion des parents.

D'ailleurs, il est remarqué que la Cour européenne des droits de l'homme s'appuie sur le droit au respect de la vie privée et familiale du parent<sup>32</sup>. Ainsi, dans l'affaire *Znamenskaya c. Russie*<sup>33</sup>, la requérante soulevait une violation de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme car les juridictions internes n'avaient pas examiné ses demandes d'établissement de la filiation de son enfant mort-né avec son partenaire décédé et de modification de son nom. La Cour européenne des droits de l'homme retient que l'article 8 s'applique, mais dans son volet « vie privée », et non « vie familiale ». La vie familiale au sens de l'article 8 relève en effet de l'existence, dans les faits, de liens personnels étroits. Or, dans cette affaire, de tels liens ne pouvaient s'être développés car l'enfant était mort-né et le père biologique était séparé de la requérante avant la naissance et décédé peu de temps après. Cependant, la Cour retient que des relations étroites qui ne sont pas qualifiées de « vie familiale » peuvent relever de la « vie privée » au sens de la convention. En l'espèce, la requérante avait développé un lien fort

<sup>28</sup> Sur l'ensemble de ces questions : P. CHARRIER, G. CLAVANDIER, M. GIRER, G. ROUSSET, *Administrer une question incertaine : Le cas des enfants sans vie*. PERISENS – Périnatal, Statuts, Enregistrement, Statistiques, CMW (UMR 5283), CNRS, Mission de recherche Droit et Justice, Fondation des SFVP sous l'égide de la fondation de France, 2019, 308 p., v. p. 9 s. ; A.-S. GIRAUD, « Les « péri-parents » : à la recherche d'un statut spécifique après une mort périnatale », *Recherches familiales* 2015, vol. 12, n° 1, p. 85-97.

<sup>29</sup> Sur le recours à l'imagerie médicale dans l'humanisation de l'embryon et du fœtus, v. C. SANGER, « Seeing and Believing: Mandatory Ultrasound and the Path to a Protected Choice. », *UCLA Law Review* 2008, vol. 56, n° 2, p. 351-408.

<sup>30</sup> D. MEMMI, *La seconde vie des bébés morts*, Paris : École des Hautes Études en Sciences Sociales, 2011, coll. Cas de figure, p. 133 s. sur ces facteurs.

<sup>31</sup> Circulaire du 19 juin 2009, précitée, p. 11.

<sup>32</sup> J.-P. MARGUÉNAUD, « Les funérailles de l'ange », *RTD civ.* 2008, p. 257.

<sup>33</sup> Cour européenne des droits de l'homme, 2 juin 2005, *Znamenskaya c. Russie*, n° 77785/01.

avec l'embryon : elle avait presque mené à terme sa grossesse, et avait exprimé le désir de lui donner un nom et de l'enterrer. Ainsi, pour la Cour, « l'établissement de sa filiation a sans doute affecté sa "vie privée", dont le respect est également garanti par l'article 8 ». La Cour avait conclu à une violation de l'article 8.

De même, dans l'affaire Hadri-Vionnet c. Suisse<sup>34</sup>, la requérante soulevait une atteinte à sa vie privée et familiale du fait des conditions d'enterrement de son enfant mort-né. La Cour européenne des droits de l'homme avait là encore retenu une violation de l'article 8, car l'ingérence n'était en l'espèce pas prévue par la loi nationale.

**Les « entrepreneurs de normes<sup>35</sup> : les pratiques liées à la réglementation.** C'est dans le contexte de la nouvelle place occupée par le fœtus au cours de la seconde moitié du <sup>xx</sup>e siècle que les pratiques hospitalières se sont progressivement modifiées dans les années 1980 et 1990. Dominique Memmi, chercheuse en sciences sociales, montre ainsi<sup>36</sup> le développement nouveau d'un ensemble de pratiques, dont une en particulier : la présentation des corps des enfants nés sans vie aux parents dans les services hospitaliers, dans un souci d'accompagnement de leur souffrance. Ce sont des professionnels qui auraient ainsi impulsé ce mouvement de matérialisation du corps de l'enfant sans vie dans une perspective de reconnaissance, ce qui amène l'auteure à parler d'« entrepreneurs de normes ».

Plus généralement, plusieurs sociologues constatent que des pratiques des professionnels humanisant ces bébés, notamment en maternité, ont accompagné la naissance de tout le dispositif actuel<sup>37</sup>, dans une démarche rencontrant les attentes des parents<sup>38</sup>. C'est le cas de la présentation du corps habillé à la parturiente mais aussi, par exemple, de la création d'un bracelet en maternité avec le prénom de l'enfant sans vie, ou encore du vocabulaire employé à la naissance : « enfant », « parent ». On peut aussi mentionner le développement de l'accouchement de l'enfant sans vie à la maternité, plutôt qu'en service de gynécologie, et par voie basse, ou encore la demande, par les soignants, du prénom de l'enfant<sup>39</sup>. Le rapport PERISENS – Périnatal, Statuts, Enregistrement, Statistiques (ci-après nommé « rapport PERISENS ») développe ainsi la question de l'« administration » des enfants sans vie par les professionnels<sup>40</sup>.

## II.- Les fonctions sous-jacentes du droit émotionnel

Le dispositif des actes d'enfant sans vie répond aujourd'hui à l'émotion des parents. Cette émotion peut jouer un rôle particulier du point de vue du chercheur : analyser la législation applicable en la matière.

<sup>34</sup> Cour européenne des droits de l'homme, 14 févr. 2008, Hadri-Vionnet c. Suisse, n° 55525/00.

<sup>35</sup> Dominique MEMMI, *op. cit.*

<sup>36</sup> *Ibid.* pour les développements qui suivent.

<sup>37</sup> A.-S. GIRAUD, *loc. cit.* ; P. CHARRIER, G. CLAVANDIER, M. GIRER, G. ROUSSET, *op. cit.*

<sup>38</sup> P. CHARRIER, G. CLAVANDIER, M. GIRER, G. ROUSSET, *op. cit.*, p. 36 s.

<sup>39</sup> A.-S. GIRAUD, *loc. cit.*

<sup>40</sup> Pour un développement sur ce point, v. P. CHARRIER, G. CLAVANDIER, M. GIRER, G. ROUSSET, *op. cit.*, p. 285.

En droit positif, il résulte en effet de l'article 79-1 aliéna 2 du Code civil et des textes réglementaires de 2008 et 2009 que l'enfant sans vie pourra bénéficier d'un acte d'enfant sans vie, dans le registre des décès. Cet acte enregistre notamment son prénom et l'identité des « père » et « mère ». L'enfant sans vie peut être inscrit dans un livret de famille et bénéficier de funérailles. En revanche, ni nom de famille ni filiation ne peuvent être établis. La proposition de loi sénatoriale propose d'introduire à l'article 79-1 l'attribution d'un nom de famille – mais également de faire entrer dans la loi la possibilité d'attribution d'un prénom, ce qui est aujourd'hui seulement prévu par des sources administratives.

D'un point de vue juridique, le problème le plus évident qui naît du traitement de l'acte d'enfant sans vie, et donc de l'interaction entre droit et émotion, est celui de la personnalité juridique. Mais il y est juridiquement répondu lorsque le droit refuse d'établir un acte de naissance pour les enfants qui ne sont pas nés vivants et viables.

De même, les critiques directes de la prise en compte de l'émotion par le droit dans le cas des actes d'enfant sans vie sont développées de manière claire. En résumé, Carol Sanger, professeure de droit aux États-Unis, se demande dans un article si, dans le droit américain, « les législatures des États devraient [...] faire des câlins à leurs citoyens »<sup>41</sup>. La chercheuse formule ainsi, dans un autre article, cinq préoccupations générales à l'égard des législations américaines sur l'enfant sans vie<sup>42</sup> : d'un point de vue logique, le dispositif constituerait une fiction juridique ; il ferait un usage thérapeutique du droit ; il questionnerait sur une contrainte autour du deuil périnatal ; il interrogerait sur le plan des statistiques démographiques ; et enfin, en offrant une place à la vie avant la naissance, le droit de l'acte d'enfant sans vie aurait des répercussions sur le droit à l'avortement<sup>43</sup>.

En réalité, nous pensons que les interrogations autour de la personnalité juridique et celles, plus larges, autour de la rencontre entre droit et émotion, occultent une autre réflexion possible sur la rencontre de l'émotion et du droit : se saisir de l'émotion comme un outil de recherche, permettant de comprendre des questionnements autour de la législation actuelle.

Nous proposons ainsi de défaire trois contradictions apparentes qui sont le résultat de la rencontre entre l'émotion et le droit dans l'établissement d'un acte d'enfant sans vie. L'émotion, qui est un fondement de l'acte d'enfant sans vie, devient alors un outil

---

<sup>41</sup> C. SANGER, « Legislating with Affect: Emotion and Legislative Law Making » *Nomos* 2013, vol. 53, p. 57 ; reprenant la formule d'un sénateur du Sénat californien.

<sup>42</sup> Notons que si les droits des États américains présentent des nuances par rapport à la législation française, notamment car ils actent la « naissance » de l'enfant sans vie, les remarques de la chercheuse recourent largement les préoccupations françaises.

<sup>43</sup> C. SANGER, « The Birth of Death: Stillborn Birth Certificates and the Problem for Law », *California Law Review* 2012, vol. 100, p. 291 s.

d'analyse : sur les fonctions de l'état civil (A), sur la notion de famille (B) et sur les termes de la grossesse (C).

### A.- L'acte d'enfant sans vie et les fonctions de l'état des personnes

**L'apparente contradiction.** D'une part, depuis la circulaire de 2009, l'établissement d'un acte d'enfant sans vie est facultatif, car il repose sur la seule volonté des parents<sup>44</sup>. Le texte prévoit ainsi qu'« il sera précisé aux parents, lors de la remise du document, que la déclaration éventuelle de l'enfant sans vie à l'état civil repose sur une démarche volontaire »<sup>45</sup>. De même, la déclaration « n'est contrainte par aucun délai »<sup>46</sup>.

D'autre part, ce régime peut surprendre au regard du caractère impératif de l'état civil : il existe une obligation de déclarer les naissances, dans un délai de 5 jours<sup>47</sup>, au-delà duquel un jugement sera nécessaire pour inscrire la naissance sur les registres.

Cette apparente contradiction entre le régime des actes d'état civil des enfants sans vie et des enfants nés vivants et viables peut s'expliquer par la coïncidence dans le temps des fonctions de l'état civil et de l'acte d'enfant sans vie.

**Réflexion.** L'état civil est traditionnellement un outil étatique d'identification et d'individualisation des personnes physiques<sup>48</sup>. En 1806, l'établissement des actes d'enfant sans vie visait à contrôler les naissances<sup>49</sup>. Il s'inscrit donc parfaitement dans la fonction de contrôle de l'état civil ; d'autant plus que l'enfant sans vie n'étant par définition pas une personne juridique, l'État n'a pas besoin de l'identifier au cours de sa vie<sup>50</sup>. Dès lors, les fonctions de l'état civil et de l'acte d'enfant sans vie coïncidaient.

Mais se développe aujourd'hui une nouvelle fonction de l'état civil, parallèlement à son rôle traditionnel : la reconnaissance étatique d'éléments de l'identité dite « subjective ». Cette « identité vécue » permettrait l'« épanouissement personnel », par un régime tourné vers la « liberté de la détermination »<sup>51</sup>. Sont notamment donnés

---

<sup>44</sup> V. G. LOISEAU, *loc. cit.*

<sup>45</sup> Circulaire du 19 juin 2009, précitée, p. 4.

<sup>46</sup> *Ibid.*

<sup>47</sup> C. civ., art. 55, al. 1<sup>er</sup> ; délai qui peut être porté à huit jours lorsque l'éloignement le justifie (C. civ., art. 55, al. 2).

<sup>48</sup> V. notamment G. NOIRIEL, « L'identification des citoyens. Naissance de l'état civil républicain », *Genèses. Sciences sociales et histoire* 1993, vol. 13, n° 1, p. 3-28. ; I. ABOUT, V. DENIS, *Histoire de l'identification des personnes*, Paris : La Découverte, 2010, coll. Repères Histoire.

<sup>49</sup> V. *infra*.

<sup>50</sup> V. G. LOISEAU, *loc. cit.*

<sup>51</sup> J. ROCHFELD, *op. cit.*

comme exemples les changements de prénom<sup>52</sup>, de nom<sup>53</sup>, mais surtout, plus récemment, la modification de la mention du sexe à l'état civil<sup>54</sup>.

Or, il n'est pas anodin que l'introduction de l'acte d'enfant sans vie dans le Code civil, qui distingue dès lors les différents décès périnataux, ait été réalisée dans la même loi que celle qui a libéralisé le changement de nom<sup>55</sup> et deux mois après l'ouverture, par la jurisprudence, du changement de sexe à l'état civil<sup>56</sup>.

L'acte d'enfant sans vie sert, aujourd'hui, l'accompagnement d'un deuil pathologique en individualisant l'enfant qui n'a pas accédé à la qualification de personne. En permettant l'accompagnement de la souffrance des parents, par une mesure symbolique qui dépasse les fonctions traditionnelles de l'état civil, il rejoint cette fonction nouvelle de l'état civil<sup>57</sup>. Une différence notable réside dans le sujet de l'acte : alors que la subjectivation de l'état civil était faite dans son propre acte et pour soi-même, elle conduit ici à la création d'un acte pour autrui (acte de l'enfant sans vie pour ses parents). Judith Rochfeld, reprenant les travaux de Xavier Bioy<sup>58</sup>, parle ainsi de « personne "compassionnelle" »<sup>59</sup>.

Plus spécifiquement, analysant les questions d'identité traduites par l'état civil, Anne-Marie Leroyer estime que le rôle symbolique de l'état civil « est aujourd'hui accentué et se double d'une fonction thérapeutique nouvelle », citant la déclaration de l'enfant sans vie, indifféremment de la durée de la gestation, à l'état civil<sup>60</sup>. L'acte d'enfant sans vie s'inscrirait alors dans un mouvement particulier de la subjectivation de l'identité par l'état civil : le thérapeutique.

Comme l'explique Carol Sanger, l'idée d'une fonction thérapeutique du droit constitue un mouvement plus large, la « therapeutic jurisprudence ». Développée aux États-Unis par David B. Wexler et Bruce J. Winick, cette pensée étudie la relation entre le droit et ses effets thérapeutiques sur les personnes<sup>61</sup>. L'acte d'enfant sans vie, fondé sur l'émotion des parents, s'inscrit dans la même logique<sup>62</sup>. Cette double considération

---

<sup>52</sup> C. civ., art. 60.

<sup>53</sup> C. civ., art. 61 s.

<sup>54</sup> C. civ., art. 61-5 s., introduits par la loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI<sup>e</sup> siècle.

<sup>55</sup> Loi n° 93-22 du 8 janvier 1993, précitée, art. 4, v. F. LAROCHE-GISSEROT, « Nom – Prénom – Nom de famille » in *Répertoire de droit civil*, oct. 2020, n° 184.

<sup>56</sup> Cass. Ass. plén., 11 déc. 1992, n° 91-11.900 et n° 91-12.373, publiés au bulletin ; arrêts qui faisaient suite à un arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme : CEDH, 25 mars 1992, B. c/ France, n° 13343/87.

<sup>57</sup> V. également sur ce point J. HAUSER, « État civil : du rôle et de la signification de l'état civil », *RTD civ.* 2003, p. 475.

<sup>58</sup> X. BIOY, *op. cit.*, n° 421.

<sup>59</sup> J. ROCHFELD, *op. cit.*, p. 25.

<sup>60</sup> A.-M. LEROYER, « La notion d'état des personnes », in *Ruptures, mouvements et continuité du droit : autour de Michelle Gobert*, Paris : Economica, 2004, p. 246 s., en particulier p. 272-273.

<sup>61</sup> V. par exemple D. B. WEXLER, B. J. WINICK, *Essays in therapeutic jurisprudence*, Durham: Carolina Academic Press, 1991.

<sup>62</sup> C. SANGER, « "The Birth of Death": Stillborn Birth Certificates and the Problem for Law », *California Law Review* 2012, vol. 100, p. 296.

thérapeutique de l'enfant sans vie à la fois par le droit et par l'état civil va ainsi, comme l'affirme Carol Sanger, l'extraire du domaine privé des émotions parentales<sup>63</sup>.

En conclusion, le traitement de l'émotion des parents par l'acte d'enfant sans vie représente moins une exception au régime de l'état civil qu'une illustration de sa double fonction. En en faisant une faculté, la circulaire de 2009 fait de l'acte d'enfant sans vie un exemple type de la subjectivation de l'identité par l'état civil.

Notons toutefois que cette modification de la réglementation pourrait également trouver une justification dans la modification des conditions d'établissement de l'acte d'enfant sans vie : l'accouchement peut être caractérisé pour des naissances qui, auparavant, n'auraient pas intégré la catégorie des actes d'enfant sans vie, notamment du fait d'une grossesse plus courte ou d'un corps de l'enfant moins lourd. Dans ces hypothèses, il est envisageable que les parents ne trouvent pas opportun de demander la délivrance d'un acte d'enfant sans vie.

### **B.- L'acte d'enfant sans vie et la notion de « famille »**

L'acte d'enfant sans vie et, plus généralement, la réglementation et les pratiques qui l'entourent, interrogent la notion de « famille ». Comme le note Carol Sanger, le sujet de l'acte est tout autant l'enfant que la relation parent-enfant, une des fonctions de l'acte étant ainsi d'« établir une identité parentale »<sup>64</sup>.

**L'apparente contradiction.** Un paradoxe semble se dégager des textes et de la pratique. D'une part, le droit réglementaire refuse l'établissement d'un lien de filiation et l'attribution d'un nom de famille<sup>65</sup>. Si le lien de filiation constitue le fondement de la famille pour le droit, alors l'enfant sans vie n'entre pas dans une famille.

Mais, d'autre part, une série d'éléments d'ordres différents semblent instituer une famille de fait. Comme l'avance le rapport PERISENS, « il ne s'agit pas à proprement parler d'une assignation à être parent, car l'ensemble des femmes et couples concernés peut faire le choix de ne pas entrer dans ce processus. Néanmoins, si en droit la latitude laissée aux acteurs est totale, (enregistrer ou pas l'enfant sans vie à l'état civil, le mentionner ou non sur le livret de famille, le prénommer ou non, etc.), l'accompagnement encourage dans un certain nombre de cas l'émergence de rôles

---

<sup>63</sup> Ibid., p. 298 : « Yet they remain private rites and private responses. It is the demand that law participate in these practices that causes uneasiness, because at that point a delicate but important line has been crossed regarding official complicity with private feelings, spiritual needs, and personal rituals. This uneasy juxtaposition of public and private reveals itself in the simple matter of vocabulary: what are “angels” doing in the title of public legislation? ».

<sup>64</sup> C. SANGER, « “The Birth of Death”: Stillborn Birth Certificates and the Problem for Law », *California Law Review* 2012, vol. 100, p. 288.

<sup>65</sup> Cette position est toutefois contestée par certains chercheurs, qui proposent de distinguer personnalité juridique et filiation, v. *infra*.

parentaux »<sup>66</sup>. Cela irait donc au-delà de l'accompagnement du deuil par des pratiques symboliques.

D'abord, le vocabulaire employé tant dans les textes juridiques que par les professionnels relève du champ lexical de la famille : c'est la problématique du « nommer » identifiée dans le rapport PERISENS<sup>67</sup>. L'article 79-1 du Code civil prévoit ainsi que l'acte d'enfant sans vie « énonce les jour, heure et lieu de l'accouchement, les prénoms et noms, dates et lieux de naissance, professions et domiciles des père et mère ». De même, la circulaire de 2009 a plusieurs fois recours à l'expression de « parents ». Inversement, le formulaire de certificat médical d'accouchement en vue d'une demande d'établissement d'un acte d'enfant sans vie<sup>68</sup> ne prévoit que l'indication du nom de la parturiente. Et, ici, il est malaisé de savoir si ce choix a été fait à dessein ou s'il relève simplement de la nature médicale du formulaire.

De la même manière, les professionnels ont eux aussi recours à un vocabulaire qui renvoie à la famille. Il est notamment observé que le mot majoritairement employé pour désigner l'enfant sans vie, parmi l'ensemble des professionnels, est celui d'« enfant »<sup>69</sup>. Selon les auteurs du rapport PERISENS, cela « favorise un basculement d'une réalité administrative à une réalité sociale en mentionnant le terme "enfant" suivi de "sans vie", lequel processus est renforcé par le fait que les « personnes concernées » sont, quant à elles nommées, "parents", "famille", voire "mère" et "père" »<sup>70</sup>.

Ensuite, certaines pratiques tendent à reconnaître une forme de famille. Certaines sont institutionnelles. C'est par exemple l'hypothèse de la délivrance d'un livret de famille pour les parents qui n'en avaient pas déjà un, qui a été permise par un décret de 2008<sup>71</sup>. Cette disposition paraît anodine, puisqu'elle se contenterait d'ouvrir à tous les parents d'enfants sans vie une possibilité qui existait déjà pour les autres. En réalité, elle revêt une grande valeur symbolique : dans le droit antérieur, seuls les couples mariés et les couples avec enfants avaient un livret de famille. En donner un à ceux non mariés, dont le seul enfant est né sans vie, est une manière d'acter qu'ils « font famille ».

C'est également le cas venant des acteurs sociaux. Certaines prestations familiales peuvent ainsi être perçues après la naissance d'un enfant sans vie. La prestation d'accueil du jeune enfant peut être versée par la Caisse d'allocations familiales si « l'accouchement (ou l'interruption de la grossesse) [de l'enfant sans vie] intervient à une date postérieure ou égale au 1<sup>er</sup> jour du mois civil suivant le 5<sup>e</sup> mois de grossesse (soit à compter du 6<sup>e</sup>

<sup>66</sup> P. CHARRIER, G. CLAVANDIER, M. GIRER, G. ROUSSET, *op. cit.*, p. 238.

<sup>67</sup> *Ibid.*, Partie 3, p. 217 s.

<sup>68</sup> « Certificat médical d'accouchement pour faire établir un acte d'enfant sans vie (Formulaire 13773\*02) », *Service-Public.fr* [en ligne], vérifié le 30 avril 2019. [consulté le 30 avril 2021]. Disponible sur Internet : <https://www.service-public.fr/particuliers/vosdroits/R19553> ; v. arrêté du 20 août 2008 relatif au modèle de certificat médical d'accouchement en vue d'une demande d'établissement d'un acte d'enfant sans vie, précité.

<sup>69</sup> Ce qui inclut « enfant sans vie ».

<sup>70</sup> P. CHARRIER, G. CLAVANDIER, M. GIRER, G. ROUSSET, *op. cit.*, p. 236 ; v. également A.-S. GIRAUD, *loc. cit.*

<sup>71</sup> Décret n° 2008-798 du 20 août 2008, précité.

mois de grossesse) »<sup>72</sup>. De même, si le décès intervient à compter de la vingtième semaine de grossesse, peut être attribuée l'allocation forfaitaire versée en cas de décès d'un enfant<sup>73</sup>. Encore, les indemnités de congé maternité peuvent être perçues si l'enfant n'est pas né vivant<sup>74</sup>, ce qui suppose qu'il soit né viable, conformément aux seuils de l'Organisation mondiale de la Santé<sup>75</sup>. Enfin, la grossesse est prise en compte pour les congés maternités ultérieurs<sup>76</sup>. Il est intéressant d'observer que la souplesse quant aux conditions de délivrance de l'acte d'enfant sans vie ne se retrouve pas s'agissant des prestations sociales, qui exigent des critères stricts quant à la durée de la grossesse notamment.

D'autres pratiques, notamment en maternité, visent à humaniser l'enfant, ce qui conduit à le traiter comme le fils ou la fille de la parturiente<sup>77</sup>.

Enfin, et dans ce contexte, les entretiens menés par des sociologues montrent que pour une partie des intéressés, l'enfant sans vie est bien un « enfant » de personnes qui se nomment et se ressentent « parents ». Pour le rapport PERISENS, cette parentalité s'exprime dans trois dimensions : « statutaire (je suis identifiable comme “parent” car j'ai fait des démarches en ce sens auprès de l'institution de l'état civil notamment), de rôles (j'ai accompli des actions permettant d'affirmer et de renforcer mon rôle parental à l'égard de cet “enfant”), affinitaire (je me sens “parent” de cet “enfant”) »<sup>78</sup>.

Selon Anne-Sophie Giraud, chercheuse en anthropologie, ce ressenti s'inscrit par ailleurs dans un processus délicat pour ces parents, car ils se trouvent précisément dans un « statut intermédiaire »<sup>79</sup>, notamment les femmes qui n'ont pas eu d'enfant précédemment. Alors qu'elles ont entrepris des rituels de passage au statut de mère, ce processus s'interrompt brutalement sans être arrivé à terme. En particulier, la chercheuse soutient que si cette problématique est liée « au fait que les rites de naissance lors d'une mort périnatale sont incomplets, alors même que les soignants essaient dans une certaine mesure de les recréer », elle tient également du fait que « la mort périnatale autour de la naissance, requière désormais un statut spécifique pour ces femmes, entre mère et “non-mère”, qui n'existe pas. Aujourd'hui, même si la naissance est devenue le rite d'accueil d'une personne à part entière, nous voyons se multiplier les lieux et les temps de l'inscription sociale de l'enfant au sein de la famille conjugale, dans le cercle familial et amical proche, puis enfin dans celui des deux lignées alliées »<sup>80</sup>. Naît ainsi une

<sup>72</sup> CSS, art. R. 531-1, al. 4.

<sup>73</sup> CSS, art. L. 545-1 et art. D. 545-2. Cette allocation a été créée par la loi n° 020-692 du 8 juin 2020 visant à améliorer les droits des travailleurs et l'accompagnement des familles après le décès d'un enfant.

<sup>74</sup> CSS, art. R. 331-5.

<sup>75</sup> Lettre ministérielle du 28 mars 2011 afférente à l'impact sur les droits sociaux des trois arrêts de la Cour de cassation du 6 février 2008 relatifs à l'état civil des fœtus nés sans vie », *Legislation.cnnav.fr* [en ligne]. [consulté le 30 avr. 2021]. Disponible sur internet : [https://www.legislation.cnnav.fr/Pages/texte.aspx?Nom=LE\\_MIN\\_28032011#c3](https://www.legislation.cnnav.fr/Pages/texte.aspx?Nom=LE_MIN_28032011#c3)>.

<sup>76</sup> CSS, art. L. 331-4 : « lorsque l'assurée a déjà mis au monde au moins deux enfants nés viables ».

<sup>77</sup> *V. supra*.

<sup>78</sup> P. CHARRIER, G. CLAVANDIER, M. GIRER, G. ROUSSET, *op. cit.*, p. 251.

<sup>79</sup> A.-S. GIRAUD, *loc. cit.*

<sup>80</sup> A.-S. GIRAUD, *loc. cit.*

demande de reconnaissance de la part de la famille et du milieu amical<sup>81</sup>. Cela rejoint notre réflexion sur la demande de reconnaissance à laquelle l'institution publique répond en instituant un acte d'enfant sans vie.

Ainsi, il ne semble pas y avoir de famille *juridique*. Mais dans les faits, il y a une famille désignée par la pratique institutionnelle, sociale et médicale, et une famille parfois vécue et intégrée par les parents.

**Réflexion.** Le premier dépassement de ce paradoxe est théorique : il consiste à distinguer la filiation de la personnalité juridique, et d'ainsi estimer que l'acte d'enfant sans vie institue un lien de filiation et, partant, une famille. Seule la circulaire de 2009 l'exclut, la loi ne posant pas de règle particulière à cet égard et mentionne au contraire les « père et mère » pour l'établissement de l'acte d'enfant sans vie. Il peut aussi être soutenu que l'enfant sans vie ne pouvait qu'être prénommé, et non nommé. Et la proposition de loi votée par le Parlement le 26 novembre 2021, si elle prévoit l'attribution d'un nom de famille, précise justement que « cette inscription de prénoms et nom n'emporte aucun effet juridique » : le législateur a ainsi exclu à dessein tant l'attribution de la personnalité juridique que d'un lien de filiation. Effets juridiques et effets symboliques sont, ici encore, à distinguer, et une députée estime à l'occasion de l'examen de la proposition de loi en commission qu'« en permettant de donner un nom à l'enfant né sans vie, [l'article] reconnaît symboliquement sa filiation »<sup>82</sup>.

Plusieurs chercheurs s'interrogeaient ainsi sur la possibilité d'établir la filiation des parents à l'égard de l'enfant sans vie<sup>83</sup>. Au-delà des divers arguments employés pour soutenir l'une ou l'autre hypothèse et du lien, possible ou non, entre personnalité juridique et filiation, le débat juridique lui-même révèle, selon nous, une ambivalence certaine des chercheurs quant à ce qui fait famille.

Le second dépassement de la contradiction apparente se trouve ainsi dans les représentations de la famille auxquelles cette situation renvoie. On comprend que cette « famille » se retrouve aux marges de nos représentations conceptuelles. Si l'aspect d'engendrement de l'enfant est acquis, il peut être complexe de saisir les manifestations de parentalité dans ce cadre puisque l'enfant n'a pas été élevé par ces parents. Alors, peut-être que le ressenti de parentalité de la part des parents d'enfant sans vie renvoie aux tiers, et notamment aux parents d'enfants nés vivants et viables, la question de ce

---

<sup>81</sup> Dont on pourrait voir une recherche sur les réseaux sociaux : J. ROUSSEL, « Mort-né, mais né quand même » : sur Instagram, des photos de bébés morts pour briser le silence du deuil périnatal », *Le Monde* [en ligne] 7 janv. 2021. Mise à jour le 11 janv. 2021. [consulté le 30 avr. 2021]. Disponible sur internet : <[www.lemonde.fr/m-perso/article/2021/01/07/sur-instagram-un-cimetiere-numerique-pour-les-enfants-mort-nes\\_6065509\\_4497916.html](http://www.lemonde.fr/m-perso/article/2021/01/07/sur-instagram-un-cimetiere-numerique-pour-les-enfants-mort-nes_6065509_4497916.html)>.

<sup>82</sup> Intervention de la députée L. El Aaraje in B. DESCAMPS, *op cit.*, p. 23.

<sup>83</sup> V. P. MURAT, « Décès périnatal et individualisation juridique de l'être humain », *RDSS* 1995, p. 451 ; J. MASSIP, « État civil : les actes d'enfant sans vie », *LPA* 2008, n° 132, p. 19 ; v. également sur l'état de la doctrine L. CARAYON, *La catégorisation des corps : étude sur l'humain avant la naissance et après la mort*, préf. G. Loiseau, Paris : IRJS Éditions, 2019, Collection Thèse, p. 94 s.

qui constitue leur propre parentalité à l'égard de leurs enfants<sup>84</sup>. C'est cela qui constituerait l'apparente contradiction.

### C.- L'acte d'enfant sans vie et la catégorisation des termes de la grossesse

**L'apparente contradiction.** D'une part, en 2008, la Cour de cassation casse deux arrêts d'appel aux motifs que « l'article 79-1, alinéa 2, du code civil ne subordonne l'établissement d'un acte d'enfant sans vie ni au poids du fœtus, ni à la durée de la grossesse, la cour d'appel (...) a ajouté au texte des conditions qu'il ne prévoit pas »<sup>85</sup>. Il résulte de ces arrêts qu'il n'était pas possible de subordonner la délivrance d'un acte d'enfant sans vie à un seuil, en particulier au seuil de viabilité alors établi par l'OMS.

D'autre part, le certificat médical d'accouchement nécessaire pour établir l'acte d'enfant sans vie, prévu par un arrêté de 2008<sup>86</sup>, prévoit deux cas possibles. D'un côté, les « situations ouvrant la possibilité d'un certificat d'accouchement » : l'accouchement spontané ou provoqué pour raison médicale, dont l'interruption médicale de grossesse (IMG) ; de l'autre, les « situations n'ouvrant pas la possibilité d'un certificat d'accouchement » : l'interruption spontanée précoce de grossesse (fausse couche précoce) et l'interruption volontaire de grossesse (IVG).

Ainsi, alors même que cet arrêté fait suite à une décision de la Cour de cassation prohibant les distinctions, les pouvoirs publics distinguent entre les différentes situations.

Lisa Carayon<sup>87</sup>, dans sa thèse, expose un système de « hiérarchisations multiples opérées par le droit »<sup>88</sup> : une première entre la maturité des embryons (différence entre l'accouchement spontané et l'interruption spontanée précoce de grossesse ou fausse couche précoce) et une seconde entre « les causes de la mort » (différence entre l'IMG et l'IVG)<sup>89</sup>.

**Réflexion.** Une première explication de ces hiérarchisations pourrait être trouvée dans les termes de l'article 79-1, alinéa 2, du Code civil, ce dernier disposant que l'acte

<sup>84</sup> De la même façon que le choix de ne pas vouloir d'enfant engage une réflexion sur la parentalité et renvoie à celles et ceux qui sont parents un questionnement sur leur propre choix et d'avoir un enfant et la justification de celui-ci. V. sur ce point C. DEBEST, « Quand les « sans-enfant volontaires » questionnent les rôles parentaux contemporains », *Annales de démographie historique* 2013, vol. 125, n° 1, p. 119-139 ; J. CANONNE, « Vivre sans enfant », *Sciences Humaines* 2019, vol. 316, n° 7, p. 11.

<sup>85</sup> 1<sup>re</sup> civ, 6 févr. 2008, n° 06-16.498, n° 06-16.499 et n° 06-16.500, publiés au bulletin.

<sup>86</sup> V. *supra*. arrêté du 20 août 2008 relatif au modèle de certificat médical d'accouchement en vue d'une demande d'établissement d'un acte d'enfant sans vie, précité.

<sup>87</sup> Nous remercions Madame Carayon pour le temps qu'elle nous a accordé afin de discuter de ses travaux de recherche et de leur application au droit des actes d'enfant sans vie.

<sup>88</sup> L. CARAYON, *op. cit.*, p. 560 s. pour les développements qui suivent.

<sup>89</sup> La chercheuse ajoute une troisième distinction possible, entre embryons *in utero* et embryons *in vitro*, mais ces derniers ne sont pas envisagés par les textes sur l'acte d'enfant sans vie.

d'enfant sans vie « énonce les jour, heure et lieu de l'accouchement ». Ainsi, seules certaines expulsions seraient qualifiables d'« accouchement ».

Peut-être, aussi, pouvons-nous penser que la délivrance d'un acte d'enfant sans vie dans le cadre d'une IVG pourrait être interprétée comme une personnification de l'embryon et, partant, faire craindre aux pouvoirs publics un débat sur une remise en cause du droit à l'avortement sur ce fondement.

La chercheuse, interrogeant les hiérarchisations qu'elle constate, rappelle que l'acte d'enfant sans vie a été établi pour des motifs compassionnels<sup>90</sup> : la cohérence des actes d'enfant sans vie serait donc constituée par le but de l'acte d'enfant sans vie (une mesure à l'égard de la souffrance des parents) plus que par une catégorisation des embryons et fœtus qualifiables d'enfants sans vie. Mais un tel constat amène à la réflexion suivante : « dès lors que l'on considère que l'acte d'enfant sans vie est un outil social de reconnaissance de la souffrance de ceux et celles qui ont vu s'interrompre une grossesse, alors conditionner l'accès à cet acte à la durée de celle-ci ou à la cause de l'interruption de la gestation conduit en réalité à hiérarchiser les détresses. Or, il est délicat de faire la distinction entre les désespoirs “acceptables” et les autres »<sup>91</sup> - en particulier en ce qui concerne la souffrance de la femme ayant interrompu volontairement sa grossesse et les motifs qui l'y ont conduite<sup>92</sup>.

Posant les enjeux liés à la défense de l'IVG et la personnification de l'embryon par l'acte d'enfant sans vie, Lisa Carayon propose d'envisager les conditions de délivrance de l'acte d'enfant sans vie en liant ce dernier au droit au respect de la vie privée des parents. Ainsi, dans une vision large, l'acte serait délivré pour toute interruption de grossesse (ce qui supposerait financièrement d'établir des conditions différentes pour l'accès aux droits sociaux<sup>93</sup>). Dans une vision restreinte, l'acte d'enfant sans vie serait délivré sur un critère de durée de la grossesse, plus objectif que celui des causes de son interruption – mais nous pouvons ici nous demander si un tel critère ne rejoindrait précisément pas les hypothèses ayant conduit aux arrêts de cassation de 2008 précités.

Dans le cas de l'enfant sans vie, la prise en compte de l'émotion par le droit semble perturber des catégories, et ainsi l'ordre juridique. L'analyse nous révèle qu'en introduisant une donnée non rationnelle dans la discussion, l'émotion permet d'aller au-delà d'une remise en cause, en interrogeant les fondements et la cohérence de ces catégories.

---

<sup>90</sup> *Ibid.*, p. 668 ; v. notre première partie.

<sup>91</sup> L. CARAYON, *op. cit.*, p. 669.

<sup>92</sup> Sur la durée de la grossesse comme fondement de la distinction entre IVG et IMG dans le certificat médical d'accouchement, v. M. PICHARD, « A propos de l'acte d'enfant sans vie (Étude des décrets et arrêtés du 20 août 2008) », *LPA* 2008, n°236, p. 4.

<sup>93</sup> Mais nous avons vu que cela était déjà le cas, v. *supra*.

## Misère et pathos dans le discours des juges constitutionnels. Exemples sud-africains et colombiens

**Matthieu FEBVRE-ISSALY**

*Doctorant en droit public, Assistant temporaire d'enseignement et de recherche (ATER)  
Représentant des doctorants au département de droit public de l'Ecole doctorale de droit de  
la Sorbonne*

*Membre élu de la Commission de la Recherche du Conseil Académique de l'Université Paris 1  
Panthéon-Sorbonne*

Le mouvement *Law and emotion* est venu poursuivre le travail d'ouverture de la rationalité juridique amorcé par *Law and society* dans la seconde moitié du XX<sup>ème</sup> siècle. Contre l'objectivisme du positivisme juridique moderne, et à partir d'une contestation plus vaste de la raison associée au cartésianisme, il faudrait reconsidérer le rôle joué par l'émotion dans le raisonnement des juristes. Les approches sont très variées<sup>1</sup> mais si l'on en reste à l'observation générale, la parenté est évidente avec *Law and literature*<sup>2</sup>, qui vise à rapprocher le discours juridique du discours littéraire. Comme l'a formulé Martha NUSSBAUM, une auteure majeure du champ,

« le langage du jugement devrait être à certains égards [...] comme le langage de l'amateur de littérature. J'entends par là non pas nécessairement de bons mots et un style élevé, mais un langage qui exprime le type d'imagination capable de percevoir l'humanité individuelle des personnes concernées et leurs circonstances ; de reconnaître que chacun a une histoire compliquée avec des facteurs qui font qu'elle n'est pas la même que celle d'un autre [...] »<sup>3</sup>

La question de savoir si l'émotion affecte ou non le raisonnement du juge, et dans quelle mesure, est difficile à trancher. Les courants critiques du droit y ont répondu par l'emphase, l'interprétation normative renvoyant selon eux à une subjectivité de

<sup>1</sup> Pour une approche synthétique du courant, voir K. ABRAMS et H. KEREN, « Who's Afraid of Law and Emotions », *Minnesota Law Review*, Vol. 94, n°6, 2010, p. 1997-2074.

<sup>2</sup> Le mouvement *Law and emotion* repose alors sur l'apport des sciences humaines, de la même manière que le courant droit et littérature visait autant à importer des techniques d'analyse issues de la littérature qu'il visait par ailleurs à voir le droit comme une littérature. Voir par exemple F. OST, *Raconter la loi. Aux sources de l'imaginaire juridique*, Odile Jacob, 2006 ; A. SARAT (dir.), *Imagining Legality. Where Law Meets Popular Culture*, University of Alabama Press, 2011 ; P. SÉGUR, « Droit et littérature. Éléments pour la recherche », *Droit & Littérature*, n°1, 2017, p. 107-123 ; F-X. ROUX-DEMARE et M-C. DIZÈS (dir.), *Les fictions en droit*, Institut universitaire Varenne, 2018.

<sup>3</sup> M. NUSSBAUM, « Emotion in the Language of Judging », *St. John's Law Review*, Vol. 70, n°1, 1996, p. 24 : « the language of judging should be in some respects (...) like the language of the lover of literature. By that, I mean not necessarily fine words and high style, but a language that is expressive of the kind of imagination that's capable of perceiving the individual humanity of the people involved and their circumstances; recognizing that each has a complicated story with factors that make it not the same as anyone else's. ». Les traductions sont de l'auteur.

l'interprète, contre alors la prétention du droit à l'universalité, comme Jerome FRANK qui estimait, dès 1930, que la psychologie fournissait les meilleures explications aux décisions judiciaires<sup>4</sup>. Dès les années 1960, la psychologie cognitive s'intéresse à la manière dont l'émotion peut être, plutôt que l'opposé d'une rationalité objective trop mise en avant par la philosophie cartésienne puis kantienne et contre l'inconscient psychanalytique, un instrument de connaissance des systèmes de valeur<sup>5</sup>. Selon une approche cognitiviste, « les émotions ne sont pas vides de sens, elles incarnent des pensées<sup>6</sup> ». Le discours populaire contemporain a bien intégré l'intelligence émotionnelle comme la meilleure connaissance de soi par les émotions<sup>7</sup>.

Le courant émotiviste en sociologie va plus loin encore et estime que les jugements de valeur, ne pouvant être connus ou n'ayant d'existence en soi, doivent être compris comme l'expression d'émotions<sup>8</sup>, comme le pressentait déjà David HUME en

---

<sup>4</sup> J. FRANK, *Law and the modern mind*, Routledge, 2009 (1930). Pour l'auteur, la croyance en l'objectivité du droit provient essentiellement d'une relation émotionnelle à l'autorité qui vient de l'enfance : « *Modern civilization demands a mind free of father-governance. To remain father-governed in adult years is peculiarly the modern sin. The modern mind is a mind free of childish emotional drags, a mature mind. And law, if it is to meet the needs of modern civilization must adapt itself to the modern mind. It must cease to embody a philosophy opposed to change. It must become avowedly pragmatic. To this end there must be developed a recognition and elimination of the carry-over of the childish dread of, and respect for, paternal omnipotence; that dread and respect are powerful strongholds of resistance to change. Until we become thoroughly cognizant of, and cease to be controlled by, the image of the father hidden away in the authority of the law, we shall not reach that first step in the civilized administration of justice, the recognition that man is not made for the law, but that the law is made by and for men.* » (*Ibid.*, p. 268-269, et, plus largement, voir p. 14-25 et 75-82).

<sup>5</sup> K. OATLEY et J.M. JENKINS, *Understanding emotions*, Blackwell, 1996 ; C. TAPPOLET, *Émotions et valeurs*, PUF, 2000. Le sociologue Raymond BOUDON a proposé de parler d'une « rationalité axiologique » pour qualifier la manière dont on pouvait raisonner à propos des valeurs, l'émotion n'étant alors qu'un moyen de les connaître et en aucun cas l'origine des jugements moraux : R. BOUDON, *Le juste et le vrai. Études sur l'objectivité des valeurs et de la connaissance*, Fayard 1995.

<sup>6</sup> M. NUSSBAUM, « Emotion in the Language of Judging », *op. cit.*, p. 25 : « *emotions are not just mindless ; they embody thoughts* ». Plus précisément, « *emotions have many cognitive features, and embody forms of thought* » (*Ibid.*, p. 25). En s'appuyant notamment sur ARISTOTE mais également dans une moindre mesure sur Antonio DAMASIO (*infra*), la philosophe va légèrement au-delà du cognitivisme en estimant que les émotions sont un moyen de connaître les valeurs mais sont, peut-être, en elles-mêmes, la seule forme connaissable de jugement, en faisant le lien entre notre environnement extérieur et nos valeurs, objectifs et désirs ainsi connus : M. NUSSBAUM, *Upheavals of Thought : The Intelligence of Emotions*, Cambridge University Press, 2001, spec. p. 43-45.

<sup>7</sup> P. SALOVEY, et J. D. MAYER, « Emotional Intelligence », *Imagination, Cognition and Personality* Vol. 9, n°3, 1990. Le concept a été popularisé par un bestseller, D. GOLEMAN, *L'intelligence émotionnelle : comment transformer ses émotions en intelligence*, Robert Laffont, 1997.

<sup>8</sup> Voir A. J. AYER, *The problem of knowledge*, Macmillan, 1956 ; A.J. AYER, *Langage, vérité et logique*, trad. J. OHANA, Flammarion, 1956 (1936) ; C.L. STEVENSON, « The emotive theory of ethical terms », *Mind*, Vol. 46, 1937, p. 14-31. La sociologie tend plutôt à étudier le rapport entre les émotions et les systèmes sociaux. Allan GIBBARD estime notamment que si les jugements moraux sont bien l'expression d'émotions, ils n'excluent pas des raisonnements axiologiques, puisqu'ils doivent se conformer à un système de normes dans cette expression même en public, qui régule les émotions appropriées : Allan GIBBARD, *Wise Choices, Apt Feelings: A Theory of Normative Judgment*, Harvard university Press, 1990 ; Voir aussi J. M. BARBALET, *Emotion social theory and social structure: A macrosociological approach*. Cambridge university press, 1998.

mettant en avant les perceptions dans les comportements humains<sup>9</sup>. Du côté des neurosciences, Antonio DAMASIO a proposé une critique influente de la distinction faite par DESCARTES entre corps et esprit, alors que des « marqueurs somatiques » formeraient des voies neuronales rapides face aux décisions à prendre : ces circuits passeraient par la mémoire des émotions et non une pensée distincte de l'action, si bien que le cerveau serait capable de fonctionner en deçà de toute conscience réflexive<sup>10</sup>. La question centrale du rapport entre émotion et rationalité morale est alors de déterminer ce qui dans cette dernière constitue un espace autonome<sup>11</sup>. Le mouvement *Law and emotions* conteste une vision du libre arbitre qui est profondément ancrée dans les imaginaires du constitutionnalisme moderne.

Néanmoins, sur le plan de la méthode, l'émotion reste difficilement palpable hors de la conscience du sujet, précisément parce qu'elle est immédiate et spontanée, mais aussi parce qu'il est difficile d'y accéder à moins d'être un psychologue clinicien ou un neuroscientifique. En revanche, il semble que l'on peut retrouver des traces d'émotion dans les raisonnements judiciaires, *a fortiori* dans les opinions des juridictions dans lesquelles il est admis qu'un individu ou un groupe déterminé s'exprime, comme c'est d'ailleurs le cas aux États-Unis, le contexte d'élaboration de beaucoup de travaux du mouvement. Que l'émotion ait joué un rôle ou non dans la délibération et la rédaction, elle apparaît dans la décision et est, à cet égard, un élément rhétorique de l'argumentation<sup>12</sup>. C'est une définition minimaliste du rapport entre le droit et les émotions.

Comment qualifier cette émotion ? On retiendra qu'elle est la marque d'une réaction immédiate et spontanée : la peur, le rejet, l'adhésion, la joie, la tristesse, la colère, la surprise (les psychologues parlent d'« émotions de base »<sup>13</sup>), qu'Emmanuel JEULAND éloigne d'une « certaine confusion entre l'intuition du juste et les émotions

<sup>9</sup> D. HUME, *A treatise of human nature*, Mary J. Norton, 1739.

<sup>10</sup> A. DAMASIO, *Descartes' Error: Emotion, Reason, and the Human Brain*, Putnam Publishing, 1994. Voir aussi A. DAMASIO, *The Feeling of What Happens: Body and Emotion in the Making of Consciousness*, Harcourt, 1999.

<sup>11</sup> Pour Pierre LIVET, l'émotion n'est pas seulement un moyen de connaissance (cognitivisme), elle a également une action sur la rationalité axiologique des normes et valeurs, qui n'est pas une réalité objective accessible par une raison pure propre aux concepts (rationalisme), ni une préférence subjective réductionniste (émotivisme) : les émotions permettent de connaître ses croyances et de les « sonder », et par-là d'agir sur elles par un processus de révision : P. LIVET, *Émotions et rationalité morale*, PUF, 2002, p. 8 : « la réalité des valeurs, ce sont les interactions entre le monde et les agents. Nos émotions enregistrent nos réactions à ces interactions. Bien évidemment elles modifient ces interactions, et il nous faut donc attendre de pouvoir repérer des invariants dans ce paysage modifié par ces rétroactions ». Il existe dès lors un pré-conceptuel affectif qui interagit, sous la forme de la révision, avec le conceptuel, c'est-à-dire une certaine rationalisation consciente : les émotions orientent, dans une « structure interactive », imbriquée et complexe, nos représentations du monde, nos sentiments sur les choses, opinions, croyances et préférences (*Ibid.*, p. 35 et p. 153-176).

<sup>12</sup> Pour une application à la Cour suprême des États-Unis, voir J. GREENE, « Pathetic Argument in Constitutional Law », *Columbia Law Review*, Vol. 113, n°6, 2013, p. 1389-1482.

<sup>13</sup> M. DENIS (dir.), *La psychologie cognitive*, Éditions de la Maison des sciences de l'homme, 2012, p. 279-309.

suscitées par une affaire donnée<sup>14</sup> ». L'émotion diffère en effet du sentiment, plus stable et qui semble plus aisément proche des valeurs, d'où la capacité cognitive qui y a été associée<sup>15</sup>. Les approches de l'interprétation juridique qui voulaient mettre en avant la subjectivité de l'interprète ne se réfèrent bien souvent pas tant à l'émotion qu'à l'affect en général et à la subjectivité en particulier, si bien que l'on perd la dimension immédiate mais aussi a-conceptuelle de l'émotion – il peut s'agir d'opinions, qu'elles soient ou non constituées à partir d'une raison pure ou d'émotions ou d'un mélange des deux. Une approche argumentative semble dès lors plus intéressante puisqu'elle regarde une forme particulière de raisonnement qui fait appel à l'affect immédiat et réactif.

Malgré la définition minimaliste adoptée, il n'est pas aisé de trouver une trace d'émotion dans une décision de justice, car il ne s'agit jamais que de la rédaction *ex post* d'un raisonnement, rédaction qui ne peut, par définition, contenir de l'émotion. On peut avoir gommé tout ce qui semblait trop peu objectif pour figurer dans les motifs, et ce que l'on laisse n'est plus immédiat mais délibéré. Dès lors, la trace d'émotion peut se définir *a contrario* comme ce qui sort du raisonnement juridique perçu comme objectif et rationnel, serait-ce un paragraphe, une phrase ou un qualificatif. Le risque est alors de ne définir ce nouvel instrument que par la négativité de sa force critique, certes indéniable, et c'est bien comme cela que s'est construit le courant *Law and Emotion* : contre un raisonnement qui prétend à l'objectivité et à la raison pure<sup>16</sup>.

Plus positivement, l'émotion renvoie souvent à un style, c'est-à-dire à une expression de l'émotion, ou une expression qui suscite l'émotion, plus qu'à l'émotion elle-même, comme dans le passage cité plus haut de Martha NUSSBAUM. C'est un jugement qui serait formulé en des termes souvent présentés comme « littéraires » qu'il faudrait remarquer, sans que l'on sache bien ce que ce littéraire signifie<sup>17</sup>. On retiendra là encore un style qui sort de celui que l'on attend spontanément du juriste, par un lyrisme qui déborde la raison habituelle ainsi que du reste de la décision concernée, puisque l'objectivité n'est jamais qu'un usage de style admis au sein de la culture juridique concernées. Plus que la seule trace d'un affect, c'est alors l'émotion suscitée

<sup>14</sup> E. JEULAND, « L'émotion et le juge », document de travail publié sur Hal (consulté le 3 mars 2021). Dans le cadre de la procédure civile, l'auteur s'intéresse alors à l'influence qu'a sur le juge « la colère, l'irritation, la peur, le début d'un rire ».

<sup>15</sup> Le sentiment est pour Pierre LIVET « ce qui reste d'affect une fois que le processus de révision et d'accoutumance a stabilisé les errances de l'émotion (...) Les émotions nous donnent ce levier, puisque tout en pouvant se stabiliser en des sentiments qui coïncident avec nos jugements de valeur, elles se révèlent aussi déborder nos jugements de valeur, et surtout différer de ce que nous nous attendions à avoir comme jugements de valeurs. » (Pierre LIVET, *Émotions et rationalité morale*, op. cit., p. 8). Aussi, « Ce que nous nous finissons par nous représenter comme valeurs, ce sont simplement des chrôdes d'interaction au creux desquelles nos réactions émotionnelles restent stables, et deviennent des sentiments. » (Ibid., p. 10).

<sup>16</sup> Voir par exemple, K. ABRAMS et H. KEREN, « Who's Afraid of Law and Emotions » op. cit., 1999-2000 ; GROSSI, « Understanding Law and emotions », op. cit. p. 55-56 ; J. GREENE, op. cit., 1392-1394.

<sup>17</sup> Richard POSNER a ainsi pu dire que, bien souvent dans les travaux faisant le lien entre droit et littérature, les juristes ne définissaient pas vraiment ce qu'ils entendaient par littérature et les littéraires ne définissaient pas vraiment ce qu'ils entendaient par droit : R. POSNER, *Law and literature*, Harvard University Press, 3<sup>ème</sup> édition, 2009, p. 1-17.

qui attire le regard, dont le lien avec une argumentation rationnelle mieux acceptée interroge. L'émotion n'est alors pas ce qui viendrait s'opposer à une raison théorique, puisque l'on ne peut sonder la manière dont le juge l'a formée sans faire une psychologie des juges, ce qui excède bien nos compétences. Mais elle est un instrument, c'est-à-dire une médiation entre un objet et l'exécution d'une tâche. Comment, et pourquoi, le juge fait appel au registre de l'affect ?

Ainsi définie, l'émotion apparaît clairement dans le raisonnement des juges lorsqu'ils se situent dans le contexte de ce qui a été qualifié de constitutionnalisme transformateur<sup>18</sup>, comme en Afrique du Sud et en Colombie, où les cours constitutionnelles ont joué un rôle central dans le nouvel ordre juridique créé dans les années 1990. Face à une société fracturée, chargés d'interpréter et d'appliquer un texte riche en idéaux collectifs et, paradoxalement, en droits subjectifs de nature sociale, les juges auraient eu à ouvrir leur raisonnement à la réalité sociale pour en retour, selon les discours les plus admis, agir sur cette réalité. Les droits sociaux, sont au cœur de cette justice constitutionnelle qui ne se contenterait plus de garantir, mais de créer pour l'avenir une société plus juste<sup>19</sup>. Les deux cours font alors figure de cas extrêmes. Si la subjectivité des juges n'est pas pour autant mise en valeur, y compris par les défenseurs d'un constitutionnalisme transformateur qui sont loin de tous se rattacher aux courants critiques, il n'en reste pas moins que les juges ont donné à voir une certaine empathie dans leurs opinions, et que celle-ci a été reliée plus ou moins directement au raisonnement judiciaire. Comment comprendre cet usage ?

Suivant l'approche proposée plus haut, les décisions donnent à voir des traces d'émotion ou un pathos qui suscite l'émotion, dans divers registres que l'on propose d'étudier à partir d'exemples emblématiques de la jurisprudence des deux cours sud-africaine et colombienne relative aux droits à la santé, à la sécurité sociale, au logement et aux principes sociaux (I). Le sens des traces d'émotion doit alors être interrogé vis-à-vis du raisonnement judiciaire en matière de droits fondamentaux (II).

On observe que l'affect est intégré à une rationalité qui ne renie pas l'objectivisme, mais admet un certain rapport à la réalité sociale. Notre hypothèse est que l'émotion sert alors de médiateur entre les situations individuelles et une vision sociale plus large, les premières attirant les reproches d'un contentieux inefficace vis-à-vis des structures sociales et des politiques publiques, la seconde renvoyant à la critique traditionnelle de l'incapacité et de l'illégitimité des juges à élaborer une normativité

---

<sup>18</sup> Le terme a été proposé, par un auteur qui se réclame des Critical legal studies, K. KLARE, « Legal Culture and Transformative Constitutionalism », *South African Journal of Human Rights*, Vol. 14, n°1, 1998, p. 146-188 ; Voir aussi A. VON BOGDANDY, E. FERRER MAC-GREGOR, M. MORALES ANTONIAZZI, F. PIOVESAN, X. SOLEY (dir.), *Transformative Constitutionalism in Latin America. The Emergence of a New Ius Commune*, Oxford University Press, 2017 ; D. NOLTE, A. SCHILLING-VACAFLOR (dir.), *New constitutionalism in Latin America. Promises and practice*, Ashgate, 2012 ; C. BERNAL PULIDO, « Les stratégies judiciaires du constitutionnalisme transformateur pour réduire la pauvreté et les inégalités », *Sorbonne student law review - Revue juridique des étudiants de la Sorbonne*, n°2, 2019, p. 33-65.

<sup>19</sup> P. LANGA, « Transformative constitutionalism », *Stellenbosch Law Review*, Vol. 17, n°3, 2006, 351-360.

sociale. Une construction sophistiquée du discours judiciaire permet de contourner cette aporie et de participer à une construction des identités : l'émotion est autant un instrument de connaissance, donné à voir pour affirmer la force du raisonnement, qu'une production du juge pour faire accepter celui-ci. Les traces d'émotions, dans une triple dimension (relative aux requérants, relative à la société, relative à la position du juge lui-même), permettent d'entrer dans le raisonnement par une voie plus douce qui ne renforce pas mais, au contraire, contourne l'opposition entre subjectivité et objectivité.

## I.- L'émotion qui saisit le juge

Plusieurs registres du rapport entre l'émotion et le droit apparaissent dans la jurisprudence des cours constitutionnelles d'Afrique du Sud (A) et de Colombie (B). Pour chacun des deux pays, trois registres peuvent être observés sous la forme à la fois de traces d'affect et d'une émotion suscitée. Le juge fait parfois une présentation poignante voire misérabiliste de la situation socio-économique des requérants qui réclament la réalisation de leurs droits les plus basiques, ou des personnes placées dans la même situation, voire de la société entière. Ensuite, il arrive que le juge évoque de manière poignante l'idéal social visé par la Constitution. Enfin, le juge évoque parfois son propre office en ce qu'il est traversé par des attermoissements. La Cour constitutionnelle d'Afrique du Sud mérite un premier regard, parce que l'émotion y est plus palpable, laquelle est plus difficile à cerner en Colombie.

### A.- Les traces d'affect dans les décisions en Afrique du Sud

En Afrique du Sud, comme on le verra pour la Colombie, on peut trouver dans la jurisprudence de la Cour constitutionnelle de nombreux qualificatifs renvoyant aux titulaires des droits sociaux qui peuvent susciter de l'émotion ou laisser penser qu'ils en ont suscité chez le juge. Ils relèvent souvent du champ lexical de la survie (« *survive* », « *in need* », « *absolute* »), de la perte (« *destitute* ») ou de la marginalité et de l'exclusion (« *vulnerable* », « *stigmatise* »). On ne peut toutefois se contenter de ces mentions, puisque les droits sociaux sont, toujours, proches du domaine de l'affect. Il vaut mieux ne retenir que les qualificatifs les plus poignants, notamment ceux qui sont accompagnés de propositions qui emploient le champ lexical de l'affect et insistent particulièrement sur des ressorts émotionnels. Dès lors, on ne peut plus douter que le juge a volontairement donné ces traces à voir.

Dans la décision *Grootboom*, rendue en 2001<sup>20</sup>, la Cour constitutionnelle d'Afrique du Sud avait à juger de la constitutionnalité des politiques de logement de l'État et de la province du Cap, alors que plusieurs centaines de requérants étaient menacés d'expulsion d'un terrain municipal qu'ils occupaient illégalement, en attente du bénéfice d'un programme de logement. La décision revient de manière éloquente sur

---

<sup>20</sup> Cour constitutionnelle d'Afrique du Sud (CCSA), 4 octobre 2000, *Government of the Republic of South Africa v. Grootboom*.

la situation des requérants, mais aussi des personnes placées dans les mêmes conditions. Dès le début de l'opinion majoritaire rédigée par Zak YACOOB, on apprend ainsi que :

« Les questions abordées ici nous rappellent les conditions intolérables dans lesquelles beaucoup de nos concitoyens vivent encore. Les requérants ne sont que quelques-uns d'entre eux. Cela nous rappelle également qu'à moins que l'on soulage leur détresse, ces gens pourront être tentés de faire leur propre loi afin d'échapper à leur condition. Cette affaire rappelle la dure réalité d'une promesse d'égalité et de dignité pour tous faite par la Constitution, mais qui reste pour beaucoup un rêve lointain. Personne ne devrait être poussé par des conditions de vie intolérables à recourir à occuper illégalement des terres. »<sup>21</sup>

La terminologie indignée se retrouve tout au long de la centaine de pages qui suivent. Avant de condamner l'État pour ne pas avoir mis en place de procédure d'urgence pour les plus démunis, la Cour note que :

« il n'existe aucune disposition expresse visant à faciliter l'accès à une aide temporaire pour les personnes qui n'ont pas accès à un logement, qui n'ont pas de toit, qui vivent dans des conditions intolérables et qui sont en détresse en raison de catastrophes naturelles telles que des inondations ou des incendies, ou parce que leurs maisons sont menacées de démolition. Ces personnes sont dans le besoin de manière désespérée ? »<sup>22</sup>

L'émotion se devine derrière ces mots, et elle est largement suscitée chez le lecteur sans attendre une hypersensibilité de sa part. L'émotion du juge, elle, apparaît clairement lorsque la Cour évoque la décision d'appel, montrant un léger agacement :

« À première vue, la position des défendeurs était si aiguë et invivable lorsque la Haute Cour a entendu l'affaire que la simple humanité exigeait un secours immédiat et urgent de quelque forme que ce soit. »<sup>23</sup>

*Grootboom* n'est que la deuxième décision de la Cour statuant en matière de droits sociaux, ce qui explique en partie le ton adopté : c'était la première fois qu'elle s'exprimait sur la situation léguée par l'Apartheid en matière d'inégalités spatiales, huit

---

<sup>21</sup> Ibid., §2 : « The issues here remind us of the intolerable conditions under which many of our people are still living. The respondents are but a fraction of them. It is also a reminder that unless the plight of these communities is alleviated, people may be tempted to take the law into their own hands in order to escape these conditions. The case brings home the harsh reality that the Constitution's promise of dignity and equality for all remains for many a distant dream. People should not be impelled by intolerable living conditions to resort to land invasions. »

<sup>22</sup> Ibid., §52 : « there is no express provision to facilitate access to temporary relief for people who have no access to land, no roof over their heads, for people who are living in intolerable conditions and for people who are in crisis because of natural disasters such as floods or fires, or because their homes are under threat of demolition. These are people in desperate need. »

<sup>23</sup> Ibid., §80 : « At first blush, the respondents' position was so acute and untenable when the High Court heard the case that simple humanity called for some form of immediate and urgent relief. »

années pourtant après la transition. La première décision, *Soobramoney*<sup>24</sup>, est rédigée de manière moins emphatique par le président de la Cour, Arthur CHASKALSON, alors qu'elle portait sur le refus d'accorder un traitement rétroviral à un patient séropositif par un hôpital public. Le panorama est néanmoins dramatique :

« Nous vivons dans une société dans laquelle il existe de grandes disparités de richesse. Des millions de personnes vivent dans des conditions déplorables et dans une grande pauvreté. Le taux de chômage est élevé, la sécurité sociale est insuffisante et beaucoup n'ont pas accès à l'eau potable ou à des soins adéquats. Ces conditions existaient déjà lors de l'adoption de la Constitution et l'engagement à y remédier et à transformer notre société en une société où règnent la dignité humaine, la liberté et l'égalité est au cœur de notre nouvel ordre constitutionnel. Tant que ces conditions continueront d'exister, cet idéal sera une coquille vide. »<sup>25</sup>

La Cour a également pu être attentive – comme sa comparse colombienne ainsi qu'on le verra – aux impressions laissées par l'action publique vis-à-vis des plus démunis, et donc aux représentations affectives. Ainsi de l'exclusion des résidents étrangers du bénéfice de l'assurance sociale qui « crée presque inévitablement l'impression que les résidents permanents sont en quelque sorte inférieurs aux citoyens et moins dignes de l'aide sociale »<sup>26</sup>, dans un pays où la xénophobie, à l'égard notamment des migrants provenant des pays pauvres situés plus au Nord, est un phénomène violent et répandu jusqu'au personnel politique.

Une autre forme d'émotion ressort des propos relatifs à la société sud-africaine qui serait proclamée par la Constitution, une fierté palpable, éprouvée peut-être, transmise sans aucun doute. Le champ lexical traduit alors la fierté et la valeur supérieure de l'action collective. Les exemples sont nombreux et l'on peut retenir la célèbre deuxième décision rendue par la Cour, *Makwanyane*<sup>27</sup>, dans laquelle elle juge la peine de mort contraire à la Constitution intérimaire de 1993 en s'appuyant,

<sup>24</sup> CCSA, 27 novembre 1997, *Soobramoney v. Minister of Health, KwaZulu Natal*.

<sup>25</sup> *Ibid.*, §8 : « We live in a society in which there are great disparities in wealth. Millions of people are living in deplorable conditions and in great poverty. There is a high level of unemployment, inadequate social security, and many do not have access to clean water or to adequate health services. These conditions already existed when the Constitution was adopted and a commitment to address them, and to transform our society into one in which there will be human dignity, freedom and equality, lies at the heart of our new constitutional order. For as long as these conditions continue to exist that aspiration will have a hollow ring. »

<sup>26</sup> CCSA, 4 Mars 2004, *Khosa and others v. Minister of Social Development*, §74 : « almost inevitably creates the impression that permanent residents are in some way inferior to citizens and less worthy of social assistance ». On notera là encore le ton affectif, presque paternaliste : « As far as the applicants are concerned, the denial of the right is total and the consequences of the denial are grave. They are relegated to the margins of society and are deprived of what may be essential to enable them to enjoy other rights vested in them under the Constitution. (...) In my view this denial is unfair. » (§ 77).

<sup>27</sup> CCSA, 6 juin 1995, *S v Makwanyane and Another*.

précisément, sur l'idéal constitutionnel nouveau. Le juge MAHOMED, alors vice-président et futur président de la Cour, explique alors :

« Dans certains pays, la Constitution ne fait que formaliser, dans un instrument juridique, un consensus historique de valeurs et d'aspirations évoluant progressivement à partir d'un passé stable et ininterrompu pour répondre aux besoins de l'avenir. La Constitution sud-africaine est différente : elle ne retient du passé que ce qui peut être défendu et représente une rupture décisive et un rejet catégorique de la partie du passé qui est honteusement raciste, autoritaire, insulaire et répressive, ainsi qu'une identification et un engagement vigoureux en faveur d'un *ethos* démocratique, universaliste, bienveillant et égalitaire, expressément formulée dans la Constitution.<sup>28</sup> »

L'accumulation des qualificatifs est impressionnante, et il faut noter que les lecteurs étaient impatients aussi bien dans la nouvelle démocratie qu'à l'étranger où la fin de l'Apartheid avait été célébrée. La décision va plus loin encore en s'appuyant sur le terme d'uBuntu, inséré dans l'épilogue de la Constitution intérimaire de 1993 qui évoque la réparation des crimes de l'Apartheid, et qui :

« [...] exprime l'*ethos* d'une capacité instinctive à donner et recevoir de l'amour à ses frères et sœurs ; la joie et l'épanouissement qu'implique la reconnaissance de leur humanité propre, la réciprocité qu'elle génère dans l'interaction au sein de la communauté, la richesse des émotions créatrices qu'elle engendre et les énergies morales qu'elle libère tant chez ceux qui donnent et dans la société qu'ils servent et qui les sert.<sup>29</sup> »

L'émotion est palpable dans le récit qui est fait d'un idéal constitutionnel, mais elle est aussi partie intégrante de ce que cet idéal protège et nourrit. Toutefois, l'uBuntu n'a jamais fait l'objet d'une consécration en soi et comme norme opposable dans la jurisprudence sud-africaine, bien que le texte constitutionnel l'évoque.

Une difficulté apparaît alors. Si les opinions de la Cour montrent une émotion palpable, la partie décisive des décisions revient souvent à une froideur qui semble bien légitime de la part d'une juridiction. La décision *Grootboom* est autant riche dans le

---

<sup>28</sup> *Ibid.*, §262 : « In some countries, the Constitution only formalizes, in a legal instrument, a historical consensus of values and aspirations evolved incrementally from a stable and unbroken past to accommodate the needs of the future. The South African Constitution is different : it retains from the past only what is defensible and represents a decisive break from, and a ringing rejection of, that part of the past which is disgracefully racist, authoritarian, insular, and repressive and a vigorous identification of and commitment to a democratic, universalistic, caring and aspirationally egalitarian ethos, expressly articulated in the Constitution. »

<sup>29</sup> *Ibid.*, §262 : « expresses the ethos of an instinctive capacity for and enjoyment of love towards our fellow men and women; the joy and the fulfilment involved in recognizing their innate humanity; the reciprocity this generates in interaction within the collective community; the richness of the creative emotions which it engenders and the moral energies which it releases both in the givers and the society which they serve and are served by. »

constat de l'état des requérants qu'elle est sèche dans la solution qu'elle propose, refusant de reconnaître un contenu minimal au droit au logement que les requérants pourraient invoquer, se contentant de fixer un objectif à l'État et laissant l'exécution largement pendante<sup>30</sup>. La requérante qui a donné son nom à la décision mourra d'ailleurs sans toit quelques années plus tard. Dans *Soobramoney*, le traitement rétroviral n'est pas accordé systématiquement non plus, au nom des ressources publiques. La Cour a souvent été accusée de trahir ou a minima de circonscrire l'idéal constitutionnel avec des dispositifs prudents, ce qui a pu être positivement qualifié de « *d'évitement précautionneux* »<sup>31</sup>. Mais si la Cour a été saluée pour ses constructions théoriques malgré tout, c'est en partie grâce à son style clair et convaincant<sup>32</sup>, si bien que l'émotion mobilisée semble venir renforcer l'idée d'un juge attentif à la société qui l'entoure. Il est en outre frappant que la Cour ne s'en tienne pas à expliciter les normes sur lesquelles elle s'appuie, ayant même tendance à se ranger parfois derrière un formalisme déductif finalement peu novateur plutôt que d'exprimer des choix interprétatifs<sup>33</sup>, mais évoque toujours avec beaucoup de clarté les faits des affaires et la situation du pays.

Les membres de la Cour sud-africaine ont l'habitude de participer au débat public et ont pu laisser voir la manière dont ils saisissaient les affects liés à leur office. Albie SACHS, membre de la Cour et militant de l'ANC durant la lutte contre l'Apartheid, a fait le lien entre son expérience de juge et des émotions et indignations héritées de son plus jeune âge<sup>34</sup>, si bien que pour lui, parce qu'il n'informe pas sur les ressentis du juge, « *every judgement I write is a lie*<sup>35</sup> ». Edwin CAMERON, également juge à la Cour, a écrit sur son combat contre le Sida et les émotions de dégoût, de peur et de colère que la maladie suscitaient en lui<sup>36</sup>, alors qu'il était parallèlement un militant actif pour les droits LGBT. La Cour a fait face à de nombreuses affaires concernant les discriminations de genre et le Sida, même si l'on ne retrouve pas de telle marque d'indignation dans les opinions d'Edwin CAMERON.

<sup>30</sup> K. PILLAY, « Implementation of Grootboom: Implications for the Enforcement of Socioeconomic Rights », *Law, democracy and development*, Vol. 6, n°2, 2002, p. 255-278. Pour une critique conceptuelle, voir David BILCHITZ, *Poverty and Fundamental Rights : The Justification and Enforcement of Socio-economic Rights*, Oxford university press, 2007.

<sup>31</sup> I. CURRIE, « Judicious Avoidance », *South African Journal of Human Rights*, Vol. 15, n°2, 1999, p. 138-165.

<sup>32</sup> T. ROUX, *The politics of principle: The first South African Constitutional Court, 1995-2005*, Cambridge University Press, 2013.

<sup>33</sup> D. KENNEDY, *A Critique of Adjudication* (fin de siècle), Harvard University Press, 1997, p. 106. K. KLARE, « Legal Culture and Transformative Constitutionalism », *op. cit.*, p. 146-148.

<sup>34</sup> A. SACHS, *The strange alchemy of life and law*, Oxford University Press, 2011. Voir par exemple le passage où il explique sa position concernant le mariage pour les personnes de même sexe dans la décision *Fourie* en évoquant son ressenti face aux solutions britanniques et étatsuniennes, qui ne relève pas à proprement parler d'un registre rationnel : *Ibid.*, p. 249-252. Le pouvoir d'interprétation du juge est ici relié à sa subjectivité, dont font partie les émotions et les intuitions (*ibid.*, p. 114-143). Quelques années auparavant, SACHS exprimait déjà ses ressentis de sud-africain face aux démocraties constitutionnelles dans lesquelles il avait voyagé, et notamment ses émotions les plus vives : A. SACHS, *The free diary of Albie Sachs*, Random house, 2004, voir p. 30 (« *delight* », « *wonder* »), p. 177 (« *peevish thoughts* ») et p. 189 (« *vanity* »).

<sup>35</sup> A. SACHS, *The strange alchemy...*, *op. cit.*, p. 7.

<sup>36</sup> E. CAMERON, *Witness to Aids*, I.B. Tauris, 2005, voir par exemple p. 51.

## B.- Les traces d'affect dans les décisions en Colombie

Quelle émotion trouve-t-on dans la jurisprudence colombienne relative aux droits sociaux ? Comme en Afrique du Sud, la caractérisation de la situation des justiciables donne lieu à des qualificatifs qui laissent voir une émotion. Par exemple dans la décision T-426 de 1992<sup>37</sup>, rédigée par Eduardo Cifuentes Muñoz, connu pour ses opinions innovantes. La Cour reconnaît alors que la *tutela* ouverte à chaque justiciable pour invoquer ses droits fondamentaux peut porter sur les droits sociaux, ici le droit à la subsistance, en lien avec le concept d'État social de droit. Un retraité en grande précarité, qui avait besoin d'une opération chirurgicale, invoquait le bénéfice d'une procédure lui permettant d'être couvert par le *plan obligatorio de salud* (POS). La Cour commence par évoquer « son état de santé précaire », puis élargit le regard :

« La condition d'abandon et de marginalisation sociale de milliers de personnes âgées est inacceptable. (...) Les longues files de personnes âgées qui attendent le versement des pensions pourtant nécessaires à leur survie, l'absence d'un service social de prise en charge des personnes âgées et des handicapés physiques ou mentaux comme il en existe dans d'autres sociétés - ce qui doit nécessairement être atteint - pour garantir la satisfaction de leurs besoins fondamentaux et, en général, l'absence d'un système adéquat de protection et d'assistance, sont des facteurs objectifs qui placent ce groupe social dans des circonstances de marginalité et de faiblesse manifeste.<sup>38</sup> »

Aussi,

« L'état de droit social exige que l'on s'efforce de créer les conditions indispensables à assurer une vie digne et décente à tous les habitants du pays dans la limite des possibilités économiques qui leur sont offertes. <sup>39</sup> »

Malgré l'importance historique de la décision, la première à reconnaître les droits sociaux comme droits fondamentaux invocables, l'émotion est plutôt contenue.

---

<sup>37</sup> Cour constitutionnelle de Colombie (CCC), T-426/92, 18 février 1992. Les citations des décisions de la Cour ne font pas toujours l'objet d'une référence, puisque les paragraphes n'y sont pas toujours numérotés. Aussi, elles sont indiquées par leur numéro suivi des deux dernières années du rendu de la décision, comme il est d'usage en Colombie.

<sup>38</sup> *Ibid.*, §1 et 2 : « Es inaceptable la condición de abandono y marginamiento social de miles de personas pertenecientes a la tercera edad. (...) Largas filas de ancianos en espera del pago de las pensiones necesarias para sobrevivir, la falta de un servicio social de atención a ancianos y disminuidos físicos o mentales como el existente en otras sociedades - al cual necesariamente deberá llegarse - que garantice la satisfacción de sus necesidades básicas, y, en general, la ausencia de un adecuado sistema de protección y asistencia, son factores objetivos que sitúan a este grupo social en circunstancias de marginalidad y debilidad manifestas. »

<sup>39</sup> *Ibid.*, §5 : « El Estado social de derecho exige esforzarse en la construcción de las condiciones indispensables para asegurar a todos los habitantes del país una vida digna dentro de las posibilidades económicas que estén a su alcance. »

Les décisions de la Cour constitutionnelle de Colombie relatives aux populations déplacées du fait du conflit armé attirent également le regard de qui cherche un contenu émotionnel chargé. La décision T-025/04<sup>40</sup> est la plus célèbre d'entre toutes. Elle rassemble plusieurs centaines de *tutelas* pour conclure à la violation de la Constitution du fait de l'incapacité des pouvoirs publics à mettre en place une politique de protection des populations, d'où il ressort de multiples violations des droits des populations concernées au travail, à la santé, à un minimum vital, à une vie digne, à l'éducation ou encore à la protection de l'enfance. Or, la décision elle-même présente un style étonnamment rationnel, typique du juge qui la rédige, Manuel José CEPEDA ESPINOSA. La situation des déplacés y est présentée sous la forme de statistiques relatives à la malnutrition, aux problèmes de santé ou à la misère exceptionnelles des déplacés : c'est la manière la plus froide d'aborder « un nivel mucho mayor de vulnerabilidad ». L'analyse des politiques publiques, sur deux cents pages dont une annexe, trahit à peine un agacement vis-à-vis de l'inaction des multiples agences concernées qui ont été incapables d'élaborer un plan d'action. En revanche, le juge renvoie pour la qualification des faits à de multiples décisions rendues par la Cour sur la même situation, en des termes déchirants, évoquant tantôt :

« un problème d'humanité qui doit être abordé solidairement par tous, à commencer, bien sûr, par les fonctionnaires d'État<sup>41</sup>,

"un véritable état d'urgence sociale", "une tragédie nationale, qui affecte le destin d'innombrables Colombiens et marquera l'avenir du pays pour les décennies à venir" et "un grave danger pour la société politique colombienne"<sup>42</sup>,

un "état de fait inconstitutionnel" qui "contredit la rationalité implicite du constitutionnalisme", en provoquant une "tension évidente entre le projet politique et la déclaration de valeurs, principes et droits prolixes de la Loi fondamentale, et la réalité quotidienne et tragique que constitue l'exclusion de millions de Colombiens de ce pacte social".<sup>43</sup>

"(i) le manque de terres et de logements, (ii) le chômage, (iii) la situation des sans-abris, (iv) la marginalisation, (v) la hausse des maladies et de la mortalité,

---

<sup>40</sup> CCC, T-025/04.

<sup>41</sup> CCC, T-227/97 : « un problema de humanidad que debe ser afrontado solidariamente por todas las personas, principiando, como es lógico, por los funcionarios del Estado »

<sup>42</sup> CCC, SU-1150/00 : « "un verdadero estado de emergencia social", "una tragedia nacional, que afecta los destinos de innumerables colombianos y que marcará el futuro del país durante las próximas décadas" y "un serio peligro para la sociedad política colombiana" »

<sup>43</sup> CCC, T-215/02 : « un "estado de cosas inconstitucional" que "contraría la racionalidad implícita en el constitucionalismo", al causar una "evidente tensión entre la pretensión de organización política y la prolífica declaración de valores, principios y derechos contenidas en el Texto Fundamental y la diaria y trágica constatación de la exclusión de ese acuerdo de millones de colombianos" »

(vi) l'insécurité alimentaire, (vii) le manque d'accès à la propriété chez les ruraux, et (viii) la désintégration sociale".<sup>44</sup> »

L'accumulation dépasse largement ce qu'une évaluation normative serrée attend et semble associer une rationalité juridique à l'indignation suscitée par la réalité sociale. Plus loin, le juge se réfère à des qualificatifs qui révèlent une appréciation subjective, soulignant le « véritable » état d'urgence sociale, la « tragédie », les « innombrables » colombiens touchés, ou même « l'exclusion », des termes qui ne sont bien entendu pas évoqués par les textes. La création d'un état de fait inconstitutionnel (*estado de cosas inconstitucionales*), véritable création juridique qui rassemble les éléments inconstitutionnels pour ne recevoir qu'une qualification d'ensemble, tant il est évident que la loi fondamentale est violée, peut être vue comme la conclusion tirée de l'émotion suscitée.

Comme en Afrique du Sud, une autre forme d'émotion ressort des passages des décisions relatifs à la société promue par la Constitution. On y retrouve un lyrisme particulier, qui mêle l'interprétation du texte à une fierté évidente et suscite une réaction admirative. La décision T-772 de 2003, rédigée par Manuel José CEPEDA ESPINOSA, est un bon exemple. Un vendeur de rue s'était fait expulser de l'espace public et confisquer ses biens par la police : la Cour condamne alors l'incapacité des pouvoirs publics à fournir une alternative à ceux qui ne peuvent vivre autrement que par ce commerce informel, qui violerait le principe d'État social de droit proclamé par la Constitution de 1991. La formulation de celui-ci oscille entre les canons de l'interprétation normative et le portrait emphatique des nécessiteux :

« Il est donc clair que le principe de l'État social de droit a été adopté comme une réponse des systèmes politiques occidentaux à une réalité indéniable : la marginalisation d'une grande partie des populations dans une situation de pauvreté notoire, face au bien-être économique d'une minorité. C'est une même situation qui a conduit l'Assemblée constituante de 1991 à établir le principe de l'État social de droit comme l'un des axes d'organisation du système politique colombien. Il n'est pas nécessaire d'approfondir l'analyse de la pauvreté - entendue comme l'absence des conditions matérielles minimales nécessaires à garantir la conservation de la personne en accord avec sa dignité propre - pour réaliser qu'elle constitue un déni intégral des conditions de base d'une jouissance et d'un exercice de tous les droits fondamentaux. Ses effets négatifs tendent à se perpétuer, puisque ceux qui manquent de nourriture, de vêtements, d'éducation, etc., ne pourront pas accéder aux opportunités économiques, d'emploi et sociales

---

<sup>44</sup> CCC, T-602/03 : « (i) la pérdida de la tierra y de la vivienda, (ii) el desempleo, (iii) la pérdida del hogar, (iv) la marginación, (v) el incremento de la enfermedad y de la mortalidad, (vi) la inseguridad alimentaria, (vii) la pérdida del acceso a la propiedad entre comuneros, y (viii) la desarticulación social. » »

aussi facilement que ceux dont les besoins basiques sont satisfaits, reproduisant ainsi un schéma de marginalisation.<sup>45</sup> »

La Cour revient ensuite à la situation des requérants, dont elle estime qu'elle aurait été déconsidérée par les pouvoirs publics :

« [...] les règles minimales du procès équitable applicables à ce type d'action n'ont pas été respectées, personne n'a tenu compte du fait que si M. PALACIOS ARENAS se tenait sur la voie publique pour vendre des hot-dogs, des hamburgers et des boissons non alcoolisées pendant la nuit, c'était parce qu'il devait satisfaire son droit à la subsistance et celui de sa famille en l'absence d'opportunités économiques offertes par l'économie formelle ou par l'État ; il s'agit d'une activité que le requérant a déjà annoncé qu'il continuera à exercer, puisqu'il n'a toujours pas d'autres possibilités de subsistance qui soit licite, et qu'il le fera au risque d'une nouvelle confiscation - puisque ses besoins économiques et ceux de sa famille, y compris ceux de sa fille, ne peuvent attendre.<sup>46</sup> »

Or,

« [...] il est constitutionnellement inacceptable que les personnes qui se trouvent dans la situation du requérant soient simplement privées des moyens matériels utiles à un travail alimentaire, sans recevoir aucune offre alternative qui répondrait effectivement à leurs besoins.<sup>47</sup> »

Il y a peu à douter que déclarer la situation « constitutionnellement inacceptable » donne à voir une indignation, même contenue, et cela d'autant plus à

---

<sup>45</sup> CCC, T-772/03 : « Resulta claro, entonces, que el principio del Estado Social de Derecho se adoptó como respuesta de los sistemas políticos occidentales ante una realidad inocultable : la marginación de grandes masas poblacionales en situación de notoria pobreza, frente al bienestar económico de una minoría. Fue el mismo motivo el que llevó al Constituyente de 1991 a erigir el principio del Estado Social de Derecho como uno de los ejes organizadores del sistema político colombiano. No es necesario profundizar demasiado en el análisis de la pobreza - entendida como la carencia de las condiciones materiales mínimas necesarias para garantizar la conservación física de la persona en condiciones acordes con su dignidad inherente -, para concluir que constituye una negación integral de los supuestos básicos para el goce y ejercicio de la totalidad de los derechos fundamentales de quienes se ven aquejados por ella. Sus efectos negativos tienden a perpetuarse, ya que quien no dispone de alimentación, vestido, educación, etc., no podrá acceder a las oportunidades económicas, laborales y sociales existentes con la misma facilidad que quien tiene sus necesidades básicas satisfechas, reproduciendo así el patrón de marginación. »

<sup>46</sup> Ibid. : « ... no se siguieron las pautas mínimas del debido proceso aplicable a este tipo de actuaciones, nadie prestó consideración al hecho de que si el señor Palacios Arenas estaba parado en la vía pública disponiéndose a vender perros calientes, hamburguesas y gaseosas durante la noche, era porque necesitaba satisfacer su derecho al mínimo vital y el de su familia en ausencia de oportunidades económicas provistas por el sector formal de la economía o por el Estado; actividad que ya ha anunciado el actor que continuará desarrollando, puesto que todavía no se vislumbran posibilidades alternativas lícitas de subsistencia, y que lo hará incluso frente al riesgo de sufrir un nuevo decomiso - ya que sus necesidades económicas y las de su familia, entre ellas las de su hija, no dan espera -. »

<sup>47</sup> Ibid. : « es constitucionalmente inaceptable que las personas que se encuentran en la situación del peticionario sean sencillamente privadas de los medios materiales que aplican a su trabajo de subsistencia, sin recibir ofrecimiento alternativo alguno que satisfaga sus necesidades en forma efectiva. »

l'issue d'une présentation appuyée de la solidarité visée par la Constitution. Comme en Afrique du Sud, la présentation des faits et du contexte est chargée émotionnellement. Elle vient néanmoins intégrer un très sérieux contrôle de proportionnalité, et pour les quelques paragraphes cités des différentes décisions, une centaine de pages au moins rappellent les obligations légales pesant sur l'État. L'émotion vient donc nourrir l'œuvre de rationalisation qu'est le raisonnement judiciaire, mais en participant à la renouveler : l'État social de droit a ainsi été conçu par la Cour comme une forme de société politique et juridique qui dépasserait l'État de droit associé au libéralisme occidental et à sa conception de l'individu rationnel<sup>48</sup>, ce qui n'est pas sans rappeler l'origine du rationalisme selon *Law and emotions*. Pour ce faire, la Cour colombienne a toujours eu recours à un style éloquent, même s'il est plus proche de la démonstration philosophique que de la prose, sur parfois plusieurs centaines de pages. Il y a de toute évidence, encore plus qu'en Afrique du Sud, une volonté de la Cour de convaincre du sérieux de son raisonnement théorique.

Une autre forme d'émotion apparaît enfin qui voit le juge faire le récit de ses attermoissements. La décision T-1207/01, rendue par Rodrigo ESCOBAR GIL, est assez banale : elle reprend la jurisprudence de la Cour pour accorder un droit subjectif à la santé à trois requérants séropositifs à qui étaient refusés des soins, au motif d'un lien connexe avec le droit à la vie, qui est reconnu comme un droit fondamental invocable par les justiciables. On notera, du point de vue de l'émotion, le passage de la décision qui met en avant les difficultés économiques des requérants, qui bien que travaillant n'ont pas de quoi atteindre un minimum nécessaire à la vie quotidienne, ni ne peuvent avoir accès à des soins hors de l'aide publique (qui leur est ici refusée). L'un des trois requérants est mort du Sida durant la procédure. La Cour assume une décision *in concreto* en écartant les dispositions du *plan obligatorio de salud* (POS), mais la décision est surtout célèbre pour l'opinion concordante (*aclaración de voto*) de Rodrigo UPRIMNY, un juge connu par ailleurs pour son militantisme pro-droits. Écrivant à la première personne dans ce qui est bien la partie d'un jugement, il fait part de sa difficulté à assumer la décision, même si elle n'est jamais que la suite d'un précédent qui « peut paraître facile, y compris à un étudiant de première année de droit<sup>49</sup> ». Mais le juge a entendu les critiques qui pèsent sur la Cour, en ce qu'accorder des demandes individuelles relativement à la santé, en l'état des ressources publiques, affecte la réalisation des droits pour tous les Colombiens. C'est un cas de conscience dont fait part le juge :

« La décision (...) peut sembler facile, y compris à un étudiant en première année de droit, car il ne s'agit en apparence que d'appliquer une doctrine constitutionnelle établie par cette Cour presque depuis ses premières décisions. Néanmoins, je pense que le problème n'est pas si simple à résoudre, du moins de mon point de vue. Ces décisions en matière de santé soulèvent des questions éthiques et juridiques très difficiles pour moi, et me mettent donc dans une

<sup>48</sup> Voir, par exemple, CCC, T-772/03 et CCC, T-622/16.

<sup>49</sup> CCC, T-1207/01.

situation inconfortable. La raison de ce malaise, voire de cette perplexité, est la suivante : je partage la vocation humaniste de la jurisprudence de cette Cour, qui cherche à faire des droits sociaux une réalité, afin qu'ils ne restent pas de papier. Toutefois, je suis également conscient des faiblesses juridiques et politiques de la doctrine constitutionnelle actuelle sur le droit à la santé en tant que droit fondamental, qui ont été mises en évidence par de nombreuses critiques des travaux de la Cour dans ce domaine.<sup>50</sup> »

Plus largement, Rodrigo UPRIMNY estime que le juge doit faire part de ses « doutes et perplexités<sup>51</sup> » afin de participer au dialogue constitutionnel sur les droits :

« [...] nous, juges, ne devons pas cacher nos doutes et nos perplexités. Je crois qu'il est socialement plus utile de rendre ces perplexités explicites afin de stimuler des débats sociaux et académiques qui enrichissent la jurisprudence. Le but de cette opinion concordante est donc d'explicitier mes doutes sur la jurisprudence constitutionnelle actuelle en matière de santé, afin de contribuer au dialogue constitutionnel permanent qui devrait avoir lieu entre les juges constitutionnels et la société. <sup>52</sup> »

L'émotion du juge entre alors – sans préjuger de sa sincérité – dans une mise en scène du raisonnement judiciaire, « explicitant » le mécanisme psychologique qui travaille la prise de décision, dans le contexte déchirant auquel la Cour fait face lorsque les droits sociaux sont en question.

Si en Afrique du Sud l'émotion est palpable dans la jurisprudence mais n'est pas suivie, pour autant, de dispositifs particulièrement forts, la situation colombienne appelle à l'observation inverse. Les décisions de la Cour versent moins aisément dans le pathos mais les solutions apportées aux litiges, elles, sont volontiers décrites comme plus fortes que celles de la Cour sud-africaine. Sans doute est-ce une autre manière pour le juge de limiter sa réaction affective par un sentiment de contrainte juridique, c'est-à-dire face aux exigences qu'il lit dans le texte constitutionnel. Par exemple, la décision T-

---

<sup>50</sup> Ibid. : « La decisión del presente asunto puede parecer fácil, incluso para un estudiante de primer año de derecho, pues aparentemente se trata únicamente de aplicar una doctrina constitucional, establecida por esta Corte casi desde sus primeras decisiones. Sin embargo, creo que el problema no es tan sencillo de resolver, al menos desde mi perspectiva. Y es que estas sentencias de salud me suscitan unos interrogantes éticos y jurídicos muy difíciles, y por ello me ponen en una situación incómoda. La razón de esa incomodidad, e incluso perplejidad, es la siguiente: comparto la vocación humanista de esta jurisprudencia de la Corte, que busca hacer realidad los derechos sociales, a fin de que éstos no se queden en el papel. Sin embargo, soy también consciente de las debilidades jurídicas y políticas de la actual doctrina constitucional sobre el derecho a la salud como derecho fundamental por conexidad, las cuales han sido destacadas por muchos críticos del trabajo de la Corte en este campo. »

<sup>51</sup> Ibid.

<sup>52</sup> Ibid. : « ... los jueces no debemos ocultar nuestras dudas y perplejidades. Creo que es socialmente más útil explicitar esas perplejidades con el fin de estimular debates sociales y académicos que enriquezcan la jurisprudencia. La finalidad de esta aclaración de voto es entonces explicitar mis dudas sobre la actual jurisprudencia constitucional en materia de salud, con el fin de contribuir al diálogo constitucional permanente que debe existir entre los jueces constitucionales y la sociedad. »

426/92 reste assez mesurée en estimant qu'un « núcleo esencial » des droits sociaux est inviolable, mais en refusant de le définir dans l'abstrait, renvoyant à chaque espèce. D'où la gêne exprimée par Rodrigo UPRIMNY, qui se refusait à admettre la rationalité d'une admission large des recours : il fait alors le lien avec les obligations que feraient peser la Constitution pour expliquer qu'il n'est pas satisfaisant de simplement considérer que tout requérant a droit à la réalisation du minimum vital, quand bien même la solution l'appelle à exprimer ses doutes.

## II.- Le juge qui se saisit de l'émotion

Si les traces d'affect apparaissent dans les décisions sud-africaines et colombiennes, et semblent orienter la lecture vers l'évocation d'un potentiel émotionnel du raisonnement judiciaire auprès de ses destinataires, il reste à voir comment (A) et pourquoi (B) les cours usent de cet instrument.

### A.- Une dialectique de l'émotion et de l'objectivité rationnelle

Dans les différents extraits qui ont été présentés, l'usage du registre pathétique ou exalté ressort d'un raisonnement qui entre, par ailleurs et par définition, dans les canons du droit : le phénomène juridique est en effet un phénomène social qui repose sur l'acceptation, parmi les acteurs, de sa force obligatoire, *via* la justification<sup>53</sup>. Les deux juridictions sont connues pour leurs constructions conceptuelles bien au-delà de l'émotion, mais elles ont dû convaincre de la juridicité, pour ne pas dire de la vérité de leurs décisions, lorsqu'elles ont été créées dans des sociétés violentes dans les années 1990. On retrouve alors l'émotion dans un style naturellement porté sur la persuasion. C'est une dialectique qui s'engage entre des marques d'affect et le raisonnement objectiviste. Comment se réorganisent ces deux pôles ? Se confondent-ils ? Est-ce le signe d'une transformation du raisonnement judiciaire ? Est-ce une spécificité de l'interprétation des droits sociaux ou le dévoilement d'une méthode purement rhétorique ?

Le juriste sud-africain Henk BOTHA a proposé de parler de « raisonnement métaphorique » pour qualifier le droit post-Apartheid, différent d'un raisonnement qu'il

---

<sup>53</sup> A. ROSS, *On law and justice*, University of California Press, 1959. Pour Karl OLIVECRONA, qui est plus radical qu'Alf Ross, le droit n'est pas seulement un fait ou une construction sociale, mais un mécanisme d'obéissance psychologique : « les droits ne correspondent pas à des faits mais existent dans l'esprit des individus et donc appartiennent au monde empirique à titre de représentations mentales » : K. OLIVECRONA, *De la Loi et de l'État. Une contribution de l'école scandinave à la théorie réaliste du droit* : K. OLIVECRONA, *De la Loi et de l'État. Une contribution de l'école scandinave à la théorie réaliste du droit*, Dalloz, Rivages du droit, 2011, P. BLANC-GONNET JONASON (trad.), p. 95. Pour une critique, voir P. BRUNET, « Le droit est-il dans la tête ? », *Jus Politicum*, n°8, 2012. On peut alors estimer qu'il existe une contrainte qui soit juridique, et qui ne soit donc pas seulement du fait, relevant de la psychologie, de la sociologie ou de l'idéologie, puisque les acteurs juridiques s'adressent à d'autres, ce qui fait que « leurs décisions sont soumises à une épreuve de justification », incluant « le raisonnement par lequel on justifie » : M. TROPER, V. CHAMPEIL-DESPLATS, C. GRZEGORCYK (dir.), *Théorie des contraintes juridiques*, LGDJ, 2005, p. 3.

associe à un objectivisme occidental<sup>54</sup>. Le rôle du juriste ne saurait alors être confiné à la déduction logique mais intègre nécessairement une part affective et imaginaire<sup>55</sup>. C'était bien le sens du constitutionnalisme transformateur observé par Karl KLARE, qui appelait à une prise de conscience par les juristes de la subjectivité de leur activité, afin d'acter une nature « post-libérale » de la Constitution du pays<sup>56</sup>, par une opposition que ne renie pas la Cour colombienne. KLARE se place alors dans la droite ligne des Critical legal studies qui, poursuivant l'aspect le plus déconstructiviste du réalisme américain, voyaient avant tout l'interprétation comme un processus par lequel transparaissent les opinions et les rapports de pouvoir<sup>57</sup>, même si cette filiation n'a souvent pas survécu à la reprise de la proposition de KLARE par la doctrine et les juges. Mais un mot célèbre en Afrique du Sud vient dire que le pays est passé, dans les années 1990, d'une culture d'autorité où les décisions étaient imposées à une culture de justification<sup>58</sup>.

Les juges viennent alors ouvrir un raisonnement juridique associé au formalisme et à la rigueur froide pour le nourrir de l'espoir d'une société plus juste. Aussi les requérants *espèrent* sortir d'une situation *désespérée* en réclamant la réalisation de droits sociaux. Les travaux les plus avancés sur le rapport entre droit et émotion postulent ainsi que le droit produit des émotions, mais qu'il faut surtout se saisir de cette faculté pour développer des émotions positives pour le bien commun, dans une dimension normative assumée<sup>59</sup>. Il en va ainsi de l'espoir des personnes désavantagées qui s'orientent vers des

---

<sup>54</sup> H. BOTHA, « Metaphoric reasoning and transformative constitutionalism. Part 1 », *Journal of South African Law*, n°4, 2002 p. 612 : « Lawyers tend to view metaphors, at best, as inessential frills which add little to their understanding of legal materials; at worst, as rhetorical devices which may distort legal meaning. This view of metaphors is part of an objectivist mindset that is deeply embedded in Western legal culture, philosophy and science. It is based on the objectivist assumption that reality exists independently of the language we use to describe it; that we can describe reality correctly if we use the right words. Science is sharply delineated from rhetoric and poetry: it is said to be based on literal language and to yield objective knowledge. The use of literal language is thought to enable us to rise above the merely subjective. By contrast, the use of metaphors and other forms of figurative language is believed to be inappropriate in the realm of science, as it is based on subjective experience and tends to obscure truth. »

<sup>55</sup> Ibid., p. 613 : « If legal concepts and categories are structured metaphorically, if law depends for its coherence on narrative and rhetoric, it is hard to see how legal language can be considered a neutral instrument for conveying the ends and purposes of the law. The role of the legal interpreter can hardly be confined to that of deducing answers to legal questions from the literal meaning of a legislative provision or previous decision, or of giving effect to the internal logic of the law. If legal reasoning rests upon the imaginative elaboration of basic human experiences, it must be possible to escape from the supposedly inescapable logic of the law, to evaluate and criticise the metaphors and narratives structuring mainstream legal thought, and to imagine alternatives to dominant practices and interpretations. »

<sup>56</sup> K. KLARE, « Legal Culture and Transformative Constitutionalism », *op. cit.*, p. 156.

<sup>57</sup> D. KENNEDY, *A Critique of Adjudication (fin de siècle)*, *op. cit.*

<sup>58</sup> E. MUREINIK, « A Bridge to Where? Introducing the Interim Bill of Rights », *South African Journal of Human Rights*, Vol. 10, n°1, 1994, p. 31-48.

<sup>59</sup> Comme le soulignent Kathryn ABRAMS et Hila KEREN, « Who's Afraid of Law and Emotions », *op. cit.*, p. 1999-2000, il s'agit « to modify legal doctrine to acknowledge and encompass affective response, or use law to channel, moderate, or foster the emotions ». Pour Joshua GREENE, l'émotion peut bien être un guide si l'on voit le juge constitutionnel comme devant produire des normes favorables à la société : « Emotion may enable that judgment to better resonate with our core values even as it biases our evaluation of historical or empirical facts. The intelligence of an emotional judgment, in other words, depends on what the decider's ends are. But to assume that the object of constitutional judging is to prove some positive proposition rather

voies de droit pour réclamer ce qu'elles estiment leur être dû, mais dont l'espoir se construit également à mesure qu'elles voient s'ouvrir « des instruments juridiques nouveaux et puissants au service du changement social »<sup>60</sup>. Il y a alors dans le droit un espoir qui se rapproche, en éthique, de l'amour qui devrait guider les actions de chacun en société<sup>61</sup>. On a vu comment la Cour constitutionnelle d'Afrique du Sud faisait le lien entre cet ethos et l'idéal constitutionnel via la notion d'uBuntu.

L'Afrique du Sud comme la Colombie, après avoir adopté des constitutions riches pour leur dimension sociale et une garantie juridictionnelle qui devait aider, selon le récit des juristes, à construire un nouvel ordre politique et social, ont vu émerger une importante activité militante autour de la défense des droits des plus démunis, laquelle a nourri la plupart des affaires des cours constitutionnelles. C'est assurément une visée idéaliste qui est associée à l'office du juge, comme le défend par exemple Mauricio GARCÍA VILLEGAS lorsqu'il parle d'un « constitutionnalisme aspirationnel »<sup>62</sup>. Dans des pays marqués par les inégalités, mais aussi par un processus constituant qui a intégré à l'issue de négociations complexes des dispositions ouvertes à la matière sociale, il a été rapidement admis qu'il fallait dépasser ce qui était perçu, dans la tradition nord-américaine en tous cas, comme un constitutionnalisme libéral dépassé<sup>63</sup>.

La question du juste revient alors nécessairement lorsque l'on parle d'émotions. La frontière entre le droit et l'émotion suscitée par la réalité sociale est ténue, lorsque, comme l'exprimait la Cour colombienne dans la décision T-772/03, « la proposition centrale sur laquelle repose ce type d'organisation politique est celle d'une interrelation intime et inséparable entre les sphères de 'l'État' et de la 'société' »<sup>64</sup>. La construction juridique (objective) elle-même est présentée comme tendue vers le juste, ainsi que l'illustre l'interprétation du principe constitutionnel d'État social de droit :

« En vertu de l'article premier de la Constitution, la Colombie est un État social de droit (...), un principe cardinal de notre ordre constitutionnel, qui lui donne un sens, un caractère et des objectifs spécifiques à l'organisation de l'État dans

---

*than to align the law with the values of the governed is to beg the question.* » (J. Greene, « Pathetic Argument in Constitutional Law », *op. cit.*, p. 1451). Par une émotion positive, l'auteur entend des « emotions that correspond to positively valenced event outcomes regarded as desirable by the affected others » (*Ibid.*, p. 1465), comme la pitié, l'admiration, la joie, et l'auteur assimile souvent l'émotion désirable chez les juges à l'empathie.

<sup>60</sup> K. ABRAMS et H. KEREN, « Law in the cultivation of hope », *California Law Review*, vol. 95, n°2, 2007, p. 322.

<sup>61</sup> P. GOODRICH, *Law in the courts of love: Literature and other minor jurisprudences*, Routledge, 1996 ; P. GOODRICH, *The laws of love: A brief historical and practical manual*, Palgrave Macmillan, 2006.

<sup>62</sup> Pour la Colombie, voir M. GARCÍA VILLEGAS, « Constitucionalismo aspiracional : derecho, democracia y cambio social en América Latina », *Análisis Político*, vol. 25, n°75, 2012.

<sup>63</sup> Il ne faut néanmoins pas exagérer la spécificité d'un constitutionnalisme tantôt appelé post-libéral, transformateur ou nouveau, à l'issue bien souvent d'une reprise des discours critiques qui les mêle à des instruments plus consensuels du néoconstitutionnalisme global.

<sup>64</sup> CCC, T-772/03 : « el presupuesto central sobre el cual se construye este tipo de organización política es el de una íntima e inescindible interrelación entre las esferas del "Estado" y la "sociedad" »

son ensemble, et qui est - par conséquent - contraignant pour les autorités, qui doivent orienter leurs actions vers la réalisation des missions particulières d'un tel système : la promotion de conditions de vie dignes et décentes pour toutes les personnes et la résolution des inégalités réelles au sein de la société, en vue d'établir un ordre juste.<sup>65</sup> »

Ce juste, distinct de l'émotion, y reste intimement lié : comme le notait Paul RICŒUR, toute réflexion à son égard part d'une réaction à l'injustice<sup>66</sup>, quand bien même les juristes peuvent avoir tendance à distinguer le juste de l'émotion<sup>67</sup>, le premier étant plutôt bien accepté dans le raisonnement. Or, on a vu que l'émotion, plutôt qu'un affect qui troublerait le jugement, pouvait être comprise comme un moyen de connaître les croyances et préférences voire de les réviser et d'agir sur elles. L'émotion est en effet la marque d'un écart, puisqu'elle est une réaction.

C'est dans ce sens qu'il faut comprendre le portrait pathétique que les juges font du contexte social ou des faits de l'espèce, qui viennent nourrir un raisonnement interprétatif d'énoncés constitutionnels qui, eux-mêmes, viseraient la réalité sociale en tant qu'elle diverge d'avec un idéal normatif – supposé, puisque construit par le juge. Mais il s'agit en outre d'une cognition de cet idéal, et la Cour colombienne a pu expliquer qu'elle ne raisonnait pas sur un mode déductif à partir de principes ou du seul texte pour déterminer un sens aux droits, mais qu'elle partait des « faits », de manière inductive, c'est-à-dire autant de la situation concrète des requérants que du contexte socio-historique du pays<sup>68</sup>. De même, la Cour sud-africaine en appelle explicitement au

---

<sup>65</sup> CCC, T-772/03 : « *Por mandato del artículo primero de la Constitución, Colombia es un Estado Social de Derecho (...) un principio cardinal de nuestro ordenamiento constitucional, que le imprime un sentido, un carácter y unos objetivos específicos a la organización estatal en su conjunto, y que resulta – en consecuencia – vinculante para las autoridades, quienes deberán guiar su actuación hacia el logro de los cometidos particulares propios de tal sistema : la promoción de condiciones de vida dignas para todas las personas, y la solución de las desigualdades reales que se presentan en la sociedad, con miras a instaurar un orden justo.* »

<sup>66</sup> P. RICŒUR, *Le Juste*, Éditions Esprit, 1995, p. 11 : « *C'est à dessein qu'évoquant des souvenirs d'enfance je nomme l'injuste et non le juste (...). Notre première entrée dans la région du droit n'a-t-elle pas été marquée par le cri : c'est injuste ! Ce cri est celui de l'indignation, dont la perspicacité est parfois confondante, mesurée à l'aune des hésitations d'adultes sommés de se prononcer sur le juste en termes positifs* ». On peut ainsi attendre du juge, pour être juste, qu'il ressente les émotions des autres, par empathie, comme l'exprimait la candidate à la Cour suprême des États-Unis Sotomayor lors de son audition au Congrès, J. GREENE, « *Pathetic Argument in Constitutional Law* », *op. cit.*, p. 1408-1411.

<sup>67</sup> E. JEULAND, « *L'émotion et le juge* », *op. cit.* Le juge américain SCALIA rejette ainsi l'émotion, mais estime qu'il faut faire appel au sens de la justice du juge, mais pourtant, il fait usage de pathos dans ses décisions relatives à l'avortement, J. GREENE, « *Pathetic Argument in Constitutional Law* », *op. cit.*, p. 1414-1421.

<sup>68</sup> CCC, T-406/92.

contexte comme méthode d'interprétation du texte constitutionnel<sup>69</sup>. La notion de contexte est au cœur même d'une perception émotionnelle de la réalité<sup>70</sup>.

La question demeure ouverte de savoir s'il s'agit d'une émotion et donc d'une subjectivité qui est alors intégrée au raisonnement juridique, comme le postulent les auteurs qui se réclament des courants du réalisme juridique, ainsi de Robert Cover, qui estimait que le droit n'était fait que des interprétations des juristes, soit un discours constitutif d'une narration<sup>71</sup>. Car l'émotion, la littérature ou le récit ne sont pas articulés au droit de la même manière par ceux qui se réclament de l'image de l'écriture d'un roman en chaîne proposée par Ronald DWORKIN : les juristes, comme des romanciers travaillant successivement la matière sociale, participeraient de l'élucidation progressive du sens<sup>72</sup>. C'est alors concevoir le droit comme une communauté interprétative au service d'un objectivisme moral : des principes et valeurs juridiques s'imposent *in fine* au juge puisqu'ils seraient inscrits dans le droit. Cela revient à postuler que le droit et ces principes et valeurs sont susceptibles d'une connaissance claire, ce qui a été contesté<sup>73</sup>. Ce n'est pas qu'une telle approche soit hostile aux émotions ou au style pathétique : les émotions ne sont alors, pour les tenants d'un rationalisme modéré, qu'un moyen de connaissance d'un espace moral autonome<sup>74</sup> ; elles ne remplacent pas

---

<sup>69</sup> La décision *Grootboom* évoque, de manière peut-être contradictoire, le contexte « social et historique » comme une méthode d'interprétation des droits fondamentaux (§22 et 25) et le contexte comme un élément de contrôle du caractère raisonnable des mesures (« *In determining whether a set of measures is reasonable, it will be necessary to consider housing problems in their social, economic and historical context and to consider the capacity of institutions responsible for implementing the programme* », §42).

<sup>70</sup> M. NUSSBAUM, « Constitutions and Capabilities: Perception against Lofty Formalism », *Harvard Law Review*, Vol. 121, n°4, 2007, p. 255. La philosophe s'appuie sur l'expérience du jugement selon Aristote, et il n'est pas étonnant qu'elle défende, par ailleurs, la reconnaissance de droits sociaux afin de donner un sens normatif aux capacités individuelles que permet de mesurer la perception. En effet, « *judges need to call on their sense of history and context, and their understanding of the human meaning of the concepts implicit in the relevant statute or constitutional text. As I argue above, that kind of experienced imagination of particulars, which Aristotle calls "perception," proves especially crucial, and has been especially prominent, in cases dealing with the equal rights of groups subject to historical discrimination. A good judge must have a keen sense of what stands between members of such groups and the opportunity to function as fully equal citizens.* » (*Ibid.*, p. 73)

<sup>71</sup> R. M. COVER, « The Supreme Court, 1982 Term. Foreword : Nomos and Narrative », *Harvard Law Review*, Vol. 97, n°1, 1983, p. 4-68.

<sup>72</sup> R. DWORKIN, « La Chaîne du droit », *Droit et société*, n°1, 1985, p. 51-79.

<sup>73</sup> Voir la critique célèbre de R. GUASTINI, « Théorie et ontologie du droit chez Dworkin », *Droit et société*, n°2, 1986, p. 15-22. Françoise MICHAUT a ainsi noté que Richard COVER lui-même était sceptique face aux approches qui mettaient la littérature au profit d'une vision idyllique du droit, où l'interprétation aboutit à un résultat toujours clair : F. MICHAUT, « Les limites de l'approche droit et littérature », in F. MICHAUT (dir.), *Le droit dans tous ses états à travers l'œuvre de Robert M. Cover*, L'Harmattan, Coll. Logiques juridiques, 2001, p.167-169 ; Voir plus largement F. MICHAUT, « Le mouvement Droit et Littérature dans le développement d'une science du droit aux États-Unis », *Clio@Themis*, n°7, mars 2014.

<sup>74</sup> C'est la position de Pierre LIVET, qui admet une certaine flexibilité dans la révision des jugements moraux par l'émotion, ou par exemple de Jonathan DANCY, qui estime que les jugements moraux existent, et peuvent-être modifiés par l'émotion, mais qu'il existe toujours des contextes qui participent à leur détermination : J. DANCY, *Moral Reasons*, Blackwell, 1993. De même, le réalisme de John MCDOWELL consiste à envisager qu'il n'y a pas de jugements moraux abstraits comme le pensait KANT, sans qu'ils ne soient réduits à des faits connaissables : il faut envisager les valeurs comme des propriétés morales de nos

la pensée mais permettent de la connaître et de l'inspirer, comme l'admettent beaucoup de travaux du courant *Law and emotions*.

C'est une approche qui domine en Colombie comme en Afrique du Sud<sup>75</sup>, bien que la doctrine même se réclame des idées de transformation, d'espoir et de raisonnement métaphorique. Ces idées nouvelles ont pu être mobilisées parce que le juge occupait une nouvelle place, qui était celle d'un *forum of reasons* où devaient se jouer les valeurs de la nation : on a attendu des cours qu'elles produisent un récit national, celui de l'avènement, dans les années 1990, d'une démocratie nouvelle et d'une nation arc-en-ciel. Ce qui a pu pousser une opinion célèbre de la Cour constitutionnelle d'Afrique du Sud à déclarer que le texte de 1996 a « une force poignante et une profondeur de sens dont aucune autre constitution nationale ne se font l'écho »<sup>76</sup>. La fierté transparait souvent des décisions judiciaires en Colombie, où il est fréquent de penser, par opposition au reste de l'Amérique latine et contre « l'hégémonie » étatsunienne, qu'il s'agit du « pays qui se vante d'avoir la démocratie la plus ancienne et la plus solide du continent<sup>77</sup> ».

Il ne s'agit pas de dire que les juges, en laissant voir leurs émotions, travestissent une opinion froide, ni qu'ils devraient donner une matérialité à toute trace d'affect, et encore moins que l'affect ne joue pas un rôle déterminant et que l'objectivité morale est une réalité atteignable. Mais que lorsqu'il s'agit de décider, les juges peuvent faire appel à d'autres éléments que l'émotion qu'ils ont pu montrer par ailleurs ; ils peuvent se sentir tenus par des obligations qu'ils estiment moins spontanées. Cela s'explique aussi par le fait que les opinions, même majoritaires, ne sont que la justification rédigée individuellement d'une solution qui doit être adoptée en délibéré. *In fine*, on observe dans ces décisions que les traces d'émotion coexistent avec des rationalisations sophistiquées. Il est toutefois trop simple d'opposer le pathos mobilisé pour décrire la situation de fait à une position principielle objective : il y a là l'émotion de la situation subjective mais aussi une émotion collective, et donc éventuellement objective, qui joue alors la médiation entre la première et une réflexion théorique, qui vient donner corps au raisonnement judiciaire. Car ce raisonnement, s'il peut laisser voir de l'émotion, est précisément une œuvre de rationalisation qui vise à construire une argumentation qui soit admise comme juridique. La décision *Grootboom* est connue pour avoir mis en place le *reasonableness test* de la Cour constitutionnelle, qui ramène le contrôle de la réalisation des articles 26 et 27 de la Constitution sud-africaine à un contrôle du caractère raisonnable des mesures mises en place par les autorités publiques. Les

---

jugements concrets, dans une objectivité dont il faut accepter qu'elle ne peut être perçue que lors de formulations subjectives, par la perception : J. McDOWELL, *Mind and world*, Harvard university press, 1991.

<sup>75</sup> T. ROUX, « Principle and pragmatism on the Constitutional court of South Africa », *International Journal of Constitutional Law*, Vol. 7, n°1, 2009, p. 106-138 ; C. BERNAL PULIDO, *Du néoconstitutionnalisme en Amérique latine*, A. MARTIN (trad.), L'Harmattan, 2015.

<sup>76</sup> SACC, 15 mai 1996, *Du Plessis v. De Klerk*, §126 : « have a poignancy and depth of meaning not echoed in any other national constitution »

<sup>77</sup> S. RUIZ DÍAZ ARCE, L. VARGAS, C. GUTIERREZ GONGORA, « Hegemonía y Constitucionalismo : los caminos trazados para la transición hacia la democracia », *Revista de direito*, Vol. 11, n°2, 2019, p. 165-215.

décisions colombiennes sont des exemples typiques d'une construction normative complexe, qui revendique pouvoir réconcilier les faits et la norme<sup>78</sup>.

Si l'on adhère à une conception réaliste de l'interprétation ou aux travaux de la psychologie cognitive et des neurosciences sur le raisonnement moral, on estimera que les croyances et les perceptions précèdent la rationalisation, car les informations que l'on reçoit et les décisions que l'on prend proviennent de phénomènes cérébraux qui précèdent leur prise de conscience. Il faudrait alors inverser l'effet et la cause : ce ne sont pas tant les raisons qui sont connues par les émotions que les émotions qui donnent forme aux raisons construites *ex post*, au passage des conditions sociales qui rendent cette raison intelligible et acceptable. De ce point de vue, comme pour la psychologie, toute décision est meilleure si elle est consciente des biais cognitifs et des phénomènes émotionnels en jeu. Mais l'on n'a pas dit alors quel est l'intérêt de la démonstration de l'émotion par le juge. On n'a pas non plus expliqué pourquoi cela survient dans des pays du Sud et à propos des droits sociaux.

### B.- Les normes au prisme des valeurs et des identités

Le juge constitutionnel, au lieu de simplement découvrir des principes, mobilise et produit des émotions. Il ne cède toutefois pas à l'affect et maintient au contraire l'idéal d'une construction normative. Mais pourquoi, dès lors, ouvrir le style judiciaire au registre émotionnel ? Si l'on a retenu du juriste américain Alexander BICKEL sa formulation de l'objection contre-majoritaire au pouvoir de *judicial review*, on connaît souvent moins bien au-delà des États-Unis la thèse de son ouvrage, qui visait à démontrer que le juge était « the least dangerous branch<sup>79</sup> » et pouvait bien exercer un tel rôle sans trop entamer l'idéal démocratique, à condition qu'il ne soit pas trop dur avec l'exécutif au niveau de la contrainte et qu'il se contente d'être « l'énonciateur et le gardien<sup>80</sup> » des valeurs constitutionnelles, comme un « instituteur de la nation<sup>81</sup> ». BICKEL envisageait plutôt un idéal délibératif socratique qui n'impliquait pas particulièrement l'émotion. Aussi la production de valeurs est une fonction largement attendue du juge constitutionnel contemporain, mais quelle place les émotions peuvent-elles jouer ? Quel est le sens de cette fonction ? Pourquoi est-elle attribuée au juge et pourquoi le juge la remplit-elle ? Y-a-t-il une place spécifique pour les émotions dans cette fonction dans les contextes dits « du Sud » ?

---

<sup>78</sup> CCC, T-406/02 : « A partir de estos dos elementos, normas y hechos, el juez constitucional debe ir construyendo una interpretación razonable de la carta de derechos; esto quiere decir que el resultado final de la interpretación debe tener en cuenta las dificultades estructurales de la realidad económica colombiana sin que dichas dificultades hagan inocua la voluntad constituyente de construir, desde el presente, una sociedad más justa, más libre y más democrática, tal como lo establece el preámbulo de la Carta. »

<sup>79</sup> A. BICKEL, *The Least Dangerous Branch. The Supreme Court at the Bar of Politics* (1963), Yale University Press, 1986.

<sup>80</sup> *Ibid.*, p. 24.

<sup>81</sup> *Ibid.*, p. 69.

Par rapport aux débats nord-américains, les contextes colombien et sud-africain présentent une spécificité en ce que l'idéal constitutionnel proclamé en 1991 et en 1993 était ambitieux, et a été relu comme tel depuis, tandis que la réalité sociale est restée particulièrement troublée. Il se trouve justement que c'est dans la pratique « transformatrice » du constitutionnalisme qui aurait lieu dans certains pays du Sud que l'affect est si visible. Il n'est pourtant pas, on l'a vu, détaché d'une prétention à une raison juridique objective : c'est là, en apparence du moins, une contradiction. L'émotion a été reliée à la rationalité, en psychologie, par le biais du concept de dissonance cognitive proposé par FESTINGER : lorsque des émotions, croyances et représentations entrent en contradiction, le sujet va tenter de maintenir une cohérence en rationalisant, contre l'idée d'une raison préalable aux comportements<sup>82</sup>. On observe peut-être une situation analogue lorsque le juge se sent tenu par des normes contradictoires, ou une conception de la séparation des pouvoirs, un idéal normatif et une réalité sociale qui divergent, et l'indétermination des énoncés constitutionnels est ouvert à une pluralité de vues et d'intérêts sociaux, entre les titulaires des droits et l'ordre socio-économique ou les budgets publics, etc.

En 1987, Roberto UNGER propose une théorie sociale d'inspiration postmoderne qui s'oppose aux approches « nécessaires » : le matérialisme marxiste d'une part, le libéralisme d'autre part, qui chacun postulent un certain évolutionnisme des structures sociales comme une détermination objective des conduites individuelles<sup>83</sup>. À l'inverse, l'auteur veut remettre au centre d'une théorie sociale l'imagination et la créativité qui, par les représentations, agissent sur le monde. Cette approche de la transformation sociale, ouverte à l'*agency* individuelle, conçoit les droits comme des « *destabilizing rights* » qui viennent perturber les structures sociales<sup>84</sup>, contre les critiques des droits du marxisme (ils sont des illusions masquant les rapports de domination derrière des propriétés individuelles) et du libéralisme (ils sont un danger pour la propriété privée et le minimalisme étatique lorsqu'ils touchent aux aspects sociaux de manière positive). La théorie de Roberto UNGER montre un envers du constitutionnalisme contemporain qui n'est pas bien décrit par l'objectivisme moral d'un Ronald DWORKIN, lequel mène à la contradiction que l'on a vue et au « déni » du rôle politique et idéologique du raisonnement judiciaire analysé par Duncan KENNEDY. Ce dernier mobilise au contraire la psychologie pour étudier une *legal consciousness*, c'est-à-dire un ensemble de croyances et représentations qui orientent la pensée juridique<sup>85</sup> : les acteurs juridiques travaillent un matériau (l'américain parle de *legal work*) qui est de nature idéologique, de manière à le faire se rapprocher de leurs préférences personnelles autant que possible, selon l'effort qui est nécessaire et la

<sup>82</sup> L. FESTINGER, *A theory of cognitive dissonance*, Stanford University Press, 1957.

<sup>83</sup> R. UNGER, *False Necessity: Anti-Necessitarian Social Theory in the Service of Radical Democracy*, Verso, 2004 (1987), p. 28.

<sup>84</sup> *Ibid.*, p. 508-538.

<sup>85</sup> D. KENNEDY, *A Critique of Adjudication* (fin de siècle), *op. cit.* Le rejet de l'émotion dans les raisonnements du constitutionnalisme permet en effet de maintenir la distinction entre droit et politique : J. GREENE, « Pathetic Argument in Constitutional Law », *op. cit.*, 1393-1394.

justifiabilité de la distance à parcourir. Lorsqu'il met en valeur les « doutes et perplexités » du juge, Rodrigo UPRIMNY semble appeler à une transparence du raisonnement dans le style judiciaire qui correspond précisément à ce passage.

S'il n'y a pas explicitement d'émotion dans cette analyse, il est aisé de l'y intégrer comme un médiateur au niveau qu'un naturalisme des valeurs qualifie de pré-conceptuel, mais aussi comme un moyen de produire le même processus chez les destinataires du discours. Le juge lorsqu'il opère ce travail de rationalisation d'intérêts et de préférences qui donne lieu à une objectivité juridique, le fait par le biais d'affects qui ont un effet persuasif : il légitime des arguments constitutionnels grâce à l'empathie envers les sujets de droit<sup>86</sup>, *a fortiori* lorsqu'il s'agit d'installer de nouvelles interprétations ou de poser une nouvelle règle<sup>87</sup>. Les décisions des cours colombiennes et sud-africaines étudiées pour leur charge émotionnelle ont ceci de particulier qu'elles sont fondatrices pour la jurisprudence des droits sociaux dans les deux pays. Il n'est alors pas anodin, pour faire admettre ceux-ci comme de vrais droits fondamentaux, de rappeler la situation des plus démunis et de faire ressentir l'écart entre la réalité et l'idéal normatif. Lorsqu'il révèle ses émotions et sentiments, le juge Albie SACHS évoque la recherche de légitimité, dans une nouvelle démocratie, pour principale motivation<sup>88</sup>. Les positions critiques sont plus radicales : elles considèrent qu'il n'y a pas de juridique ou d'espace conceptuel distinct de l'émotion ou de l'opinion<sup>89</sup>, qui existerait donc hors de

---

<sup>86</sup> En s'appuyant sur ARISTOTE, et poursuivant les réflexions de Martha NUSSBAUM, Joshua GREENE estime ainsi que le discours judiciaire, en matière constitutionnelle, « *employs the same basic tools of persuasion with respect to those subjects: logos (appeals to logic), ethos (appeals to the speaker's character), and pathos (appeals to the listener's emotions)* », *Ibid.*, p. 1394-1395. En effet, « *Popular legitimation of constitutional adjudication requires judges to recognize, adapt to, and perhaps even shape the emotional responses of their audience.* », *Ibid.* p. 1395. Dès lors, le *pathos* est selon lui utilisé pour légitimer et renforcer des arguments éthiques (*ethos*) ou logiques (*logos*), qui en sont toutefois distincts, *Ibid.*, p. 1421-1422 : « *in constitutional law, pathos is better described as a feature of constitutional conversation, a means rather than an end. The appeal to pathos occurs not because pathos offers information about substantive constitutional content but because appealing to pathos helps win constitutional arguments. Pathetic legal argument, then, is a mode of persuasion as to the substance and valence of particular legal propositions: Some outcome must be thus because deep down in your heart you know thus to be true.* ». Ces trois modes d'argumentation permettent selon l'auteur de renforcer cinq types d'arguments traditionnels en droit constitutionnel : textuel, historique, structurel (théorique), doctrinal (catégories conceptuelles) et conséquentialiste (contextuel). Il s'agit alors d'une exigence démocratique qui vise à faire coïncider les valeurs partagées et le raisonnement juridique, *Ibid.*, p. 1454-1456.

<sup>87</sup> *Ibid.*, p. 1460-1463.

<sup>88</sup> A. SACHS, *The free diary...*, *op. cit.*, p. 148. Tout en affirmant la nécessité d'être transparent sur les émotions des juges, qui informent ses choix, Albie SACHS estime que leur influence sur la décision est contrainte par l'acceptabilité des arguments avancés par les destinataires du discours judiciaire : A. SACHS, *The strange alchemy*, *op. cit.*, p. 47-57.

<sup>89</sup> La distinction est importante, car un réalisme critique ne réduit par la raison à l'émotion, comme le faisait par exemple aisément Jerome FRANCK : Duncan KENNEDY n'évoque pas l'émotion et préfère parler d'idéologie, que l'on peut concevoir comme une rationalité distincte de l'affect bien qu'elle y est reliée.

l'acceptation collective qui ferait d'un argument un argument juridique, dont il n'y aurait qu'à persuader ensuite de la justesse, au renfort éventuellement de l'émotion<sup>90</sup>.

L'émotion permet au juge de justifier qu'il accorde des droits aux plus démunis parce qu'il éprouve une indignation et en la faisant éprouver - en persuadant le lecteur qu'il s'agit d'une argumentation juste. Le jeu des émotions, dans sa dimension cognitive, implique en effet un certain partage qui dépend de ce que l'on estime que les autres vont accepter comme une émotion juste, dans une interaction où se joue l'universalisation dans la morale<sup>91</sup>. L'émotivité peut être comprise comme la version post-moderne d'un jusnaturalisme qui ne peut suffire, en Afrique du Sud ou en Colombie, à fonder les droits de troisième et de quatrième génération – de même *a fortiori* que le formalisme déductif contre lequel les cultures juridiques des deux pays se sont construites à partir des années 1990. Dans le contexte d'un tel changement, et dans le paradigme de la pluralité des vues et des intérêts, les idées d'un Ronald DWORKIN sur l'objectivité des principes et valeurs juridiques ne peuvent convaincre à elles seules. Les émotions individuelles et collectives servent à intégrer le sort des titulaires du droit dans les récits et imaginaires collectifs.

La position des cours constitutionnelles dans les démocraties post-représentatives, post-libérales, pluralistes, constitutionnelles et délibératives tient à une force du discours, lequel forme les représentations et constitue les valeurs. Les valeurs se créent non par la seule cognition (ou raison) mais par l'émotion. Il est donc impossible d'avoir des valeurs qui soient découvertes, lues, proclamées, sans être créées. C'est précisément le jeu émotif créé par le discours du juge qui produit ces émotions. Or, le juge propose – de manière tout à fait contingente à cet usage contemporain – une manière de raisonner à partir de cas individuels qui correspond à cette forme de production axiologique, puisqu'elle passe par la médiation des émotions. Si le juge peut élaborer des valeurs selon la Cour constitutionnelle colombienne, et est l'organe le plus à même de le faire, c'est parce qu'il part de l'expérience des situations individuelles qui lui sont présentées<sup>92</sup>.

La psychologie sociale et la philosophie émotiviste voient les émotions comme constitutives de la rationalité<sup>93</sup>, si bien que l'on peut dire que la dissonance cognitive

---

<sup>90</sup> C'est par exemple ce que propose Joshua GREENE en estimant que l'émotion ne sert qu'à persuader d'arguments juridiques qui ne sont pas tout à fait laissés à l'indétermination et ouverts à la subjectivité de l'interprète : J. GREENE, « Pathetic Argument in Constitutional Law », *op. cit.*, p. 1456.

<sup>91</sup> A. GIBBARD, *Wise Choices, Apt Feelings: A Theory of Normative Judgment*, *op. cit.* On peut alors envisager « les valeurs comme des préférences qui sont capables de résister à des révisions, révisions qui utilisent comme arguments ultimes l'imagination de conséquences émotionnelles partageables » : P. LIVET, *Émotions et rationalité morale*, *op. cit.*, p. 192.

<sup>92</sup> CCC, T406/92.

<sup>93</sup> Voir note 8, *supra*. Du côté des neurosciences, pour Jackson GREENE, qui prolonge les travaux d'Antonio DAMASIO, tout raisonnement déontique provient d'une réaction émotionnelle, quand un conséquentialisme plus pragmatique se retrouve lorsqu'il y a peu d'affects en jeu : J. GREENE, « The Secret Joke of Kant's Soul » in W. SINNOT-ARMSTRONG (dir.), *Moral Psychology, Volume 3 : The Neuroscience of Morality : Emotion, Brain Disorders and Disorder*, MIT Press, 2008, p. 35-43 ; Voir aussi J. GREENE, *Moral Tribes : Emotion, Reason and the Gap Between Us and Them*, Penguin Press, 2013.

observée entre réalité et idéal procède déjà d'une mise en cohérence rationnelle ; elle implique, en constituant les deux entités comme distinctes, et notamment l'idéal qui n'existe que dans la formulation que le juge en fait, que la dissonance doit être comblée. Ce qui est en jeu, c'est une pensée de l'universel et du particulier, de l'absolu et du contexte : l'émotion permet de médiatiser la demande universelle en un rapport particulier, localisé dans un litige, sans admettre tout à fait la demande sur le plan politique plus large, qui dépasserait l'office du juge. La justice constitutionnelle prend un rôle d'incarnation des intérêts sociaux en conflit, ce que Claude LEFORT appelait, dans les démocraties contemporaines, ce lieu vide du pouvoir. C'est toute une reconceptualisation qui est nécessaire pour le comprendre, en premier lieu pour ce que cela implique en termes d'analyse du style judiciaire.

La transformation sociale n'est plus tant recevable en les termes d'un projet social totalisant, ni comme la prudence libérale qui protège d'abord l'individu isolé et abstrait, mais dans cette action subjectivante subsumée dans l'axiologie collective, c'est-à-dire une manière de se représenter le monde et de penser les problèmes sociaux qui repose sur l'interaction entre les agents individuels<sup>94</sup>. Dans le passage célèbre du texte de Martha NUSSBAUM cité en introduction, l'expressivité et l'imagination contenues dans les mots viennent mettre en avant les récits individuels : c'est bien une construction subjectiviste à laquelle appelle la philosophe, par ailleurs connue pour avoir développé, avec Amartya SEN, une théorie de la justice qui vise à déterminer une valeur sociale aux capacités de chacun, c'est-à-dire aux besoins et fonctions que l'individu cherche à remplir<sup>95</sup>, et qui a eu une grande influence sur la conceptualisation des droits sociaux. Les émotions sont un moyen de connaître cette valeur.

---

<sup>94</sup> Pierre LIVET, qui n'adhère pas tout à fait à l'approche de la dissonance cognitive, puisqu'il suppose l'existence d'un domaine conceptuel et axiologique propre, et qui reproche à la psychologie sociale de Gabriel TARDE et Gustave LE BON d'aborder les foules comme un dévoiement de la rationalité individuelle, par une fusion, voit les émotions collectives comme un lieu d'accélération et de résistance aux révisions des jugements de valeur et des normes, lors de moments de coopération comme des jeux, des révolutions, des rituels collectifs, etc : P. LIVET, *Émotions et rationalité morale*, op. cit., p. 121-151. Aussi, une interaction entre les valeurs et le monde réel permet selon lui de maintenir la capacité de l'agir collectif : « nous partageons collectivement nos émotions, et cela nous permet de continuer à entretenir des valeurs qui ne sont pas actuellement réalisées dans le monde, de faire vivre un autre monde. Cet autre monde est un réservoir de révisions pour le monde réel, qu'il prétend changer. Or, de fait, le monde réel révisé nos valeurs tout autant que l'inverse. Ce maintien de l'hétérogénéité du monde des valeurs et du monde réel est nécessaire si l'on veut conserver la puissance de transformation pratique propre aux valeurs. Le partage collectif des émotions liées aux valeurs permet d'entretenir cette hétérogénéité, puisque si les émotions nous rendent sensibles au différentiel avec la réalité, retrouver nos émotions chez les autres nous assure que notre monde de valeurs reste bien une réalité psychologique collective. » (Ibid., p. 121-122).

<sup>95</sup> A. SEN, *Development as freedom*, Oxford university press, 1999 ; A. SEN, *An idea of justice*, The Belknap Press of Harvard University Press, 2009 ; A. SEN et M. NUSSBAUM (dir.) *The Quality of Life*, Oxford university press, 1993 ; M. NUSSBAUM *Creating Capabilities: The Human Development Approach*, Harvard University Press, 2011. La philosophe inclut même les émotions comme l'un des biens de base dont doivent disposer les individus, M. NUSSBAUM, *Women and human development. The capabilities approach*, Cambridge university press, 2000, p. 78-80.

Le juge, en exerçant son jugement affectif, doit alors trouver dans le contexte social les idéaux normatifs à accomplir : les théories contemporaines des droits sociaux comme le mouvement *Law and emotions* ont adopté une approche cognitive du rapport entre les arguments juridiques, éthiques ou les valeurs d'un côté et les émotions de l'autre, qui maintient donc une distinction entre les deux espaces tout en admettant une interrelation<sup>96</sup>. Le problème est que ces travaux s'intéressent rarement à la production des émotions, c'est-à-dire à la manière dont les émotions sont produites et construites par le juge, de manière persuasive et performative<sup>97</sup>. Le juge comme catalyseur de ce processus doit alors montrer l'émotion qui ressort de son raisonnement et qui fonde la formation des valeurs. La situation des requérants et des personnes concernées par les atteintes aux droits nourrit de manière inductive la pensée des principes communs, conçus comme démocratiques.

On retrouve alors dans le discours judiciaire d'une part un discours qui produit des valeurs objectives, d'autre part l'émotion du litige individuel typique du fonctionnement des droits subjectifs. C'est la contradiction que ne permet pas de résoudre l'analyse d'un DWORKIN entre une connaissance du droit qui serait objective et la subjectivité des valeurs que le droit consacrerait, c'est-à-dire entre un raisonnement sur la validité des normes et un jugement moral<sup>98</sup>. Or, cette dialectique peut être conçue comme une production constructive lorsque l'on admet le rôle de l'émotion et, donc, de la rhétorique, bref lorsque l'on augmente la théorie du droit libérale des courants critiques qui l'ont déconstruite et des apports d'un courant comme *Law and emotions*.

Peter GABEL (un autre auteur qui se réclamait des Critical legal studies) le voyait bien en 1984, pour le déplorer : l'individu est privé de sa capacité par la formulation des droits, qui lui accordent une propriété d'en haut, lui laissant croire qu'il en est la force active<sup>99</sup>. Mais il ne s'agit alors pas tant d'un cadeau des forces dominantes, comme le voyait GABEL en bon marxiste, que d'une manière de former une axiologie collective qui s'appuie sur la diversité des vues par le biais de l'émotion, puisque la raison pure ne semble plus convenir à une telle formation. C'est ce qu'illustre le glissement vers le

---

<sup>96</sup> Voir M. NUSSBAUM, « Emotion in the Language of Judging », *op. cit.* p. 25 ; R. GROSSI, « Understanding Law and emotions », *Emotion review*, Vol. 7, n°1, 2015, p. 55 ; J. GREENE, note 63.

<sup>97</sup> Le courant émotiviste, en philosophie, peut en effet être mieux compris comme l'approfondissement des thèses d'Austin sur les actes de langage, par lesquels une réalité est créée par le discours plutôt que celui-ci s'en tienne à décrire un référent extérieur, R.M. HARE, *Sorting out ethics*, Oxford university press, 1998, p. 103-125.

<sup>98</sup> P. BRUNET, « La constitutionnalisation des valeurs par le droit », in Stéphanie HENNETTE-VAUCHEZ et Jean-Marc SOREL (dir.), *Les droits de l'homme ont-ils "constitutionnalisés le monde"?*, De Boeck, 2011, p. 245-260. On est alors amené à dire soit que les valeurs et principes sont constitutionnalisés, et donc à refuser le pouvoir du juge (ce que ne fait bien sûr pas Ronald DWORKIN, ni aucun des auteurs étudiés ici), soit qu'il existe une axiologie ou une fondamentalité qui préexiste et appelle à leur positivation, ce qui relève d'une pensée jusnaturaliste. Face à ce conflit, « ce que le courant néoconstitutionnaliste ne voit pas – ou ne veut pas voir – c'est que le droit produit lui-même ses propres justifications » (*Ibid.*, p. 256), et donc du domaine du fait : on peut alors renvoyer à la fonction persuasive de l'usage des émotions, *supra*.

<sup>99</sup> P. GABEL, « The Phenomenology of Rights-Consciousness and the Pact of the Withdrawn Selves », *Texas Law Review*, Vol. 62, n°8, 1984, p. 1563-99.

pluralisme de John RAWLS en 1993 afin de compenser ses principes de 1971 : s'ils ouvraient déjà au choix individuel, ils restaient trop attachés à une abstraction typique du contractualisme social libéral que le philosophe voulait à la fois refonder et dépasser. C'est bien cette articulation des récits individuels dans un récit collectif qui intéresse les écrits de Martha NUSSBAUM et plus largement les auteurs favorables aux droits sociaux, auxquels il a pu être reproché de réduire la question sociale à l'individu, et donc à empêcher toute transformation structurelle<sup>100</sup>.

Plus encore, le rôle médiateur de l'émotion entre les valeurs collectives et le cas individuel nous semble s'expliquer par l'abstraction de ce dernier dans une identité, laquelle procède d'un schéma narratif<sup>101</sup>. Le discours des identités est précisément au cœur de la théorie politique contemporaine mais également des théories constitutionnelles des systèmes dans lesquels le rôle juge a été conçu en termes de transformation sociale. En Colombie comme en Afrique du Sud, la production des valeurs doit se faire dans le contexte d'une reconstruction identitaire, et le constitutionnalisme y joue un rôle particulier de constitution d'un récit national face aux divisions sociales et ethniques. Celui-ci prendrait la forme non de l'unitarisme de l'État-nation moderne mais d'un pluralisme qui conviendrait mieux à la société arc-en-ciel promue par le nouveau pouvoir post-apartheid ou aux gouvernements colombiens qui cherchent à refonder le pacte social dans leur lutte contre le sécessionnisme des guérilleros marxistes. Or, les identités ont été rapprochées de la pensée néolibérale et de ce que Foucault appelait l'entrepreneur de soi : un réductionnisme des questions sociales à l'accomplissement (ou à l'échec) individuel, et c'est bien ce qui a été observé dans le constitutionnalisme en Colombie<sup>102</sup> comme en Afrique du Sud<sup>103</sup>.

Le lien entre ce phénomène et les travaux sur les émotions semble important. En Afrique du Sud, Stu WOOLMAN s'est appuyé sur la psychologie cognitive et les neurosciences pour montrer combien il fallait se défaire de l'idée d'une pensée rationnelle du sujet en lui-même, détenteur d'un libre-arbitre et d'intentions idéales, qui puisse être commandé d'en haut ; et qu'à l'inverse l'interprétation constitutionnelle provenait d'une multitude d'acteurs, correspondant à une conception fondamentalement hétérogène du sujet, qui raisonne par l'expérimentation et l'essai, par l'erreur et les *stimulis*, qui agissent avant toute réflexion consciente, et par des

---

<sup>100</sup> S. MOYN, *Not Enough: Human Rights in an Unequal World*, Belknap Press of Harvard University Press, 2018.

<sup>101</sup> Le mouvement *Law and emotion* se caractérise ainsi par « *its rejection of unifying narratives, its focus on identity, and its rejection of objectivity* » : R. GROSSI, « Understanding Law and emotions », *op. cit.*, p. 56.

<sup>102</sup> P. CHAMBERS et V. FURIO, « Resisting Neoliberalism in Colombia: The Role of Human Rights », *Latin American Perspectives*, Vol. 44, n°5, 2017, p. 127-44 ; C. GARAVITO, *La globalización del Estado de Derecho. El neoconstitucionalismo, el neoliberalismo y la transformación institucional en América Latina*, Universidad de Los Andes, 2009.

<sup>103</sup> P. BOND, *Elite Transition From Apartheid to Neoliberalism in South Africa*, Pluto Press, 2000 ; S. SIBANDA, « Not Purpose-Made! Transformative Constitutionalism, Post-Independence Constitutionalism and the Struggle to Eradicate Poverty », *Stellenbosch Law Review*, Vol. 22, n°3, 2011, p. 482-500.

pratiques cognitives automatiques<sup>104</sup>. Il est vrai que les traces d'émotion trouvées dans la jurisprudence sud-africaine vont souvent de pair avec l'affirmation de la dignité humaine, comme si elle constituait le cœur intime d'un sujet dont il serait évidemment *poignant* qu'il soit atteint par quelque privation extérieure. Stu WOOLMAN prend, lui, pour exemple la détermination des travailleurs du sexe dans la décision *Jordan*, évoqués sous les traits d'individus capables de libre arbitre, qui ont choisi leur activité, sans considérer, selon l'auteur, qu'il y a là un ensemble de déterminismes sociaux à prendre en compte, et de même dans la décision *Khosa* la Cour insistait sur le choix fait par les migrants : la Cour n'aurait pas tout à fait pris conscience de la radicale hétérogénéité des identités dans un pays divisé<sup>105</sup>. En Colombie, c'est bien plutôt l'assignation à des communautés essentialisées, comme celles des peuples autochtones, qui a pu être vue comme un abandon d'une vision sociale plus vaste<sup>106</sup>.

\*\*\*

Les traces d'émotions que le juge donne à voir plus ou moins consciemment, dans une triple dimension (relative aux requérants, relative à la société, relative à la position du juge lui-même), traduisent une empathie qui vise à réconcilier les faits et la norme. Le seul cognitivisme éthique, par le biais rationaliste, ne permet pas de le faire de manière convaincante. Dans des contextes troublés et alors que la légitimité des institutions est fragile, l'émotion permet de gérer l'écart entre la réalité sociale et l'idéal constitutionnel sans que le juge ne paraisse en faire trop pour les rapprocher ou, au contraire, trahir ce dernier en acceptant la première. L'empathie n'est ni le signe d'un relâchement du juge ni un simple outil rhétorique : il s'agit d'un instrument de

<sup>104</sup> S. WOOLMAN, *The selfless constitution: Experimentalism and Flourishing as Foundations of South Africa's Basic Law*, Juta, 2013. L'auteur s'appuie sur les travaux du philosophe Daniel DENNETT, qui a élaboré une approche du sujet comme résultant d'une interaction ou une « narrative gravity » entre plusieurs soi, contre l'idée d'une conscience univoque et centrale. Voir notamment D. DENNETT, *Consciousness explained*, Little, Brown and Co., 1991. Il s'appuie également sur le concept de « neuronal workplace » élaboré par les neuroscientistes Stanislas DAHAENE et Lionel NACCACHE (à la suite de Bernard BAARS), selon lequel une grande partie de l'activité cérébrale échappe à la conscience, qui n'en constitue qu'une partie connectée à d'autres fonctions, S. DEHAENE et L. NACCACHE, « Towards a cognitive neuroscience of consciousness: Basic evidence and a workspace framework », *Cognition*, Vol. 79, n°1-2, 2001, p. 1-37. Stu WOOLMAN juge alors que la Cour constitutionnelle sud-africaine s'est restreinte à une vision traditionnelle du sujet comme doté d'un libre arbitre qu'il fallait protéger, du moins au début de son activité : S. WOOLMAN, *The selfless constitution*, op. cit., p. 422-479.

<sup>105</sup> *Ibid.*, p. 118-119. Il admire bien plutôt la conception de l'orientation sexuelle, de la religion ou des pratiques culturelles des opinions du juge Albie SACHS : *Ibid.* p. 172-174. L'auteur s'appuie notamment sur la décision, dont l'opinion majoritaire est rédigée par SACHS, *Fourie v. Minister of Home Affairs* du 1<sup>er</sup> décembre 2005, exigeant que le législateur sud-africain reconnaisse le droit de se marier aux couples de même sexe, qui évoque le « right to be different » et l'expérience intime de la diversité (§60).

<sup>106</sup> N. MORGAN, « The antinomies of identity politics: neoliberalism, race and political participation in Colombia » in P. WADE et al. (dir.), *Cultures of Anti-Racism in Latin America and the Caribbean*, University of London Press, Institute of Latin American Studies, 2019, p. 25-47.

connaissance, de persuasion et de production axiologique et de construction identitaire, dans des contextes, en Colombie et en Afrique du Sud notamment, où la demande est forte en la matière.

On voit alors deux usages des émotions se distinguer. Les apports de la psychologie cognitive, des courants émotionnistes et des neurosciences réduisent l'importance du sujet cartésien doté d'un libre arbitre, mais il ne faut pas oublier qu'ils produisent eux aussi des récits et des représentations. Ils risquent finalement d'ôter toute possibilité d'action en se focalisant sur une complexité des fonctionnements émotionnels ou neuronaux qui dépasse le sujet<sup>107</sup>. À l'inverse, le tournant normatif du courant *Law and emotions*, s'il n'a rien de condamnable en soi (à moins de lui opposer une autre conception normative), peut emporter avec lui le réductionnisme individualiste du récit personnel ou communautaire. Conjuguée au cognitivisme et aux neurosciences, il fournit alors une puissante justification à l'idéologie du perfectionnement de soi dans la négation des structures sociales<sup>108</sup> : finalement, l'émotion conçue de manière purement cognitive ne permet que de révéler les croyances existantes sans les expliciter ni les interroger. Le risque est que la littérature, le lyrisme et les formules affectives viennent remplacer le travail de déconstruction du langage que pourraient permettre les sciences du langage et la psychologie<sup>109</sup>.

Aussi parlantes que les métaphores puissent être, elles ne doivent pas occulter la réalité à l'œuvre dans le raisonnement judiciaire, lesquelles dépassent la seule émotion suscitée par une affaire, aussi dramatique la situation soit-elle. Comme le notait le juriste américain Felix COHEN,

« (L)es mythes peuvent marquer l'imagination et la mémoire là où un discours plus exact laisserait de marbre. (...) Lorsque les fictions et les métaphores vivantes de la théorie juridique traditionnelle sont considérées comme des motifs rationnels, plutôt que des moyens poétiques ou mnémotechniques de formuler des décisions prises sur d'autres bases, alors l'auteur, ainsi que le lecteur, de l'opinion ou de la discussion, est susceptible d'oublier les forces

<sup>107</sup> Par exemple, Stu WOOLMAN est loin d'une expérimentation révolutionnaire comme celle prônée par Roberto UNGER et juge que les capacités d'agir des individus s'inscrivent dans les relations privées, source d'expérience et d'interactions, en s'appuyant sur la vision du « social capital » de HAYEK : S. WOOLMAN, *op. cit.*, p. 56-58 et p. 148-160. L'auteur ne s'inscrit pas dans une approche relationniste de nature socialiste mais préfère s'intéresser à l'hétérogénéité de l'individu et de ses multiples récits pour mieux comprendre ses besoins.

<sup>108</sup> A. EHRENBURG, *La mécanique des passions. Cerveau, comportement, société*, Odile Jacob, 2018.

<sup>109</sup> On pense notamment à la manière dont un sociologue comme Howard BECKER a montré que les identités relevaient d'un processus d'étiquetage social, ou la philosophie post-structuraliste de Michel FOUCAULT a montré que toute identité était une construction sociale et discursive issue de rapports de pouvoir. Pour une application à l'Afrique du Sud, voir P. DE VOS. « Refusing Human Rights? A Foucauldian Account », in K. VAN MARLE (dir.), *Refusal, transition and post-apartheid law*, Sun Press, 2009, p. 121-39.

sociales qui façonnent la loi et les idéaux sociaux à l'aune lesquels la loi doit être jugée.<sup>110</sup> »

Dit autrement, une étude de la jurisprudence, pour être complète, doit s'intéresser aux contextes socio-historiques. Elle peut alors intégrer la dimension discursive et affective du raisonnement judiciaire, mais au-delà de la seule émotion individuelle. Comment relier l'expression et la production d'émotions collectives par le juge au nationalisme et à la xénophobie qui touchent la vie politique sud-africaine, ou au conflit armé colombien qui fait qu'une grande partie du territoire ne se sent pas concerné par l'éthos national ? Dans quelle mesure l'intégration des titulaires des droits sociaux dans un récit pluraliste répond à une réorganisation de l'espace privé et de la puissance publique, et des imaginaires associés ? Comment le droit se forme-t-il à l'intersection de ces forces ?

---

<sup>110</sup> F. COHEN, « Transcendental nonsense and the functional approach », *Columbia Law Review*, Vol. 34, n°6, 1935, p. 812 : « (M)ythos may impress the imagination and memory where more exact discourse would leave minds cold. (...) When the vivid fictions and metaphors of traditional jurisprudence are thought of as reasons for decisions, rather than poetical or mnemonic devices for formulating decisions reached on other grounds, then the author, as well as the reader, of the opinion or argument, is apt to forget the social forces which mold the law and the social ideals by which the law is to be judged. ». Félix COHEN a en effet proposé une critique de la prétention du droit à trouver des arguments justes et définitifs, via des concepts qui ne sont jamais définis que de manière abstraite et tautologique.

## Droit & Émotion : La spécificité de la révolte fiscale dans l'exemple du mouvement des « *Bonnets Rouges* »

**Magdalena MARIN**

*Doctorante en Droit Public à l'Université Paris-I Panthéon Sorbonne*

Le principe d'une taxe poids lourds (TPL) vient d'être adopté par les députés dans le cadre de la discussion du projet de loi *Climat et Résilience*<sup>1</sup>, sans susciter cette fois d'« émotion » particulière. Cette imposition présente pourtant des objectifs sensiblement identiques à ceux poursuivis en 2008 qui suscitèrent une véritable révolte fiscale. Autrement appelée « éco-redevance », « écotaxe », ou encore « écotaxe poids lourds », la TPL était et sera probablement une nouvelle taxe, qui avait été disposée pour la première fois à l'article 153 de la Loi de finances pour 2009<sup>2</sup>.

Elle vise, visera, ou visait, à faire payer aux poids lourds, via des nouvelles technologies, l'usage du réseau routier non concédé<sup>3</sup>, actuellement gratuit, et de certaines routes départementales ou communales susceptibles de subir un report de trafic<sup>4</sup>. Son entrée en vigueur a été plusieurs fois reportée – pour des raisons politiques et techniques – pour, finalement, rester inappliquée. En effet, le 9 octobre 2014, Madame la Ministre Ségolène Royal annonce le report *sine die* de l'écotaxe par le gouvernement. Le 30 octobre 2014 est annoncée la résiliation unilatérale du contrat avec la société *Ecomouv'* et, enfin, l'article 34 de la loi de finances pour 2017 dispose en son article 34 l'abrogation définitive du péage de transit poids lourds. Cet échec illustre alors la difficulté actuelle à innover fiscalement.

D'abord désignée sous l'expression « Taxe Borloo », l'écotaxe est imaginée lors du Grenelle de l'environnement en 2005, et inscrite à l'agenda politique depuis 2007. Parfois accusée d'être une mesure électorale du Président Nicolas Sarkozy, cette nouvelle taxe vise à faire face à « *un problème d'éco-redevance au plan européen* »<sup>5</sup>. Il s'agit en effet de répondre aux directives « *Eurovignette* » et « *Interopérabilité* » de 2006 et 2004, et des écotaxes instituées dans des pays frontaliers provoquant un report de trafic dans certaines régions, dont l'Alsace.

---

<sup>1</sup> Article 32 du projet de loi portant lutte contre le dérèglement climatique et renforcement de la résilience face à ses effets, document Assemblée nationale n°3875 rectifié, XV<sup>e</sup> législature, 10 février 2021.

<sup>2</sup> Loi n°2008-1425 de finances pour 2009, du 27 décembre 2008.

<sup>3</sup> Soient les routes nationales non payantes et les routes départementales contournant le réseau autoroutier, ce qui représente environs 15 000 km du réseau routier français.

<sup>4</sup> J. FOURNEL, « La taxe poids lourds », *Gestion & Finances Publiques*, n°12, déc. 2012, p.45-47.

<sup>5</sup> Selon les termes utilisés par M. Jean-Louis Borloo, Ministre d'État chargé de l'écologie de l'énergie et de développement durable, lors de la première séance du mercredi 4 février 2009 à l'assemblée nationale. Assemblée nationale, XIII<sup>e</sup> législature, session ordinaire de 2008-2009, compte rendu intégral, première séance du mercredi 4 février 2009, p.1182.

Fondée sur le principe de l'utilisateur payeur<sup>6</sup> - qu'il convient de distinguer de celui de pollueur-payeur puisqu'il s'agit bien de faire payer « *l'utilisateur réel* »<sup>7</sup>, bien que certains traitent cette nouvelle taxe comme faisant partie des « *mesures de pénalisation des pollutions* »<sup>8</sup> -, la TPL participait de trois objectifs. Il s'agit de 1° réduire les impacts du transport routier de marchandise, 2° dégager des ressources pour entretenir les voies confiées aux collectivités locales et 3° participer au développement intermodal des transports ferroviaires et fluviaux<sup>9</sup>. Ces trois objectifs renvoient à un objectif environnemental, un objectif de rendement et un objectif d'innovation et d'incitation à l'innovation dans le domaine du transport.

Du point de vue législatif, devaient être assujettis à cette taxe tous les véhicules résidents et étrangers, de plus de 3,5 tonnes, utilisant le réseau routier national non concédé et certaines routes départementales. Calculée sur la base d'un taux kilométrique, le fait générateur de la taxe était constitué par le franchissement d'un point de tarification. La taxe devait être modulée en fonction de la périphéricité et de la catégorie de véhicule<sup>10</sup>. S'applique également à cette taxe le principe de répercussion : la loi<sup>11</sup> permet de répercuter l'écotaxe sur le bénéficiaire de la prestation de transport. Enfin, le produit de cette nouvelle taxe kilométrique devait être affecté aux collectivités locales et à l'agence de financement des infrastructures de transport en France.

Du point de vue réglementaire, le dispositif fait l'objet d'un cadre important. Parmi les diverses mesures réglementaires, les décrets visaient à minorer les taux kilométriques appliqués aux poids lourds dans les régions dites « périphériques », à fixer, en concertation avec les collectivités territoriales, la liste exacte des itinéraires locaux taxables, ou encore à fixer des taux réduits sur les réseaux routiers de certaines régions<sup>12</sup>. Ces mesures sont essentiellement issues de négociations qui ont eu lieu à partir des premières contestations, d'ordre plutôt syndical, de ladite taxe. Enfin, une expérimentation a été mise en place, d'abord à l'échelle locale avec l'Alsace puis à l'échelle nationale.

---

<sup>6</sup> J. FOURNEL, *loc. cit.*

<sup>7</sup> X. DELPECH, « Nouveau report de l'entrée en vigueur de l'écotaxe », *Dalloz actualité*, 15 septembre 2013.

<sup>8</sup> M.-C., DE MONTECLER, « Un budget vert ? », in « Budget 2009 : plus de 30 000 emplois supprimés », *AJDA*, n°33/2008, p.1796.

<sup>9</sup> J. FOURNEL, *loc. cit.*

<sup>10</sup> Déterminée en fonction du nombre d'essieux.

<sup>11</sup> Loi n°2013-431 du 28 mai 2013 « portant diverses dispositions en matière d'infrastructures et de services de transports ».

<sup>12</sup> Décret d'application n°2011-233 du 2 mars 2011 minorant les taux kilométriques appliqués aux poids lourds dans les trois régions françaises dites « périphériques » que sont Aquitaine, Midi Pyrénées et la Bretagne ; Décret n°2011-910 du 27 juillet 2011 fixant la liste exacte des itinéraires locaux taxables en concertation avec les collectivités territoriales (Liste qui reste encore contestée en 2014) ; Décret n°2013-618 du 11 juillet 2013 relatif à la définition des véhicules assujettis à la taxe sur les véhicules de transport de marchandise, qui fixe notamment les taux de l'écotaxe poids lourds selon les catégories de véhicule (taux réduit de 50 % sur le réseau breton et de 30 % dans le Midi Pyrénées).

L'élaboration de cette taxe constitue donc un « *chantier sans précédent* »<sup>13</sup>, au regard de l'importance du parc d'utilisateurs, du réseau taxable ainsi que la date initialement fixée pour son démarrage. Par ailleurs, ce « *chantier* » nécessite la mise en place de partenariats et procédés innovants tant sur le plan organisationnel que technologique et juridique<sup>14</sup>. Pour cette raison, la mise en œuvre de cette nouvelle ressource financière fait l'objet d'un montage juridique complexe : la technologie à mettre en œuvre pour la perception de cette TPL demande d'importantes dépenses d'investissement. De ce fait l'État a fait le choix de l'externalisation à travers le contrat de partenariat public privé. Par ailleurs, à titre dérogatoire et après avis du conseil d'État, le législateur a autorisé l'État à déléguer la collecte et une partie des contrôles de la taxe à un prestataire extérieur, *Ecomouv'*, groupement reconverti en société de projet<sup>15</sup>. Et ce, dans le cadre d'une commission délivrée par le ministre chargé des douanes<sup>16</sup>. Une interface informatique entre la douane – dont le service comptable devait être le service de recouvrement de la taxe collectée par le prestataire – et la société devait matérialiser le lien étroit de contrôle sur le prestataire, la douane pouvant ainsi veiller à la régularité des opérations. Enfin, la date de restitution du système par *Ecomouv'* à l'État avait été fixée à janvier 2025.

Les premières réactions d'hostilité ont lieu en 2008 : le Medef et les agriculteurs de la FNSEA se mobilisent contre cette nouvelle taxe perçue comme un impôt supplémentaire injuste.

Du fait du milieu dont proviennent les premières contestations, sont privilégiés des moyens tels que le lobbying. Des manifestations sur la voie publique sont également organisées, bien que ce mode d'action soit plus rarement observable chez les organisations patronales<sup>17</sup>.

Le 4 février 2009, une manifestation est organisée au péage de La Gravelle, qui symbolise l'entrée en Bretagne, marquant la fin des autoroutes payantes et le début du réseau routier gratuit de Bretagne. Dans le même temps, M. Marc Le Fur, député UMP des Côtes d'Amor, lors des questions au gouvernement, s'adressant au Ministre de l'écologie, de l'énergie, du développement durable et de l'aménagement du territoire alerte sur le fait que le projet de TPL est « *très mal vécu* » en Bretagne. Le député renvoie au modèle économique breton ainsi qu'à son caractère de région périphérique et rappelle que les chefs d'entreprises, qui se sont réunis en parallèle en Bretagne, représentent 500 000 emplois<sup>18</sup>.

---

<sup>13</sup> J. FOURNEL, *loc. cit.*

<sup>14</sup> *Ibid.*

<sup>15</sup> F. ROLIN, « Le contrat de partenariat « écotaxe » symptôme d'un État impotent », *AJDA*, n°2013/39, p.2225.

<sup>16</sup> v. sur ce point, rapport d'étape du programme national de recherche et d'innovation dans les transports terrestres, <http://hal-enpc.archives-ouvertes.fr/hal-00663320>, p. 75.

<sup>17</sup> M. OFFERLÉ, « L'action collective patronale en France, XIX<sup>e</sup>-XXI<sup>e</sup> siècles. Organisations, répertoires et engagements. », *Vingtième siècle. Revue d'histoire*, 2012, vol. 2., n°114, p.82-97.

<sup>18</sup> Assemblée nationale, XIII<sup>e</sup> législature, session ordinaire de 2008-2009, compte rendu intégral, première séance du mercredi 4 février 2009, p.1182.

La manifestation de la Gravelle réunit entre 1 000 et 2 000 personnes, dont des patrons et organisations patronales mais également Mrs. Christian Troadec et Thierry Merret, qui seront les fondateurs des « *Bonnets rouges* », officiellement appelé le collectif « *Vivre, travailler et décider en Bretagne* ». Même si cette manifestation passe relativement inaperçue<sup>19</sup>, à l'issue d'une réunion organisée le 14 mai 2009 entre les représentants du « *Collectif des acteurs économiques bretons* » et le Ministre Jean Louis Borloo, sont obtenues les dérogations inscrites dans le cadre réglementaire qui accompagne la TPL. C'est ainsi que le 4 juin 2009, le *quotidien régional Ouest France* titrait « *La guerre de la taxe transports n'aura pas lieu. Gouvernement et patrons ont réussi à rapprocher leurs positions* »<sup>20</sup>.

Pourtant, en octobre 2013, la pose des premiers portiques en Bretagne provoque une crise majeure dans la région, mais uniquement dans cette région. Le mouvement se double alors d'une forme de revendication identitaire, allant presque jusqu'au projet géopolitique<sup>21</sup>. Cet aspect identitaire breton se matérialise par l'appel lancé le 18 juin 2013, à Pontivy, par le comité de convergence des intérêts bretons.

Les « *Bonnets rouges* » sont alors le « *Collectif des acteurs économiques bretons* »<sup>22</sup> initial, enrichi de toutes les classes de la population bretonne pour devenir le collectif « *Vivre, travailler et décider en Bretagne* » créé fin octobre 2013.

Ainsi, ont lieu, entre autres, des affrontements au Pont de Buis le 25 octobre 2013, un appel à un rassemblement pacifique à Quimper le 2 novembre, puis la manifestation convoquée par M. Christian Troadec le 29 novembre 2013. Ces événements réunissent à chaque fois entre 30 000 et 40 000 personnes.

Ledit collectif décide, après le succès de ces rassemblements, de se constituer en comités locaux : le 8 mars 2014 ont lieu les États généraux des « *Bonnets rouges* » au parc des expositions de Langolvas à Morlaix. Ces comités sont alors chargés de faire remonter des « doléances », à laquelle Bretonnes et Bretons étaient *invités* à participer. Trois milles contributions sont recueillies et synthétisées puis présentées lors de ces États généraux.

Le processus rappelant celui de 1789, les organisateurs considèrent ce mouvement comme incarnant l'essence de la démocratie et regrettent qu'il fallût attendre le XXI<sup>e</sup> siècle pour voir aboutir un processus tel celui des « *Bonnets rouges* »<sup>23</sup>. On constate pourtant que les révoltes fiscales sont un fait récurrent, si ce n'est permanent, dans l'histoire de l'exercice de l'autorité publique et de la perception de l'impôt<sup>24</sup>. Ces

<sup>19</sup> M. LE CLAINCHE, « L'écotaxe poids lourds en France (2007-2017), l'échec d'une innovation fiscale », *Gestion & Finances Publiques*, 2019/2, n°2, p.98-108.

<sup>20</sup> B. LOYER, B. GUYADIER, « Les bonnets rouges : un mouvement pour un projet géopolitique », *Hérodote*, n°2014/3, p.223-242.

<sup>21</sup> *Ibid.*

<sup>22</sup> B. LOYER, B. GUYADIER, *loc. cit.*

<sup>23</sup> *Ibid.*

<sup>24</sup> Il est intéressant de consulter en ce sens les écrits de l'historien Nicolas Delalande, notamment, *Les batailles de l'impôt / Consentement et résistance de 1789 à nos jours*, Éditions du Seuil, mars 2011.

constatations se font *post* révolution, mais tout autant aussi *ante* révolution, alors même que certains sociologues et politistes, tels l'américain Charles Tilly considéraient que ces phénomènes devaient trouver solution et fin dans l'avènement de la démocratie<sup>25</sup>. Le mouvement « *Bonnets rouges* » contemporain en reprenant trois siècles plus tard la même appellation, s'inscrit dans le prolongement direct d'une des plus violentes révoltes antifiscales de l'Ancien régime précisément, qui ébranla la Bretagne en 1675 sous le règne de Louis XIV.

Les révoltes fiscales semblent permanence la menace à laquelle doit faire face l'autorité publique. Elles vont plus spécifiquement répondre en effet aux caractéristiques de l'émotion en droit fiscal, que ne vont le faire les concepts très proches de « l'affect », d'une part, ou du « sentiment », d'autre part. L'affect a directement trait en droit fiscal au processus relationnel que chaque contribuable doit entretenir individuellement avec l'administration fiscale, impliquant des obligations à son égard par rapport aux logiques déclaratives propres à ses revenus ou à son patrimoine : le processus de contrôle fiscal, de par son caractère contradictoire, de par son caractère inquisitorial, va générer pour chaque contribuable des justifications sous peine de rectification *a posteriori* quant au montant de l'imposition due, quant à la mise en œuvre de pénalités éventuelles, qui vont nécessairement atteindre l'individu, vont « l'affecter » au sens propre du terme. Le sentiment, à l'image du sentiment de « *ras le bol fiscal* »<sup>26</sup>, correspond bien cette fois à un processus collectivement ressenti mais qui se distingue de l'émotion au regard de sa construction progressive et de son acceptation plus ou moins diffuse inscrites dans la durée. Le « *ras-le-bol fiscal* » participera éventuellement de la révolte fiscale ; pour autant, dans le cadre de la clé de lecture constituée des six éléments qualificatifs de l'émotion (1° par rapport à un objet déterminé ; 2° sur un temps assez court ; 3° répondant à un signal de peur ; 4° déclenchant un mouvement ; 5° collectivement assumé ; 6° et consciencieusement appréhendé), force est de constater que les révoltes fiscales relèveront naturellement du processus émotionnel : comment le droit fiscal est-il à même de susciter de telles révoltes symptomatiques d'émotion, comment le droit fiscal est-il de nature aussi à apaiser, à les réguler, telles seront les questions qui animeront la réflexion ici.

Pour comprendre le rapport entre l'émotion et les phénomènes de révolte fiscale, le mouvement des « *Bonnets rouges* » version 2013, dont le contexte vient d'être décrit, constitue un bel exemple. En effet, ce mouvement peut finalement, du point de vue de l'émotion, n'être que significatif d'une situation de panique de la société, symptôme d'un

<sup>25</sup> *Politiques du conflit : de la grève à la révolution*, Presses de la fondation nationale de sciences politiques, 2015.

<sup>26</sup> L'expression a été « officiellement » consacrée par le Ministre de l'économie et des finances de l'époque, M. Pierre Moscovici, sur les ondes radiophoniques publiques le 20 août 2013 : « *Je suis très sensible à ce ras-le-bol fiscal que je ressens de la part de nos concitoyens, qu'ils soient des ménages, des consommateurs, ou qu'ils soient des entreprises* ». Ce « *ras-le-bol fiscal* » peut se définir « *comme l'expression d'une exaspération liée à un trop plein d'impôt et à une fiscalité qui devient insupportable et inacceptable* » ; C. GUILLERMINET, « des similitudes des révoltes fiscales », *RFFP*, 2019, n°145, p.123.

état d'angoisse (I). Une fois ce constat réalisé, cela implique d'admettre que le droit fiscal et particulièrement l'innovation fiscale qui ne soit pas incrémentale, mais de rupture, nécessite d'intégrer une approche psychologique dans sa conception (II).

### **I- Les « Bonnets rouges », une situation de panique symptomatique d'un état d'angoisse d'une société**

À l'origine d'une situation de panique du contribuable, se trouve le droit fiscal en tant qu'il a directement trait aux conditions d'existence de ce dernier. Pour autant, cette caractéristique n'est pas exclusive au droit fiscal. Dépassant le cadre strict de ce dernier pour envisager celui plus large du droit public financier, la crainte ou la peur de l'individu par rapport à ses revenus, son patrimoine, sa richesse, peuvent aussi être générées par des situations de kraks financiers ou de crises monétaires consécutives à des défaillances ou des dérégulations beaucoup plus brutales de nature à lui faire subir les mêmes risques financiers. Le point d'ancrage de la situation de panique se trouve donc sur la question de la survie de la personne au-delà du contribuable.

Ainsi, le « signal » qui enclenche le mouvement de révolte fiscale, se trouve dans la pose, en octobre 2013, des premiers portiques en Bretagne qui matérialisent la nouvelle taxe. Alors même que la mesure paraissait admise, un contexte d'angoisse nourrit l'apparition de l'émotion, en amont du signal. Cette angoisse est provoquée par une augmentation de la pression fiscale et le contexte de crise du modèle économique breton qui n'étaient pas aussi visibles en 2008 qu'en 2013 (A). Le signal enclenche alors l'émotion « peur » qui amène un mouvement de défense face à l'apparente disproportion de l'atteinte qui est faite à la propriété du contribuable *in fine* (B).

#### **A) L'importance du contexte de crise et d'intensification de la pression fiscale**

Le lien entre la peur et la révolte fiscale s'explique par l'angoisse. Or, dans le cadre de la révolte des « Bonnets rouges », l'état d'angoisse est issu de la fatalité (1) que représente le contexte économique et fiscal (2).

##### **1- La fatalité source d'angoisse**

Afin d'expliquer en quoi l'angoisse fait le lien entre l'émotion « peur » et la révolte fiscale, il apparaît nécessaire de se saisir de la différence entre la peur et l'angoisse.

Alors que la peur peut survenir indépendamment d'une situation d'angoisse, la situation d'angoisse est propice à une réaction de peur, dès lors qu'un signal de danger apparaît. Ainsi, alors que l'angoisse peut être vue comme un état, proche de l'anxiété, la peur est bien l'émotion dont il s'agit de traiter ici.

Traitées séparément, la peur peut se définir comme une émotion ressentie généralement en présence ou dans la perspective d'un danger, c'est-à-dire d'une situation comportant la possibilité d'un inconvénient ou d'un mal qui affecterait l'individu. L'angoisse, quant à elle, renvoie à une inquiétude, à certains égards,

semblables à la peur mais dans laquelle le danger qui la caractérise reste indéterminé<sup>27</sup>. Ainsi, si la peur intervient face à un danger déterminé, l'angoisse intervient dans une situation dans laquelle le danger reste indéterminé. L'angoisse peut donc être assimilée à l'incertitude sur une situation à venir.

En ce qui concerne le caractère de menace indéterminée qui se rattache à l'angoisse, cela remonte à l'origine même des cultures occidentales<sup>28</sup>. Pour quelques exemples, dans la mythologie grecque déjà, lorsqu'Œdipe est confronté à un destin inéluctable – tuer son père et coucher avec sa mère –, à la suite d'une « erreur » commise par Laïos à la Cour de Pélopes<sup>29</sup>. Il ne connaît pas les tenants, seulement les aboutissants de ladite erreur, annoncés par l'oracle. En tout état de cause, « *il ne se sait pas coupable* », il sait uniquement qu'il ne pourra pas changer son destin, il fait face à la fatalité. On retrouve également cette notion de fatalité, selon les mêmes logiques, dans la Bible<sup>30</sup>.

En bref, l'angoisse naitrait de la fatalité du destin : la fatalité est donc ce contexte qui favoriserait la réaction de peur de l'individu.

On perçoit alors la similarité entre la fatalité, telle qu'elle vient d'être définie, et le contexte dans lequel se trouve le contribuable avant qu'il ne voie l'écotaxe se matérialiser réellement et provoque son indignation.

## 2- Le contexte économique et fiscal

La manifestation des « *Bonnets rouges* » intervient au terme d'une séquence qui avait vu la politique fiscale de la majorité contestée de toutes parts<sup>31</sup>. Le contexte de crise économique et de réduction des déficits ont fait de la question fiscale un point de crispation révélateur des tensions au sein de la société française<sup>32</sup>. En effet, en 2013, deux éléments sont à privilégier.

D'une part, le modèle économique de production breton est en crise. La crise agroalimentaire et de l'emploi ouvrier en Bretagne<sup>33</sup> est doublée d'une fragilisation des secteurs du transport, de l'automobile, et de la construction. Or, le poids de cette industrie dans l'économie locale bretonne n'est pas négligeable du fait du « miracle breton » symbolisé par certaines entreprises ayant connu une croissance soutenue de

<sup>27</sup> J. NATANSON, « La peur et l'angoisse », *Imaginaire & Inconscient*, vol.2, n°22, 2008, p. 161-173.

<sup>28</sup> *Ibid.*

<sup>29</sup> Évènement qui renvoie à l'enlèvement par Laos de Chrysippe.

<sup>30</sup> Job, symbole du juste confronté au mal. Renvoie au livre de Job : afin de voir si Job renie son créateur, Dieu, à force d'être confronté à l'injustice qui tient à la perte de tous ses biens, de ses enfants, la critique de ses amis. Pour cela, Dieu confie à Satan la mission de châtier Job, qui fait donc face à la fatalité de son destin. Comme Œdipe, il clame son innocence devant Dieu, auteur du châtement. Toujours dans la bible, dans plusieurs évangiles de Pierre et Matthieu évoquent l'angoisse de Jésus face à l'obligation qu'il a de faire face à son destin, c'est-à-dire la mort, mort qui est la volonté de Dieu son père, pour sauver l'humanité.

<sup>31</sup> Période ponctuée, entre autres, par le mouvement « des pigeons » qui refuse la hausse des impôts sur les plus riches, ou encore l'exil fiscal à l'étranger de Gérard Depardieu.

<sup>32</sup> N. DELALANDE, « Le retour des révoltes fiscales ? », *Pouvoirs*, 2014/4, n°151, p.15-25.

<sup>33</sup> B. LOYER, B. GUYADIER, *loc. cit.*

leurs activités, notamment à l'exportation<sup>34</sup>. Dès lors, l'augmentation de la pression fiscale n'est pas en adéquation avec la fatalité de la situation à laquelle fait face le monde ouvrier breton. S'ajoute à cela, l'inquiétude des industriels face à l'application du principe de répercussion. Ceux-ci craignent en effet de ne pas pouvoir répercuter à leur tour cette charge dans le cadre classique de la libre négociation commerciale<sup>35</sup>. Alors que la France est un « pays transit », le secteur pâtit d'une évolution à l'extérieure des frontières et d'une absence de réforme de la structure française qui n'est plus efficace<sup>36</sup>. Cette difficulté du secteur à se réformer explique un phénomène de concentration de l'activité, les plus petites entreprises éprouvant des difficultés. La prise en compte de ces disparités a justifié l'élaboration du principe de répercussion et de majoration forfaitaire sur les chargeurs et les affréteurs afin d'assurer aux transporteurs une garantie de neutralité<sup>37</sup>. Dès lors, si l'écotaxe n'affecte pas, ou moins, le transport routier, elle affectera les donneurs d'ordres, c'est à dire les transportés. Dans ce contexte, la nouvelle taxe poids lourds est très mal vécue car, comme le souligne le député Marc Le Fur, l'ensemble de l'économie bretonne, « *est lié à l'agroalimentaire, et donc à la logistique et aux transports* »<sup>38</sup>.

D'autre part, la pression fiscale augmente une nouvelle fois depuis l'arrivée d'un nouveau gouvernement en 2012, qui s'efforce de respecter les normes européennes de déficit. Le dispositif fiscal a, par ailleurs, été mal compris par sa technicité et, de fait, est difficilement acceptable ; cette situation provoque chez le contribuable un climat de suspicion : « *on m'cache quelque chose* »<sup>39</sup>. Il se retrouve dans une situation d'incertitude à la fois en ce qui concerne son revenu disponible, mais également en ce qui concerne la volonté réelle du gouvernement.

En 2013, le contribuable se trouve donc dans un contexte dans lequel il a conscience d'une sorte de caractère fatal de son destin en tant que contribuable. Certes, cette fatalité est admise : les français, depuis quelques années déjà, « râlent » face à une pression fiscale qui augmente, mais paient quand même leurs impôts<sup>40</sup>. Accepter cette fatalité ne signifie pas que les français ne se trouvent pas dans une situation « *d'angoisse pathologique* » qui renvoie au cas où une situation extérieure au sujet est perçue comme un danger<sup>41</sup>. Cette situation extérieure est représentée par l'augmentation de la pression fiscale qui se combine mal avec un contexte économique défavorable.

Concrètement, l'état d'angoisse est lié au revenu disponible du contribuable sur lequel repose une incertitude provoquant la « *crainte du déclassement social* »<sup>42</sup>, une

<sup>34</sup> Rapport d'information n°1937, du 14 mai 2014, par la mission d'information sur l'écotaxe poids lourds.

<sup>35</sup> *Ibid.*

<sup>36</sup> *Bis in idem.*

<sup>37</sup> Rapport d'information n°1937, *op. cit.*

<sup>38</sup> Assemblée nationale, XIII<sup>e</sup> législature, session ordinaire de 2008-2009, compte rendu intégral, première séance du mercredi 4 février 2009, p.1182.

<sup>39</sup> J.-C. HOURCADE, « L'écotaxe, un combat désespéré ? », *Revue Projet*, 2014/4, n°341, p.67-74.

<sup>40</sup> C. GUILLERMINET, *loc. cit.*

<sup>41</sup> D. WIDLÖCHER, « Le langage de l'angoisse », *Libres cahiers pour la psychanalyse*, 2012/1, n°21, p.17-33.

<sup>42</sup> J.-C. HOURCADE, *loc. cit.*

incertitude sur ses conditions de vie, ou de survie. L'un des facteurs d'angoisse est donc la fatalité d'une décision provenant d'une autorité publique, ayant, « factuellement »<sup>43</sup>, seule, le pouvoir de décision fiscale, face auquel le contribuable se sent impuissant<sup>44</sup>. Ce dernier se sait alors potentiellement « condamné » à ce déclassement social. Ce jugement déclenche un état d'alerte et de tension motrice, à l'issue duquel se développe un sentiment d'angoisse<sup>45</sup>. Sont alors mêlés incertitude et fatalité, créant l'angoisse.

L'état d'angoisse est donc propice à l'émergence de l'émotion « peur » qui va déclencher la révolte fiscale. Mais une question émerge aisément : pourquoi l'angoisse est-elle si importante dans le cadre fiscal ? La possible perception de la décision publique comme une fatalité n'est pas uniquement applicable à la décision fiscale. En revanche, le droit fiscal est une matière qui a directement trait à la propriété, qui elle-même renvoie directement au plus profond de la personne, d'où l'angoisse.

### ***B) La peur, à l'origine de la réaction de défense face à l'atteinte à la propriété***

Les émotions servent à la survie de l'Homme, et notamment, la peur, à sa défense. L'aspect corporel lockéen du droit fiscal provoque, face à une augmentation trop importante de la pression fiscale, l'émotion « peur » (1) qui amène une réaction de défense du contribuable (2).

#### **1- L'aspect corporel qui mène à la peur**

Le mouvement de révolte fiscale qu'est celui des « *Bonnets rouges* », est un mouvement issu d'une réaction de peur, de l'Homme, pour défendre sa propriété, propriété issue de la force de travail de son corps. Cet aspect corporel explique l'angoisse, puis la peur, provoquées par l'augmentation de la pression fiscale.

Il est possible de voir des similitudes entre l'agressivité et l'angoisse<sup>46</sup>. L'angoisse provoque de l'anxiété, qui, au moindre signal peut se transformer en peur. Cette dernière va s'accompagner d'une agressivité qui sera l'un des outils concrets de défense de l'Homme.

---

<sup>43</sup> Il n'est bien entendu pas question d'oublier tout le mécanisme de la loi fiscale qui repose sur le consentement à l'impôt.

<sup>44</sup> Il s'agit là du cas de figure dans lequel pour s'assurer que le contribuable s'acquitte des prélèvements obligatoires, l'autorité publique use de ses prérogatives de puissance publique. S'opposant ainsi à la technique qui consisterait en une manipulation du contribuable, le contribuable se sent contraint. V. en ce sens : DOUET, F., *Anti-manuel de psychologie fiscale. Techniques de plumaison des contribuables sans trop les faire crier*, Enrickb éditions, 2020, p.11. ; renvoie en ce sens à R.-V., JOULE, J.-L. BEAUVOIS, *Petit traité de manipulation à l'usage des honnêtes gens*, PUG, 2003.

<sup>45</sup> D. WIDLÔCHER, *loc. cit.*

<sup>46</sup> *Ibid.*

L'anxiété « *en tant qu'attente, est anxiété devant rien, elle fonctionne « à vide », prête à se fixer sur n'importe quel objet* »<sup>47</sup>. Dans un contexte d'augmentation de la pression fiscale et de crise du modèle économique Breton, l'« objet » sur lequel elle vient se fixer l'anxiété est l'écotaxe, lorsque celle-ci se matérialise réellement en 2013. L'anxiété fixée sur un objet, la réaction de peur émerge car la mise en œuvre réelle de l'écotaxe permet de donner un danger concret à l'angoisse.

Le mouvement des « *Bonnets rouges* » en réaction à l'écotaxe illustre bien ce phénomène, bien qu'il s'agisse d'une constante. En effet, si le recouvrement de l'impôt se fait de manière plus pacifique que cela a pu être le cas durant l'Ancien régime ou par la suite, les représentations sociales du « fisc » sont toujours imprégnées d'images de violence, d'extorsion et d'écrasement. Cette représentation s'illustre notamment dans les caricatures<sup>48</sup>. Ainsi, dans l'imaginaire collectif, le dualisme est toujours le même : « *d'un côté, les contribuables, en grand nombre, sont obligés de verser leur argent dans les caisses de l'État ou de traîner, telles des bêtes de somme, le char du budget, tandis que, de l'autre côté, une minorité de profiteurs, plus souvent bien en chair et avinés, dévorent le trésor qui leur est offert* »<sup>49</sup>.

Se dessine donc, derrière cette émotion qu'est la peur, un rapport qui, semble-t-il, est de l'ordre corporel. Or, cette vision s'explique par le rapport entre l'impôt et la propriété propre à la vision développée par John Locke<sup>50</sup> et bien présente dans notre déclaration des droits de l'Homme et du Citoyen (DDHC). En effet, derrière le consentement à l'impôt disposé à l'article 14 en 1789, se trouve l'idée de protéger la propriété – protection ensuite renforcée à l'aide de l'article 15. C'est ainsi que l'article 22 du projet du sixième bureau, en 1789, qui sera le projet retenu pour la version définitive de la DDHC dispose que « *la contribution publique étant une portion retranchée de la propriété de chaque citoyen, il a le droit d'en constater la nécessité, de la consentir librement, d'en suivre l'emploi et d'en déterminer la quotité, l'assiette, le recouvrement, et la durée* ». Il y a donc une association entre le consentement, droit collectif, et un fondement individualiste qu'est celui de la propriété<sup>51</sup>. Cela s'explique parce que sur la vision collective des États généraux du consentement à l'impôt s'ajoute la vision Lockéenne de la propriété, reprise par l'Abbé Sieyès lorsqu'il explique que « *La propriété des objets extérieurs, ou la propriété réelle, n'est pareillement qu'une suite et comme une extension de la propriété personnelle* »<sup>52</sup>. En effet, « *la propriété de sa personne est le premier des droits. De ce droit primitif découlent la propriété des actions et celle du travail, car le travail n'est que l'usage utile de ses facultés ; il émane évidemment de la propriété de*

<sup>47</sup> *Bis in idem*.

<sup>48</sup> N., DELALANDE, *Les batailles de l'impôt : consentement et résistances de 1789 à nos jours*, Éditions du seuil, 2011, p.190&s.

<sup>49</sup> *Ibid*, p.189.

<sup>50</sup> *Traité du gouvernement civil*, 1690. Éditions Flammarion 2008 « Le Monde de la philosophie ».

<sup>51</sup> J.-A, BENOIT, *Les normes constitutionnelles financières en droit français de 1789 à nos jours*, Thèse : Droit public et Finances publiques, Paris : Université Paris I-Panthéon Sorbonne, 2009, p. 40.

<sup>52</sup> Projet lu au comité de la Constitution par M. l'abbé Sieyès, les 20 et 21 juillet 1789.

la personne et des actions »<sup>53</sup>. Cette affirmation s'explique car, selon l'abbé Sieyès, tout ce que nous possédons est le fruit « *d'un travail involontaire ou volontaire de notre corps* »<sup>54</sup>. Le contribuable qui protège sa propriété, protège donc ce qui est issu de son propre corps.

Cet aspect corporel explique la réaction de peur du contribuable, et l'agressivité observable dans le mouvement des « *Bonnets rouges* », que ce soit en 1675 ou en 2013. Il est d'ailleurs intéressant, revenant aux caricatures, d'observer qu'au XIX<sup>e</sup> siècle, la représentation de l'administration fiscale et de l'impôt emprunte parfois au registre du vol ou du brigandage, qui sont des notions, qui, juridiquement, renvoient toutes les deux à la propriété<sup>55</sup>. Le danger d'ordre corporel auquel renvoie l'impôt implique donc une représentation sociale de la matière fiscale qui n'est pas neutre d'émotion.

## 2- De la peur à la défense

La peur étant une émotion qui doit permettre à l'Homme de se défendre, il le fait à l'aide de la société. Le caractère sociable de l'Homme et son penchant naturel à se mettre en société sont « *ce que les dents ou les griffes sont pour les animaux* » : le moyen de défense de l'Homme<sup>56</sup>. En effet, selon les mots de Sénèque, « *Détruis la société, et l'unité de l'espèce humaine, par laquelle subsistent les individus se rompra* »<sup>57</sup>.

Ainsi, pour défendre sa propriété, grâce à la société, l'Homme faisant partie du mouvement des « *Bonnets rouges* » va manifester sur la voie publique. Ajoutant l'émotion à cela, l'Homme se défendra, au sein de la société, en usant de l'agressivité, notamment au sein des manifestations organisées pour sa cause.

Il est possible de voir la manifestation comme la « *manifestation d'une réclamation, c'est-à-dire une de ses modalités, en bref, l'un des différents sens du concept de réclamation* »<sup>58</sup>. Or, la liberté d'expression permet d'exprimer des réclamations publiquement. L'objectif de ces réclamations exprimées publiquement « *est d'attirer l'attention de l'opinion publique, en vue d'obtenir leur soutien* »<sup>59</sup>. Ce soutien, est, *in fine*, celui de la société dans laquelle se trouve l'Homme. C'est d'ailleurs par ce raisonnement que le Conseil Constitutionnel se saisit, dans sa décision du 18 janvier 1995<sup>60</sup>, de l'émotion. Cette décision consacre la manifestation comme une composante du droit

<sup>53</sup> L. JAUME, *Les Déclarations Des Droits De l'Homme, Débat 1789-1793 Au Préambule De 1946*. Paris : Flammarion, 1989., p.105.

<sup>54</sup> L.-C. MAVIDAL, *Archives parlementaires de 1787 à 1860*, Tome VIII (du 5 mai 1789 au 15 septembre 1789), Paris : Librairie administrative de Paul Dupont, 1875, Paris. Séance du 26 août 1789, p. 258.

<sup>55</sup> Voir en ce sens l'article 311-1 du Code Pénal : « Le vol est la soustraction frauduleuse de la chose d'autrui ».

<sup>56</sup> V. en ce sens : ou dictionnaire raisonné des sciences, des arts et des métiers, T.15, 1<sup>ère</sup> ed., 1751, p.252.

<sup>57</sup> Sénèque, « *Des bienfaits* », livre IV, XVIII.

<sup>58</sup> J.-B., JACOB, « La manifestation de rue, instrument de réclamation. Essai de clarification conceptuelle », in D. ROUSSEAU (dir.), *Réclamer en démocratie*, 2019, p.262.

<sup>59</sup> B.-L. COMBRADE, « Réclamer sous la V<sup>e</sup> république », in D. ROUSSEAU (dir.), *Réclamer en démocratie*, 2019, p.155

<sup>60</sup> CC, 94-352 DC, 18 janvier 1995, *Loi d'orientation et de programmation relative à la sécurité*.

d'expression collective des idées et des opinions. Le Conseil Constitutionnel, permettant au droit public de se saisir de l'émotion, encadre alors l'outil de défense de l'Homme. Dès lors, le droit apparaît comme un régulateur des phénomènes provoqués par la peur, et donc de défense de l'Homme.

En somme, la manifestation apparaissant comme « **une modalité d'expression collective des idées** » qui a pour objet « *d'exprimer une opinion* »<sup>61</sup>, il est possible d'affirmer que l'Homme apeuré, se sert de la liberté d'expression, fondant la manifestation, pour attirer l'attention de l'opinion publique sur son cas et obtenir son soutien. Il fait ici usage de son droit à la garantie sociale, mécanisme par lequel, défendant son droit, l'Homme remplit l'obligation qu'il a de protéger également celui des autres membres de la société<sup>62</sup>. Le mouvement des « *Bonnets rouges* » illustre donc le mécanisme de défense que l'Homme met en place face à la peur de voir une atteinte trop insupportable à sa propriété, peur nourrie par un contexte d'angoisse.

La dimension émotionnelle du droit fiscal étant donc un fait qui s'illustre dans des mouvements de révolte fiscale tel celui des « *Bonnets rouges* », il est nécessaire que cette dimension psychologique du droit fiscal soit prise en compte par l'autorité publique pour accompagner l'innovation fiscale.

## **II- L'approche nécessairement psychologique du droit fiscal dans ses innovations**

Le prise en compte de l'émotion provoquée par le droit fiscal implique de l'accompagner pour garantir le succès d'une innovation fiscale. Or, l'étude du mouvement des « *Bonnets rouges* » met en lumière le caractère historique de la présence de l'émotion au fondement des révoltes fiscales (A). Ce constat implique d'admettre la nécessité d'accompagner politiquement, pour ne pas dire psychologiquement, toute innovation fiscale (B).

### ***A) L'émotion, une constante historique dans les révoltes fiscales mise en lumière par l'étude du mouvement des « Bonnets rouges »***

La notion d'émotion permet de mettre en lumière des constantes dans les révoltes fiscales, dont le rapport entre la peur et la défense de la propriété. En 2013, les instigateurs du mouvement des bonnets rouges se réclament d'une continuité avec l'ancienne révolte de 1675. Le mouvement bénéficie ainsi d'une légitimité historique, celle des « *Bonnets rouges* »

---

<sup>61</sup> A. BOYER, « La liberté de manifestation en droit constitutionnel français », *RFDC*, n°44, 2000, p.675&s.

<sup>62</sup> Pour plus de précisions sur le sujet, v. M. MARIN, *L'article 15 DDHC et les finances publiques : l'obligations constitutionnelle de rendre compte en droit des finances publiques*, L'harmattan, Droit Aujourd'hui, 2021, à paraître.

luttant pour l'idéal d'égalité devant l'impôt<sup>63</sup>. Il tire cette légitimité du « *modèle historique* » suivi, celui des révoltes paysannes d'ancien régime contre l'injustice et l'arbitraire des taxes royales et contre les pratiques de la ferme générale<sup>64</sup>.

Dans les deux cas, les origines fiscales légitiment ces soulèvements, qui « *sont le plus souvent interprétées comme l'expression d'une défense collective des droits contre le pouvoir aux prétentions excessives* »<sup>65</sup>. Malgré cette constante, 1789 marque un point de rupture. La contestation fiscale se « métamorphose » et se double de la notion de consentement à l'impôt et de la vision lockéenne de l'impôt impliquant la propriété<sup>66</sup>.

La première révolte des bonnets rouges a lieu en 1675, sous le règne de Louis XIV. Engagé dans la guerre de Hollande, les recettes du royaume doivent augmenter pour y faire face. C'est ainsi que le Roi décide que tous les actes notariés doivent dorénavant être rédigés sur un papier timbré aux fleurs de lys avec une taxe d'un montant d'un sou par feuille. Ainsi, la première révolte des « *Bonnets rouges* », débute le 18 avril 1675, contre un impôt qui s'illustre comme un impôt « de trop ». Sont alors détruits les bureaux des fermiers généraux à Rennes : la foule s'en prend à l'administration de l'époque, en plus de la noblesse. Les « *Bonnets rouges* » avaient donc déjà servi de point de départ à des théories et des revendications politiques, et potentiellement déjà doublées d'une revendication identitaire.

En 1675 déjà, un règlement dispose que six notables seront envoyés auprès du Roi pour représenter les quatorze communes allant de Douarnenez à Concarneau, porter des cahiers de revendications<sup>67</sup>. La répétition vaut aussi en ce qui concerne le mode de perception de la nouvelle taxe. En effet, en 1675, Colbert, qui ne dispose pas de l'administration compétente, est obligé de recourir au système des fermiers. Ceux-ci versent à l'administration royale la somme souhaitée et vont ensuite percevoir eux-mêmes l'impôt sur le contribuable tout en faisant payer par ce dernier, ce même service. Le parallèle avec le rôle de la société *Ecomouv'* apparaît évident.

Il y a donc plusieurs constantes. D'abord, sont réunis le « *sentiment de trop plein fiscal* », mais aussi le caractère de phénomène incompréhensible et inacceptable dans un contexte économique et social déjà dégradé, le choix d'actions, violentes, des contribuables<sup>68</sup>, et le mode de perception de la nouvelle taxe. Également, la réclamation présentant une « *dimension constructive qui la distingue de la simple contestation politique* »<sup>69</sup>, les cahiers de doléances rédigés en 1675 et en 1789 constituent la traduction,

<sup>63</sup> N., DELALANDE, *Les batailles de l'impôt : consentement et résistances de 1789 à nos jours*, Éditions du seuil, 2011, p.105.

<sup>64</sup> *Ibid.*

<sup>65</sup> N. DELALANDE, « Le retour des révoltes fiscales ? », *Pouvoirs*, 2014/4, n°151, pp.15-25.

<sup>66</sup> J.-A., BENOIT, *op. cit.*, p.40.

<sup>67</sup> F. COLOMBET, « Bonnets rouges », in *L'impôt : pour un consentement renouvelé, Après demain*, n°29, février 2014, pp. 17-18.

<sup>68</sup> C. GUILLERMINET, *loc. cit.*

<sup>69</sup> B.-L. COMBRADE, *op. cit.*, p.153.

sous forme de réclamation, des contestations d'ordre fiscal. La révolte fiscale ou la grève de l'impôt est alors, à chaque fois, une nouvelle façon de réclamer.

Dès lors, les mêmes causes produisant « *les mêmes effets* », l'analyse des révoltes des « *Bonnets rouges* » ne peut faire mentir le proverbe<sup>70</sup>, et permet de se rendre compte de cette capacité du droit fiscal à fédérer les solidarités et éveiller l'émotion. Cette capacité particulière au droit fiscal s'explique par les mécanismes décrits plus tôt révélant la nature particulière de cette branche du droit.

Malgré ces constantes, les historiens ont parfois pu considérer que les résistances antifiscales avaient disparues avec la III<sup>e</sup> république, la construction d'une société démocratique apparaissant comme incompatible avec le maintien de formes de mobilisations jugées archaïques<sup>71</sup>. Cette contradiction met en lumière la nécessité de prendre en compte l'émotion dans l'annonce de l'innovation fiscale.

### ***B) Le nécessaire accompagnement politique de toute innovation fiscale***

L'écotaxe se place dans le cadre du « nouveau ». Mais comme beaucoup d'innovations fiscales, cette réforme fait partie des « *réformes qui génèrent des gagnants et des perdants* »<sup>72</sup>, ce qui suscite l'émotion. Il est donc nécessaire de savoir l'amener politiquement.

Exposée dans le rapport général du Grenelle de l'environnement publié le 25 octobre 2007<sup>73</sup>, l'écotaxe y est présentée comme faisant partie d'une « *fiscalité environnementale dé-carbonnée, incitative, efficace et juste* » au sein des nouveaux moyens pour un nouveau cours des politiques publiques. Cette présentation lui vaut la qualification de « *projet innovant et bien préparé* »<sup>74</sup>.

Or, toute réforme se heurte potentiellement à plusieurs obstacles, dont la faisabilité politique, qui constitue le « *point clé* »<sup>75</sup> de la réforme. La faisabilité politique renvoie au caractère nécessaire et légitime de ladite réforme. Elle doit, à ce titre, être jugée comme nécessaire car améliorant le système fiscal en fonction d'objectifs politiques, économiques et sociaux préalablement fixés et livrés au débat public<sup>76</sup>.

En ce qui concerne ces objectifs pour l'écotaxe, ceux-ci sont trop nombreux et mal hiérarchisés au détriment de la compréhension et donc de l'acceptation de l'éco

---

<sup>70</sup> C. GUILLERMINET, *op. cit.*

<sup>71</sup> N. DELALANDE, « *Les batailles de l'impôt : consentement et résistances de 1789 à nos jours* », *loc. cit.*, p.187.

<sup>72</sup> A. BARILARI, « Les leçons des échecs des réformes fiscales », *RFFP*, 2011, n°116, p.11.

<sup>73</sup> Rapport du Rapporteur général du Grenelle de l'environnement, Thierry Tuot, du 25 Octobre 2007.

<sup>74</sup> M. LE CLAINCHE, « L'écotaxe poids lourds en France (2007-2017), l'échec d'une innovation fiscale », *loc. cit.*

<sup>75</sup> V. DREZET, « La faisabilité des réformes », *Après Demain*, 2014/1, n°29, pp.12-13.

<sup>76</sup> *Ibid.*

redevance<sup>77</sup>. Par ailleurs, le principe de la taxe est simple, mais ses modalités d'application sont complexes<sup>78</sup> et sa qualification difficile. Si, pour l'autorité publique, l'hypothèse de l'impôt est facilement éliminée, il est tout à fait possible de douter quant à la nature de taxe ou d'impôt de ladite TPL. Ce manque de clarté n'aide pas à la compréhension, et nourrit le sentiment de « *on m'cache quelque chose* ».

Également, par sa technicité, le dispositif a été, de fait, mal compris et donc difficilement acceptable<sup>79</sup>. « *Dispositif vertueux mais peu compris et donc mal accepté dans un contexte économiquement difficile* », la TPL est une réforme fiscale innovante très bien préparée d'un point de vue technique mais que le gouvernement n'a pas su amener politiquement<sup>80</sup>.

À cette complexité s'ajoute le contexte d'angoisse qui mène à une réaction de peur. D'autant que le climat de suspicion n'a pas débuté avec l'écotaxe, mais déjà avec l'arrivée de la taxe carbone, issue de la mission Rocard. L'arrivée de ces taxes annonce un changement de paradigme : *taxer les « bads » et détaxer les « goods »*<sup>81</sup>. Or, ce paradigme a directement trait au comportement humain. L'erreur commise par le Président Nicolas Sarkozy se trouve sur l'annonce de la taxe carbone dont la vocation originelle était de compenser la suppression de la taxe professionnelle, imposition d'une très grande importance pour les collectivités territoriales : s'est alors enclenchée « *la machine de la défiance* »<sup>82</sup>, défiance des élus locaux qui perdaient le bénéfice d'un impôt à fort rendement, défiance des ménages qui se substituaient partiellement ainsi aux entreprises dans le paiement du nouvel impôt. En bref, une réaction de défense, liée à la peur, peur qui fonde la suspicion<sup>83</sup>.

Le consentement à l'impôt dépend d'une certaine forme de confiance qui implique à la fois une relation entretenue en ce sens par les citoyens avec l'administration et la conviction que chaque membre de la société assume sa part de l'effort collectif<sup>84</sup>. Pour faire admettre au citoyen-contribuable que cette nouvelle fiscalité écologique est pertinente et nécessaire, l'autorité publique se doit de gagner sa confiance, *a fortiori* dès-lors que le dispositif, aussi innovant soit-il, porte directement atteinte à sa « propriété de soi ».

Magdalena MARIN

Doctorante en Droit Public à l'Université Paris-I Panthéon Sorbonne

<sup>77</sup> Rapport d'information n°1937 du 14 mai 2014, par la mission d'information sur l'écotaxe poids lourds.

<sup>78</sup> M. LE CLAINCHE, « L'écotaxe poids lourds en France (2007-2017), l'échec d'une innovation fiscale », *loc. cit.*

<sup>79</sup> *Ibid.*

<sup>80</sup> Rapport d'information n°1937 du 14 mai 2014, par la mission d'information sur l'écotaxe poids lourds.

<sup>81</sup> J.-C. HOURCADE, *loc. cit.*

<sup>82</sup> J.-C. HOURCADE, *loc. cit.*

<sup>83</sup> Le dispositif instaurant la taxe carbone fera l'objet d'une invalidation par le Conseil constitutionnel. CC, 2009-599 DC, 29 décembre 2009, *Loi de finances pour 2010*.

<sup>84</sup> N. DELALANDE, « *Les batailles de l'impôt : consentement et résistances de 1789 à nos jours* », *op. cit.*, p.305.

## Une émotion que le Conseil constitutionnel ne saurait voir : un double paradoxe

Alexia PASCALI

Doctorante en droit à l'Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne

La lecture des délibérations<sup>1</sup> des décisions du Conseil constitutionnel montre des débats pas toujours sereins où des émotions se manifestent, réelles ou simulées, spontanées ou provoquées<sup>2</sup>. Or, comme le révèlent ces mêmes délibérations, les émotions exprimées sont, d'une certaine façon, rationalisées au moment de la rédaction de la décision. En effet, le Conseil constitutionnel va justifier, élaborer sa solution en utilisant des « sources diverses »<sup>3</sup>. Partant, cette construction, qui a pu être qualifiée d'« obsession textuelle »<sup>4</sup>, conduit à l'exclusion des émotions du texte de ses décisions. Le Conseil constitutionnel semble ainsi utiliser des règles similaires aux recommandations du Conseil d'État pour les jugements administratifs<sup>5</sup>. Toutefois certains indices, tels que des *obiter dicta* ou des réserves d'interprétation, révèlent que ses décisions ne sont pas toujours imperméables à l'émotion.

Des émotions peuvent être exprimées dans les saisines ou ressenties par le juge, aussi au regard de la portée juridique considérable d'une décision du Conseil<sup>6</sup>, il peut être intéressant de se demander que subsiste-t-il de ces émotions dans les décisions du Conseil constitutionnel ?

Pour répondre à cette question, l'étude a recherché dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel les décisions dans lesquelles des termes relevant du champ lexical de

<sup>1</sup> Disponible sur Internet : <https://www.conseil-constitutionnel.fr/comptes-rendus-des-seances>.

<sup>2</sup> B. MATHIEU, J.-P. MACHELON, F. MELIN-SOUCRAMANIEN, D. ROUSSEAU, X. PHILIPPE (dir.), *Les grandes délibérations du Conseil constitutionnel*, Dalloz, 2009. Par exemple, le président Léon Noël apaise le mécontentement de Gilbert-Jules (p. 31) ; les débats peuvent manquer de sérénité entre collègues qui ne s'apprécient pas (p. 37) ; René Coty s'émeut le 6/12/1962 de l'abus de propagande que constitue le temps de parole de Charles de Gaulle à la télévision (p. 35).

<sup>3</sup> A. ROBLLOT-TROIZIER, « Le Conseil constitutionnel et les sources du droit constitutionnel », *Jus Politicum*, n° 21. Disponible sur Internet : <http://www.juspoliticum.com/article/Le-Conseil-constitutionnel-et-les-sources-du-droit-constitutionnel-1261.html> [Consulté le 9 juillet 2021].

<sup>4</sup> D. TURPIN, « Le juge est-il représentatif ? Réponse : oui », *Commentaire*, 58, 1992, p. 389.

<sup>5</sup> Vade-mecum du Conseil d'État sur la rédaction des jugements administratifs : « La subjectivité de juge s'efface devant l'impersonnalité de la parole institutionnelle. Les décisions de justice se caractérisent ainsi par un style empreint de neutralité et de retenue. Elles ne doivent en aucun cas refléter, même en filigrane, les opinions personnelles et les jugements de valeur de juges qui les rendent. Elles ne doivent pas non plus comporter des appréciations subjectives et trahir l'adhésion, l'agacement ou l'ironie de leurs auteurs. » cité par E. JEULAND, « Le juge et l'émotion », document de travail, HAL [en ligne], 2020, p.25. Disponible sur Internet : <https://hal.archives-ouvertes.fr/hal-01790855v9/document>, [Consulté le 13 août 2021].

<sup>6</sup> Article 62 al. 3 de la Constitution du 4 octobre 1958 : « Les décisions du Conseil ne sont susceptibles d'aucun recours. Elles s'imposent aux pouvoirs publics et à toutes les autorités administratives et juridictionnelles ».

l'émotion<sup>7</sup> sont présents<sup>8</sup>, soit dans la décision elle-même, soit dans la saisine, ou soit encore dans les observations du gouvernement<sup>9</sup>. Cette méthode de sélection comporte des limites, ainsi n'ont pas été étudiées, par exemple, des décisions prises par crainte de leurs réceptions, qui aurait demandé d'inclure dans cette étude d'autres types de sources, telles que des délibérations<sup>10</sup> ou des déclarations à la presse<sup>11</sup>. En outre, bien que des émotions soient en jeu, ne font partie de l'étude, ni certains non-renvois de questions prioritaires de constitutionnalité par le Conseil d'État<sup>12</sup> ou par la Cour de Cassation<sup>13</sup>, ni

---

<sup>7</sup> « accablé, agité, angoissé, anxieux, bouleversé, calme, content, contrarié, découragé, déçu, dégoûté, déprimé, désespéré, désolé, effrayé, embarrassé, en colère, énervé, étonné, excité, fâché, furieux, gêné, heureux, inquiet, joyeux, mécontent, nerveux, ravi, surpris, tranquille, triste » liste dans D. GALATI, DARIO, B. SINI, C. TINTI, S. TESTA, The lexicon of emotion in the neo-Latin languages, *Social Science Information Sur Les Sciences Sociales*, juin 2008, p. 211. Disponible sur Internet : <http://ssi.sagepub.com/cgi/content/abstract/47/2/205> [Consulté le 9 juillet 2021]. À cette liste ont été ajoutés d'autres termes dont certains issus du corpus Emolex. Disponible sur Internet : EmoBase (univ-grenoble-alpes.fr) [Consulté le 9 juillet 2021] : émotion, admiration, émerveillement, engouement, fascination, agacement, exaspération, fureur, indignation, irritation, rage, déception, amertume, jalousie, convoitise, envie, bonheur, enthousiasme, euphorie, jubilation, plaisir, ravissement, condescendance, dédain, stupeur, tristesse, terreur, peur, peurs, chagrin, malheur, mélancolie, nostalgie, regret, troubler, vive, crainte, douleur, honte, rancune, rancœur.

<sup>8</sup> Une vérification du contexte de l'emploi des termes doit cependant être effectuée afin de vérifier que l'utilisation du terme correspond à l'expression d'une émotion.

<sup>9</sup> La recherche a été effectuée à partir de 3355 décisions AN et 241 décisions SEN pour le contentieux électoral et 798 issues du contentieux DC et 778 en contentieux QPC.

<sup>10</sup> V. par exemple les comptes-rendus des délibérations de la séance du 22 janvier 1990 « *Si cette précision n'est pas apportée, la doctrine va en inférer que le Conseil constitutionnel a admis la constitutionnalisation de ces principes.* » menant au vote de « *La phrase du considérant ainsi rédigée : "qu'il en va de même du moyen tiré de l'allégation d'unité du corps médical"* » ; ou encore celui de la séance du vendredi 16 juillet 1971 : « *Lorsque l'on compare le Conseil constitutionnel aux autres juridictions qui, dans le monde, exercent une activité semblable, on dit toujours que le Conseil est l'organe régulateur de l'activité des pouvoirs publics alors que les autres institutions étrangères sont les défenseurs des libertés. Aujourd'hui le Conseil doit donc faire très attention car par l'affaire dont il a à connaître il retrouve cette tâche de défenseur des libertés.* ».

<sup>11</sup> Par exemple, dans sa décision du 26 mars 2020, le Conseil n'a pas censuré une loi organique adoptée en violation de règles procédurales constitutionnelles. Il avait justifié cette non-censure par les « *circonstances particulières de l'espèce* », c'est-à-dire, la covid-19. L'émotion est absente du texte de la décision. Postérieurement, dans un entretien au Figaro, Laurent Fabius avait explicitement déclaré à propos de cette décision « *Je n'ose d'ailleurs imaginer les critiques d'inconséquence qui auraient plu sur nous si cette loi organique avait été censurée* », montrant la préoccupation du Conseil quant à la réception de sa décision. Se préoccuper s'assimile à une émotion qui est de l'ordre de la peur.

<sup>12</sup> V. par exemple : CE, 9 septembre 2020, n°439520, inédit au recueil Lebon concernant « *le rapatriement "au cas par cas" des enfants français se trouvant dans les camps du nord-est de la Syrie* » ; CE, 11 janvier 2021, n°447993, inédit au recueil Lebon concernant le port de masque pour les enfants entre 6 et 11 ans.

<sup>13</sup> V. par exemple : Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 6 novembre 2019, n°19-15.198, Bull. concernant le droit au parent d'intention, de maintenir ses liens avec l'enfant qu'il a élevé, et d'avoir le droit de visite et d'hébergement ; Cass., civile, ch. soc., 18 juin 2020, n°20-40.005 et suiv. concernant des demandes d'allocations des enfants de mineurs licenciés pour faits de grève au cours des années 1948 et 1952.

les tentatives du gouvernement d'empêcher la saisine du Conseil constitutionnel par les parlementaires<sup>14 15</sup>.

Les résultats de l'étude doivent s'analyser en considérant les deux missions juridictionnelles du Conseil constitutionnel séparément<sup>16</sup>. En effet, l'examen des décisions retenues<sup>17</sup> permet de constater que, paradoxalement, alors que l'on pouvait s'attendre à ce que le juge électoral prenne en compte l'émotion pour prendre sa décision, c'est le contraire qui se produit (I), et, inversement, alors que l'on pouvait s'attendre à ce que le juge des normes ignore l'émotion, celle-ci est présente dans des décisions de diverses façons (II).

### **I.- Le contentieux électoral, la reconnaissance de l'existence de l'émotion mais sans effets juridiques**

En tant que juge de l'élection, le Conseil constitutionnel doit considérer les faits<sup>18</sup>. À cet égard, l'on pourrait s'attendre à ce qu'il fasse droit, si nécessaire, aux moyens selon lesquels un fait provoquant une émotion conduirait à la modification des résultats d'une élection (A). Or, ces moyens, fondés sur une émotion provoquée, se révèlent rarement efficaces (B).

<sup>14</sup> B. MATHIEU, « Quand la loi devient l'instrument d'une émotion », *Le Monde*, 30 septembre 2005. Disponible sur Internet : [https://www.lemonde.fr/idees/article/2005/09/29/quand-la-loi-devient-l-instrument-d-une-emotion-par-bertrand-mathieu\\_694125\\_3232.html](https://www.lemonde.fr/idees/article/2005/09/29/quand-la-loi-devient-l-instrument-d-une-emotion-par-bertrand-mathieu_694125_3232.html) [Consulté le 13 août 2021] : « À l'issue d'une rencontre avec trois victimes d'agresseurs sexuels récidivistes, le ministre de la justice, Pascal Clément, a annoncé qu'il voulait introduire dans une proposition de loi "antirécidive", dont il a été lui-même coauteur en tant que député, la rétroactivité du port du bracelet électronique pour les délinquants sexuels, et ce malgré un "risque d'inconstitutionnalité". [...] Le malaise est encore plus tangible lorsque ce même ministre [...] menace par avance les parlementaires qui éprouveraient la tentation de saisir le Conseil constitutionnel de l'opprobre de l'opinion. ».

<sup>15</sup> A. ROBLOT-TROIZIER, État d'urgence et protection des libertés, *RFDA*, 2016, p. 424 : « Encore sous le coup de l'émotion suscitée par les attentats du 13 novembre 2015, la grande majorité des parlementaires n'ont semble-t-il, pas osé s'opposer à l'application d'un régime d'exception censé permettre de mieux protéger la population contre la menace terroriste et donc préserver l'État, voire l'État de droit lui-même. Pire, l'éventuelle déclaration d'inconstitutionnalité de la loi sur l'état d'urgence est présentée comme un risque qu'il ne faut pas prendre : les parlementaires sont donc incités à ne pas saisir le Conseil constitutionnel. ».

<sup>16</sup> Dans cet article sont considérées les deux missions juridictionnelles du Conseil constitutionnel : juge ordinaire lorsqu'il est juge des élections et juge constitutionnel lorsqu'il est juge des normes.

<sup>17</sup> Cet article ne se veut pas exhaustif. En effet, des résultats plus affinés demandent une étude plus approfondie des décisions, éclairées notamment par les délibérations publiées et les déclarations ou publications des membres du Conseil.

<sup>18</sup> Article 3 al. 1<sup>er</sup> du règlement applicable à la procédure suivie devant le Conseil constitutionnel pour le contentieux de l'élection des députés et des sénateurs : « Les requêtes introductives d'instance doivent contenir les noms, prénoms, adresse et qualité du ou des requérants et le nom du ou des élus dont l'élection est contestée, ainsi que l'exposé des faits et moyens invoqués. Elles doivent être signées de leurs auteurs. ».

### A.- L'émotion provoquée, une obligation de recevabilité pour le juge électoral

Le juge électoral est dans l'obligation de vérifier si une émotion provoquée a modifié une élection (i), obligation qu'il a lui-même admis (ii), ce contrôle pouvant conduire, le cas échéant, à une sanction (iii).

(i) L'article 38 al. 2 de l'ordonnance du 7 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel dispose que « *Toutefois, le Conseil, sans instruction contradictoire préalable, peut rejeter, par décision motivée, les requêtes irrecevables ou ne contenant que des griefs qui manifestement ne peuvent avoir une influence sur les résultats de l'élection.* ». A contrario, on peut en déduire que le Conseil constitutionnel est tenu de recevoir toute requête contenant des griefs pouvant avoir une influence sur les résultats des élections. Or, de nombreuses saisines invoquent qu'une élection aurait été modifiée, car influencée, par un fait ayant provoqué une émotion parmi les électeurs. Dans ces requêtes, nous trouvons des termes relatant la manifestation d'une émotion<sup>19</sup> tels que « *surprendre* »<sup>20</sup>, « *peurs* »<sup>21</sup>, « *terreur* »<sup>22</sup>, « *intimidation* »<sup>23</sup>. Le Conseil est donc tenu de contrôler le rôle joué par l'émotion dans le résultat de l'élection.

(ii) Il est à rappeler que le Conseil constitutionnel a déjà admis qu'une émotion pouvait modifier les résultats d'un scrutin et alors conduire éventuellement à l'annulation de cette élection. En effet, dans sa décision AN du 8 juin 1967, le Conseil constitutionnel a admis que des éléments nouveaux, produits dans les dernières heures avant l'élection, de nature à *troubler ou surprendre* les électeurs constituent une

<sup>19</sup> Il est à préciser que le terme « troubler » est ambigu et renvoie le plus souvent au fait qu'un électeur a été troublé dans l'opération intellectuelle de voter à la suite d'un fait. Or, une opération intellectuelle renvoie à une démarche consciente et donc pas nécessairement liée à une émotion. Pour retenir ce terme, une étude du contexte est nécessaire. De même, n'a pas été retenu les seules allégations d'un climat de violence entretenu par un candidat élu. En effet, un climat de violence n'induit pas automatiquement un climat de peurs ou de terreurs. Aussi, faute de précisions dans la décision, nous ne pourrions que supputer qu'un climat de violence aurait conduit à une émotion chez certains individus.

<sup>20</sup> CC, n° 67-429 AN, 8 juin 1967, Haute-Garonne (2<sup>ème</sup> circ.), cons. 3 : « *d'éléments de nature à surprendre ou troubler les électeurs* ».

<sup>21</sup> CC, n° 2017-5083 AN, 8 décembre 2017, Yvelines (8<sup>ème</sup> circ.), cons. 6 : « *inciter au vote en faveur de son adversaire en jouant sur les peurs* ».

<sup>22</sup> CC, n° 78-845 AN, 12 juillet 1978, Martinique (2<sup>ème</sup> circ.), cons. 3 et 4 : « *un climat de violences et de terreur* ».

<sup>23</sup> CC, 2017-5064 AN, 8 décembre 2017, Rhône (7<sup>ème</sup> circ.), cons. 1 : « *M. VINCENDET soutient que la campagne électorale s'est déroulée dans un contexte d'intimidation de nature à altérer la sincérité du scrutin* » ; CC, 2012-4585 AN, 20 juillet 2012, Nord (13<sup>ème</sup> circ.), cons. 2 : « *à l'appui de sa protestation, M. SERBOUT, candidat dans la 13<sup>ème</sup> circonscription du Nord, se borne à dénoncer des « tentatives d'intimidations »* » ; CC, 68-508 AN, 17 octobre 1968, Bouches-du-Rhône (4<sup>ème</sup> circ.), cons. 2 : « *il n'est davantage établi ni que des manœuvres d'intimidation aient été exercées sur des électeurs par des personnes soutenant la candidature de M. Billoux [...]* » ; CC, 68-508 AN, 17 octobre 1968, Bouches-du-Rhône (4<sup>ème</sup> circ.), cons. 8 ; CC, 62-270/270 bis AN, 22 janvier 1963 - A.N., Bouches-du-Rhône (4<sup>ème</sup> circ.), cons. 3 : « *allégation selon laquelle des manœuvres d'intimidation auraient été pratiquées à l'égard de personnes âgées devant les bureaux de vote* » ; CC, 58-102 AN, 23 avril 1959, Martinique (1<sup>ère</sup> circ.), cons. 2 : « *qu'à supposer établies les manœuvres d'intimidation du corps électoral* ».

manœuvre frauduleuse ayant pour but de modifier les résultats de l'élection<sup>24</sup>. Les termes *troubler* ou *surprendre* relèvent du champ lexical de l'émotion.

(iii) Pour sanctionner des manœuvres frauduleuses lors d'une élection, le Conseil a deux articles du code électoral à sa disposition : l'article LO136-3 et l'article L. 97. L'article LO136-3<sup>25</sup> permet de sanctionner toute manœuvre frauduleuse ayant eu pour objet ou pour effet de porter atteinte à la sincérité du scrutin. Ainsi, le Conseil constitutionnel est compétent pour déclarer inéligible, pour une durée maximale de trois ans, le candidat convaincu de manœuvres frauduleuses. Dans le cas où le Conseil constitutionnel a déclaré inéligible un candidat proclamé élu, il annule l'élection. Au regard de sa décision AN du 8 juin 1967 précitée, une émotion peut être le résultat d'une manœuvre frauduleuse, et donc, à ce titre, devrait pouvoir conduire à l'annulation de l'élection. Cependant, le Conseil utilise rarement cette possibilité et préférera utiliser d'autres fondements que l'émotion<sup>26</sup>. Le second article à disposition du Conseil est l'article L. 97, situé à l'intérieur de la partie « dispositions pénales » du Code électoral, qui permet de « réprime[r] pénalement »<sup>27</sup> l'utilisation de stratagèmes afin de *surprendre* ou de détourner les suffrages<sup>28</sup>. Cet article permet donc de sanctionner, par exemple, la diffusion de fausses nouvelles ou de rumeurs afin de provoquer une émotion, la surprise, dans le but d'altérer les résultats d'une élection. Le Conseil constitutionnel a été saisi quatre fois d'un grief tiré de la violation de l'article L. 97 du code électoral et, par quatre fois<sup>29</sup>, il a refusé l'invocation de cet article, de façon très claire les deux dernières fois<sup>30</sup>. Dans une décision récente<sup>31</sup>, la Cour de cassation a précisé que le juge constitutionnel

<sup>24</sup> CC, n° 67-429 AN, 8 juin 1967 A.N., Haute-Garonne (2<sup>ème</sup> circ.), cons. 3 : « [...] ne faisaient que prolonger la polémique sur des sujets débattus au cours de la campagne sans apporter - même au prix d'affirmations dénoncées par le requérant comme tendancieuses ou erronées - d'éléments de nature à surprendre ou troubler les électeurs [...] qu'ainsi la publication des articles incriminés ne peut être regardée comme une manœuvre de dernière heure ayant eu pour effet de modifier les résultats de l'élection [...] ».

<sup>25</sup> Article LO136-3 du Code électoral : « Saisi d'une contestation contre l'élection, le Conseil constitutionnel peut déclarer inéligible, pour une durée maximale de trois ans, le candidat qui a accompli des manœuvres frauduleuses ayant eu pour objet ou pour effet de porter atteinte à la sincérité du scrutin. L'inéligibilité déclarée sur le fondement du premier alinéa s'applique à toutes les élections. Toutefois, elle n'a pas d'effet sur les mandats acquis antérieurement à la date de la décision. Lorsque le Conseil constitutionnel a déclaré inéligible un candidat proclamé élu, il annule son élection. ».

<sup>26</sup> Voir le I-B i).

<sup>27</sup> CC, n° 2017-5057 A.N., 1<sup>er</sup> décembre 2017, Hauts-de-Seine (6<sup>ème</sup> circ.), cons. 3 : « D'autre part, le grief tiré de la violation de l'article L. 97 du code électoral, qui réprime pénalement " Ceux qui, à l'aide de fausses nouvelles, bruits calomnieux ou autres manœuvres frauduleuses, auront surpris ou détourné des suffrages, déterminé un ou plusieurs électeurs à s'abstenir de voter " ne peut être utilement invoqué pour contester les résultats des élections législatives. ».

<sup>28</sup> Article L97 du Code pénal : « Ceux qui, à l'aide de fausses nouvelles, bruits calomnieux ou autres manœuvres frauduleuses, auront surpris ou détourné des suffrages, déterminé un ou plusieurs électeurs à s'abstenir de voter, seront punis d'un emprisonnement d'un an et d'une amende de 15 000 euros. ».

<sup>29</sup> CC, n° 94-2053 AN, 11 mai 1995, Vendée (4<sup>ème</sup> circ.) ; CC, n° 2012-4589 AN, 7 décembre 2012, Meurthe-et-Moselle (5<sup>ème</sup> circ.) ; CC, 2017-5057 AN, 1<sup>er</sup> décembre 2017, Hauts-de-Seine (6<sup>ème</sup> circ.) ; CC, 2018-5662 AN, 21 septembre 2018, Wallis-et-Futuna.

<sup>30</sup> CC, 2017-5057 AN, 1<sup>er</sup> décembre 2017, Hauts-de-Seine (6<sup>ème</sup> circ.), cons. 3 ; CC, 2018-5662 AN, 21 septembre 2018, Wallis-et-Futuna, cons. 1.

<sup>31</sup> Cass. Crim., 9 octobre 2019, n°2114, cons. 6 : « Le juge constitutionnel, saisi sur le fondement de l'article LO 136-3 du code électoral aux fins d'annulation du scrutin, peut prononcer la sanction d'inéligibilité pour

pouvait utiliser les manquements définis à l'article L. 97 comme fondement à une sanction prévue à l'article LO 136-3 précité, et que ces manquements pourront faire également l'objet d'un recours devant le juge pénal. Aussi, par cette décision, la Cour de cassation propose au Conseil constitutionnel, de façon inédite, d'utiliser l'article L. 97 en soutien à une contestation des résultats d'une élection, ce que le Conseil constitutionnel s'est toujours refusé de faire. Il serait intéressant de vérifier lors des prochaines élections législatives, qui donneront lieu probablement à des recours contentieux, si le Conseil constitutionnel est réceptif à cette proposition de la Cour de cassation<sup>32</sup>.

Cependant, le Conseil constitutionnel constate souvent qu'il ne peut pas établir de lien de causalité entre un fait provoquant une émotion et la modification des résultats de l'élection.

### **B.- L'émotion provoquée, un moyen aux effets nuls devant le juge électoral**

Le Conseil valide rarement l'influence de l'émotion dans les résultats d'une élection (i) probablement car le lien de causalité est difficile à prouver (ii) et préfère utiliser des critères quantifiables (iii).

(i) Le Conseil constitutionnel valide rarement le moyen selon lequel une émotion a conduit à une altération significative des résultats d'une élection. Ainsi, par exemple, dans sa décision AN du 8 juin 1967 précitée, le Conseil constitutionnel a rejeté le moyen selon lequel les électeurs avaient pu être troublés ou surpris, en jugeant que les articles de presse contestés n'apportaient pas d'éléments nouveaux<sup>33</sup>. De même, dans sa décision AN du 12 juillet 1978, le Conseil constitutionnel a conclu que le « *climat de terreur* » invoqué par le requérant n'était pas établi, les jours entourant l'élection n'ayant été marqués par aucune violence<sup>34</sup>. Il est à remarquer que le moyen selon lequel des menaces ou des violences ayant troublé les électeurs doit avoir « *pour effet de modifier le résultat d'ensemble du scrutin* » afin d'être retenu<sup>35</sup>. Le Conseil constitutionnel montre

---

*une durée de trois ans au plus, s'il relève des manquements mentionnés à l'article L. 97 du même code, susceptibles de faire également l'objet de poursuites devant le juge répressif. ».*

<sup>32</sup> Ici, un plaignant souhaitant avoir entière satisfaction, c'est-à-dire, obtenir l'annulation de l'élection, l'inéligibilité du candidat, et l'application d'une sanction pénale, est obligé de faire deux recours, un recours devant le Conseil constitutionnel et un recours devant le juge répressif. La Cour de cassation invite donc le Conseil constitutionnel à trouver un mode de fonctionnement entre le juge judiciaire et le juge constitutionnel. Cela n'est pas sans rappeler l'évolution de la jurisprudence sur le cumul de responsabilité entre les fautes personnelles et de services où le juge administratif et le juge judiciaire ont réussi à trouver un mode de fonctionnement.

<sup>33</sup> CC, n° 67-429 AN, 8 juin 1967, Haute-Garonne (2<sup>ème</sup> circ.), cons. 3.

<sup>34</sup> CC, n° 78-845 A.N., 12 juillet 1978, Martinique (2<sup>ème</sup> circ.), cons. 3 et 4.

<sup>35</sup> CC, n° 63-342/343/345 A.N., 9 juillet 1963, Réunion (2<sup>ème</sup> circ.), cons. 9 : « *Sur les griefs tirés de pressions et d'actes de violence exercés au cours de la campagne électorale et le jour du scrutin : 9. Considérant qu'il ressort du dossier que dans certaines localités les opérations électorales ont été accompagnées de menaces et d'actes de violence émanant notamment de groupes d'individus en vue soit de troubler des réunions électorales, soit d'empêcher des électeurs de participer à la consultation, soit d'inviter d'autres électeurs à voter pour un candidat déterminé ; que, si répréhensibles qu'ils soient, ces procédés, qui ont, d'ailleurs, été*

ainsi qu'il n'est pas intéressé par le fait en lui-même, mais par la modification des résultats d'une élection que ce fait a induit. De plus, dans sa décision AN du 8 décembre 2017, le Conseil constitutionnel avait écarté le moyen selon lequel la diffusion d'un tract et d'une affiche avait contribué à discréditer une candidature ainsi qu'à « *inciter au vote en faveur de son adversaire en jouant sur les peurs* » en jugeant que « *ni la provenance, ni l'ampleur de la diffusion de ces documents ne sont établies* »<sup>36</sup>.

(ii) Au regard de ces exemples, l'effet d'une émotion suscitée sur l'issue d'une élection est rarement retenu car, vraisemblablement, le triptyque fait-dommage-lien de causalité est difficile à démontrer. En effet, il faut montrer qu'un fait a provoqué de l'émotion, ensuite que cette émotion a poussé des électeurs à changer leurs comportements, et que ces changements de comportements ont entraîné une modification significative des résultats de l'élection. D'abord, il semble difficile d'établir le dommage, c'est-à-dire, un changement dans les résultats d'une élection, car comment montrer qu'un résultat a changé ? En effet, comment savoir si un résultat a été biaisé ? Par rapport à quel résultat attendu ? Un sondage ? Une intuition ? Ensuite, si le dommage est difficile à montrer, le lien de causalité, entre le fait qui a créé l'émotion et le dommage, semble également ardu à établir. En effet, comment déterminer si une personne a modifié son vote à la suite d'une émotion ressentie, par exemple, après la lecture d'un tract ?

(iii) Comme le triptyque fait-dommage-lien de causalité semble difficile à démontrer, le Conseil constitutionnel juge souvent que l'émotion n'est pas établie et va plutôt utiliser des *critères quantifiables* d'où il tire une conclusion. Ainsi, dans la plupart de ses décisions, il se réfère à l'écart entre le nombre de voix des candidats de l'élection pour déterminer si le fait allégué aurait pu provoquer une émotion suffisante pour que celle-ci ait influencé les résultats de l'élection. Par exemple, le Conseil constitutionnel a été amené à se prononcer sur des griefs tirés de manœuvres d'intimidation à dix reprises<sup>37</sup>. À chaque fois<sup>38</sup>, le Conseil constitutionnel a rejeté le grief au motif soit que la

---

*utilisés par des partisans des divers candidats en présence, n'ont pu avoir pour effet de modifier le résultat d'ensemble du scrutin ; [...]* ».

<sup>36</sup> CC, n° 2017-5083 A.N., 8 décembre 2017, Yvelines (8<sup>ème</sup> circ.), cons. 6 : « *Si la requérante soutient que la diffusion d'un tract et d'une affiche attribués à "l'union des habitants du mantois" a contribué à discréditer sa candidature en l'associant à celle d'une autre candidate du premier tour dont elle ne partage pas les valeurs et à inciter au vote en faveur de son adversaire en jouant sur les peurs, ni la provenance, ni l'ampleur de la diffusion de ces documents ne sont établies.* ».

<sup>37</sup> CC, n° 58-102 AN, 23 avril 1959, Martinique (1<sup>ère</sup> circ.), cons. 2 ; CC, n° 62-270/270bis AN, 22 janvier 1963, Bouches-du-Rhône (4<sup>ème</sup> circ.), cons. 3 ; CC, n° 68-508 AN, 17 octobre 1968, Bouches-du-Rhône (4<sup>ème</sup> circ.), cons. 2 ; CC, n° 73-584/593 AN, 11 octobre 1973, Réunion (3<sup>ème</sup> circ.), cons. 8 ; CC, n° 93-1372 AN, 1<sup>er</sup> décembre 1993, Réunion (4<sup>ème</sup> circ.), cons. 2. ; CC, n° 97-2225/2241 AN du 18 novembre 1997 A.N., Val-d'Oise (4<sup>ème</sup> circ.) ; CC, n° 2012-4585 AN, 20 juillet 2012, Nord (13<sup>ème</sup> circ.), cons. 2 ; CC, n° 2012-4587 AN, 20 novembre 2012, Yvelines (11<sup>ème</sup> circ.), cons. 4 ; CC, n° 2017-5116 AN, 16 novembre 2017, La Réunion (7<sup>ème</sup> circ.), cons. 7 ; CC, n° 2017-5064 AN, 8 décembre 2017, Rhône (7<sup>ème</sup> circ.), cons. 2.

<sup>38</sup> Sauf dans un cas où le requérant invoquait des manœuvres d'intimidation pour l'empêcher de diffuser un tract de manière irrégulière. Le Conseil constitutionnel a jugé que « *le requérant ne saurait se prévaloir, dans les circonstances de l'espèce, de ce que la diffusion irrégulière de ce tract n'ait pu être pleinement effectuée ; qu'il suit de là que le grief ne peut qu'être rejeté* » (CC, n° 97-2225/2241 AN du 18 novembre 1997 A.N., Val-d'Oise (4<sup>ème</sup> circ.)).

preuve du fait qui a provoqué l'émotion, les manœuvres d'intimidation, n'étaient pas établies<sup>39</sup>, soit que ces manœuvres n'étaient pas de nature à « *modifier le sens du scrutin* »<sup>40</sup>, « *compte tenu de l'écart des voix obtenues par les candidats en présence* »<sup>41</sup>. Ces solutions appellent deux remarques. D'abord, le Conseil semble effectuer un contrôle d'opportunité en se posant la question dans ces circonstances quelle est la décision la plus opportune ?<sup>42</sup>. En effet, le juge constitutionnel vérifie si le résultat final est cohérent au regard des votes exprimés sans considérer les faits allégués par les requérants. Ensuite, on peut remarquer que le Conseil constitutionnel décide d'une manière discrétionnaire qu'un fait a modifié suffisamment l'écart de voix entre les candidats pour justifier une annulation d'une élection. Par exemple, en 2012, une requérante soutenait que la venue d'une équipe de tournage audiovisuel lors d'élections législatives avait « *semé le trouble parmi les électeurs* ». Si le Conseil constitutionnel a admis ce moyen, il a toutefois jugé que ces faits n'avaient pu, « *compte tenu de l'écart de voix, avoir une incidence sur les résultats du scrutin* »<sup>43</sup>. Ici, le Conseil Constitutionnel a une jurisprudence conforme à celle du Conseil d'État<sup>44</sup>.

Si l'émotion est reconnue mais inopérante dans le contentieux électoral, l'émotion semble davantage opérante dans le contentieux des normes, bien qu'absente explicitement dans le texte de la décision.

<sup>39</sup> CC, n° 68-508 AN, 17 octobre 1968, Bouches-du-Rhône (4<sup>ème</sup> circ.), cons. 2 ; CC, n° 62-270/270bis AN, 22 janvier 1963, Bouches-du-Rhône (4<sup>ème</sup> circ.), cons. 3 ; CC, n° 73-584/593 AN, 11 octobre 1973, Réunion (3<sup>ème</sup> circ.), cons. 8 ; CC, n° 2017-5064 AN, 8 décembre 2017, Rhône (7<sup>ème</sup> circ.), cons. 2 ; CC, n° 2012-4585 AN, 20 juillet 2012, Nord (13<sup>ème</sup> circ.), cons. 2 ; CC, n° 2012-4587 AN, 20 novembre 2012, Yvelines (11<sup>ème</sup> circ.), cons. 4 ; CC, n° 93-1372 AN, 1<sup>er</sup> décembre 1993, Réunion (4<sup>ème</sup> circ.), cons. 2.

<sup>40</sup> CC, n° 2017-5064 AN, 8 décembre 2017, Rhône (7<sup>ème</sup> circ.), cons. 2 ; V. également CC, n° 2017-5116 AN, 16 novembre 2017, La Réunion (7<sup>ème</sup> circ.), cons. 7 : « *la circonstance que la remplaçante du candidat battu au second tour ait fait l'objet de menaces d'intimidation est restée sans incidence sur la sincérité du scrutin* ».

<sup>41</sup> CC, n° 58-102 AN, 23 avril 1959, Martinique (1<sup>ère</sup> circ.), cons. 2.

<sup>42</sup> On pourrait aussi qualifier le raisonnement du Conseil de pragmatique, ou de conséquentialiste.

<sup>43</sup> Les résultats du second tour faisaient apparaître 25 122 voix le candidat PS Dominique Potier et 20 006 voix pour la candidate UMP Nadine Morano, en remarquant que les abstentions ainsi que les bulletins blancs et nuls représentaient plus de 30 000 voix.

<sup>44</sup> « *La circonstance qu'une ou plusieurs irrégularités ou manœuvres aient été commises ne conduit pas automatiquement à l'annulation de l'élection. Le juge apprécie, au cas par cas, si la sincérité du scrutin a pu être affectée. Afin d'apprécier cette incidence, il met en regard la gravité, l'ampleur et les répercussions potentielles de ces irrégularités avec l'écart des voix. Lorsque, compte tenu du faible écart des voix ainsi que de la nature et de l'ampleur de la manœuvre, de l'irrégularité ou de l'abus de propagande en cause, le juge estime que la sincérité du scrutin a été viciée, il annule en principe l'élection [...] ont ainsi pu entraîner l'annulation du scrutin, compte tenu de l'écart des voix, la diffusion d'un tract mensonger, diffamatoire ou injurieux excédant les limites de ce qui est admissible dans le cadre de la polémique électorale et auquel il n'a pu être utilement répondu (CE, 13 décembre 1989, Elections municipales d'Aulnat, n° 108662), un climat de violence ayant troublé la sérénité des opérations électorales et conduit à des pressions sur les électeurs (CE, 22 février 2002, Elections municipales de Sainte-Anne, n° 236226), ou encore des interventions officielles de l'autorité municipale en faveur d'un candidat aux élections cantonales (CE, 6 mai 1983, R., n° 43098).* » : Dossier thématique, Le juge administratif et le droit électoral, 28 mars 2014. Disponible sur Internet : <https://www.conseil-etat.fr/ressources/etudes-publications/dossiers-thematiques/le-juge-administratif-et-le-droit-electoral> [Consulté le 16 août 2021].

## II.- Le contentieux des normes, la notion d'émotion absente explicitement des décisions mais aux effets juridiques vraisemblables

Dans le contentieux des normes sur le fondement des articles 61 C. et 61-1 C., où le Conseil constitutionnel est supposé juger *in abstracto*<sup>45</sup>, l'émotion est toujours absente explicitement (A). En cela, le Conseil constitutionnel « crée une distance avec l'immédiateté, avec la rapidité, avec l'émotion » et « permet au temps court, léger et parfois étourdi d'une initiative législative de se confronter au temps long des principes que la constitution énonce. »<sup>46</sup>. Toutefois, l'utilisation de certains procédés permet au juge constitutionnel d'introduire l'émotion de façon clandestine dans les décisions (B).

### A.- L'émotion invoquée dans la saisine, ignorée dans la plupart des décisions

Pour le Conseil, le principe est d'ignorer l'émotion alléguée dans la saisine (i) toutefois, par des *obiter dicta*, le Conseil peut signifier qu'il a bien entendu cette émotion (ii).

(i) En contentieux DC<sup>47</sup>, le Conseil, en général, ignore une émotion exprimée dans la saisine notamment dans deux cas, lorsque l'émotion est utilisée en soutien à un autre moyen, ou lorsque la saisine invoque une incrimination fondée uniquement sur une émotion. En effet, dans le premier cas, l'émotion n'est pas utilisée par les requérants comme un moyen autonome dans la saisine mais est utilisée en soutien à un autre moyen, par exemple, la « proportionnalité des peines »<sup>48</sup>, l'« atteinte disproportionnée au droit à la vie privée et familiale de l'étranger »<sup>49</sup>, l'« atteinte manifestement excessive et non justifiée à l'indépendance de la justice »<sup>50</sup>, à un « trouble de la vie familiale »<sup>51</sup>, à « égalité des citoyens devant le juge (et la liberté d'accès à la justice) »<sup>52</sup>. Dans ces espèces,

<sup>45</sup> Au regard d'une lecture stricte des articles 61 C. et 61-1 C.

<sup>46</sup> D. ROUSSEAU, « Il est temps de rendre la justice constitutionnelle aux juristes », *Actu-juridique.fr*, 9 mars 2021. Disponible sur Internet : [www.actu-juridique.fr/constitutionnel/il-est-temps-de-rendre-la-justice-constitutionnelle-aux-juristes/](http://www.actu-juridique.fr/constitutionnel/il-est-temps-de-rendre-la-justice-constitutionnelle-aux-juristes/) [Consulté le 13 août 2021].

<sup>47</sup> V. la précision sur le corpus utilisé en introduction.

<sup>48</sup> CC, n° 2003-467 DC, 13 mars 2003, Réplique par 60 députés : « La misère n'est ni un crime, ni un délit, c'est un malheur pour celui qu'elle atteint ; or, on ne punit pas le malheur, on le soulage quand on n'a pas pu le prévenir ».

<sup>49</sup> CC, n° 2003-484 DC, 20 novembre 2003, Saisine par 60 députés : « [...] pendant deux années, l'étranger est en situation précaire dès lors que l'évolution de sa vie privée, parfois vers le malheur, peut conduire au retrait de son titre de séjour. ».

<sup>50</sup> CC, n° 2005-527 DC, 8 décembre 2005, Saisine par 60 sénateurs : « La légitime émotion que provoquent certaines affaires parfois tragiques ne saurait fonder un placement sous contrôle autoritaire de la fonction de juger ».

<sup>51</sup> CC, n° 93-325 DC, 13 août 1993, Saisine par 60 députés : « lorsqu'un réfugié se marie, que si, par malheur, les conjoints cessent ultérieurement de vivre en commun, leurs enfants se voient retirer la carte de résident sans doute par application d'un étrange principe de responsabilité collective car on voit mal en quoi la cessation de la communauté de vie entre leurs parents peut leur être reprochée. ».

<sup>52</sup> CC, n° 89-268 DC, 29 décembre 1989, Saisine par 60 sénateurs : « certains contribuables pourront être amenés à renoncer à une instance, de crainte que celle-ci ne révèle une omission fiscale à leur désavantage. Or, l'accès à la justice doit être libre de tout type de pression, et ce pour tous les citoyens. ».

le Conseil constitutionnel a ignoré systématiquement l'émotion présente dans la saisine et s'est limité à un contrôle *in abstracto* de constitutionnalité<sup>53</sup>. Dans le second cas, les requérants contestent une définition d'une incrimination créée par le législateur car celle-ci serait subjective et basée sur l'émotion, le Conseil donne alors un *satisfecit* au législateur en rappelant la limite de la compétence du Conseil et en ajoutant que la définition est suffisamment claire et précise<sup>54</sup>.

(ii) Nonobstant l'absence d'incidence dans la solution retenue, par l'utilisation d'un *obiter dictum*, le Conseil peut montrer qu'il a été réceptif à l'émotion présente dans une saisine. Ainsi, on peut considérer que l'émotion a été entendue mais ignorée. On peut citer deux exemples. Dans une affaire qui avait causé une grande émotion relayée par les médias<sup>55</sup>, le Conseil avait rejeté la QPC mais, par un *obiter dictum* dans sa décision, avait suggéré explicitement au législateur de légiférer pour créer une nouvelle procédure de réhabilitation. Dans une seconde affaire qui avait également causé une grande émotion, cette fois-ci, au sein du Sénat<sup>56</sup>, le Conseil avait rejeté le moyen invoqué en soutien de la saisine mais, encore une fois, par un *obiter dictum* dans sa décision<sup>57</sup>, avait montré qu'il était sensible à l'indignation soulevée dans la saisine.

Toutefois, certaines décisions peuvent s'interpréter comme la prise en compte de l'émotion par le juge constitutionnel.

## B.- L'émotion invoquée dans la saisine, perceptible dans certaines décisions

Sans que celle-ci soit présente explicitement dans les décisions, on peut toutefois constater que le Conseil attache un effet juridique à l'émotion lorsqu'il formule des réserves d'interprétation pour répondre aux situations de détresse, de « *malheur* », décrites dans la saisine (i) ou pour répondre à une saisine qui fait valoir l'indigence d'une loi due à la peur de la censure du juge constitutionnel (ii).

<sup>53</sup> CC, n° 2003-467 DC, 13 mars 2003, cons. 79 et 80 ; CC, n°2003-484 DC, 20 novembre 2003, cons. 45 et 46 ; CC, n°2005-527 DC, 8 décembre 2005, cons. 7 ; CC, n°93-325 DC, 13 août 1993, cons. 21 ; CC, n° 89-268 DC, 29 décembre 1989, cons. 72 et 73.

<sup>54</sup> CC, n° 86-213 DC, 3 septembre 1986, Loi relative à la lutte contre le terrorisme et aux atteintes à la sûreté de l'État, cons. 4 ; CC, n° 80-127 DC, 20 janvier 1981, Loi renforçant la sécurité et protégeant la liberté des personnes, cons. 8 ; CC, n° 2016-745 DC, 26 janvier 2017 Loi relative à l'égalité et à la citoyenneté, cons. 115.

<sup>55</sup> Dans la décision QPC Gérard F., l'auteur de la QPC se battait pour la réhabilitation de son père, Jacques Fesch, condamné à mort et exécuté.

<sup>56</sup> CC, n°85-204 DC, 16 janvier 1986, Saisine par 60 députés : « Cet article, voté à l'initiative du groupe socialiste de l'Assemblée, autorise à intégrer dans la fonction de ministre plénipotentiaire un certain nombre d'amis du Gouvernement, nommés chefs de mission diplomatique. J'ai déjà dit combien une telle disposition était scandaleuse : si scandaleuse, d'ailleurs, qu'au Sénat, aucune voix ne s'est élevée pour la défendre. La plupart de nos collègues de la Haute Assemblée ont voté sa suppression et les sénateurs socialistes eux-mêmes se sont abstenus ayant honte de cet article adopté pourtant par le groupe socialiste de l'Assemblée ». (Compte rendu analytique officiel de l'Assemblée nationale, 1<sup>re</sup> séance du 22 décembre 1985, p 6). ».

<sup>57</sup> CC, n°85-204 DC, 16 janvier 1986, cons. 8 : « Considérant qu'à supposer même qu'elles tendent à régler des problèmes circonstanciels posés par certaines situations individuelles, les dispositions des alinéas 1<sup>er</sup> et 2 de l'article 21 de la loi ont valeur permanente et répondent, selon une appréciation qu'il appartenait au législateur de porter, à la volonté de diversifier le mode de recrutement de la haute fonction diplomatique ; [...] ».

(i) Lorsque certaines saisines soulignent « l'infortune » d'enfants ou de femmes, le Conseil alors, par des réserves d'interprétation, montre qu'il a été sensible à cet argument. On peut citer deux exemples. Un premier exemple, dans la décision n° 93-325 DC<sup>58</sup>, la saisine soutient que « *la nouvelle pénalisation de la polygamie [...] traite différemment les enfants [...] ceux de l'épouse vivant en France pourront jouir de ce droit, ceux des autres épouses ne le pourront pas, alors qu'à l'évidence ni les uns ni les autres de ces enfants d'unions polygamiques ne sauraient être tenus pour responsables* »<sup>59</sup>. Le Conseil, par une réserve d'interprétation, répond que « *la disposition contestée doit être entendue comme n'étant applicable qu'aux étrangers qui vivent en France en état de polygamie* »<sup>60</sup>. De même, en 1997, le Conseil est saisi d'une loi interdisant la délivrance d'une carte de séjour temporaire aux personnes « *qui vit en état de polygamie* »<sup>61</sup>. La saisine s'interrogeait sur cette expression et mettait l'accent sur le malheur des femmes étrangères<sup>62</sup>. Dans la décision, le Conseil répond directement à l'émotion présente dans la saisine car, par une réserve d'interprétation, il explique comment comprendre l'expression « *qui vit en état en polygamie* ». En effet, cette expression doit être interprétée comme applicable seulement à la personne ayant conclu plusieurs contrats de mariage, et non aux personnes auxquelles celle-ci s'est mariée. C'est en précisant que cette expression s'applique de manière indifférenciée aux hommes et aux femmes, que l'on comprend que le Conseil répond directement à l'émotion présente dans la saisine. Un second exemple, dans la décision n° 99-416 DC relative à la loi portant création d'une couverture maladie universelle<sup>63</sup>, la saisine soutient que « *L'inégalité devant la prévention et les soins et l'une des injustices les plus criantes. Il n'est pas acceptable que certains ne puissent bénéficier ou faire bénéficier leurs enfants des soins dont ils ont besoin. Devant la maladie et la douleur le niveau de revenu ne doit pas introduire de discrimination.* »<sup>64</sup>. Le Conseil, par une réserve d'interprétation, précise qu'il « *appartiendra au pouvoir réglementaire de fixer le montant des plafonds de ressources [...] de façon à respecter les dispositions précitées du Préambule de la Constitution de 1946* »<sup>65</sup>, montrant ainsi que le Conseil prend en compte l'émotion relative à l'infortune d'enfants décrite dans la saisine.

<sup>58</sup> CC, n° 93-325 DC, 13 août 1993.

<sup>59</sup> CC, n° 93-325 DC, 13 août 1993, saisine par 60 députés.

<sup>60</sup> CC, n° 93-325 DC, 13 août 1993, cons. 32 : « [...] la disposition contestée doit être entendue comme n'étant applicable qu'aux étrangers qui vivent en France en état de polygamie ; que sous réserve de cette interprétation, le législateur en prenant cette disposition en vue de l'objectif d'intérêt public qu'il s'est assigné, n'a pas méconnu de principe ni de règle à valeur constitutionnelle [...] ».

<sup>61</sup> CC, n° 97-389 DC, 22 avril 1997.

<sup>62</sup> CC, n° 97-389 DC, 22 avril 1997, Saisine par 60 sénateurs : « [...] l'épouse d'un mari polygame a pu ne pas vouloir vivre en état de polygamie et elle a même pu l'ignorer. Dès lors lui faire perdre pour cette seule raison le bénéfice du titre de séjour auquel elle aurait droit si elle en réunit toutes les autres conditions serait ajouter le malheur à l'infortune. ».

<sup>63</sup> CC, n° 99-416 DC, 23 juillet 1999.

<sup>64</sup> CC, n° 99-416 DC, 23 juillet 1999, Saisine par 60 députés.

<sup>65</sup> CC, n° 99-416 DC, 23 juillet 1999, cons. 11.

(ii) L'autre cas où le Conseil considère l'émotion est lorsque certaines saisines discréditent le rédacteur de la loi en stigmatisant son émotion, plus précisément, sa peur de la censure du juge constitutionnel. Le Conseil a montré qu'il pouvait alors reprendre la main par le biais de réserve d'interprétation de nature législative ou réglementaire. On peut citer deux décisions. La première, la décision n° 94-352 DC, dans laquelle la saisine alléguait à propos de l'article 10 de la loi<sup>66</sup> que le législateur avait par « *crainte de la censure du juge constitutionnel* » raccourci le temps de conservation des enregistrements de six mois à un mois, mais que toutefois cette modification était insuffisante car subsistait « *le temps de constituer discrètement des fichiers numérisés et de reproduire les informations* »<sup>67</sup>. Par une réserve d'interprétation, le Conseil a précisé qu'en « *prévoyant que les enregistrements doivent être détruits dans un délai maximum d'un mois [...] le législateur doit être regardé comme ayant d'une part prévu qu'il soit justifié de leur destruction et d'autre part interdit toute reproduction ou manipulation de ces derniers* »<sup>68</sup>. Le second, la décision<sup>69</sup>, dans laquelle la saisine alléguait que si le législateur avait donné les conditions de « *reconductions automatiques* » des « *autorisations d'usage de fréquences délivrées par le Conseil supérieur de l'audiovisuel* », celles-ci n'étaient que « *des concessions limitées, sans doute dues à la crainte du juge constitutionnel, mais ne sauraient pour autant sauver le dispositif de la censure* ». Cette pratique aboutissait à « *La constitution d'une sorte de caste de beati possidentes du droit de diffusion n'est conciliable ni avec le principe d'égalité, ni d'ailleurs avec l'objectif de pluralisme* ». Par une réserve d'interprétation, le Conseil a alors précisé « *qu'il incombera à la juridiction administrative de veiller tout particulièrement au respect de l'objectif du pluralisme* ».

Cette étude fait ainsi apparaître deux paradoxes. Le premier est qu'une émotion provoquée aux fins d'altérer les résultats d'un scrutin est admise comme moyen en contentieux électoral mais n'est que rarement retenu par le Conseil, sans doute devant la difficulté d'établir le triptyque fait-dommages-lien de causalité. Le second paradoxe, bien qu'absente explicitement de ses décisions DC et QPC, le Conseil peut attacher à l'émotion un effet juridique par le biais de réserves d'interprétation. Cependant, qu'il soit juge électoral ou juge des normes, le Conseil semble réticent à faire une place à

---

<sup>66</sup> Cet article fixait « [...] un régime d'autorisation et d'utilisation des installations de systèmes de vidéosurveillance [...] assurant la transmission et l'enregistrement d'images prises sur la voie publique mis en œuvre par les autorités publiques compétentes aux fins [notamment] « d'assurer la protection des bâtiments et installations publiques et de leurs abords, la sauvegarde des installations utiles à la défense nationale, la régulation du trafic routier, la constatation des infractions aux règles de la circulation ou la prévention des atteintes à la sécurité des personnes et des biens dans des lieux particulièrement exposés aux risques d'agression ou de vol » [...] » (CC, n°94-352 DC, 18 janvier 1995).

<sup>67</sup> CC, n°94-352 DC, 18 janvier 1995, Saisine par 60 sénateurs.

<sup>68</sup> CC, n°94-352 DC, 18 janvier 1995, cons. 10.

<sup>69</sup> CC, n° 93-333 DC, 21 janvier 1994.

l'émotion dans ses décisions. Cet article ne fait qu'effleurer ce champ d'étude. Une étude plus approfondie pourrait apporter des éléments de réflexion sur des sujets tels que la nature du contrôle de constitutionnalité<sup>70</sup>, la rédaction<sup>71</sup> et la prévisibilité des décisions du Conseil<sup>72</sup>, ou sur les non-saisines du Conseil *a priori* ou *a posteriori*.

---

<sup>70</sup> L'émotion, réaction physiologique difficilement mesurable, puisque souvent éphémère, est-elle prise en compte par le juge constitutionnel ? Et si oui, dans quelles conditions ? La réponse à ces questions peut apporter des arguments au débat sur la nature abstraite ou concrète du contrôle de constitutionnalité.

<sup>71</sup> Notamment par l'utilisation d'*obiter dicta*, de réserves d'interprétation.

<sup>72</sup> V. par exemple E. JEULAND, « Le juge et l'émotion », *loc. cit.*, p.2 : « Cette recherche peut contribuer [...] aussi à mieux saisir les limites d'une justice prédictive qui ne serait fondée que sur la raison. ».

## MÉDIATION ET ÉMOTION

**Nathalie DION**

*Maître de conférences*

*Habilitée à diriger des recherches en droit privé*

*Université d'Orléans*

*Visualisons un conflit ordinaire. Deux interlocuteurs au visage sombre. Éclats de voix. Avalanche de « tu » accusateurs. Une porte claque. Stupeur.*

*En s'approchant, l'on discerne la dureté du regard, l'agitation des mains, les verres renversés.*

*Un jour toutefois, la rupture de leurs liens familiaux, commerciaux, sociaux \_ et une incitation (ou une contrainte) législative, amènera ces deux protagonistes à exprimer à un médiateur leur perception mentale du différend ainsi que leur peur, leur colère, sinon leur tristesse.*

*Il est possible que ce tiers, de par sa formation, son savoir-être, son intelligence émotionnelle, leur apporte l'écoute et la reformulation nécessaires afin que chacun entende le point de vue de l'autre, et se déporte de sa représentation somme toute subjective du conflit.*

*Un tel dialogue déclenchera alors \_ peut-être \_ une compréhension plus profonde de la situation, une certaine acceptation, voire un accord. Et, subtilement, de cette mise en lien surgira parfois un apaisement, une transformation émotionnelle.*

\* \*  
\*

**Crise relationnelle.** Une telle transformation mérite qu'on y prête attention dans un monde en proie à une profonde crise relationnelle. À commencer par la relation à l'autre, fragilisée par un réel en accélération<sup>1</sup> et imprévisible. Le surgissement du Covid-19 et les mesures sanitaires sans précédent prises pour enrayer cette pandémie ont de surcroît créé un lien « fantomatique » à autrui. Et, après la sidération, s'est répandue une peur collective aux origines diverses : celle de la contamination, de l'hospitalisation, de la vaccination, d'une crise systémique, etc. Par ailleurs, l'impact destructeur des activités industrielles et technologiques sur la planète et le « besoin » compulsif d'accumulation (d'avoir « toujours plus ») marquent une rupture dans notre relation avec le vivant. Enfin, l'identification de chacun à des émotions envahissantes, parfois toxiques (ainsi de la colère récurrente), prive d'une relation à soi apaisée. Et, indirectement, d'une relation saine au vivant et à autrui.

---

<sup>1</sup> H. ROSA, *Accélération. Une critique sociale du temps*, éd. La Découverte, coll. « Théorie critique », 2010, p. 85 s.

À un certain niveau donc, cette crise relationnelle, devenue civilisationnelle, a une origine émotionnelle et signe notre difficulté à « être au monde ».

Il en résulte une réitération du conflit que le droit, de par sa fonction pacificatrice, est amené à encadrer. Il le fait à travers des modes de résolution classiques, tel le procès, lequel par le cadre du rituel judiciaire contient et met à distance les émotions<sup>2</sup> afin de rendre celles-ci plus vivables. Le droit œuvre aussi au moyen de modes alternatifs comme l'arbitrage, la transaction, la convention de procédure participative ou la conciliation. Toutefois, la place que ces différents instruments – et le corpus législatif et réglementaire qui leur est applicable – accordent au champ émotionnel est au mieux résiduelle et, de manière générale, non explicitement reconnue et prise en compte. Un même silence se retrouve dans les textes juridiques relatifs à cet autre mode alternatif de résolution des conflits qu'est la médiation, laquelle, en revanche, prête une attention particulière aux processus émotionnels.

**Médiation.** Comme l'indique son étymologie latine *mediatio*<sup>3</sup>, celle-ci est une « entremise destinée à amener un accord »<sup>4</sup>. Sa visée pacificatrice<sup>5</sup> est préventive (anticiper la survenance du conflit) et curative (aider à sa résolution), et concerne dans des champs divers (notamment en matière civile, commerciale, pénale, sociale) des conflits de faible gravité ou, parfois, d'ampleur internationale<sup>6</sup>. Le mouvement en faveur de la médiation (et plus généralement du développement des modes alternatifs de règlement des différends) a, depuis plusieurs années, été encouragé par le législateur, en particulier aux fins de désengorger les tribunaux. La densification et l'accélération de l'appareillage normatif relatif à ce mode amiable de résolution des conflits sont donc notables. Mais de référence explicite aux émotions, nulle trace. Et ce, qu'il s'agisse, sans prétention d'exhaustivité, de la loi du 4 janvier 1993<sup>7</sup> (consacrant la médiation pénale), de celle du 8 février 1995<sup>8</sup> (assurant la promotion de la médiation judiciaire), des lois des 4 mars 2002 et 26 mai 2004<sup>9</sup> (favorisant la médiation familiale), de l'ordonnance du

<sup>2</sup> A. GARAPON, *Bien juger. Essai sur le rituel judiciaire*, Odile Jacob, coll. « Opus », 1997, p. 212 s.

<sup>3</sup> F. GAFFIOT, *Dictionnaire latin-français*, Hachette, 1934, v° *Mediatio, onis* (entremise).

<sup>4</sup> Dictionnaire Larousse, v° Médiation.

<sup>5</sup> G. CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique*, Association H. Capitant, 13<sup>e</sup> éd., PUF, coll. « Quadrige », 2020, v° Médiation.

<sup>6</sup> V. la médiation de Camp David, menée en 1978 entre le Président égyptien Anouar el-Sadate et le Premier ministre israélien Menahem Begin par le Président des États-Unis Jimmy Carter.

<sup>7</sup> L. n° 93-2 du 4 janvier 1993 portant réforme de la procédure pénale.

<sup>8</sup> L. n° 95-125 du 8 février 1995 relative à l'organisation des juridictions et à la procédure civile, pénale et administrative.

<sup>9</sup> L. n° 2002-305 du 4 mars 2002 relative à l'autorité parentale ; L. n° 2004-439 du 26 mai 2004 relative au divorce.

16 novembre 2011 (définissant la médiation)<sup>10</sup> ainsi que du décret du 20 janvier 2012<sup>11</sup> (précisant la médiation conventionnelle)<sup>12</sup>.

Ce silence dans le champ lexical législatif subsiste dans la nouvelle étape franchie par la loi du 18 novembre 2016<sup>13</sup> (instaurant à titre expérimental, dans certaines juridictions, une tentative de médiation familiale obligatoire, et facilitant le recours à la médiation devant le juge administratif). Il perdure dans la loi du 23 mars 2019<sup>14</sup> et dans son décret d'application du 11 décembre 2019<sup>15</sup> (étendant, pour les petits litiges, le préalable obligatoire de tentative de médiation)<sup>16</sup>.

Un tel mutisme peut sembler paradoxal. La médiation est en effet une mise en lien qui, en tant que telle, confronte aux tensions de l'altérité tout en accordant, grâce à l'indispensable accompagnement du tiers médiateur, une place fondamentale à l'expression, à l'écoute, à la reconnaissance des émotions. Et à leur régulation, autrement dit à la possibilité de les accueillir pleinement, de les traverser, afin de retrouver une stabilité intérieure. Inhérents à la médiation, le dialogue et le rapprochement<sup>17</sup> favorisent indéniablement la circulation, l'extériorisation et le traitement de l'émotion.

<sup>10</sup> Ord. n° 2011-1540 du 16 novembre 2011 portant transposition de la directive 2008/52/CE du Parlement européen et du Conseil du 21 mai 2008 sur certains aspects de la médiation en matière civile et commerciale, art. 21 : « La médiation [...] s'entend de tout processus structuré, quelle qu'en soit la dénomination, par lequel deux ou plusieurs parties tentent de parvenir à un accord en vue de la résolution amiable de leurs différends, avec l'aide d'un tiers, le médiateur, choisi par elles ou désigné avec leur accord par le juge saisi du litige. »

<sup>11</sup> D. n° 2012-66 du 20 janvier 2012 relatif à la résolution amiable des différends.

<sup>12</sup> C. proc. civ., art. 1530 : « La médiation et la conciliation conventionnelles régies par le présent titre s'entendent, en application des articles 21 et 21-2 de la loi du 8 février 1995 susmentionnée, de tout processus structuré, par lequel deux ou plusieurs parties tentent de parvenir à un accord, en dehors de toute procédure judiciaire en vue de la résolution amiable de leurs différends, avec l'aide d'un tiers choisi par elles [...]. »

Le champ lexical émotionnel n'a pas non plus été mobilisé dans les dispositions relatives à la médiation en droit de la consommation (Ord. n° 2015-1033 du 20 août 2015 ; L. n° 2014-344 du 17 mars 2014). Il ne l'est guère dans le décret n° 2015-282 du 11 mars 2015 relatif à la simplification de la procédure civile à la communication électronique et à la résolution amiable des différends (lequel oblige de justifier d'une tentative de résolution amiable des différends dans l'acte introductif d'instance), ni dans la loi n° 2015-990 du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques (permettant en matière prud'homale de recourir à une médiation conventionnelle).

<sup>13</sup> L. n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI<sup>e</sup> siècle.

<sup>14</sup> L. n° 2019-222 du 23 mars 2019 de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice.

<sup>15</sup> D. n° 2019-1333 du 11 décembre 2019 réformant la procédure civile.

<sup>16</sup> À peine d'irrecevabilité, la demande en justice doit être précédée, au choix des parties, d'une tentative de conciliation, de médiation ou de procédure participative, pour des litiges spécifiques (demandes en paiement inférieures à 5 000 euros et actions relatives à certains troubles de voisinage) ; des dispenses demeurent possibles (C. proc. civ., art. 750-1).

En tout état de la procédure, y compris en référé, lorsqu'il estime qu'une résolution amiable du litige est possible, le juge peut, s'il n'a pas recueilli l'accord des parties, leur enjoindre de rencontrer un médiateur qu'il désigne (L. du 8 février 1995 précitée, art. 22-1 mod. L. 23 mars 2019).

<sup>17</sup> E. JEULAND, *Droit processuel général*, LGDJ, coll. « Précis Domat », 4<sup>e</sup> éd., 2018, n° 339 s., p. 465 s. ; G. CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique*, op. cit., v° Médiation.

**Émotion.** Par son étymologie latine *moveo*<sup>18</sup>, celle-ci est un « mouvement assez vif », une « conduite réactive, réflexe, involontaire »<sup>19</sup>. Elle se caractérise par un « état affectif intense »<sup>20</sup>, une « agitation passagère »<sup>21</sup> (ce qui la distingue du sentiment, plutôt stable et durable<sup>22</sup>). Des caractéristiques présentes notamment dans quatre émotions fondamentales – la peur, la colère, la tristesse, la joie – auxquelles on ajoute souvent la surprise et le dégoût. L'émotion est « vécue affectivement sur le mode du plaisir ou de la douleur » et simultanément « au niveau du corps d'une manière plus ou moins violente »<sup>23</sup>. Elle peut alors affecter le visage (rougeur, pâleur), les gestes (saccadés, lents), la voix (timbre, rythme...) ou un organe (accélération des battements du cœur, tremblements de la mâchoire).

Cette expérience humaine universelle occupe une fonction essentielle d'alerte sur notre état interne. La littérature, en particulier 1984, le roman dystopique de George Orwell, a fort bien montré les dérives glaçantes des sociétés totalitaires, déshumanisées, coupant les individus de leurs émotions. Celles-ci, parce qu'elles relient chacun à ce qu'il ressent, et à autrui, sont déterminantes pour vivre une interaction sociale saine. « L'absence d'émotions et de sentiments empêche d'être vraiment rationnel » écrit António Damásio dans *L'erreur de Descartes*<sup>24</sup>. Cependant, transposer une telle affirmation à la matière juridique mérite réflexion. En effet, quoi de plus éloigné apparemment que la rationalité, la rigueur froide du droit, sa fonction normative (il indique ce qui doit être)... et l'intensité des émotions qui nous traversent ?

**Médiation et émotion : approche novatrice.** Indéniablement, l'étude des interactions entre le droit et l'émotion pose, en particulier à travers le prisme de la médiation, un regard neuf sur le rationalisme de Descartes (savoir fondé sur la raison et méfiance envers les passions considérées comme trompeuses). Elle questionne – et en réalité dépasse – l'approche juridique strictement positiviste reposant sur le primat de la règle. Une approche structurante, rassurante, quoique partielle.

Car, en réalité, le droit est empreint d'expériences diverses : sociales, politiques, psychologiques, affectives... Il est aux prises avec les conflits, et donc avec la matière humaine brute, avec ce que la vie en société transporte d'émotions fondamentales

<sup>18</sup> F. GAFFIOT, *Dictionnaire latin-français*, op. cit., v° *Moveo, ere* (mouvoir, remuer, agiter).

<sup>19</sup> Centre national de ressources textuelles et lexicales, v° Émotion.

<sup>20</sup> Dictionnaire *Le Robert*, v° Émotion.

<sup>21</sup> Dictionnaire *Larousse*, v° Émotion.

<sup>22</sup> Dictionnaire *Le Robert*, v° Sentiment (de confiance, de culpabilité, de solitude...).

<sup>23</sup> Centre national de ressources textuelles et lexicales, v° Émotion.

<sup>24</sup> A. R. DAMÁSIO, *L'erreur de Descartes. La raison des émotions*, Odile Jacob, 1995, p. 19 s. : ce professeur de psychologie, de neurosciences et de neurologie s'est notamment appuyé sur le célèbre cas du XIX<sup>e</sup> siècle *Phineas Gage*, un homme dont le crâne fut traversé par une barre de fer. Il survécut mais, jusque-là rationnel, apprécié de son entourage, changea radicalement de personnalité et prit des décisions désastreuses... car il avait, du fait de ses lésions cérébrales, perdu le ressenti émotionnel.

exprimées ou latentes<sup>25</sup>. Et si le droit s'efforce d'en contenir les débordements, n'oublions pas qu'il s'appuie notamment sur la crainte de la sanction pour garantir le respect et l'effectivité de la norme juridique. De toute évidence quand cette dernière s'avère contraignante<sup>26</sup> ou plus subtilement (en particulier par le jeu d'incitations ou des leviers émotionnels) lorsqu'elle se montre souple<sup>27</sup>.

Aux États-Unis, le mouvement *Law and Emotion* a étudié, dans une approche pragmatique et réaliste, l'importance de l'émotion dans le raisonnement juridique et judiciaire. En revanche, sur les bancs de la Faculté, le juge français a appris qu'il doit, lorsqu'il applique la règle de droit, se mettre à distance de ses émotions. Or, les avancées des neurosciences – et l'expérience de chacun – démontrent que celles-ci agissent sur nos processus cérébraux, notre attention, notre mémoire, notre raisonnement dans nos vies personnelle... et professionnelle. L'être humain ne peut se mettre totalement à distance de ses émotions. Le justiciable<sup>28</sup>, les professionnels du droit – le juge, l'avocat, le notaire –, le médiateur ne sont pas transparents à eux-mêmes. Et la lecture de cet ouvrage fondateur qu'est *La justice des émotions* invite à se demander si cette posture de mise à distance ne serait pas un mythe :

« [...] il faut absolument conserver un mode de raisonnement partant des règles de droit mais il faut aussi faire la place aux émotions, les reconnaître, les utiliser comme signaux, en faire un élément de l'office du juge avant même de mettre en œuvre le syllogisme judiciaire [...]. Cela suppose de penser le droit différemment, de laisser tomber une vision dogmatique et légicentriste du droit, qui est imaginaire. »<sup>29</sup>

L'interaction « Médiation et Émotion » est donc novatrice. Elle fait entrer le droit dans un champ complexe, mystérieux, celui des découvertes récentes des neurosciences cognitives. Elle l'ouvre aux perspectives de l'intelligence émotionnelle, cette capacité à reconnaître et à exprimer ses émotions, à comprendre et à interagir avec celles d'autrui.

Or, de par les enchaînements systémiques que nous traversons, il est possible que la régulation émotionnelle devienne un défi évolutif. Un défi dont le droit, dans sa

<sup>25</sup> V. l'exploration transjuridique et pluridisciplinaire réalisée par le cycle de séminaires « Droit et émotion » (2020-2021) disponible en vidéos sur le site de l'Institut de recherche juridique de la Sorbonne (<https://irjs.panthéonsorbonne.fr/evenements/seminaire-droit-et-emotion>).

<sup>26</sup> Le citoyen redoute la sanction civile (vente forcée des biens, versement de dommages-intérêts) et *a fortiori* la sanction pénale (amende, emprisonnement).

<sup>27</sup> C. THIBIERGE, « Le droit souple. Réflexion sur les textures du droit », *RTD civ.*, oct./déc. 2003, p. 599 s.; C. THIBIERGE et alii, *La force normative. Naissance d'un concept*, LGDJ-Bruylant, 2009 ; N. DION, « Regard sur la garantie normative du droit souple de l'Autorité des marchés financiers » in C. THIBIERGE et alii, *La garantie normative. Exploration d'une notion-fonction*, Mare & Martin, 2021, p. 477 : les instruments de droit souple de l'AMF présentent *de jure* un caractère essentiellement incitatif. Toutefois, *de facto*, « [...] ils distillent chez leurs destinataires un sentiment de crainte (risque financier, de réputation ou d'image) les conduisant à suivre le comportement attendu, à l'intégrer dans leur stratégie, et dans leur prise de décision [...] » ; v. p. 759 s. (conclusion).

<sup>28</sup> La colère sous-tend la procédure judiciaire initiée par la victime d'un dommage à l'encontre de l'auteur de celui-ci.

<sup>29</sup> E. JEULAND, *La justice des émotions*, IRJS éd., coll. « Humanités », 2020, p. 229 ; « Le juge et l'émotion », *Liber Amicorum en hommage à Pierre Rodière. Droit social international et européen en mouvement*, LGDJ, 2019, p. 125 s.

fonction pacificatrice, gagnerait à se saisir afin que l'émotion devienne une alliée dans la prise de décision juridique et judiciaire.

En la matière, le prisme de la médiation serait-il pertinent ? Assurément, car celle-ci favorise, en particulier au moyen de l'intelligence émotionnelle, l'anticipation et la résolution du conflit.

Ainsi observe-t-on, au début et au cours du processus de médiation, la présence d'émotions négatives, envahissantes (I). L'accompagnement du médiateur rend toutefois possible leur transformation en émotions positives, apaisantes (II).

## I.- MÉDIATION ET ÉMOTIONS ENVAHISSANTES

L'interaction « Médiation et Émotion » est à la croisée de l'universel et de l'intime. En effet, les personnes entrent en médiation aux prises avec les émotions collectives de l'époque (A) et celles de leur histoire individuelle (B).

### A.- MÉDIATION ET ÉMOTIONS COLLECTIVES

Notre temps n'est pas seulement mélancolique. Dans une civilisation qui sépare davantage qu'elle ne relie, la montée de phénomènes de déliance génère la circulation à grande échelle d'émotions – comme la peur et la colère – sans que la médiation n'apporte, en la matière, de réponse massive et immédiate.

**Peur.** La peur est cette émotion, parfois indispensable à notre survie, « qui accompagne la prise de conscience d'un danger, d'une menace »<sup>30</sup>. Elle rôde aujourd'hui dans les esprits, amplifiée par certaines tendances contemporaines.

À commencer par l'accélération sociale<sup>31</sup>. Cette compression de notre espace temporel et son corollaire, l'injonction permanente à s'adapter<sup>32</sup>, néfastes pour nos rythmes cognitifs, familiaux et sociaux, produisent, hélas, frustrations, tensions et conflits. L'emprise de la logique de performance (et d'hyper-rentabilité) représente un autre phénomène de déliance générateur de peurs diverses et associées, parmi lesquelles celles de mal faire, de ne pas agir assez vite, de n'être pas à la hauteur, la peur de la faute professionnelle, du concurrent, du licenciement. Peur de l'autre que les contraintes sanitaires liées à la pandémie de Covid-19, et en particulier la distanciation « sociale » en réalité physique, conduisent à éviter.

Or, cette mise sous tension permanente qu'entraînent l'accélération sociale et la logique de performance est en opposition radicale avec l'espace de réflexion et la mise en lien (interindividuelle, sociale), pourtant nécessaires, que favorise la médiation.

<sup>30</sup> Dictionnaire *Le Robert*, v° Peur.

<sup>31</sup> H. ROSA, *Accélération*, op. cit., p. 94 s. ; *Aliénation et accélération. Vers une théorie critique de la modernité tardive*, éd. La Découverte, 2012, p. 25 s.

<sup>32</sup> B. STIEGLER, « *Il faut s'adapter* ». *Sur un nouvel impératif politique*, Gallimard, 2019, p. 271 s.

Celle-ci est par ailleurs impuissante face au pouvoir de destruction de la civilisation technologique (par son propre détenteur, l'homme)<sup>33</sup> ainsi qu'aux premières secousses du réchauffement climatique et à la peur « écologique » devenue une compagne familière. Elle l'est également devant l'éventualité d'un effondrement<sup>34</sup> global de la civilisation industrielle résultant de l'enchaînement systémique de plusieurs crises interdépendantes (sanitaire, économique, sociale, politique, culturelle, institutionnelle...).

Ainsi, la peur est constitutive de notre relation au monde. Il en est de même de la colère.

**Colère.** Celle-ci est un « violent mécontentement accompagné d'agressivité »<sup>35</sup> souvent déclenché quand un événement est ressenti comme injuste. Son expression collective, récurrente au cours de l'Histoire, s'actualise aujourd'hui dans différents pays.

Ainsi, en 2019, la révolte des « gilets jaunes » (visant initialement à contester une nouvelle hausse des prix du carburant) a exprimé une colère sociale devant l'augmentation des inégalités, du chômage, et la diminution constante du pouvoir d'achat, provoquant en France une crise politique. L'année 2020 a été marquée, aux États-Unis et en Europe, par des manifestations dégénérant parfois en émeutes contre le racisme et les violences policières<sup>36</sup>. Leur ont ensuite succédé celles contre les mesures, et en particulier la vaccination et le passe sanitaire, mises en place par les gouvernements pour endiguer la pandémie de Covid-19<sup>37</sup>. Ces mouvements extériorisent des frustrations et des rancœurs accumulées et, plus généralement, une défiance politique. Il en résulte l'apparition de lignes de fracture sociale. Le recours à la médiation pourtant utile (notamment dans la construction de pratiques restauratrices comme les cercles de parole) paraît, là encore, difficilement envisageable.

En réalité, la médiation n'apporte pas une réponse massive, immédiate et définitive aux phénomènes actuels de rupture de liens et aux émotions collectives en cours. Elle est davantage porteuse, dans un monde de plus en plus imprévisible et complexe<sup>38</sup>, d'une possibilité de réduction de leur pouvoir de destruction. Et ce, par une proposition individualisée de dialogue au service de personnes heurtées émotionnellement par leur conflit.

---

<sup>33</sup> « L'heuristique de la peur » théorisée par le philosophe Hans Jonas dans *Le principe Responsabilité. Une éthique pour la civilisation technologique* (Flammarion, « Champs », 1990, p. 61 s.) imposerait précisément un « agir éthique » susceptible de permettre à l'humanité de se protéger contre la menace de catastrophe.

<sup>34</sup> V. J. DIAMOND, *Effondrement. Comment les sociétés décident de leur disparition ou de leur survie*, Gallimard, 2006, p. 21 s.

<sup>35</sup> Dictionnaire *Le Robert*, v° Colère.

<sup>36</sup> En raison des circonstances du décès de George Floyd, un Afro-Américain, lors de son interpellation par des policiers à Minneapolis.

<sup>37</sup> S'est alors répandue la crainte de l'orchestration par certains États d'une « double idéologie sanitaire et sécuritaire » qui, sous couvert d'assurer la sécurité corporelle des citoyens, ferait peser une réelle menace sur la démocratie et les libertés (v. P. VIRILIO, *L'Administration de la peur*, Textuel, 2010, p. 16).

<sup>38</sup> V. l'œuvre d'Edgar MORIN, *La méthode*, Seuil ; U. BECK, *La société du risque. Sur la voie d'une autre modernité*, Flammarion, coll. « Champs », 2001, p. 65 s.

## B.- MÉDIATION ET ÉMOTIONS INDIVIDUELLES

À la perspective de la médiation comme dans le déroulement de celle-ci, les participants peuvent ressentir individuellement des émotions mêlées parmi lesquelles de l'inquiétude et de l'irritation, occasionnant une certaine résistance au processus.

**Inquiétude.** Les protagonistes ne sont pas toujours sereins. Ils ont en tête le déroulé, le « film mental » de leur conflit dans lequel s'entremêlent fréquemment l'histoire objective (les faits) et leur histoire subjective (« ce qu'ils se racontent », leurs commentaires intérieurs). Ils éprouvent cet « état pénible déterminé par l'attente d'un évènement, d'une souffrance que l'on craint [...] »<sup>39</sup> qu'est l'inquiétude. Une inquiétude alimentée par leurs doutes quant au bien-fondé, à l'opportunité de la médiation (« Ne serait-ce pas une perte de temps, un leurre ? »), et par son échec possible (la non-reprise du dialogue est susceptible de conduire à la perspective anxiogène du procès...).

Chacun se trouve par ailleurs dans une certaine incertitude quant à sa capacité d'implication personnelle. Car il ne s'agit pas en médiation d'être représenté par son avocat et d'attendre que le juge tranche et rende sa décision. Il convient non pas d'attaquer l'autre dans une logique vainqueur/vaincu, mais de comprendre les besoins de celui-ci et d'exprimer les siens en vue d'élaborer une solution commune, éventuellement durable. Un véritable défi... La peur de soi (de se sentir débordé, de ne pas savoir s'exprimer clairement, de perdre le contrôle) n'est guère loin : « Je n'y arriverai pas... À quoi bon ? Parviendrai-je à m'investir dans la recherche d'une solution commune ? ». Enfin, l'incertitude quant à la bonne foi de l'autre (« Cette médiation, ne serait-ce pas un piège, une manipulation de sa part ? ») et à la réalisation des attentes que l'on place dans la médiation est également génératrice d'inquiétude.

La médiation n'est pas non plus un long fleuve tranquille pour le médiateur, confronté lui aussi à certaines inquiétudes. Plusieurs d'entre elles tiennent aux qualités que requiert son accompagnement. Ainsi, s'affirmer face à un protagoniste à la personnalité dominatrice, garder une juste distance, mobiliser l'intelligence émotionnelle propice au dialogue ne sont guère choses aisées. De même se garder de juger, d'arbitrer, d'imposer une solution ou de faire parfois preuve de toute-puissance. Une autre source d'inquiétude porte sur les obligations juridiques du médiateur. Délicat exercice que celui d'assurer la bonne conduite de la médiation avec l'impartialité, la compétence, la diligence, l'indépendance et la confidentialité requises par le législateur<sup>40</sup>. Et d'éviter d'encourir les poursuites des protagonistes. Saura-t-il en définitive être à la hauteur ? Autant d'incertitudes, de peurs susceptibles de tarauder le médiateur et qu'une formation de qualité ainsi qu'une solide expérience atténueront, à défaut de les faire disparaître.

<sup>39</sup> Dictionnaire *Le Robert*, v° Inquiétude.

<sup>40</sup> V. notamment Ord. 16 nov. 2011 préc., art. 21-2, 21-3 ; C. proc. civ., art. 131-5, 1530, 1531 ; C. proc. pén., art. R. 15-33-33-3° et art. 15-33-36.

Certes, la peur possède une fonction fondamentale, celle de nous protéger en plaçant notre corps en alerte. Cependant, justifiée, excessive ou atténuée, comme l'inquiétude elle entraîne des conséquences telles que l'inconfort, le mutisme ou encore l'évitement, et entrave, de même d'ailleurs que l'irritation, le processus de médiation.

**Irritation.** Le comportement d'un protagoniste exaspère, irrite parfois. Ainsi sa mauvaise foi (« Quel menteur, quel odieux personnage... »), son insensibilité supposée (« Moi, je souffre et ce n'est pas son problème... Elle n'est juste pas concernée... »). Une irritation dont la pointe aiguë s'apparente à la colère.

Ses conséquences physiologiques, difficiles à contrôler, sont dangereuses pour soi et autrui. Le visage se crispe, les pensées se brouillent, les muscles se tendent, le discours devient bruyant et confus. Les effets de la colère sont tels que les Anciens la qualifiaient de « monstre au sang de feu » ! Ne dit-on pas « voir rouge » quand on est en colère ? Celle-ci possède sa raison d'être. Elle permet de mobiliser l'énergie nécessaire pour affirmer ses droits et s'indigner. Toutefois, elle a aussi une fonction dissuasive : impressionner l'autre, le faire reculer. Et, en cas d'échec, la colère est aussi une préparation au combat ; s'enclenche dans l'organisme un état second dans lequel rien au monde n'importe plus, sinon de vaincre. Or, le résultat recherché en médiation est non pas celui d'une lutte à l'issue de laquelle un vainqueur assurerait sa domination sur un vaincu, mais celui d'une solution consensuelle, amiable. Et une forte irritation, qu'elle émane d'un des interlocuteurs ou possiblement du médiateur, entravera le bon déroulement de la médiation.

En effet, le médiateur, lorsqu'il accompagne les protagonistes dans la reprise du dialogue et dans la résolution du conflit, ressent des émotions. Il arrive qu'il soit heurté par l'attitude cavalière de l'un d'entre eux, son absence de respect des consignes (notamment lorsqu'il coupe systématiquement la parole) ou son implication ambivalente. Peut-être même éprouve-t-il tristesse ou lassitude lorsque la situation fait écho à son histoire personnelle...

Ainsi, des émotions parfois tyranniques s'expriment au début et au cours de la médiation, et sans doute plus librement que lors du procès, lequel les contient par la force et le cadre du rituel judiciaire. Les percevoir est source d'enseignement (ne faut-il pas ressentir, expérimenter, pour réellement comprendre ?). Mais l'équilibre est instable. Refouler leurs émotions expose les protagonistes au risque d'une entente illusoire ; à l'inverse, subir celles-ci les conduit à leur rester identifiés et à demeurer prisonniers de leur passé conflictuel.

Aussi l'intervention du médiateur est-elle pertinente en contribuant à l'élaboration d'un accord possiblement pérenne par la transformation des émotions envahissantes... en émotions apaisantes.

## II.- MÉDIATION ET ÉMOTIONS APAISANTES

Le passage aux émotions apaisantes est facilité par l'accompagnement spécifique du médiateur, lequel se caractérise par un patient travail de transformation (A) puis de dépassement émotionnels (B).

### A.- MÉDIATION ET TRANSFORMATION ÉMOTIONNELLE

Lors du processus, le médiateur s'efforce de favoriser le dialogue. Les perspectives qu'il ouvre et son contenu suscitent l'espoir comme la surprise.

**Espoir.** Les protagonistes placent leur espérance dans cette figure indissociable de la médiation qu'est le médiateur. Ce qu'illustre la présence du radical « med », indiquant précisément le milieu<sup>41</sup> et que l'on retrouve dans l'étymologie latine de *mediatio*<sup>42</sup> comme d'ailleurs de *mediator*<sup>43</sup>. Sans son entremise, point de médiation. Sa place est fondamentale, celle de l'entre-deux, à mi-chemin des protagonistes et de leurs intérêts, et orientée notamment sur leurs émotions.

Le savoir-être du médiateur représente donc un élément déterminant. Son contenu réside dans une alliance entre attitude d'ouverture, habileté à « laisser jouer le potentiel de situation »<sup>44</sup>, à saisir l'instant de rapprochement, lucidité (pour prévenir toute instrumentalisation) et fermeté (pour éviter certains propos ou comportements excessifs). Patience et bienveillance<sup>45</sup>, attention et intuition participent également de ce savoir-être, ainsi que la congruence. Ce concept développé par le psychologue Carl Rogers repose sur la cohérence interne de la personne, son authenticité, l'adéquation entre ce qu'elle ressent et ce qu'elle exprime :

« J'ai employé le mot “congruent” pour désigner ce que je voudrais être. J'entends par ce mot que mon attitude ou le sentiment que j'éprouve, quels qu'ils soient, seraient en accord avec la conscience que j'en ai. Quand tel est le cas, je deviens intégré et unifié, et c'est alors que je puis *être ce que je suis* au plus profond de moi-même. C'est là une réalité qui, d'après mon expérience, est perçue par autrui comme sécurisante. »<sup>46</sup>

Cette capacité du médiateur à apporter une certaine sécurité dans la relation favorise la confiance de ses interlocuteurs, une régulation consciente des émotions, un apaisement relationnel ainsi qu'une forme d'espérance dans le résultat positif de la

<sup>41</sup> J. BOUFFARTIGUE, A.-M. DELRIEU, *Trésors des racines latines*, Belin, coll. « Le français retrouvé », 2008, v° *Med*.

<sup>42</sup> F. GAFFIOT, *Dictionnaire latin-français*, op. cit., v° *Mediatio, onis* (entremise).

<sup>43</sup> *Ibid*, v° *Mediator, oris* (médiateur). Le radical « med » se retrouve également dans *mediare* (« partager entre deux, être au milieu »), *mediatrix, icis* (« celle qui se place entre »).

<sup>44</sup> Fr. JULLIEN, *Traité de l'efficacité*, Grasset, 1996, p. 29 s.

<sup>45</sup> Celle des propos comme de la posture (par exemple, le regard qui fait face, le visage souriant, le haut du corps engagé dans la relation, tourné vers ses interlocuteurs).

<sup>46</sup> C. ROGERS, *Le développement de la personne*, Dunod, 1993, p. 39.

médiation. À cette qualité de présence s'ajoute une autre composante de son accompagnement émotionnel, l'action curative, laquelle peut susciter la surprise.

**Surprise.** L'action du médiateur étonne parfois ses destinataires. Certes, elle s'attache formellement à cerner l'objet du différend et donc à mettre en évidence le problème posé, les étapes à suivre, l'exploration de solutions et la prise de décision. Mais elle comprend aussi une écoute attentive des besoins, des valeurs des personnes que révèlent leurs émotions. Le médiateur observe donc leur expression verbale (la voix posée ou tendue) et infra-verbale (la posture, tonique ou affaissée, la gestuelle, agitée ou calme). Et, parce que ce que l'on dit, ressent n'est pas toujours ce que l'autre entend, perçoit, il se livre à une utile reformulation. Objective lorsque, sans les interpréter ni les déformer, il reprend avec ses propres mots les propos, les émotions de chacun pour les faire entendre à l'autre : « Vous *dites* que vous avez peur ». Subjective quand il verbalise les émotions : « Je *sens* que vous êtes en colère » ou qu'il amène la personne à considérer la situation sous un angle qu'elle ignorait jusqu'alors ; « *Il est important pour vous de sentir qu'on vous respecte* »<sup>47</sup>. Lui succédera alors peut-être, sous l'effet de la surprise, le silence de la résonance, de la prise de conscience.

L'exercice, on en conviendra, est délicat. Il appartient en effet au médiateur d'aider les personnes, ensemble ou séparément (en aparté), à exprimer de façon constructive leurs émotions et de vérifier la justesse de celles qu'il perçoit. Sont requis un sens de l'observation et un vocabulaire approprié. Et, surtout, cette intelligence émotionnelle développée par Howard Gardner et Daniel Goleman<sup>48</sup>, autrement dit cette aptitude à comprendre le comportement, les motivations, les sentiments et les émotions d'autrui<sup>49</sup>. Cette action curative – et transformative – diminue la charge émotionnelle négative, contribue à une expression saine des émotions, instaure un climat relationnel apaisé favorable à la coopération et à l'exploration des besoins mutuels.

En la matière, la connaissance de la Communication non violente (CNV), ou bienveillante, ce langage élaboré par le psychologue américain Marshall Rosenberg<sup>50</sup> et enseigné aujourd'hui dans de nombreuses institutions, sera utile. La CNV repose sur le constat que nos habitudes de langage génèrent une violence invisible qui, sans même que nous en ayons conscience, s'immisce dans nos attitudes et expressions familières.

<sup>47</sup> Sur notamment la technique du reflet et du recadrage, v. P.-Cl. LAFOND, « La prise en considération des émotions en médiation : une intervention essentielle et délicate », *Les Cahiers de droit*, Université de Laval, vol. 61, n° 4, déc. 2020, p. 937 s. [Nous soulignons.]

<sup>48</sup> D. GOLEMAN, *L'intelligence émotionnelle*, Poche, 1995.

<sup>49</sup> H. GARDNER, *Les formes de l'intelligence*, Odile Jacob, 1997, p. 251 s. L'auteur distingue l'intelligence intrapersonnelle « [...] principalement impliquée dans l'examen et la connaissance que l'individu a de ses propres sentiments » et l'intelligence interpersonnelle « dirigée vers l'extérieur, le comportement, les sentiments et les motivations des autres [...] ». L'intelligence interpersonnelle se caractérise par « l'aptitude à remarquer chez les autres leurs humeurs, leurs tempéraments, leurs motivations et leurs intentions et à bien les distinguer ».

<sup>50</sup> M. ROSENBERG, *Les mots sont des fenêtres (ou bien ce sont des murs). Initiation à la communication non violente*, éd. La Découverte, 2002 ; Th. D'ANSEMBOURG, *Cessez d'être gentil, soyez vrai ! Être avec les autres en restant soi-même*, Les Éditions de l'homme, 2001.

Elle s'appuie sur des fondamentaux : l'observation objective des faits (sans jugement), la verbalisation par chaque protagoniste de ses émotions (ou de son sentiment), puis l'identification de son besoin et, enfin, la formulation de sa demande (une proposition claire d'action).

Ainsi, la CNV mobilise et développe l'auto-empathie, le fait de savoir accueillir son émotion, la laisser être présente, et l'empathie, cette « capacité de s'identifier à autrui dans ce qu'il ressent »<sup>51</sup>, et de comprendre son besoin<sup>52</sup>. Et les besoins sont puissants. Il est possible qu'une forte irritation (ou une colère) exprimée lors d'une médiation pointe une frustration et clarifie un besoin de reconnaissance, d'affection, qui n'était pas jusqu'alors conscient. Or, la verbalisation et l'écoute empathique de ce besoin, sans oublier ce fluidifiant social qu'est l'humour, contribuent à apaiser peur et colère.

Cela donne à réfléchir alors que progresse l'intelligence artificielle et que le recours à un robot faciliterait par son travail de synthèse les recherches des médiateurs sur des cas similaires aux dossiers dont ils ont la charge. Cependant, Rachel, la fascinante androïde du film de science-fiction *Blade Runner*<sup>53</sup>, dotée d'une « mémoire émotionnelle » et dont on ne sait si, lorsqu'elle verse une larme, elle ressent ou simule la tristesse... n'est pas encore de ce monde. Pas plus que n'est apparu un robot en mesure, à l'instar d'un médiateur humain, de faire preuve d'empathie, d'un solide sens de l'humour, d'intuition et en définitive de cette intelligence émotionnelle utile à l'émergence du rapprochement et à la conduite de la transformation. Celle-ci est le préalable à un nouveau passage, celui du dépassement.

## B.- MÉDIATION ET DÉPASSEMENT ÉMOTIONNEL

« UNE SEULE PLACE OÙ TROUVER LA JOIE :  
AU-DELÀ DE LA PERSONNE. »<sup>54</sup>

L'évolution favorable du processus de médiation amène les protagonistes à quitter le seul cadre de leurs représentations subjectives pour accéder, par une compréhension

<sup>51</sup> Dictionnaire *Le Robert*, v° Empathie.

<sup>52</sup> M. ROSENBERG, *Les mots sont des fenêtres (ou bien ce sont des murs). Initiation à la communication non violente*, op. cit., p. 159 : « Lorsque nous fixons notre attention sur les sentiments et besoins d'autrui, nous renouons avec l'humanité qui nous est commune. Quand j'entends les peurs de cet homme et le besoin qu'il a de se protéger, je reconnais que j'ai aussi besoin de me protéger et que je sais ce qu'est la peur. » En CNV, la liste des sentiments, la gamme des émotions (p. 58 s.) et celle des besoins (autonomie, célébration, intégrité, besoins physiologiques, jeu, communion spirituelle) est particulièrement étoffée (p. 69 s.).

<sup>53</sup> Ce film américain de science-fiction (sorti en 1982) met en scène des « répliquants », des androïdes fabriqués par manipulations génétiques et d'apparence humaine.

<sup>54</sup> *Dialogues avec l'ange* (recueillis par G. Mallasz), Aubier, 1990, p. 114.

plus large de la situation, à une certaine libération psychique et, pourquoi pas, à un instant de joie.

**Libération.** Notre représentation du monde est d'abord subjective. Nous avons chacun une empreinte matricielle, un « *imprinting* » culturel. Ce filtre « détermine l'inattention sélective, qui nous fait négliger tout ce qui ne va pas dans le sens de nos croyances »<sup>55</sup> et convictions. Or, le dialogue que favorise la médiation place chacun en position de réaliser le caractère subjectif de sa représentation du conflit (et de sa vision du monde). Et donc d'entendre les opinions, les perceptions et les émotions autres que la sienne propre. Celles de celui qui est face à soi et celles du médiateur. Dans cette approche multiangulaire, les points de vue, loin de s'annuler, s'additionnent.

Dès lors, cette circulation de la parole (par exemple autour d'une table ronde) et cette mise en perspective aident chacun des protagonistes – devenus partenaires – à se désidentifier des frustrations et des tensions émotionnelles, et à se libérer quelque peu de leur emprise. Ils peuvent se dire que cette colère, cette tristesse qu'ils éprouvent sont une partie d'eux, mais en aucun cas leur entièreté, leur être global. Désormais témoins, observateurs attentifs mais relativement détachés du conflit, ils sont davantage en capacité de se concentrer sur la racine de celui-ci. Avec la ressource, grâce à l'aide du médiateur, de relier les événements pour atteindre une compréhension plus grande, la partie immergée de l'iceberg.

Peut-être en effet le conflit porte-t-il en lui un sens caché auquel la médiation donne accès, favorisant l'acceptation de la situation. Deux associés admettront ainsi que leur différend ne provient pas exclusivement des motifs matériels qu'ils avancent, mais résulte aussi de rivalités intellectuelles, affectives, d'un besoin de reconnaissance accumulé depuis des années, et de parties d'eux-mêmes négligées ou opposées. Nous portons tous en nous une sorte de « théâtre » intérieur constitué d'une diversité de « personnages » ou de « parts ». Lorsqu'elles s'affrontent (par exemple, la « part » performante contre la « part » altruiste, la « part » normative contre la « part » créative), elles génèrent des conflits intérieurs<sup>56</sup>, lesquels, malheureusement, deviennent trop souvent extérieurs... Par son travail de clarification, le médiateur facilite la relation avec la « part » en tension et un dialogue interne plus harmonieux. Il instaure un socle de confiance et la conscience que chaque partenaire est bien davantage que sa « part » en souffrance, que ses représentations, ses croyances et ses émotions. Cet éclairage (re)donne du sens, le goût de la coopération et, peut-être, une forme de joie.

<sup>55</sup> E. MORIN, *La méthode*, 4. *Les idées*, Seuil, 1991, p. 26.

<sup>56</sup> V. notamment l'*Internal Family Systems*, le modèle thérapeutique créé par Richard Schwartz aux États-Unis, lequel souligne l'existence de « parts » interdépendantes, parfois en tension dans notre psychisme. Le « Self », cette « capacité innée à guérir », cette conscience bienveillante, réparatrice, également présente en nous permettrait à chaque « part » de prendre sa place sans trop empiéter sur les autres, et ainsi à l'ensemble du système intérieur de se réharmoniser et de se fluidifier (Dr Fr. LE DOZE (avec Ch. KRUMB), *La force de la confiance. Une thérapie pour s'unifier*, Odile Jacob, 2015, p. 111 s.).

**Joie.** Celle-ci est puissante<sup>57</sup>. Cet élan de vie représente un indice sûr que le conflit est en voie d'être dépassé, mentalement et émotionnellement. Une projection plus sereine vers l'avenir devient alors possible et, avec elle, la perspective d'une recherche de solution, d'un accord.

L'ancrage de celui-ci dans un cadre naturel, accueillant, orienté sur la symbolique, mérite réflexion. Le symbole possède en effet une fonction unificatrice (il réunit des éléments séparés<sup>58</sup>) et une fonction exploratoire (il stimule l'imaginaire, le dialogue avec l'inconscient et étend le champ de la conscience au-delà de la seule raison) ; il appelle enfin une transformation en profondeur<sup>59</sup>.

Le regard de cet autre, qu'en raison du conflit l'on évitait, peut à nouveau être croisé. L'apaisement émotionnel annonce le temps de la relation<sup>60</sup>, de l'accordance. Une main tendue peut alors sceller une réconciliation permettant à un sentiment plus durable de satisfaction de se développer. Et à une relation nouvelle de se construire.

\* \* \*

Ainsi, l'interaction « Médiation et Émotion » est-elle instructive à plusieurs titres.

Elle annonce les transformations des besoins de justice, un enrichissement de la réponse judiciaire, une culture nouvelle de la résolution des conflits et une avancée prometteuse de la prise en compte par le juridique des émotions. Une telle approche rejoindrait et amplifierait la fonction pacificatrice du droit. En effet, celui-ci ne se limite pas à encadrer les règles de conduite en société. Parce qu'il organise aussi les relations, le lien<sup>61</sup>, règle les conflits sociaux, il est appelé à se saisir des émotions qui en découlent – et de leur régulation – pour garantir la paix sociale et rendre la société vivable. Aussi, l'intégration dans l'enseignement et la pratique du droit du XXI<sup>e</sup> siècle de la dimension transformative de la médiation et de l'intelligence émotionnelle, relationnelle, serait opportune.

<sup>57</sup> Fr. LENOIR, *La puissance de la joie*, Poche, 2017, p. 28 s.

<sup>58</sup> J. CHEVALIER, A. GHEERBRANT, *Dictionnaire des symboles*, Robert Laffont, 1982, (introduction) p. XIII : à l'origine, le symbole est un objet coupé en deux (fragments de céramique, de bois ou de métal). Deux personnes en gardent chacune une partie. Lorsque, à l'issue d'une longue séparation, celles-ci se retrouvent, le rapprochement des deux éléments et leur emboîtement parfait atteste leur lien (contractuel pour un créancier et un débiteur, d'hospitalité pour des hôtes, d'amitié pour des pèlerins) ; E. JEULAND, *Théorie relationniste du droit. De la French Theory à une pensée européenne des rapports de droit*, LGDJ Lextenso éd., 2016, p. 252 s. : « la force faible du symbole provient aussi de son effet inconscient. On ne s'aperçoit pas nécessairement de son effet, mais il produit un effet caché qui infuse sur une longue durée. »

<sup>59</sup> J. CHEVALIER, A. GHEERBRANT, *Dictionnaire des symboles*, op. cit., p. X.

<sup>60</sup> Fr. LENOIR, *La puissance de la joie*, op. cit., p. 177 s.

<sup>61</sup> E. JEULAND, *Droit des obligations*, 3<sup>e</sup> éd., Montchrestien, Lextenso, 2009, p. 126 s. : le lien de droit peut être défini comme « une distance adéquate entre deux personnes, créée par des paroles sous l'égide d'un tiers » ; « L'énigme du lien de droit », *RTD civ.*, juil-sept. 2003, p. 455 s. ; *La fable du ricochet. Approche juridique des liens de parole*, Mare & Martin, coll. « Droit et science politique », 2009, p. 245 s. ; *Théorie relationniste du droit. De la French Theory à une pensée européenne des rapports de droit*, op. cit. ; *Les Entretiens de l'École de Droit d'Orléans* /03/2019, <https://www.youtube.com/watch?v=S5QIBjDh9qU> ; E. JEULAND, S. MESSAÏ-BAHRI, *Les nouveaux rapports de droit*, IRJS éd., Bibliothèque de l'Institut de recherche juridique de la Sorbonne-André Tunc, t. 39, 2013.

Enfin, l'interaction « Médiation et Émotion » est porteuse d'une plus grande ouverture aux besoins fondamentaux d'écoute, de dialogue, de sens, à une reliance<sup>62</sup> interindividuelle et collective.

Un défi passionnant, essentiel pour les êtres de liens que nous sommes.

Et, assurément, un changement de paradigme.

Nathalie Dion

*Maître de conférences*

*Habileté à diriger des recherches en droit privé*

*Université d'Orléans*

---

<sup>62</sup> Le concept de reliance a été défini par le sociologue Marcel Bolle De Bal comme « la création de liens entre une personne et soit un système dont elle fait partie, soit l'un de ses sous-systèmes » (« La reliance ou la médiatisation du lien social : la dimension sociologique d'un concept charnière » in *Voyages au cœur des sciences humaines. De la reliance*, t. I<sup>er</sup>, *Reliance et théories*, L'Harmattan, coll. « Logiques sociales », 1996, p. 68 s.). V. aussi E. MORIN, *La méthode 6, Éthique*, Seuil, 2004, p. 114 : « La reliance est un impératif éthique primordial, qui commande les autres impératifs à l'égard d'autrui, de la communauté, de la société, de l'humanité. »

## La place accordée aux émotions par la médiation dans le système de justice

**Florine TRUPHÉMUS**

*Doctorante en droit en cotutelle<sup>1</sup>*

*Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne, École doctorale de droit de la Sorbonne, IRJS<sup>2</sup>*

*Université de Sherbrooke (Québec, Canada), Faculté de droit, G-PRD<sup>3</sup>*

« L'émotion est une certaine façon  
d'appréhender le monde »  
Jean-Paul Sartre<sup>4</sup>

Cet article retranscrit une présentation<sup>5</sup> sur le thème « Médiation et émotion » réalisée dans le cadre du séminaire « Droit et émotion » organisé par l'IRJS.

De vifs remerciements sont adressés aux organisatrices et organisateurs pour l'opportunité donnée aux doctorantes et doctorants d'intervenir aux côtés d'enseignantes et enseignants, chercheuses et chercheurs chevronnés. Ce choix était doublement ambitieux en ce qu'il proposait à la fois des échanges transgénérationnels et un objet de réflexion novateur : l'émotion. Il est notable que l'École doctorale de droit de la Sorbonne ait parallèlement planifié un programme pour ses doctorantes et doctorants intitulé « Stress et résilience », lequel offrait un apprentissage de techniques dédiées à la gestion des émotions face aux nombreux défis inhérents au doctorat et à la crise sanitaire.

La thématique « Médiation et émotion » nécessite de limiter notre propos autour de ces deux termes.

Le Code de procédure civile donne une définition conjointe de la médiation et de la conciliation : « La médiation et la conciliation conventionnelles régies par le présent titre s'entendent [...] de tout processus structuré, par lequel deux ou plusieurs parties tentent de parvenir à un accord, en dehors de toute procédure judiciaire en vue de la résolution amiable de leurs différends, avec l'aide d'un tiers choisi par elles qui accomplit sa mission avec impartialité, compétence et diligence »<sup>6</sup>. Bien qu'issue de la

<sup>1</sup> Doctorat sous la direction du Professeur Loïc CADIET (Fr.) et du Doyen Louis MARQUIS (Qc.).

<sup>2</sup> Institut de Recherche Juridique de la Sorbonne, <https://irjs.pantheonsorbonne.fr/>

<sup>3</sup> Groupe pour la Prévention et le Règlement des Différends, <https://www.g-prd.org/fr/>

<sup>4</sup> Jean-Paul SARTRE, *Esquisse d'une théorie des émotions*, Paris, Hermann et Cie., 1938, p. 71.

<sup>5</sup> « Droit et émotion », séminaire co-organisé de décembre 2020 à mai 2021 en visioconférence, par Emmanuel JEULAND, directeur de l'IRJS, Rébecca DEMOULE, Clara GAVELLI, et Carla TREBERT, doctorantes. Séance 7 « Médiation et émotion », 19 mars 2021, Nathalie DION, Florine TRUPHÉMUS, <https://irjs.pantheonsorbonne.fr/evenements/seminaire-droit-et-emotion>. L'intervention initiale a été enrichie d'éléments complémentaires que le format oral du séminaire ne permettait pas d'inclure. De chaleureux remerciements sont adressés à Madame Nathalie DION, maître de conférences en droit privé à l'Université d'Orléans, pour son accompagnement dans la préparation de la présentation.

<sup>6</sup> Article 1530 du Code de procédure civile.

transposition d'une directive européenne propre à la médiation<sup>7</sup>, cette double définition, en ne distinguant pas les deux modes, non seulement génère de la confusion, mais elle entraîne également une « absence de singularisation de la médiation » qui conduit les juristes à en « ignorer les spécificités »<sup>8</sup>.

Pour délimiter la réflexion développée dans cet article, nous retiendrons la définition de la médiation proposée par Michèle Guillaume-Hofnung : « un processus de communication éthique reposant sur la responsabilité et l'autonomie des participants, dans lequel un tiers – impartial, indépendant, neutre, avec la seule autorité que lui reconnaissent les médiateurs – favorise par des entretiens confidentiels l'établissement, le rétablissement du lien social, la prévention ou le règlement de la situation en cause »<sup>9</sup>. Nous ferons plus spécifiquement référence à la « médiation de différends »<sup>10</sup>, mise en œuvre dans le domaine des conflits, et dont la visée est préventive ou curative, selon le stade de développement du conflit.

Le terme « émotion » ne correspondant à aucune catégorie juridique, sa clarification est toute aussi délicate.

Eva Salomon propose de retenir comme définition « la mise en mouvement de la conscience, se manifestant par des troubles physiologiques » et souligne comment « La dynamique mise en évidence permet de comprendre le caractère souvent momentané de l'émotion. »<sup>11</sup> Celle-ci s'oppose ainsi aux sentiments, qui s'inscriraient plutôt dans la durée<sup>12</sup>, ainsi qu'aux humeurs, plus diffuses et de plus faible intensité<sup>13</sup>.

Pour illustrer le terme émotion plus concrètement, nous pouvons nous référer à la typologie proposée par Jon Elster<sup>14</sup>, traduite et schématisée par Emmanuel Petit dans la figure ci-après.

<sup>7</sup> Directive 2008/52/CE du Parlement européen et du Conseil du 21 mai 2008 sur certains aspects de la médiation en matière civile et commerciale.

<sup>8</sup> Philippe CHARRIER, Adrien BASCOULERGUE, Jean-Pierre BONAFE-SCHMITT et Gérald FOLIOT, *La prescription de la médiation judiciaire. Analyse socio-juridique des dispositifs de médiation dans trois Cours d'appel : de la prescription à l'accord de médiation.*, GIP Mission de Recherche « Droit & Justice », 2017, p. 18-19, en ligne : <<https://halshs.archives-ouvertes.fr/halshs-01671389>> (consulté le 22 septembre 2021).

<sup>9</sup> Michèle GUILLAUME-HOFNUNG, « Chapitre premier. Définition et nature de la médiation », dans *La Médiation*, 8, coll. Que sais-je ?, 2020, p. 65-87, <<https://www.cairn.info/la-mediation--9782715404946-page-65.htm>>.

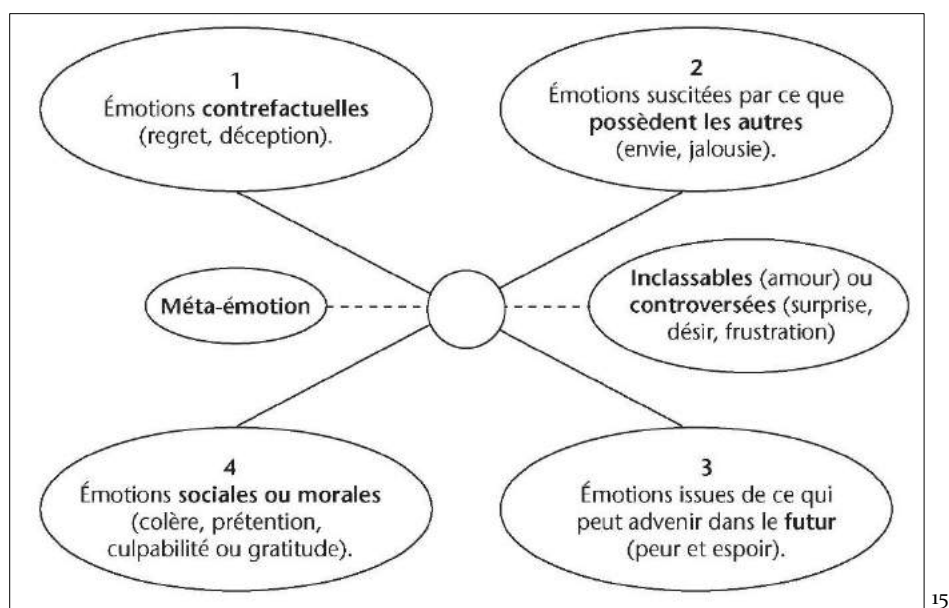
<sup>10</sup> *Ibid.*

<sup>11</sup> Eva SALOMON, *Le juge pénal et l'émotion*, Université Panthéon-Assas Paris, 2015, p. 4.

<sup>12</sup> Emmanuel JEULAND, « Présentation du cycle de séminaires "Droit et émotion" », *Revue juridique de la Sorbonne* 2021.3.149-152, 150.

<sup>13</sup> Emmanuel PETIT, « I. Qu'est-ce qu'une émotion ? », dans *Économie des émotions*, La Découverte, 2015, p. 9-28, <<https://www.cairn.info/economie-des-emotions--9782707183200-page-9.htm>>.

<sup>14</sup> Jon ELSTER, « Emotions and Economic Theory », (1998) 36-1 *Journal of Economic Literature* 47-74.



15

Les éléments de définition proposés par Emmanuel Jeuland<sup>16</sup> dans son intervention introductive du séminaire « Droit et émotion » apportent un éclairage complémentaire. Les six principaux éléments retenus pour caractériser l'émotion sont les suivants : 1.- Un objet ; 2.- Une courte durée ; 3.- Un effet physique ; 4.- Qui émerge à la conscience ; 5.- Pour permettre une action ; 6.- Dans un cadre collectif.

Emmanuel Jeuland répertorie ensuite certaines formes de mobilisation des émotions par les professionnels du droit, telles que mises en lumière et étudiées par la doctrine. Cette dernière interroge la prise en compte de l'émotion dans le raisonnement judiciaire en opposant au « jugement à l'émotion » le « mythe du juge qui juge à distance de ses émotions »<sup>17</sup>.

L'on constate ainsi que les auteurs s'attardent surtout sur l'impact de l'émotion sur la décision des magistrats, ou son rôle dans la plaidoirie des avocats<sup>18</sup>, plutôt que sur les émotions ressenties par les justiciables. L'objectif des travaux doctrinaux semble être de tenir les émotions éloignées du judiciaire. Parce qu'il fait référence à l'« émotion », au singulier, le titre même du séminaire pourrait être analysé comme une forme de mise à distance des émotions, au pluriel.

La thématique « Médiation et émotion » permet précisément de concentrer notre attention sur l'étude des émotions dans le système de justice. En effet, les spécificités de

<sup>15</sup> Emmanuel PETIT, « Chapitre I. Qu'est-ce qu'une émotion ? », dans *Économie des émotions*, La Découverte, 2015, p. 9-28, <<https://www.cairn.info/economie-des-emotions--9782707183200-page-9.htm>>.

<sup>16</sup> Emmanuel JEULAND, « Présentation du cycle de séminaires "Droit et émotion" », *Revue juridique de la Sorbonne* 2021.3.149-152, 150.

<sup>17</sup> *Ibid.*

<sup>18</sup> Sharyn Roach ANLEU et Kathy MACK, « Le quotidien des magistrats et le travail émotionnel », (2014) N° 1-1 *Les Cahiers de la Justice* 27-48 ; Julie COLEMANS, « Ce que les émotions font faire aux professionnels du droit : Jalons pour une approche praxéologique des expressions émotionnelles dans la sphère judiciaire », (2015) 54-4 *Social Science Information* 525-542.

la médiation, parmi lesquelles la prise en compte d'éléments extrajuridiques<sup>19</sup> et la participation active des personnes dans la recherche d'une solution amiable, accordent une importance majeure au champ émotionnel.

Cet article a ainsi pour visée de proposer un relevé partiel des principaux liens introduisant une mise en dialogue entre médiation et sphère juridique, à travers l'axe de l'émotion. Pour ce faire, l'argumentation se déclinera autour de la place de l'émotion dans la prescription de la médiation (I) puis dans le langage de la médiation (II).

## I.- La place des émotions dans la prescription de la médiation

L'étude de la thématique « Médiation et émotion » a ceci de particulier qu'elle ne peut reposer exclusivement sur le matériau brut primaire d'une recherche juridique.

En effet, ni la jurisprudence ni les textes de loi relatifs aux modes amiables ne permettent de saisir la place de l'émotion dans la médiation<sup>20</sup>. La définition insérée à l'article 1530 du Code de procédure civile ne circonscrit ni l'objet ni le contenu d'une médiation. L'article 131-2 alinéa premier précise seulement : « La médiation porte sur tout ou partie du litige »<sup>21</sup>. Notons ici l'utilisation du terme *litige*, sur lequel nous reviendrons.

Penchons-nous alors sur le cadre réglementaire de l'activité de médiateur<sup>22</sup>. Celui-ci illustre la complémentarité des aptitudes relevant de la sphère juridique et celles relevant de la gestion des émotions. En effet, le référentiel de médiateur familial comprend des indicateurs de compétences relatifs aux émotions : « Savoir écouter les émotions », « Savoir prendre de la distance et gérer ses propres émotions face aux enjeux du conflit », et « Savoir identifier la nature des difficultés et l'impact de la rupture ou du conflit aux plans émotionnel, conjugal, parental, économique, juridique »<sup>23</sup>.

Cependant, il n'existe qu'un unique diplôme de médiateur enregistré au Répertoire national des certifications professionnelles<sup>24</sup> en France, celui de médiateur familial. Faudrait-il en conclure que la pertinence d'une médiation – et de la prise en compte des émotions – ne s'illustrerait qu'à l'occasion de conflits familiaux ? Le recours à la médiation dépasse pourtant cette seule matière. En effet, les récentes évolutions législatives tendent à généraliser à tous les domaines le recours à la médiation et aux

<sup>19</sup> Confère deuxième partie de cet article.

<sup>20</sup> Nathalie DION, « Médiation et émotion », Séminaire « Droit et émotion », *Revue juridique de la Sorbonne*, 2021.4, à paraître.

<sup>21</sup> Article 131-2 du Code de procédure civile.

<sup>22</sup> Décret n° 2003-1166 du 2 décembre 2003 portant création du diplôme d'État de médiateur familial.

<sup>23</sup> Arrêté du 19 mars 2012 relatif au diplôme d'État de médiateur familial ; Circulaire N° DGCS/SD4A/2012/312 du 15 octobre 2012 relative aux modalités de la formation préparatoire au diplôme d'État de médiateur familial et à l'organisation des épreuves de certification, Annexe I : Référentiel professionnel médiateur familial, ministère des Affaires sociales et de la Santé, <https://www.legifrance.gouv.fr/download/pdf/circ?id=36240>.

<sup>24</sup> RNCP 2028 DE médiateur familial, <https://www.francecompetences.fr/recherche/rncp/2028/>.

modes amiables de règlement des conflits en général. C'est le sens de l'article 750-1 du Code de procédure civile<sup>25</sup>.

Mais, de fait, le cadre normatif laisse peu transparaître le rôle de l'émotion dans la médiation. Pourtant, la pratique juridique et judiciaire exige des professionnels du droit qu'ils apprennent à mobiliser leur intelligence émotionnelle pour réguler les émotions des protagonistes et les leurs.

En France, on l'observe par exemple à travers les critères proposés par Béatrice Blohorn-Brenner en 2013<sup>26</sup>, et repris dans un rapport du GIP Mission de recherche Droit et Justice en 2017 portant sur une analyse sociojuridique de la prescription de la médiation par les magistrats<sup>27</sup>. Un des objets de ce rapport consistait à mettre en exergue des repères susceptibles de guider les juges pour préconiser une médiation. La grille de lecture est composée de 8 critères :

- « 1/ où le conflit est relationnel
- 2/ où il y a une part importante d'affects et d'émotions
- 3/ où la solution dépend de l'appréciation des faits de la cause, ce qui peut entraîner l'aléa
- 4/ où la solution juridique serait inéquitable ou emporterait des conséquences démesurées pour l'une des parties
- 5/ où la lenteur et le coût de la justice sont à redouter
- 6/ où la décision risque de se heurter à des difficultés d'exécution
- 7/ où la publicité de la justice serait préjudiciable aux parties ou à l'une d'elles
- 8/ où les relations futures doivent être sauvegardées »<sup>28</sup>

Les deux premiers critères de cette grille soulignent la prépondérance des émotions puisqu'ils suggèrent aux juges de soumettre à médiation les dossiers dans lesquels le conflit est « relationnel » et comporte « une part importante d'affects et d'émotions ».

Cet outil nous démontre l'incidence de la prise en compte des émotions et des besoins des justiciables dans la culture juridique et la pratique des professionnels du droit afin de familiariser les juristes avec ceux-ci.

Un exemple d'intégration dans le système de justice peut être observé au Québec. En effet, en 1998, un projet pilote a été mis en place par des juges de la Cour d'appel du

<sup>25</sup> Article 750-1 du Code de procédure civile : « À peine d'irrecevabilité que le juge peut prononcer d'office, la demande en justice doit être précédée, au choix des parties, d'une tentative de conciliation menée par un conciliateur de justice, d'une tentative de médiation ou d'une tentative de procédure participative, lorsqu'elle tend au paiement d'une somme n'excédant pas 5 000 euros ou lorsqu'elle est relative à l'une des actions mentionnées aux articles R. 211-3-4 et R. 211-3-8 du Code de l'organisation judiciaire [...] », institué par l'article 4 la loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI<sup>e</sup> siècle, modifié par la loi n° 2019-222 du 23 mars 2019 de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice (article 3).

<sup>26</sup> Béatrice BLOHORN-BRENNEUR, *La médiation pour tous*, Saint-Quentin-en-Yvelines, Médias & médiations, 2013.

<sup>27</sup> Philippe CHARRIER, Adrien BASCOULERGUE, Jean-Pierre BONAFA-SCHMITT et Gérald FOLIOT, *La prescription de la médiation judiciaire. Analyse socio-juridique des dispositifs de médiation dans trois Cours d'appel : de la prescription à l'accord de médiation.*, GIP Mission de Recherche « Droit & Justice », 2017, p. 15, en ligne : <<https://halshs.archives-ouvertes.fr/halshs-01671389>> (consulté le 22 septembre 2021).

<sup>28</sup> Béatrice BLOHORN-BRENNEUR, *La médiation pour tous*, Saint-Quentin-en-Yvelines, Médias & médiations, 2013.

Québec sur leur temps bénévole. Il était proposé aux parties de se rencontrer en dehors du tribunal pour tenter de trouver une solution amiable à leur conflit<sup>29</sup>.

Le succès de ce projet pilote a conduit à la création de la Conférence de Règlement à l'Amiable (CRA) en 2002<sup>30</sup>. La médiation y est menée par des magistrats conciliateurs professionnels et rémunérés, auxquels les affaires sont confiées par le juge initialement saisi. Par ailleurs, selon l'article 162 du Code de procédure civile québécois, la médiation a pour but d'aider les protagonistes à « mieux comprendre et évaluer leurs besoins, intérêts et positions et à explorer des solutions pouvant conduire à une entente mutuellement satisfaisante pour régler le litige »<sup>31</sup>.

L'importance accordée aux « besoins, intérêts et positions » et aux émotions dans la médiation judiciaire et la CRA trouve en partie une explication dans la culture juridique du Québec. La disposition préliminaire du Code de procédure civile dispose en effet : « Le Code vise [...] la prévention et le règlement des différends et des litiges, par des procédés adéquats, efficaces, empreints d'esprit de justice et favorisant la participation des personnes »<sup>32</sup>. Cette culture juridique favorise la « justice participative »<sup>33</sup>. Cette disposition accorde aux justiciables une place centrale dans la recherche d'une solution à leur conflit, et s'assure de l'adéquation du procédé de justice choisi pour tenter de le résoudre, en prenant en compte tous les éléments extrajudiciaires.

Après avoir développé la place de l'émotion dans la prescription de la médiation, observons celle qui lui est réservée dans le langage de la médiation.

---

<sup>29</sup> Louise OTIS, *Rappel historique de l'institution de la médiation judiciaire au Québec, Actes du colloque : XX<sup>ème</sup> anniversaire de la médiation judiciaire*, 22 novembre 2018, Montréal, à paraître.

<sup>30</sup> Jean-François ROBERGE, *Le sentiment d'accès à la justice et la conférence de règlement à l'amiable*, Université de Sherbrooke, 2014.

<sup>31</sup> *Code de procédure civile*, RLRQ c C-25, <http://legisquebec.gouv.qc.ca/fr/ShowDoc/cs/C-25>.

<sup>32</sup> Catherine PICHÉ, « La disposition préliminaire du Code de procédure civile », (2014) 73 (2014) 73 R. du B. 135 139.

<sup>33</sup> Jean-François ROBERGE, *La justice participative : changer le milieu juridique par une culture intégrative de règlement des différends*, Cowansville, Québec, Y. Blais, 2011 ; Michelle THÉRIAULT, « Le défi du passage vers la nouvelle culture juridique de la justice participative », Tome 74 *Revue du Barreau (Qc)* 5-38 ; Jean-François ROBERGE, *La justice participative : fondements et cadre juridique*, Montréal, Y. Blais, 2017.

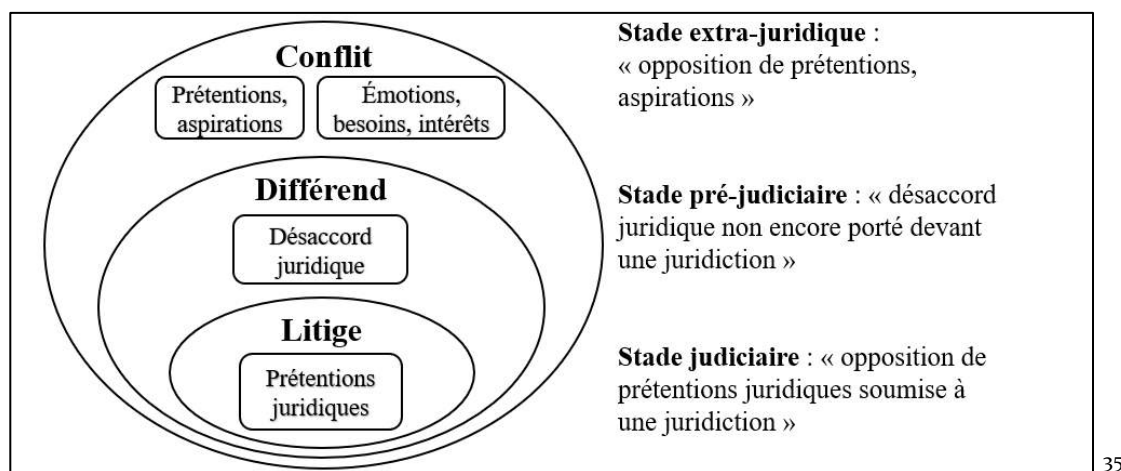
## II.- La place des émotions dans le langage de la médiation

Pour analyser la place accordée aux émotions dans la médiation, par rapport à celle qui leur est réservée dans le système judiciaire, attardons-nous sur la place des émotions dans le langage juridique et dans celui de la médiation.

Nous proposons ici d'explorer le parallèle entre, d'une part, l'absence dans les dispositions normatives des éléments extrajuridiques pris en compte par la médiation – telles les émotions – et de l'autre, la traduction des faits en droit par la qualification juridique. Cet exercice a pour conséquence d'appliquer le filtre du langage juridique sur les émotions ressenties par le justiciable, les faisant ainsi disparaître.

Pour saisir cette réalité inhérente à toute analyse judiciaire, il paraît pertinent d'appeler à l'étude la typologie d'Antoine Jeammaud, qui sépare les termes conflit, différend, et litige<sup>34</sup>.

Cette distinction permet de mettre en exergue la sélection progressivement effectuée entre les différentes composantes du conflit initial, pour aboutir au litige. Lors de cette opération, le juriste écarte tout d'abord les éléments extrajuridiques initialement présents au premier stade du *conflit*. Il se concentre ainsi sur les composants du désaccord intervenant au stade préjudiciaire : le *conflit* devient alors un *différend*. Finalement, ne sont conservées, au stade du *litige*, que les seules prétentions juridiques invocables devant le juge, comme représenté ci-dessous.



35

La fabrique progressive du *litige* est aussi décrite dans les travaux de recherches sociojuridiques consacrés aux « recours ou non-recours au tribunal ». Ceux-ci s'attardent notamment sur les étapes de formation du litige : « *naming* », « *blaming* », et « *claiming* », comme rapporté par Évelyne Serverin dans son exercice de définition de la sociologie judiciaire<sup>36</sup>. C'est lors de la dernière étape du « *claiming* » qu'est constitué le « litige » tel que traité par les institutions judiciaires.

<sup>34</sup> Antoine JEAMMAUD, « Conflit, différend, litige », (2001) 34-2 *Droits* 15-20, 18.

<sup>35</sup> Schéma : Florine TRUPHEMUS, d'après l'article d'A. JEAMMAUD, *Ibid.*

<sup>36</sup> Évelyne SERVERIN, *Dictionnaire de la justice*, Paris, Presses universitaires de France, 2004, v° « Sociologie judiciaire ».

Cette opération de sélection mise en œuvre pour le traitement judiciaire implique donc de ne conserver que les seuls composants de l'argumentaire juridique. Elle est effectuée par les juristes à travers l'exercice de qualification, lequel consiste à classer un élément dans l'une des catégories juridiques existantes<sup>37</sup>. Les émotions n'étant pas catégorisées par le droit, elles ne peuvent faire l'objet d'une qualification et sont censurées du débat.

La concentration sur les éléments juridiques du conflit permet son examen dans la sphère judiciaire selon les canons du syllogisme. Cependant, cette forme de « traduction », à travers le langage juridique, du conflit vers le litige, entraîne aussi une réorientation<sup>38</sup> de la démarche du justiciable. En effet, cette opération consiste alors à écarter certains de ses besoins de justice. Cette sélection du sens pourrait intervenir comme un facteur aggravant du risque d'insatisfaction du justiciable puisqu'une partie de ses prétentions est effacée.

Cette difficulté inhérente à l'exercice de « traduction » des faits en droit renvoie aux problématiques pouvant survenir dans toute forme de communication, illustrées par la citation :

« Entre  
Ce que je pense  
Ce que je veux dire  
Ce que je crois dire  
Ce que je dis  
Ce que vous avez envie d'entendre  
Ce que vous croyez entendre  
Ce que vous entendez  
Ce que vous avez envie de comprendre  
Ce que vous croyez comprendre  
Ce que vous comprenez  
Il y a dix possibilités qu'on ait des difficultés à communiquer.  
Mais essayons quand même... »<sup>39</sup>

Les exigences du syllogisme participent ainsi de la « barrière de la langue »<sup>40</sup> juridique qui assèche le conflit de sa dimension émotionnelle. Combinée à la « violence invisible » de la langue juridique, selon l'expression de Nathalie Dion<sup>41</sup>, cette sélection

<sup>37</sup> Gérard CORNU, *Vocabulaire juridique*, 13<sup>e</sup> éd., Paris, PUF, 2020.

<sup>38</sup> Comme le suggère la terminologie des traducteurs qui emploie le mot « version » pour désigner l'exercice de transcription d'un texte d'une langue à une autre.

<sup>39</sup> Bernard WERBER, *Nouvelle encyclopédie du savoir relatif et absolu*, Albin Michel, 2009, p.7.

<sup>40</sup> Josée RINGUETTE, *Petit manuel de rédaction à l'usage des étudiants en droit*, Montréal, Éditions Thémis, 2009, p. 61, appelant à l'étude une citation d'Henri Capitant comme suit : « « De même qu'il faut d'abord apprendre sa langue pour connaître un peuple étranger, pour comprendre ses mœurs et pénétrer son génie, de même la langue juridique est la première enveloppe du droit, qu'il faut nécessairement traverser pour aborder l'étude de son contenu. » Ainsi s'exprimait Henri Capitant dans la préface au *Vocabulaire juridique* de 1936, soulignant ainsi que l'ouvrage s'adressait non seulement aux juristes français et étrangers, mais aussi – et en premier lieu – au public composé de non-juristes et aux étudiants. D'évidence, la barrière de la langue est en effet l'obstacle majeur auquel se heurtent ceux qui abordent le droit, ou un droit autre que le leur. ».

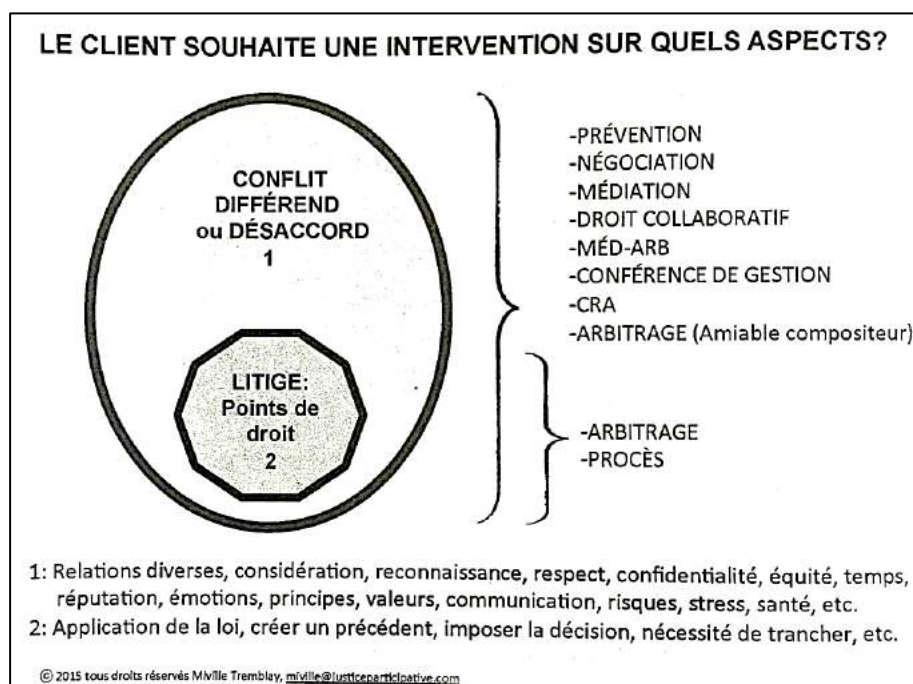
<sup>41</sup> Nathalie DION, Intervention « Médiation et émotion », Séminaire « Droit et émotion », Institut de Recherche Juridique de la Sorbonne, Séance n° 7 : Droit et émotion, 19 mars 2021, vidéo sur le site du laboratoire, <https://mediatheque.univ-parisi.fr/video/2741-droit-et-emotion-seance-n7/>.

induit le risque d'une perte de sens dans le processus de résolution du conflit, qui constitue à notre avis une piste de réflexion féconde quant aux sources d'insatisfaction des justiciables à l'égard du traitement judiciaire de leurs demandes.

Au contraire, la médiation, tout comme les différents modes amiables de règlement des conflits, effectue un mouvement inverse à la sélection analysée. En effet, à l'opposé de l'exercice de qualification juridique qui vide le conflit de ses éléments extrajuridiques, les modes amiables ont pour objet premier de les prendre en considération, et livrent ainsi aux juristes des clefs de compréhension du conflit supplémentaires.

C'est l'esprit même de la formation dispensée par le Barreau du Québec aux élèves avocats. En effet, les « émotions » sont directement abordées dans le manuel du Barreau consacré à la justice participative<sup>42</sup>, comme nous pouvons le constater dans le numéro 1 de la légende du schéma ci-dessous.

Le manuel cite expressément les éléments extrajuridiques qui constituent le conflit : « intérêts psychologiques (relations, émotions, communication, etc.), de substance (argents, biens, exécution de contrat, etc.), de principe (valeurs, croyances) ou de procédure (façon de faire les choses) » et précise que « l'arbitrage et le procès permettront de répondre seulement aux questions de droit ».



En considérant et en accueillant tous les éléments composant le conflit, la médiation propose une solution tout en subvenant aux besoins des parties, notamment

<sup>42</sup> ÉCOLE DU BARREAU DU QUÉBEC, *Justice participative. Appliquer les modes appropriés de résolution de conflits*, Collection des habiletés 2020-2021, Montréal, Barreau du Québec, 2020, schéma Miville TREMBLAY, p. 16.

émotionnels, grâce au dialogue instauré par le médiateur<sup>43</sup>. En cela, elle apparaît comme un outil qualitatif au service de la satisfaction du justiciable<sup>44</sup>.

Nous avons donc pu étudier comment l'hermétisme du langage juridique et de la qualification juridique permettent d'expliquer la place limitée concédée au champ émotionnel dans la sphère judiciaire, et l'absence de celui-ci dans les dispositions légales encadrant la médiation. Nous comprenons ainsi davantage comment la culture juridique borne le rôle accordé par les professionnels du droit aux émotions.

### Conclusion

À première vue, le monde du droit semble imperméable aux émotions, comme le résume Julie Colemans : « La doctrine juridique présente classiquement le droit à travers le prisme de la rationalité, rejetant par là même les émotions en dehors de la sphère juridique »<sup>45</sup>.

Cependant, l'organisation de ce séminaire « Droit et émotion » par l'IRJS comme celle de la conférence-débat « La justice face à l'émotion »<sup>46</sup> témoigne de l'infiltration de la thématique des émotions dans la sphère juridique. De plus, nous constatons que les professionnels du droit s'emparent de plus en plus des émotions à travers la médiation, soit brièvement dans le simple but de la prescrire, soit plus substantiellement lorsqu'ils la mettent en œuvre.

Un des intérêts de ces deux formes de mobilisation de la médiation réside dans la prise en compte d'éléments traditionnellement écartés par le droit et tout particulièrement par la sphère judiciaire, pour accorder une place centrale aux besoins et aux émotions des justiciables. Comme le rappelle Thomas Clay, en s'efforçant de « rapprocher les parties », la médiation participe directement à l'« une des missions fondamentales de la justice, dont la quête de paix sociale doit toujours guider la main »<sup>47</sup>. Cette remarque soulignait le bien-fondé d'une proposition d'un rapport<sup>48</sup> des Chantiers de la justice, lequel suggérait de favoriser le recours aux modes amiables de règlement des conflits en instaurant une césure du procès au bénéfice d'une conciliation ou d'une médiation.

En sus de l'arsenal juridique, essentiel pour assurer la protection des droits et faciliter le recours aux modes amiables, nous soulignerons, pour conclure, la nécessité d'intégrer des disciplines comme la sociologie et la psychologie dans la formation des

<sup>43</sup> Jean-François ROBERGE, *Médiation et psychologie de la coopération, Psycho-Droit*, Université Paris-Sud, Société Française de Psychologie Juridique, La psychologie et le droit : quels liens ?, 1, 10 avril 2015, p. 131-146, <http://www.psychodroit.com/images/pdf/Psycho-Droit.1.2016.pdf> ; J.-F. ROBERGE, « Le médiateur face au défi de la coopération - Chapitre 16 », dans *Psychologie et droit*, Montréal, Y. Blais, 2020, p. 371-392.

<sup>44</sup> Jean-François ROBERGE, *La justice participative : fondements et cadre juridique*, Montréal, Y. Blais, 2017 ; J.-F. ROBERGE, « Le sentiment de justice. Un concept pertinent pour évaluer la qualité du règlement des différends en ligne ? », *Revue juridique de la Sorbonne* 2020.1.5-21.

<sup>45</sup> Julie COLEMANS, « Ce que les émotions font faire aux professionnels du droit : Jalons pour une approche praxéologique des expressions émotionnelles dans la sphère judiciaire », (2015) 54-4 *Social Science Information* 525-542, 526.

<sup>46</sup> *Conférence La justice face à l'émotion* (3 juin 2021), JustiCité, <https://www.justicite.org/>.

<sup>47</sup> Thomas CLAY, *La mise en état conventionnelle et la césure du procès*, La Semaine Juridique, Colloque « Réformer la justice civile » du 12 février 2018, supplément au n°13, 26 mars 2018, p. 49-52, p. 52.

<sup>48</sup> Nicolas MOLFESSIS et Frédérique AGOSTINI (DIR.), *Chantiers de la justice. Amélioration et simplification de la procédure civile*, ministère de la Justice, 2018.

juristes. Une telle ouverture favoriserait le développement des compétences socio-émotionnelles de ceux-ci, et soutiendrait ainsi le développement d'un système de justice plus qualitatif.

## Droit de la responsabilité civile et émotions

**Muriel FABRE-MAGNAN**

*Professeure à l'Université de Paris 1 (Panthéon-Sorbonne)*

Le thème des émotions est très vaste, et on pourrait en dire beaucoup de choses du point de vue du droit de la responsabilité civile. Pour conserver l'idée directrice du séminaire dans lequel il s'inscrit, je me concentrerai ici sur quelques brèves remarques à destination des doctorants et jeunes chercheurs.

Chez les âmes les plus sensibles et les esprits les plus ouverts, le droit produit légitimement quelques frustrations. Il faut un certain temps pour apprécier les vertus de son abstraction, les attraits de sa rigidité, et peut-être plus encore pour voir que c'est malgré tout d'êtres humains de chair et d'os que l'on parle ainsi. Il faut bien dire aussi que la jubilation intellectuelle que le droit est capable de procurer est assez faible par rapport aux mathématiques ou à la philosophie, et que son potentiel théorique ou encore poétique trouve relativement rapidement ses limites. Au fond, son art et son apport sont d'un autre ordre : faire advenir un peu de justice en ce bas monde, ce qui est certes déjà d'une valeur inestimable.

Dans la plupart des conférences ici réunies est apparu en filigrane, et souvent même remonté à la surface, un présupposé selon lequel un droit qui s'occuperait des émotions pourrait gagner en douceur et en humanité. C'est ce présupposé qu'il nous semble nécessaire de critiquer.

Il faut partir du constat, aujourd'hui acquis, de la prise en compte croissante des émotions. On parle même désormais d'un « tournant émotionnel » dans les sciences humaines et sociales<sup>1</sup>. Alors que, depuis l'antiquité<sup>2</sup>, les philosophes ont encouragé les êtres humains à maîtriser leurs passions et leurs émotions<sup>3</sup>, celles-ci sont aujourd'hui de plus en plus exhibées et valorisées. Il ne s'agit pas ici de retracer l'évolution et le point de retournement de ce mouvement, mais simplement de constater que le monde contemporain donne à voir un changement radical. Les émotions et affects sont

---

<sup>1</sup> Voir, parmi une abondante bibliographie, D. Lemmings et A. Brooks (dir.), *Emotions and Social Change: Historical and Sociological Perspectives*, spécialement leur chapitre 1 sur « The emotional turn in the humanities and social sciences », ou encore F. Fernandez, S. Lézy et H. Marche (dir.), *Le langage social des émotions. Études sur les rapports au corps et à la santé*, Economica, Anthropos, 2008.

<sup>2</sup> On se souvient par exemple de Platon faisant dire à Socrate, dans le *Gorgias*, que chacun doit pouvoir se commander à lui-même et non pas seulement aux autres ; à la question de Calliclès lui demandant ce qu'il entend par se commander soi-même, il répond : « rien de compliqué ; j'entends, comme le vulgaire, être tempérant et maître de soi et commander en soi aux plaisirs et aux passions ».

<sup>3</sup> Nous prenons ici ces termes au sens le plus superficiel, car il faudrait certes distinguer plus finement selon les types d'affects. On ne vise ainsi pas, par exemple, les affects spinozistes qui permettent à l'homme de conquérir une certaine liberté au sein du déterminisme naturel.

aujourd'hui valorisés comme le signe de la particularité et de l'identité des sujets<sup>4</sup>, plus encore comme le critère irréfutable de leur liberté<sup>5</sup>.

Le constat prend un relief particulier en droit. La recherche suppose toujours une grande rigueur épistémologique, et le statut des émotions ne peut pas être le même dans une science descriptive et dans un discours normatif. C'est pourquoi les leçons d'agrégation de 24 heures, vouées à disparaître sous peu, sont souvent si décevantes : ayant comme sujet imposé un concept fréquemment extérieur au droit, les exposés ne peuvent être qu'une description de la façon dont le droit l'appréhende, ce qui donne, directement ou de façon plus ou moins déguisée, des plans du type : I. Les émotions approuvées par le droit ; II. Les émotions réprouvées par le droit.

La valorisation contemporaine des émotions présente quelques risques et écueils, spécialement du point de vue du droit de la responsabilité civile. Nous en relèverons trois.

1) Le premier risque résulte du fait que nos sociétés contemporaines, ne sachant plus guère valoriser les choses autrement qu'en argent, la promotion des émotions conduit à une marchandisation de celles-ci.

C'est la sociologue Eva Illouz qui a le mieux décrit ce phénomène en parlant d'*emotional capitalism* et de marchandises émotionnelles<sup>6</sup>. La culture du capitalisme est selon elle marquée par un double processus d'interpénétration : les relations économiques sont devenues profondément émotionnelles, tandis que les relations intimes sont de plus en plus définies par des modèles économiques.

Ce risque de marchandisation des émotions est particulièrement visible en droit de la responsabilité civile. Les souffrances psychiques et les émotions les plus diverses ont fait leur apparition dans les demandes des victimes et ont été reconnues par les tribunaux et aussi par la cour de cassation : l'angoisse<sup>7</sup>, l'avilissement<sup>8</sup>, le sentiment de

---

<sup>4</sup> Voir E. Illouz, *Les marchandises émotionnelles* (titre original : *Emotions as Commodities. Capitalism, Consumption and Authenticity*, Routledge, 2017), trad. franç. F. Joly, Premier Parallèle, 2019, préf. d'A. Honneth, p. 25, qui évoque les « stratégies culturelles auxquelles ont recours les individus modernes afin de construire leur moi et de consolider le sentiment qu'ils s'en font – moi ancré dans une ontologie des émotions ». Le mouvement s'est fait sentir vers les années 2000 : l'identité n'est plus un ensemble d'éléments objectifs permettant d'identifier les personnes, mais un « sentiment ». Voir, de façon paradigmatique, la thèse de Daniel Gutmann, *Le sentiment d'identité*, LGDJ, coll. « bibliothèque de droit privé », 2000.

<sup>5</sup> Pour quelques repères et références sur ce tournant, voir notre livre *L'institution de la liberté*, PUF, 2018, spécialement p. 137 et s. sur la liberté d'aliéner sa liberté.

<sup>6</sup> Voir son ouvrage précité note 4, *Les marchandises émotionnelles*.

<sup>7</sup> L'évolution vers l'admission du préjudice d'angoisse est connue : voir les références citées dans notre ouvrage, *Les obligations*, 2. *Responsabilité civile et quasi-contrats*, PUF, Thémis droit, 5<sup>ème</sup> éd., 2021, p. 174 et s.

<sup>8</sup> Voir Civ. 2<sup>e</sup>, 13 décembre 2018, 3 arrêts, n° 17-28.716, n° 18-10.276 et n° 18-10.277 ; D. 2019, p. 182, note S. Porchy-Simon, p. 848, obs. N. Touati, C. Bohnert, et p. 856, obs. RÉGINE ; RTD civ. 2019, p. 341, obs. P. Jourdain ; JCP 2019, n° 407, obs. M. Bacache, qui approuve cependant la Cour d'appel d'avoir inclus « le préjudice qualifié d'avilissement d'une victime de faits de prostitution forcée et de traite d'êtres humains » dans le poste des souffrances endurées et, après consolidation, dans celui du déficit fonctionnel permanent, et non pas séparément, notamment à travers la reconnaissance d'un préjudice permanent exceptionnel ou spécifique.

dévalorisation sociale<sup>9</sup>, la souffrance exprimée par les proches de victimes d'attentats terroristes<sup>10</sup>, ou encore d'autres souffrances existentielles<sup>11</sup>.

À la décharge des juges, c'est l'évolution technique de la matière, et notamment la nécessité pour eux de distinguer désormais « poste par poste »<sup>12</sup>, qui a conduit à un affinement des préjudices réparables, spécialement des préjudices moraux pouvant échapper au recours des tiers payeurs. C'est en outre par définition même que le droit de la responsabilité civile a pour principal objet d'indemniser les victimes et donc de convertir les atteintes et souffrances en dommages-intérêts toutes les fois que la réparation en nature n'est pas possible, voire pas souhaitée.

Il n'en demeure pas moins que le droit de la responsabilité civile contribue à rendre toute émotion et toute souffrance soluble dans l'argent.

Il ne s'agit pas, bien entendu, de revenir sur l'indemnisation du préjudice moral – celle-ci est acquise depuis 1833<sup>13</sup> – et même pas non plus de critiquer toutes les évolutions de la jurisprudence (la réparation du préjudice d'angoisse, en particulier dans le contexte des affaires d'amiante, paraît même parfaitement justifiée) mais d'essayer tout de même de prendre conscience et de regarder les conséquences négatives de leur inflation. L'un des arguments invoqués à l'époque, et encore au début du 20<sup>e</sup> siècle, pour essayer d'en limiter l'admission consistait, à juste titre, à redouter ce qu'on appelait le fait de « monnayer ses larmes » et donc déjà de marchandiser ses émotions.

---

<sup>9</sup> Civ. 2<sup>e</sup>, 6 mai 2021, n° 19-23.173, qui reproche à la cour d'appel de n'avoir pas recherché, « comme elle y était invitée, si n'était pas caractérisée l'existence d'un préjudice résultant de la dévalorisation sociale ressentie par la victime du fait de son exclusion définitive du monde du travail, indemnisable au titre de l'incidence professionnelle ». Là encore, le préjudice est nommé et reconnu, même si la Cour de cassation veille malgré tout à ne pas multiplier les postes épars et donc à réparer ces préjudices à travers les principaux chefs déjà consacrés.

<sup>10</sup> Voir le Rapport remis par le groupe de travail dirigé par Stéphanie Porchy-Simon le 6 mars 2017 sur « L'indemnisation des préjudices situationnels d'angoisse des victimes directes et de leurs proches ».

<sup>11</sup> Pour plus de développements, voir notre article sur « Le dommage existentiel », *D.* 2010, chron., p. 2376 et s.

<sup>12</sup> On sait que, depuis la loi du 21 décembre 2006 de financement de la Sécurité sociale pour 2007, l'article 31 de la loi du 5 juillet 1985, applicable au-delà des seuls accidents de la circulation, dispose que « les recours subrogatoires des tiers payeurs s'exercent poste par poste sur les seules indemnités qui réparent des préjudices qu'elles ont pris en charge, à l'exclusion des préjudices à caractère personnel ».

<sup>13</sup> Voir P. Esmein, « La commercialisation du dommage moral », *D.* 1954, chron., p. 113, reproduit in S. Carval, *La construction de la responsabilité civile*, PUF, Doctrine juridique, 2001, p. 280. Dans cette affaire examinée par les Chambres réunies le 15 juin 1833, il s'agissait du préjudice causé aux pharmaciens de Paris par des gens qui avaient illégalement exercé la pharmacie et contre lesquels plusieurs pharmaciens s'étaient constitués parties civiles. La Cour de cassation rejeta l'objection selon laquelle ce préjudice était impossible à évaluer en affirmant que ces difficultés ne rendaient pas l'action irrecevable pour autant. Dans ses conclusions, le procureur général Dupin précisait que « l'erreur capitale dans toute cette affaire c'est de croire qu'il n'y ait qu'un préjudice matériel et d'argent qui puisse donner lieu à une action en dommages-intérêts ».

Il doit pourtant subsister des choses sans prix<sup>14</sup>, que l'argent ne peut pas acheter et ne peut pas compenser<sup>15</sup>. La conversion en argent de certains sentiments et de certaines pertes conduit en effet inmanquablement à leur dévalorisation.

Plus précisément, le fait de tout exprimer en argent conduit tout à la fois à mettre un prix à toutes les douleurs et souffrances dont certaines sont pourtant sans prix, et à l'inverse, et paradoxalement, à laisser penser que le responsable pourrait être quitte de ses méfaits en payant un certain prix.

Il ne s'agit pas de moquer, encore moins de dénoncer la cupidité des victimes, mais notamment, comme l'avait si bien décrit le grand juriste Paul Atiyah pour le système américain, d'ouvrir les yeux sur un système qui pense se racheter des injustices sociales en faisant miroiter à tout un chacun les possibilités de gains à la grande loterie des dommages-intérêts<sup>16</sup>.

L'argument selon lequel ce serait la seule façon d'accorder aux victimes une indemnisation supplémentaire dans un système qui minimiserait les évaluations ne tient pas. Les juristes ne peuvent se désintéresser de la société et du type de relations sociales qu'ils instituent par leurs règles. Or s'il s'agit d'augmenter l'indemnisation des victimes, il serait plus opportun d'évaluer plus généreusement l'ensemble des postes objectifs de préjudice, ou encore de plaider pour l'introduction des dommages-intérêts punitifs en droit français, d'autant que le véritable objectif poursuivi, à travers l'inflation des préjudices moraux, consiste souvent précisément à sanctionner davantage les auteurs dont le comportement a été particulièrement répréhensible.

Plusieurs droits étrangers sont sensibles à ces dérives. Par exemple le droit américain, qui reconnaît pourtant précisément la notion d'*emotional distress* à travers deux torts : le *tort of intentional infliction of emotional distress* et le *tort of negligent infliction of emotional distress*. Le deuxième cas suppose ainsi que la victime démontre qu'elle ait au moins été sur la zone du danger ayant atteint les victimes directes (par exemple sur le lieu de l'attentat). On pourrait citer encore le droit italien qui barémise les préjudices corporels afin de veiller à une égalité entre les victimes indépendamment de leur statut social ou encore de leur propension à exprimer leur souffrance.

Plus encore, il faudrait reprendre et approfondir la question de la réparation en nature, dont le sens et l'interprétation pourraient être beaucoup plus créatifs qu'ils ne le sont actuellement, souvent limités à la réparation ou au remplacement de la chose endommagée. Ce mode de réparation pourrait ainsi trouver une place particulièrement appropriée en matière de préjudice corporel, pas seulement dans le sens des soins apportés à la personne, mais aussi pour la nécessaire reconnaissance de leurs souffrances.

<sup>14</sup> On connaît la célèbre formule de Kant selon laquelle « dans le règne des fins tout a un PRIX ou une DIGNITÉ. Ce qui a un prix peut être aussi bien remplacé par quelque chose d'autre, à titre d'équivalent ; au contraire, ce qui est supérieur à tout prix, ce qui par suite n'admet pas d'équivalent, c'est ce qui a une dignité » (E. Kant, *Fondements de la métaphysique des mœurs*, éd. originale, 1785, trad. V. Delbos, Paris, 1952, p. 160).

<sup>15</sup> Voir M. J. Sandel, *Ce que l'argent ne saurait acheter*, Seuil, 2014, préf. J.-P. Dupuy (titre original : *What Money Can't Buy. The Moral Limits of Markets*, 2012).

<sup>16</sup> P. S. Atiyah, *The Damages Lottery*, Hart Publishing, 1997.

2) Le deuxième risque est lié au phénomène de victimisation.

Les émotions sont aujourd'hui perçues comme les dépositaires de la vérité d'un sujet<sup>17</sup>. Il faut tout de suite préciser, même s'il est impossible de creuser ce point ici, que ces émotions contemporaines, imprégnées d'une idéologie individualiste et égocentrée, sont aux antipodes des émotions bergsoniennes<sup>18</sup>, qui loin de marquer la particularité d'un sujet, renvoient au contraire au monde lui-même. L'émotion véritable est en effet, pour Bergson, « celle qui précède la représentation, qui la contient virtuellement et qui en est jusqu'à un certain point la cause »<sup>19</sup>. Chaque victime a au contraire désormais son idiosyncrasie et s'identifie par sa souffrance propre<sup>20</sup>.

On insiste alors beaucoup, précisément en matière de responsabilité civile, sur le besoin de reconnaissance des victimes et de leurs émotions, et donc sur la nécessité de nommer précisément toutes leurs souffrances. Cette thérapie ne fait cependant pas l'unanimité, et d'autres ont pu légitimement souligner les risques liés à l'enfermement des victimes dans leur souffrance<sup>21</sup>. Se définir et s'identifier par rapport à ses émotions négatives peut en effet conduire à figer et à ancrer ces souffrances dans son identité et, partant, à rendre plus difficile encore pour les victimes de s'en détacher, quand leur mise à distance serait pourtant nécessaire à leur métabolisation.

<sup>17</sup> Voir à nouveau E. Illouz, « Vers une critique post-normative de l'authenticité émotionnelle », Conclusion à l'ouvrage précité note 3, *Les marchandises émotionnelles*. Elle énonce ainsi, p. 335 : « Les émotions deviennent les dépositaires de la vérité et de l'expérience existentielle. Elles définissent la vérité d'un sujet ».

<sup>18</sup> H. Bergson, *Les deux sources de la morale et de la religion*, 1932, PUF, Quadrige, p. 40-41 : « Une émotion est un ébranlement affectif de l'âme, mais autre chose est une agitation de la surface, autre chose un soulèvement des profondeurs. Dans le premier cas l'effet se disperse, dans le second il reste indivisé. Dans l'un, c'est une oscillation des parties sans déplacement du tout ; dans l'autre, le tout est poussé en avant. Mais sortons des métaphores. [...] Dans la première, l'émotion est consécutive à une idée ou à une image représentée ; l'état sensible résulte bien d'un état intellectuel qui ne lui doit rien, qui se suffit à lui-même et qui, s'il en subit l'effet par ricochet, y perd plus qu'il n'y gagne. C'est l'agitation de la sensibilité par une représentation qui y tombe. Mais l'autre émotion n'est pas déterminée par une représentation dont elle prendrait la suite et dont elle resterait distincte. Bien plutôt serait-elle, par rapport aux états intellectuels qui surviendront, une cause et non plus un effet ; elle est grosse de représentations, dont aucune n'est proprement formée, mais qu'elle tire ou pourrait tirer de sa substance par un développement organique. La première est infra-intellectuelle ; c'est d'elle que les psychologues s'occupent généralement, et c'est à elle qu'on pense quand on oppose la sensibilité à l'intelligence ou quand on fait de l'émotion un vague reflet de la représentation. Mais de l'autre, nous dirions volontiers qu'elle est supra-intellectuelle, si le mot n'évoquait tout de suite, et exclusivement, l'idée d'une supériorité de valeur ; il s'agit aussi bien d'une antériorité dans le temps, et de la relation de ce qui engendre à ce qui est engendré ».

<sup>19</sup> *Ibid.*, p. 44. Voir surtout en ce sens le magnifique texte de Renaud Barbaras intitulé « Étude sur la cosmologie d'Eugène Minkowski », publié avec la réédition de *Vers une Cosmologie* de Minkowski (la publication originale date de 1936), Les éditions des Compagnons d'humanité, coll. Bibliothèque de l'Existence, Paris, 2021, pp. 267-377 : poursuivant son élaboration d'une cosmologie phénoménologique (voir son dernier livre, *L'appartenance. Vers une cosmologie phénoménologique*, Peeters, Bibliothèque Philosophique de Louvain, 2019), il explicite, sur le fondement notamment des travaux de Minkowski, ce que ce dernier nomme une « solidarité structurale » entre le moi et le monde, qui implique aussi une unité entre le psychisme et le cosmos.

<sup>20</sup> Pour plus de développements, voir notre contribution aux *Mélanges offerts à Catherine Labrusse-Riou*, intitulée « La personne dans le droit... de la responsabilité civile », à paraître.

<sup>21</sup> Voir not. A. Dénouveaux et A. Garapon, *Victimes, et après ?*, Gallimard, Collection Tracts, n° 10, 2019.

Considérer que ne pas reconnaître les émotions des victimes serait une violence à leur sentiment d'identité conduit en outre à des effets pervers d'un point de vue collectif. La reconnaissance d'un droit à la prise en compte des émotions individuelles particulières a en effet pour conséquence une limitation toujours croissante de certaines libertés pour les autres, et en particulier de la liberté d'expression. L'émergence d'un droit de ne pas être heurté dans sa sensibilité conduit ainsi à privatiser l'espace public en revendiquant que celui-ci soit toujours plus aseptisé et vidé de tous les signes pouvant blesser certains de ses occupants, par exemple que les œuvres littéraires ou artistiques soient expurgées de tout propos offensant. Le mouvement gagne même, comme on le sait, les enseignements universitaires, ce qui est préoccupant à maints égards, car l'esprit critique et la liberté de penser ne se gagnent que par la confrontation à différentes façons de penser<sup>22</sup>. Sous d'autres termes, c'est en outre une forme de paternalisme tant décriée dans d'autres domaines qui refait surface.

Le cercle risque alors d'être vicieux, car cet affadissement généralisé conduit à une susceptibilité toujours exacerbée. Le temps a passé rapidement, et ce qui apparaissait une évidence encore en 1989, dans une décision de la Cour suprême américaine, est aujourd'hui perdu de vue. Dans un arrêt *Texas v. Johnson*, les juges rappelaient ainsi que le Gouvernement ne peut pas interdire l'expression d'une idée simplement parce que la société la trouve offensante ou désagréable (« *government may not prohibit the expression of an idea simply because society finds the idea itself offensive or disagreeable* »).

La société est aujourd'hui tellement centrée sur les victimes qu'on en oublie que le droit de la responsabilité vise aussi à sanctionner l'auteur d'un dommage. Le thème des émotions devrait pourtant également être envisagé du point de vue du responsable. Pour apprécier le comportement du bon père de famille, désormais de la personne raisonnable, ses émotions sont en effet parfois examinées par les juges, mais loin d'être valorisées comme du côté des victimes, elles sont cette fois-ci condamnées sans appel. Le bon père de famille, désormais la personne raisonnable, doit mettre à distance ses émotions et apprendre à les maîtriser.

### 3) Le troisième risque est celui de l'intrusion du droit et de l'État dans l'intime.

En voulant introduire des sentiments ou des émotions dans le droit, on introduit en réalité nécessairement du droit dans les domaines les plus intimes.

À partir du moment, en effet, où une règle de droit prend pour condition de mise en œuvre un élément qui relève de l'intime, il faudra bien que le système juridique trouve les moyens d'en contrôler l'existence et la consistance. Sauf à ce qu'il renonce à ce contrôle, mais alors il sera injuste puisqu'il donnera les mêmes prérogatives et les mêmes droits – dans le domaine qui nous intéresse, la même indemnisation – à toutes les personnes quelle que soit, finalement, leur situation réelle, et quels que soient leurs préjudices effectifs.

---

<sup>22</sup> Simone Weil recommandait ainsi, dans *La pesanteur et la grâce* : « Méthode d'investigation : dès qu'on a pensé quelque chose, chercher en quel sens le contraire est vrai ».

La réparation ou à tout le moins l'indemnisation des émotions négatives, c'est-à-dire dommageables, suppose ainsi leur démonstration, ce qui pose la question redoutable de leur preuve.

Faut-il prendre les paroles des victimes pour argent comptant, et les indemniser à hauteur des émotions qu'elles déclarent ? La tromperie et la duplicité ne seraient pas détectables et pas punis, tandis que la vertu de la retenue ne serait plus récompensée.

Faut-il alors demander aux victimes de démontrer la véracité de leurs émotions, ou les soumettre à un interrogatoire serré, notamment par des psychologues ? Toutes ces questions et toutes ces enquêtes peuvent légitimement être perçues comme intrusives et même être empreintes d'une certaine violence vis-à-vis des victimes, en ce qu'elles impliquent une remise en cause de leurs paroles. La brutalité de cette intrusion sera mal masquée par l'utilisation des neurosciences et autres prétendues « intelligences » artificielles de plus en plus souvent convoquées pour détecter les émotions, et aussi, à « l'âge du capitalisme de surveillance »<sup>23</sup>, pour les contrôler et les influencer.

En définitive, la judiciarisation des émotions ne peut que conduire, par définition même, à leur juridicisation, c'est-à-dire inévitablement aussi à la normalisation de leur appréciation. Celle-ci est déjà gouvernée par de nombreux stéréotypes, sur les émotions qu'il est ou non permis d'exprimer ou même de ressentir, ce qui est pourtant une pente lourde vers une société totalitaire.

Le non-droit n'est pas seulement une hypothèse<sup>24</sup>, mais une nécessité.

Muriel Fabre-Magnan

Professeure à l'Université de Paris 1 (Panthéon-Sorbonne)

---

<sup>23</sup> Voir le livre de Shoshana Zuboff, *L'âge du capitalisme de surveillance* (titre original : *The Age of Surveillance Capitalism: The Fight for a Human Future at the New Frontier of Power*, Profile Books Ltd, 2019), trad. franç. B. Formentelli et A.-S. Homassel, Zulma essais, 2020, qui montre que les géants du web ne cherchent plus seulement à capter toutes nos données, mais à orienter, modifier et conditionner nos comportements et nos pensées les plus intimes, et notamment nos émotions.

<sup>24</sup> Voir le célèbre article de J. Carbonnier, « L'hypothèse du non-droit », *Archives de philosophie du droit*, Sirey, 1963, p. 55 ; repris in *Flexible droit. Pour une sociologie du droit sans rigueur*.

## Philosophie du préjudice et émotion

**Jean Baptiste PRÉVOST**

*Juriste et philosophe du droit, auteur de « Penser la blessure. Un éclairage philosophique sur la réparation du préjudice corporel »<sup>1</sup>*

(La forme de l'exposition orale a été conservée)

Tout d'abord nous allons commencer par quelques distinctions terminologiques ou lexicales pour la clarté de l'exposé qui va suivre. L'emploi du terme d'émotion, ou de sentiment, renvoie ou se subsume sous la catégorie plus générale des affects, que nous allons parfois employer pour embrasser plus de situations qui ne s'éloignent guère souvent de ce que l'on entend par émotion, mais qui ne le recouvrent pas toujours parfaitement. DESCARTES, tout comme SPINOZA, définissent ainsi l'affect comme une « passion de l'âme ». Raisonner sur les affects, en faire l'objet d'un discours, c'est s'intéresser à cette matière première qui, de prime abord, semble rétive à toute analyse rationnelle, mais qui constitue pourtant le tissu complexe des mobiles et des actions humaines. C'est un terme qui possède une consistance philosophique importante<sup>2</sup> et qui, d'une manière générale, est revenu sur le devant de la scène des sciences humaines<sup>3</sup>. L'émotion est donc un affect ; intéressons-nous plus précisément à ce terme d'émotion : emprunté du latin *motio*, « mouvement », l'émotion est au plus près de son origine étymologique ce qui met en mouvement et nous jette au dehors<sup>4</sup>. L'émotion est un mouvement, elle emporte le sujet, elle l'anime, le bouscule, le bouleverse parfois, l'entraîne, elle produit une agitation, elle nous anime, indépendamment du contenu affectif qui est ainsi véhiculé (qu'il soit positif ou négatif). Ainsi parfois elle nous éveille, nous réveille d'un état statique que l'émotion suscitée vient perturber. D'ailleurs à l'origine l'émotion s'oppose à l'ataraxie antique<sup>5</sup>, à cette impassibilité du sage antique qu'aucune émotion, précisément, ne vient altérer.

Ceci montre bien que l'émotion est une réaction affective qui est de l'ordre de l'immédiateté, non médiatisée, irréfléchie. Elle échappe au sujet qui l'éprouve. On peut ainsi pour cette raison regretter d'avoir manifesté trop d'émotion dans tel ou tel

<sup>1</sup> *Penser la blessure. Un éclairage philosophique sur la réparation du préjudice corporel*, préface de Philippe BRUN, LGDJ, 2018

<sup>2</sup> Précisons que c'est surtout NIETZSCHE qui a opéré une véritable réhabilitation conceptuelle de la notion d'affect ; une réhabilitation décisive, au point de renverser la hiérarchie traditionnelle qui subordonne les affects à la raison. Les systèmes philosophiques, notamment, ne seraient pour lui que l'adjonction artificieuse d'une argumentation prétendument rationnelle à des préférences pulsionnelles et affectives qui sont en réalité déterminantes.

<sup>3</sup> V. par ex. Frédéric Lordon, *La société des affects. Pour un structuralisme des passions*, Seuil, coll. « L'ordre philosophique », 2013.

<sup>4</sup> V. « émotion », Dictionnaire historique de la langue française d'Alain Rey, Le petit Robert, p.772.

<sup>5</sup> Maxence CHRISTELLE l'a mentionné dans un précédent séminaire.

contexte. On laisse échapper une larme, un rire, un cri, et le corps bien souvent trahit en effet cette excédence de ce qui est ressenti par le sujet, qui lui échappe, qui le meut indépendamment de sa volonté et de sa raison. C'est la raison pour laquelle, d'une certaine manière, l'émotion ne ment pas. Cependant – et c'est là pour ainsi dire tout le problème –, si elle ne ment pas sur ce qu'éprouve le sujet, rien n'est assuré quant à sa validité objective intrinsèque, quant à la possibilité d'une confirmation intersubjective, partagée, qui serait validée ou confirmée par d'autres subjectivités, ce qui laisse donc en suspens la question de savoir si elle viserait une quelconque vérité.

Ce point est décisif en effet car si l'on reprend le titre de la problématique qui nous réunit dans le cadre de ce séminaire « droit et émotion », on fera le constat que l'intitulé même sonne de prime abord comme un improbable appariement, une juxtaposition incongrue. L'explication de cette « dissonance » n'est guère difficile à trouver : c'est précisément parce que le droit est une des expressions la plus haute et la plus sophistiquée de la rationalité occidentale, une construction prodigieuse, nécessitant les efforts conjugués de générations de penseurs, de jurisconsultes, de commentateurs, de juristes qui se sont succédés à travers les siècles. Ces efforts ont été en grande partie tournés vers l'élaboration progressive et ô combien difficile d'une *référence* capable de supporter l'édifice social, l'ordre social, de le justifier, et de le fonder en raison, en jugulant les passions humaines, les débordements et les excès. Un ordre symbolique, qui soutient le monde social. Il n'y a pas loin de l'homme à l'abîme, comme l'a bien montré Pierre LEGENDRE, et le droit est ce montage qui nous en sépare<sup>6</sup>.

C'est ce qui explique la méfiance préjudicielle du droit envers tout ce qui relève de l'émotion, des affects. Et c'est ce qui explique, dans sa forme moderne notamment, le besoin d'autojustification rationnelle de ses énoncés. Même s'il nous faudra nuancer cette relégation des émotions, nous essaierons tout d'abord d'en saisir les raisons, pour aborder ensuite cette question dans un domaine du droit plus précis, à savoir le droit du dommage corporel, domaine tout particulièrement riche d'enseignement pour traiter de la place des émotions dans le droit.

## 1- La relégation des émotions par le droit

Pour analyser la situation des émotions dans le droit, il faut préalablement rappeler que, comme les autres champs sociaux, le droit a dû conquérir son autonomie, l'autonomie de la forme juridique en tant que telle sur toute ingérence extérieure, élaborant en théorie un mode de pensée spécifique trouvant en lui-même son propre fondement. Aldo SCHIAVONE, dans son ouvrage *Ius, l'invention du droit en Occident* écrit ainsi : « Grâce à la pensée abstraite, le *ius*, dans l'esprit des interprètes, commençait à se détacher non seulement des sphères sociales et institutionnelles qui lui étaient historiquement contiguës, comme la religion et la politique, mais de la matérialité même

---

<sup>6</sup> Cette question est transversale dans l'œuvre de Pierre LEGENDRE, v. notamment : *Leçons II. L'Empire de la vérité. Introduction aux espaces dogmatiques industriels* » (italiques et sans guillemets), nouvelle édition augmentée, Paris, Fayard, 2001 ; *Leçons VII. Le Désir politique de Dieu. Étude sur les montages de l'État et du droit* (idem), 2<sup>e</sup> éd., Paris, Fayard, 2005.

de la vie à laquelle pourtant il se référait : besoins, conflits, intérêts, rapports de force ; il élevait en quelque sorte une barrière épistémologique entre le monde et lui-même (...) L'auto-isolement des gardiens du *ius* dans un univers des formes pures, de proportions et de compatibilités définies et cachées, et l'ordonnancement qu'induisaient ces abstractions, libéraient en effet une immense force de réglementation, une prise incomparable sur la vie nue, laissée provisoirement à l'écart dans le seul but d'être mieux maîtrisée. On voyait s'établir les difficiles protocoles d'une technique de contrôle social qui allait connaître un succès durable et inégalé. »<sup>7</sup> Cette expression de « barrière épistémologique » employée par Aldo SCHIAVONE donne une image assez juste de ce processus par lequel le droit a progressivement tracé les frontières de son empire, dans son rapport avec la réalité humaine dans toute sa complexité. Bien entendu, soutenant l'ordre social, le droit est en étroite connexion avec lui, et cette autonomie se voit en partie nuancée, atténuée. Il n'en reste pas moins que quant à sa forme, sa méthode, son système de justification interne, comme mode de production d'un certain type de discours, le droit requiert une autonomie importante et un formalisme rigoureux. Il est à peine besoin de rappeler que le droit manie la foudre : par la médiation de ses institutions, il sanctionne, restitue, rétrocède, condamne, innocente ; ses arrêts doivent être suivis d'effets. Et pour qu'ils soient suivis d'effets, il a besoin de la croyance de ceux sur qui il fait effet, une croyance dans le système de justification interne qui le lie étroitement à son formalisme et à sa rationalité intrinsèque.

Tout ceci explique qu'il emprunte toutes les marques formelles d'une « rhétorique de l'impartialité et de la neutralité », comme le relève BOURDIEU dans son analyse du champ juridique<sup>8</sup>. Cet « effet de neutralisation », constate BOURDIEU, s'observe aisément dans le langage même du droit, notamment par des constructions syntaxiques comme la prédominance des constructions passives et des usages impersonnels visant à accentuer « l'impersonnalité de l'énonciation normative ». Mais aussi « l'effet d'universalisation » : l'emploi de l'indicatif pour énoncer des normes, les verbes constatifs à la troisième personne du singulier du présent ou du passé composé pour exprimer l'aspect accompli ; l'usage d'indéfinis et du présent intemporel pour exprimer l'omnitemporalité de la règle de droit, sa généralité. Nous touchons là au cœur du droit : une posture discursive universalisante, avec ses rigoureuses subsomptions catégoriales, ses non moins rigoureuses déductions à partir d'un corps de règles cohérentes, sans oublier l'importance du procédé syllogistique.

Pour que le droit puisse constituer ce capital ou ce « réservoir d'autorité » capable de garantir celle de tous les actes juridiques particuliers, aussi infimes soient-ils, et qui se déploient par capillarité dans tous les interstices du monde social, il a besoin que personne ne puisse douter *a minima* de ces caractéristiques : neutralité, impersonnalité, universalité, qui sont des caractéristiques de la raison. C'est aussi la raison pour laquelle,

<sup>7</sup> Aldo SCHIAVONE, *Ius, l'invention du droit en occident*, Belin 2008, p. 276 (v. l'ensemble du chap. XII de la 3ème partie « Le nouveau paradigme : abstraction et formalisme »).

<sup>8</sup> P. BOURDIEU, *La force du droit (éléments pour une sociologie du champ juridique)*, Actes de la recherche en science sociales, Vol. 64, septembre 1986, De quel droit ? p. 3-19 ; v. également J.-L. SOURIAUX et P. LERAT, *Le langage du droit*, PUF, 1975

tout comme en science, le droit accorde autant d'importance à la preuve ; CARBONNIER l'écrit à propos du procès dans une formule bien connue : « le procès est l'institution d'une mise en doute »<sup>9</sup>. D'une manière tout à fait générale, chaque fait, chaque élément qui se place sous le regard du droit doit apporter ses titres de créance à la vérité (pour employer une expression cartésienne).

Voilà pourquoi les affects sont mis à distance, regardés avec méfiance, perçus comme un parasitage de cette part bien trop humaine sur un montage qui doit en permanence s'assurer et justifier de sa rationalité, de sa neutralité, de son universalité. On a là tous les éléments qui expliquent l'apparente froideur du droit, et sa méfiance préjudicielle envers tout ce qui serait affecté d'un quelconque coefficient d'irrationalité. Les émotions et les affects se retrouvent donc, au regard de ces réquisits méthodologiques, suspects, dépréciés, mésestimés par le droit. Précisons que c'est souvent fort heureux ainsi. Il suffit de penser aux conditions de formation du contrat : pour que l'engagement soit juridiquement scellé, mieux vaut éviter le parasitage des affects passagers et s'assurer de la pureté des volontés exprimés. CORNU, dans son article de 1964, « *Du sentiment en droit civil* », écrit : « beaucoup d'actes juridiques sont conçus sous l'empire d'un sentiment qui en trouble la formation, au point d'en compromettre la validité »<sup>10</sup>. Il convient donc de les mettre à distance, ces affects, ces sentiments, il faut les conjurer, et rester comme le sage antique impassible vis-à-vis d'eux. Le droit reste inflexible, indifférent, il surplombe impartialement et hautainement cette mer houleuse des passions humaines, traversée d'orages et de fureurs passagères. Les désordres de l'âme ne semblent guère avoir droit de cité devant lui, sinon pour être, une fois débusqués, une cause de nullité des actes juridiques qui en serait entachés. Une grande part de son efficacité sociale dépend de cette vigilance « inquiète ». Par définition l'acte juridique peut entraîner de vastes conséquences pour le futur, la suspicion d'arbitraire et de contingence que l'on rattache aux émotions pourrait hypothéquer son efficace.

Cependant, tout n'est peut-être pas aussi simple ni aussi tranché et, avant d'étudier plus spécifiquement la place des émotions et des affects en droit du dommage corporel, on peut déjà nuancer cette première approximation qui oppose un peu trop frontalement les affects et le droit. Ce refoulement est d'ailleurs peut être suspect, et il faudra bien prendre garde au retour brutal de l'émotion préalablement éconduite par l'imperturbable austérité du juriste.

Cette nuance nécessite un déplacement de perspective sur cette question. En effet, la matière première du droit, c'est l'homme, et l'homme entendu dans toutes ses dimensions. Quand bien même le voudrait-il, il ne peut pas ne prélever en l'homme que ce qui serait susceptible de satisfaire ses propres réquisits méthodologiques, au risque de ne pas remplir sa fonction. Si sa fonction sociale (et sa méthode) lui impose de les mettre à distance, il ne peut aucunement les ignorer. En réalité, il a affaire véritablement avec tout le spectre des passions humaines, parfois les pires d'ailleurs, et on conviendra

<sup>9</sup> Jean CARBONNIER, *Sociologie juridique*, PUF, coll. Thémis, 1978, p. 194. La citation complète est « Le jugement est un doute qui décide ; le procès, l'institution d'une mise en doute ». L'idée décisive est bien entendu l'acte même d'institutionnaliser cette mise en doute...

<sup>10</sup> G. CORNU, « *Du sentiment en droit civil* », *Annales de la Faculté de droit de Liège*, 1963, p. 189.

aisément sur ce sujet précis que toutes nos turpitudes passionnelles se listent et s'ordonnent dans ses codes en rang serrés, dès lors assagies, canalisées, circonscrites. En bref rien de ce qui est humain ne lui est étranger. Les historiens du droit savent bien que l'on peut établir une généalogie des passions humaines, ou diagnostiquer les vices d'une époque donnée, en compulsant les codes et les lois du passé. Le droit, pour qui sait voir, peut être à ce titre un reflet assez précis des passions qui traversent une société donnée. Il suffit donc d'un déplacement de perspective pour constater qu'il est, d'une certaine manière, obligé de s'en mêler. Et parfois même, nous allons le voir tout de suite, d'une manière qui n'est pas seulement dépréciative.

Le droit ne serait en tout cas pas totalement étranger aux affects aux émotions et aux passions, bien plutôt il a sans cesse affaire à elles, simplement il doit les décoder au regard de sa fonction, il doit les assimiler, les traduire socialement.

## **2- Les émotions et les affects en droit du dommage corporel**

Nous voudrions nous saisir d'un domaine qui est celui du droit du dommage corporel pour exemplifier ceci plus précisément. C'est un domaine qu'il me semble opportun d'étudier dans la question qui nous est soumise car il va obliger en quelque sorte le droit à devoir précisément opérer des investigations plus poussées dans le domaine des affects, non par dérive, une dérive qui serait d'ordre « sociétale », ou compassionnelle, mais au regard des impératifs qui sont ceux de la matière elle-même. Le droit du dommage corporel naît en effet de la rencontre entre le droit et la blessure, son objectif est de réparer cette blessure conformément au principe de réparation intégrale.

Les caractères en apparence immodestes et prométhéens du principe de réparation intégrale ne doivent pas faire oublier qu'il appartient à l'essence même de la responsabilité civile, répondant parfaitement à sa finalité : un dommage a été engendré, il faut le réparer, dédommager, et l'on pourrait ici renvoyer aux débats doctrinaux autour de la naissance de la responsabilité sans faute, naissance rendue nécessaire par la complexification technologique des sociétés industrielles avancées, rendant l'imputation de la faute à des agents individuels de plus en plus difficile à opérer. Il faut donc réparer et répartir la charge du dommage.

Cependant, pour réparer le dommage, il va falloir tout d'abord l'évaluer, le mesurer au plus juste. Et c'est ici que le droit va devoir, pour répondre à sa fonction, s'enquérir des labyrinthes pour lui égarant de la subjectivité humaine. Il va devoir prendre en compte le vécu individuel. En effet cet effort d'investigation dérive de l'application de deux axiomes de la matière qui sont complémentaires ou plutôt dont l'un est le corollaire de l'autre : le principe de la réparation intégrale ci-dessus mentionné et celui de l'individualisation de la réparation. Le premier suppose de devoir faire comme-ci le dommage n'avait pas eu lieu, c'est-à-dire de replacer la victime dans la situation dans laquelle elle se serait trouvée si le dommage n'avait pas eu lieu.

L'autre dérive de ce principe : il va obliger le juge à analyser le dommage, à l'évaluer non pas abstraitement, mais le plus concrètement possible, non pas *in abstracto* mais *in*

*concreto*, au plus loin de tout critère abstrait ou impersonnel. Il doit donc se situer au plus près de la réalité du préjudice. Le juge doit autrement dit singulariser son jugement en vue de s'adresser à la victime du dommage, à cette victime là et pas une autre.

Et c'est ici, autour de cette nécessité d'individualiser la réparation du préjudice corporel, que vient s'engouffrer toute la dimension affective, émotionnelle de la matière. Il faudra évaluer des souffrances, des bouleversements d'ordre personnel et affectif.

Prenons l'exemple d'une personne qui se trouve défigurée par un accident : toute sa vie elle subira le regard d'autrui, et sa vie sentimentale en sera bouleversée, cette blessure trouvera son expression catégoriale dans le préjudice esthétique, prévu dans la nomenclature des postes de préjudice<sup>11</sup>. Les chances de fonder une famille, et les joies et les émotions qui vont avec, s'évanouiront également, c'est alors le préjudice d'établissement qui pourra accueillir une caractérisation plus fine de son préjudice. La victime était sportive, elle devient tétraplégique, il faut évaluer cette perte de tout un pan, là encore, de son existence. C'est ici le préjudice d'agrément qui en précisera le contenu. Il est inutile de passer en revue tous les postes de préjudice. Toutes ces souffrances, indissolublement organiques et psychiques, qu'impose une vie diminuée, voire mutilée, tous ces bouleversements impliquent de tenir compte des affects et des émotions. Que l'on pense également à la dénomination même du « préjudice d'angoisse », dont la nature est éminemment affective. Ces postes de préjudice (et beaucoup d'autres) n'ont pour seul objet que de rendre la blessure juridiquement intelligible, en décomposant analytiquement la souffrance d'un individu. Par-là, ils enregistrent toute la dimension affective et émotionnelle que cette souffrance recouvre.

Les implications émotionnelles et affectives d'un dommage dans une existence sont multiples et complexes, notamment dans la mesure où ces implications sont liées à l'existence et à la personnalité propre de l'individu. Ces conséquences sont par nature rebelles à tout ordonnancement, à toute objectivation. Et pourtant, il faut porter à l'expression le préjudice, il faut, pour ainsi dire, faire en sorte que la blessure puisse s'ordonner, afin que le préjudice puisse s'évaluer. Nous le disions plus haut, la nomenclature des postes de préjudice a cette fonction de rendre la blessure juridiquement intelligible : dans ce vécu individuel il faudra distinguer les émotions, les affects, faire preuve d'une certaine finesse analytique, et nous pouvons dire que le droit a été à la hauteur de cette délicate formalisation, même si des progrès restent encore à accomplir. Que la blessure, avec toutes les dimensions proprement psychologiques, affectives, émotionnelles, puisse se dire, s'énoncer, en des formes telles que le droit puisse s'en saisir, montre bien cet effort d'appréhension des émotions.

---

<sup>11</sup> S. PORCHY-SIMON, « Les origines de la nomenclature Dintilhac », in *Quelle prise en charge des dommages corporels au XXI<sup>e</sup> siècle ? Actes de colloque*, 2018, disponible : <https://cercriid.univ-st-etienne.fr>, p. 101. Précisons qu'à bien des égards l'élaboration d'une nomenclature des postes de préjudice a constitué un immense progrès, notamment par la constitution d'un langage commun aux différents acteurs, au point que l'on a pu s'impatier fort légitimement des lenteurs du juge administratif s'agissant de son adoption, v. A. GUÉGAN-LÉCUYER, « Vers une nomenclature des préjudices corporels enfin commune aux deux ordres de juridictions », *Gaz. Pal.* n° 247, 4 septembre 2014.

Cet effort est rendu possible, ceci mérite d'être observé, grâce au pragmatisme constitutif du droit : l'objectif est ici d'aboutir à une créance de réparation ; le droit, parce qu'il doit réparer un ordre détruit, ne peut se permettre de rester comme médusé devant le caractère mouvant, subjectif, et incertain du tissu émotionnel. Et il ne peut rester indifférent parce que cette matière affective, aussi mouvante soit-elle, fait partie factuellement du préjudice, qui n'est qu'une conséquence du fait dommageable.

Cependant, si l'individualisation de la réparation oblige le juge à cette investigation, si ce dernier doit donc affronter la complexité de cette dimension émotionnelle, l'émotion et le droit ne s'en trouvent pas pour autant toujours réconciliés. Nous allons voir en effet que c'est souvent par des outils extérieurs ou périphériques au droit que les problèmes surviennent. En effet, nous connaissons « la tentation » du juge de recourir à des outils d'évaluation et de mesure du dommage dont il n'a lui-même pas la maîtrise, et qui se caractérisent par des méthodes de traitement parfois extrêmement simplificatrices. C'est le cas en premier lieu des barèmes de cours bien entendu, cette question est bien connue, et de plus en plus rares sont les juristes qui en défendent l'usage. Mais c'est le cas aussi de la justice prédictive qui n'est pas sans contrevenir au principe de personnalisation de la réparation. C'est encore (et surtout) le cas d'un certain usage des outils employés par l'expertise médicale. Il n'est pas question bien entendu de remettre en cause ce recours parce qu'il dérive de la nécessité pour le droit de répondre aux réquisits qui sont les siens et d'évaluer aussi objectivement que possible le dommage. Dans la mesure où l'on a affaire en particulier à des affects, il faut s'assurer de décoder sous forme probatoire la souffrance ou la douleur ressentie par le sujet. La médecine constitue naturellement un recours très précieux. On peut cependant faire le constat que tout en empruntant les appareils de la scientificité, ou plutôt d'un certain positivisme, auquel le juge accorde peut-être une confiance parfois trop aveugle, l'expertise proprement médicale utilise des outils d'analyse qui sont en réalité très pauvres, sinon indigents. Par exemple, l'évaluation médicale des souffrances endurées est soumise à l'emploi d'une échelle à 7 degrés pour évaluer la douleur de la victime. Comme on le sait le nombre est une abstraction pure qui par définition a pour fonction de nier ou de rendre indifférent tout contenu qualitatif, puisqu'il le ramène précisément à un symbole exprimant seulement son rapport à d'autres symboles dans une série.

Cette échelle incarne de manière caricaturale l'erreur épistémologique qui consiste à réduire quelque chose de si complexe à un simple chiffre abstrait. En l'absence d'éléments connexes d'appréciation, par exemple des descriptions précises sur la base de questionnaires, mais aussi des comptes rendus factuels, mentionnant précisément les interventions chirurgicales qui ont été faites, ou encore la rééducation et les épreuves qu'elle comporte, ce chiffre n'apporte que peu d'informations. Par sa nature même de chiffre, il n'a que très peu de rapport réel avec la souffrance ressentie. Le problème se complexifie pour la souffrance psychique : quand les blessures peuvent avoir le corps bien visible pour preuve matérielle de leur réalité, quand elles peuvent prétendre à l'évidence de ce qui se donne à voir dans une lisibilité toute manifeste – plaie, contusions, stigmates –, les instruments de la médecine moderne vont au moins recueillir et consigner cela dans des documents médicaux. Mais les blessures qui ne

disposent pas du corps comme témoin fidèle de leur gravité, alors pourtant qu'elles sont bien réelles, peuvent échapper au regard chargé de les mesurer. Les affects souffrants, comme enclos dans le vécu subjectif du sujet, peinent à s'extérioriser. Les classifications psychiatriques, par exemple, ne doivent pas être un alibi pour ne pas pousser l'investigation plus loin, pour affiner l'analyse. De surcroît, l'encadrement procédural de l'expertise qui impose que la difficile épreuve de verbalisation et de formulation s'opère dans un instant précis, balisé, routinisé, ne facilite certainement pas cette investigation.

Si l'objectivation est indispensable dans la mesure où elle sert à extraire de son insularité un phénomène qui a sa source dans la subjectivité, ou le vécu individuel, afin de permettre comparaison et classement, mise en rapport nécessaire des souffrances les unes par rapport aux autres, elle suppose que cette objectivation soit précise et sérieuse, qu'elle soit capable d'une certaine exactitude descriptive, de respecter son objet. L'objet mesuré peut se réduire à sa mesure seulement si cette mesure n'est pas arbitraire. Et ici, bien souvent, l'arbitraire consiste dans la réintroduction de la subjectivité de l'évaluateur, de l'expert, dans son acte de mesure. Et ceci précisément parce que l'outil, évacuant la dimension qualitative, descriptive, appauvrit ce qu'il traduit, transcrit, en se réfugiant derrière son aura positiviste (des schémas, des chiffres abstraits, des tableaux etc.). Cette aura d'objectivité soulage l'expert d'un véritable effort de complétude descriptive qu'il lui revient pourtant de faire.

C'est ici que se joue un paradoxal renversement : à ne pas tenir compte objectivement des affects bien réels ressentis subjectivement par la victime, sous prétexte fallacieux d'une hypothèque préjudicielle quant à leur validité, et/ou par l'emploi d'outils qui sont épistémologiquement inadaptés, on retombe dans le piège de la subjectivité et de l'humeur de l'expert, de sa partialité, de son émotion pendant l'expertise par exemple, donc dans l'arbitraire que le droit réprovoque. À ne pas prendre les émotions *au sérieux*, par une évaluation rationnelle aussi précise que possible, avec des outils adéquats, adaptés, ayant une visée descriptive et qualitative, on s'expose à ce que les émotions, les affects, rejaillissent ailleurs, mais légitimés par le sceau d'une autorité extérieure au droit et pour lui hors d'atteinte. D'où l'importance par ailleurs de garantir qu'une intelligence humaine, celle du magistrat, puisse considérer le cas d'espèce qui lui est soumis avec une certaine indépendance, pour personnaliser son jugement. Il ne doit pas déléguer son office de juger, il doit tenir compte de tous ces éléments qui convergent jusqu'à lui, mais doit toujours juger au cas par cas. Il ne doit pas se tromper d'adresse, son jugement s'adresse en effet à un individu, non à un étalon impersonnel et abstrait. C'est le même souci qui se pose pour la justice prédictive : le juriste, le droit, délègue à une expertise extérieure, l'ingénieur informatique qui conçoit l'algorithme prédictif, un savoir vivant dont il a la charge séculaire, et jamais il ne pourra rentrer dans ce que nous pourrions appeler « la boîte noire », le cœur du programme, écrit en langage informatique, qui n'est plus le langage du droit.

Par conséquent, en droit du dommage corporel notamment, la vérité judiciaire ne doit pas être réduite à être le simple tampon apposé sur la « vérité » technique. Cette dernière en effet est loin d'être toujours aussi fiable qu'elle le prétend. Elle prend parfois des raccourcis, et s'avère être beaucoup plus approximative qu'un regard non prévenu

aurait pu l'imaginer (tout du moins dans l'évaluation d'un dommage corporel). De surcroît (mais ceci est une autre question) leur construction même est parfois partielle, occultant sciemment certains aspects importants d'un préjudice donné.

Voilà ce que peut nous apprendre l'univers des émotions et des affects, de tout ce qui certes résiste à l'appréhension de l'intellect : non pas à abandonner l'idéal d'objectivité et de rationalité, mais apprendre à affiner toujours plus nos outils, nos méthodes ; et veiller à ce que le monde juridique ne délègue pas excessivement sa fonction à des dispositifs techniques extérieurs. Notamment, en se déprenant de cette « tentation » de la quantification abstraite et désincarnée qui n'a plus grand rapport avec son objet<sup>12</sup>.

Pour conclure, les réquisits méthodologiques propres au droit rendent celui-ci méfiant envers les émotions, les affects, mais il est parfois contraint par sa fonction même, de s'en préoccuper à plus d'un titre. La réparation du préjudice corporel le montre exemplairement : le droit doit, pour individualiser la réparation du préjudice subi par une victime, les décoder en son langage, utiliser son ingéniosité propre pour contourner la difficulté, comme l'atteste par exemple l'élaboration d'une nomenclature détaillée des préjudices.

Il se pourrait bien - et il se pourrait que cela ne soit pas du tout un hasard- que l'affect, la dimension émotionnelle et affective de l'homme, cette part inéliminable de ce qui le constitue, et avec laquelle le droit a beaucoup plus de relations ou de porosités qu'une analyse un peu prévenue aurait pu suggérer, il se pourrait donc que cette partie de l'homme, cette dimension affective, complexe, soit une chance, une opportunité pour qu'il ne sombre pas dans les eaux glacées du calcul, de l'abstraction froide et désincarnée.

Il faut ici se souvenir de notre définition initiale de l'émotion, qui nous jette en dehors, qui nous meut, qui nous met hors de nous. L'émotion aussi met le droit « hors de lui » parfois, il faut bien le reconnaître ; mais ce « dehors », précisément, l'oblige à sortir de lui-même justement, nous serions tentés de dire qu'il l'oblige à sortir de son « confort épistémologique », de sa pente naturelle vers l'abstraction, l'obligeant à véritablement éprouver l'excellence de sa méthode, et à conserver son lien avec sa part « bien trop » humaine, peut-être, mais qui lui appartient tout de même, et dont il a l'insigne charge, qu'il le veuille ou non.

---

<sup>12</sup> Sur cette question générale de l'emprise de la quantification sur le droit on peut ici renvoyer aux travaux d'Alain SUPLOT, par ex. *La gouvernance par les nombres*, Paris, Fayard, coll. « Poids et mesures du monde », 2015.

## Justice prédictive et dimension émotionnelle du droit de la responsabilité civile

Florence ITTAH

Docteur en droit privé

Avant toute chose, je remercie très vivement l'ensemble des intervenants à ce cycle de séminaires, ses organisatrices qui m'ont donné la chance d'y participer, ainsi que M. PRÉVOST, à la présentation duquel j'ai l'honneur de répondre.

J'évoquerai ici les possibles conséquences de la justice dite prédictive sur la dimension émotionnelle du droit de la responsabilité civile. La justice prédictive fait référence à des logiciels d'analyse statistique et sémantique de la jurisprudence pour déterminer les chances de succès d'une action en justice et son issue probable<sup>1</sup>. Ces logiciels, développés et commercialisés par des entreprises privées, constituent des aides à l'information et à la décision. Avec la justice prédictive, l'intelligence artificielle fait donc son entrée en matière de justice. Le terme de justice prédictive est toutefois controversé, puisqu'il s'agit moins de prédire la solution qui sera apportée au litige que de raisonner en termes de probabilités<sup>2</sup>. Des auteurs préfèrent par conséquent à la notion de justice prédictive celles de justice prévisionnelle<sup>3</sup>, de justice quantitative<sup>4</sup> ou de jurimétrie<sup>5</sup>.

Si la justice prédictive est encore balbutiante en France<sup>6</sup>, différentes évolutions législatives montrent déjà une volonté de s'ouvrir à cette technologie, tout en l'encadrant. La loi du 7 octobre 2016 pour une République numérique<sup>7</sup> a ainsi prévu la mise à la disposition gratuite du public des décisions rendues par les juridictions judiciaires<sup>8</sup> et administratives<sup>9</sup>. Il s'agit d'une concrétisation, en matière de justice, de la politique de diffusion des données publiques, dites d'*open data*. Or, l'accès à de telles données est essentiel au développement de la justice prédictive, qui requiert un nombre

<sup>1</sup> B. DONDERO, « La justice prédictive : la fin de l'aléa judiciaire ? », *D.* 2017, p. 532.

<sup>2</sup> L. CADTET (dir.), *L'open data des décisions de justice. Mission d'étude et de préfiguration sur l'ouverture au public des décisions de justice*, 2017, p. 24.

<sup>3</sup> A. AUGER, « La justice prévisionnelle : état des lieux », *Expertise des systèmes d'information* 1<sup>er</sup> mai 2018, n°435, p. 184.

<sup>4</sup> S. LEBRETON-DERRIEN, « La justice prédictive : introduction à une justice "simplement" virtuelle », in *La justice prédictive*, *Arch. phil. dr.*, t. 60, 2018, p. 3.

<sup>5</sup> *Préconisations d'actions pour les legaltechs du domaine de la jurimétrie*, Rapport du groupe de travail du CNB, 9 octobre 2020.

<sup>6</sup> T. DOUVILLE et L. RASCHEL, « Numérique et diffusion de la décision », in C. BLÉRY et L. RASCHEL (dir.), *Vers une procédure civile 2.0*, Dalloz, 2018, p. 52.

<sup>7</sup> Loi n° 2016-1321 du 7 octobre 2016 pour une République numérique ; *JORF* 8 octobre 2016, n° 235.

<sup>8</sup> Art. L. 111-13 COJ.

<sup>9</sup> Art. L. 10 CJA.

significatif de décisions de justice pour proposer des déductions fiables. La loi du 23 mars 2019<sup>10</sup> a posé des limitations à cet accès, dans le but de le réguler<sup>11</sup>.

L'aspect quantitatif du contentieux de la responsabilité civile, qui vise notamment à déterminer le montant de la créance de réparation de la victime d'un dommage, prédispose l'ouverture de ce contentieux à la justice prédictive. Un décret du 27 mars 2020<sup>12</sup> a ainsi créé un traitement automatisé des données à caractère personnel, dénommé DataJust, dont la finalité est le développement d'un algorithme pour l'élaboration d'un référentiel indicatif d'indemnisation des préjudices corporels<sup>13</sup>, ainsi que pour l'information des juges et des parties quant aux montants d'évaluation des préjudices<sup>14</sup>.

Ces considérations générales suscitent rapidement le vertige, tant elles paraissent éloignées de la tradition juridique française. Aussi, la justice prédictive est fortement critiquée<sup>15</sup>, bien qu'elle puisse comporter certains avantages, avec la constitution de vastes bases de données utiles à la recherche<sup>16</sup>, le renforcement de la sécurité juridique<sup>17</sup>, la réduction de l'aléa judiciaire<sup>18</sup>. La justice prédictive fait même ressurgir la figure du juge automate chère à Cesare BECCARIA et, avec elle, l'idéal d'une règle de droit qui se confondrait avec sa propre application<sup>19</sup>. Au regard de la dimension émotionnelle du droit de la responsabilité civile, la justice prédictive est néanmoins susceptible de créer deux types d'écueil, si elle venait à se développer. Le premier serait une moindre prise en compte par le juge des émotions de la victime au titre de la réparation de ses préjudices (I), le second une moindre satisfaction émotionnelle de la victime à l'occasion du procès en responsabilité (II).

## **I.- Le risque d'une moindre prise en compte par le juge des émotions de la victime au titre de la réparation de ses préjudices**

S'agissant de la moindre prise en compte par le juge des émotions de la victime, il faut partir de l'idée que la justice prédictive pourrait freiner la créativité

<sup>10</sup> Loi n° 2019-22 du 23 mars 2019 de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice ; *JORF* 24 mars 2019, n° 71, texte n° 2.

<sup>11</sup> V. art. L. 111-13 al. 2 et 3, art. L. 111-14 COJ ; art. L. 10 al. 3 et 4, art. L. 10-1 CJA.

<sup>12</sup> Décret n° 2020-356 du 27 mars 2020 portant traitement automatisé des données à caractère personnel dénommé « DataJust » ; *JORF* 29 mars 2020, n° 77, texte n° 2.

<sup>13</sup> Art. 1 2° du décret n° 2020-356 du 27 mars 2020, préc.

<sup>14</sup> Art. 1 3° et 4° du décret n° 2020-356 du 27 mars 2020, préc.

<sup>15</sup> V. not. A. GARAPON, « Les enjeux de la justice prédictive », *JCP G* 9 janvier 2017, n° 1-2, doctr. 31 ; J.-B. PRÉVOST, « Justice prédictive et dommage corporel : perspectives critiques », *Gaz. Pal.* 30 Janvier – Février 2018, n° 4, p. 119 ; J.-B. PRÉVOST, « La fabrique des données : à propos du codage numérique du droit et de ses limites », *Gaz. Pal.* Janvier – Février 2019, n° 3, p. 613 ; G. TEBOUL, « La justice prédictive : ses évolutions et nos craintes », *LPA* 12 avril 2019, n° 74, p. 8 ; L. VIAUT, « Quand l'avenir se condamne au passé », *LPA* 15 avril 2020, n° 76, p. 3.

<sup>16</sup> V. B. DONDERO, « La justice prédictive : la fin de l'aléa judiciaire ? », préc., p. 538.

<sup>17</sup> V. S.-M. FERRIÉ, « Les algorithmes à l'épreuve du droit au procès équitable », *Procédures* avril 2018, n° 4, étude 4, p. 8.

<sup>18</sup> V. B. DONDERO, « La justice prédictive : la fin de l'aléa judiciaire ? », préc., p. 532.

<sup>19</sup> V. A. GARAPON, « Les enjeux de la justice prédictive », préc., p. 48.

jurisprudentielle<sup>20</sup>, dans la mesure où elle repose sur la reproduction du même. Un logiciel de justice prédictive présentera en effet telle solution comme étant la plus probable car elle aura été rendue dans un nombre significatif d'affaires aux caractéristiques proches<sup>21</sup>. Dans l'hypothèse où la justice prédictive se généraliserait, le juge qui souhaiterait s'écarter de la solution proposée pourrait donc être tenu de motiver spécialement sa décision<sup>22</sup>. À l'inverse, le poids statistique du précédent pourrait dissuader le juge de s'en écarter. Tout cela ne serait pas de nature à encourager la création jurisprudentielle, sauf à disposer de logiciels de justice prédictive relevant d'une intelligence artificielle forte<sup>23</sup>, c'est-à-dire capables de proposer des solutions nouvelles en reproduisant un raisonnement humain, ce qui n'est pas le cas en l'état actuel de la technologie.

Or, la créativité jurisprudentielle est traditionnellement importante en droit de la responsabilité civile<sup>24</sup>. Adossée au principe de réparation intégrale du préjudice, elle a conduit le juge, dans la période contemporaine, à analyser certaines émotions de la victime en préjudices réparables. Tel est par exemple le cas du préjudice de contamination par le VIH<sup>25</sup>, que la Cour de cassation a étendu au virus de l'hépatite C<sup>26</sup>, qui permet l'indemnisation des craintes et angoisses liées à la maladie<sup>27</sup>. Plus significativement encore, le « préjudice spécifique d'anxiété »<sup>28</sup> des salariés exposés à l'amiante répare « une situation d'inquiétude permanente »<sup>29</sup>. Dans ces deux exemples, l'émotion analysée en préjudice s'est toutefois chronicisée et tend donc à changer de nature<sup>30</sup>. La situation est différente avec le préjudice d'angoisse de mort imminente, qui répare véritablement l'émotion que la victime ressent à l'imminence de sa propre mort<sup>31</sup>.

<sup>20</sup> M. MEKKI, « Les fonctions de la responsabilité à l'épreuve du numérique : l'exemple des logiciels prédictifs », *D. IP/IT* 2020, p. 678.

<sup>21</sup> V. J.-B. PRÉVOST, « Justice prédictive et dommage corporel : perspectives critiques », préc., p. 123.

<sup>22</sup> V. J.-B. PRÉVOST, « La fabrique des données : à propos du codage numérique du droit et de ses limites », préc., p. 617.

<sup>23</sup> V. M.-C. LASSERRE « L'intelligence artificielle au service du droit : la justice prédictive, la justice du futur ? », *LPA* 30 juin 2017, n° 130, p. 6.

<sup>24</sup> V. not. M. MEKKI, « Le juge, le droit et la responsabilité civile », *RDC* 2017, n° 4, p. 112.

<sup>25</sup> Civ. 2<sup>e</sup>, 1<sup>er</sup> février 1995, n° 94-06006, *Bull.* 1995, II, n° 42 ; *RTD civ.* 1995, p. 626, note P. JOURDAIN ; *Resp. civ. assur.* 1995, comm. 126.

<sup>26</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, 1<sup>er</sup> avril 2003, n° 01-00575, *Bull.* 2003, I, n° 95 ; *RTD civ.* 2003, p. 506, note P. JOURDAIN ; *Gaz. Pal.* 31 juillet 2003, n° 212, p. 13 ; Civ. 1<sup>re</sup>, 3 mai 2006, n° 05-10411, *Bull.* 2006, I, n° 214 et Civ. 1<sup>re</sup>, 3 mai 2006, n° 05-51139, *Bull.* 2006, I, n° 215 ; *RTD civ.* 2006, p. 562, note P. JOURDAIN ; *RDSS* 2006, p. 745, note P. HENNION-JACQUET ; *Gaz. Pal.* 9 décembre 2006, n° 343, p. 39, chron. M. BACACHE.

<sup>27</sup> V. Civ. 1<sup>re</sup>, 1<sup>er</sup> avril 2003, n° 01-00575, préc.

<sup>28</sup> Soc., 11 mai 2010, n° 09-42241 à n° 09-42257, *Bull.* 2010, V, n° 106 ; *RTD civ.* 2010, p. 564, note P. JOURDAIN ; *Dr. soc.* 2010, p. 839, note J. DUPLAT ; *Les Cahiers sociaux* 1<sup>er</sup> juillet 2010, n° 222, p. 235, note F.-J. PANSIER ; *JCP G* 24 mai 2010, n° 21, 568, note S. MIARA ; *Cahiers de droit de l'entreprise* janvier 2011, n° 1, 5, chron. P.-Y. VERKINDT.

<sup>29</sup> *Ibid.*

<sup>30</sup> V. E. JEULAND, « Définition de l'émotion en droit et histoire du droit », *Revue juridique de la Sorbonne* juin 2021, n° 3, p. 150, qui fait de sa « courte durée » l'un des six critères de définition de l'émotion : « une émotion qui dure plus de quelques heures devient un sentiment ou un caractère ».

<sup>31</sup> V. Crim., 26 mars 2013, n° 12-82600, *Bull.* 2013, n° 69 ; *D.* 2013, p. 1993, chron. J. PRADEL ; *RTD civ.* 2013, p. 614, note P. JOURDAIN ; *JCP G* 10 juin 2013, n° 24, 675, note D. BAKOUCHE ; *Resp. civ. assur.* juin 2013, n° 6 comm. 167, note L. BLOCH ; *JCP G* 6 mai 2013, n° 19-20, 531, note J. BOURDOISEAU.

Ce mouvement de « psychologisation du dommage »<sup>32</sup> est marqué par « le règne des émotions »<sup>33</sup>, selon M. MOLFESSIS. Indépendamment du regard critique qui peut être porté sur les excès de ce courant<sup>34</sup>, il apparaît que l'affaiblissement de la créativité jurisprudentielle par la justice prédictive pourrait entraîner un reflux dans la prise en compte par le juge des émotions de la victime au titre de la réparation de ses préjudices, ce qui n'est pas nécessairement souhaitable de manière systématique. La justice prédictive pourrait encore diminuer la satisfaction émotionnelle qu'un procès en responsabilité est susceptible de procurer à la victime.

## II.- Le risque d'une moindre satisfaction émotionnelle de la victime à l'occasion du procès en responsabilité

L'idée que la victime retirerait une forme de satisfaction émotionnelle lors du procès en responsabilité fait référence à la fonction thérapeutique du droit de la responsabilité<sup>35</sup> qui, au-delà de l'indemnisation des dommages, peut faire écho au désir de la victime d'être reconnue et réparée dans son être.

Or, le développement de la justice prédictive serait vraisemblablement corrélé à celui du traitement contractuel des litiges, ce qui limiterait le nombre de procès<sup>36</sup>. La connaissance de l'issue probable du litige offre en effet aux parties une base tangible de négociation, qui favorise une issue transactionnelle<sup>37</sup>. À cet égard, l'une des finalités de la création du traitement automatisé des données à caractère personnel DataJust est d'aider les parties à évaluer le montant de l'indemnisation à laquelle les victimes peuvent prétendre « afin de favoriser un règlement amiable des litiges »<sup>38</sup>.

Si la victime peut certes retirer une satisfaction émotionnelle de ce type de règlement, une telle satisfaction risque d'être moindre qu'à l'occasion d'un procès en responsabilité, ne serait-ce qu'au regard des concessions<sup>39</sup> que la victime aura consenties dans le cadre de la transaction. Enfin, quand bien même un procès en responsabilité aurait lieu, les débats pourraient se concentrer sur l'opportunité ou non d'appliquer au litige la solution proposée par le logiciel de justice prédictive, faisant passer au second plan la victime et son désir de réparation<sup>40</sup>.

<sup>32</sup> N. MOLFESSIS, « La psychologisation du dommage », in N. MOLFESSIS et Y. LEQUETTE (dir.), *Quel avenir pour la responsabilité civile ?* Dalloz, 2015, p. 39.

<sup>33</sup> N. MOLFESSIS, « La psychologisation du dommage », préc., p. 53.

<sup>34</sup> V. not. M. FABRE-MAGNAN, « Le dommage existentiel », *D.* 2010, p. 2376 ; J. KNETSCH, « La désintégration du préjudice moral », *D.* 2015, p. 443.

<sup>35</sup> V. M. MEKKI, « Les fonctions de la responsabilité à l'épreuve du numérique : l'exemple des logiciels prédictifs », préc., p. 677.

<sup>36</sup> V. S.-M. FERRIÉ, « Les algorithmes à l'épreuve du droit au procès équitable », préc., p. 8, qui relève que l'utilisation de la justice prédictive pourrait dissuader des justiciables d'agir, voire porter une atteinte disproportionnée au droit d'accès au juge.

<sup>37</sup> V. S. AMRANI-MEKKI, « Chantier de l'amiable : concevoir avant de construire », *JCP G* 26 mars 2013, n° 13 (supplément), p. 63.

<sup>38</sup> Art. 13° du décret n° 2020-356 du 27 mars 2020, préc.

<sup>39</sup> Lesquelles sont une condition de la qualification de transaction. V. art. 2044 C. civ.

<sup>40</sup> M. MEKKI, « Les fonctions de la responsabilité à l'épreuve du numérique : l'exemple des logiciels prédictifs », préc., p. 681.

Pour conclure, il ressort de ces quelques observations prospectives que la quête de rationalité dont la justice prédictive est porteuse ne saurait couper le droit de la responsabilité civile de sa part émotionnelle, qui l'alimente et constitue l'un de ses horizons.

## Droit pénal et émotion

David CHILSTEIN

*Professeur à l'université Paris 1 Panthéon-Sorbonne*

Le droit pénal entretient avec l'émotion un rapport ambivalent. D'un côté, il naît de la volonté de canaliser une émotion (le désir de vengeance de la victime ou de sa famille et de façon plus générale, le sentiment d'indignation résultant du crime commis). On peut même aller plus loin et affirmer que le droit pénal se définit à certains égards lui-même par rapport au champ émotionnel ainsi que l'avait bien compris Durkheim qui définissait le crime comme « *ce qui choque les états forts et définis de la conscience commune* »<sup>1</sup>. Cette commotion résultant de l'atteinte portée à certaines valeurs, n'est-ce pas précisément ce qu'on appelle ordinairement l'émotion ? Au reste, s'il est si fréquemment question de dépénaliser certains champs du droit aujourd'hui<sup>2</sup>, n'est-ce pas que le droit pénal y apparaît comme étant sorti de son lit naturel en sanctionnant des actes qui n'émeuvent guère ?

Le droit pénal est en outre lié à l'émotion par la singularité de ses sanctions. On aura d'ailleurs noté que la sanction du droit pénal porte elle-même le nom d'une émotion : la peine. S'il est vrai que la peine n'est pas réductible à l'émotion, il n'en demeure pas moins que les émotions ont longtemps concouru à la peine, voire constitué son but ultime. À preuve, les peines infâmantes dont le but affiché était bien de faire honte au coupable. Il faut dire que le droit pénal a longtemps été conçu comme un droit d'exclusion sociale. Or, il n'est rien de plus efficace que de mobiliser les émotions pour concourir à cette exclusion. Aussi ne faut-il pas s'étonner que le rire lui-même ait pu longtemps être mis à contribution par le système pénal, la dérision constituant un instrument particulièrement redoutable d'exclusion sociale.

Il apparaît ainsi que le droit pénal naît de la volonté de canaliser une émotion (le désir de vengeance) au moyen d'un rituel judiciaire destiné en fin de compte à susciter d'autres émotions : la honte du condamné, si possible ses remords ; sa crainte également, ainsi que celle du peuple (d'où la « terreur des châtiments ») ; l'apaisement de la victime enfin, et plus généralement de la société (car l'apaisement d'une émotion est aussi une émotion).

Dans son origine comme dans sa finalité, le droit pénal est, on le voit, constamment en prise avec l'émotion.

D'un autre côté, et c'est là tout le paradoxe, le droit pénal n'a eu de cesse dans son déploiement, d'aseptiser son rapport aux émotions et de les tenir, autant que faire se

<sup>1</sup> E. Durkheim, *De la division du travail social*, (1930), PUF, coll. « Quadrige », 4<sup>e</sup> éd., p. 47.

<sup>2</sup> La dépénalisation de la vie des affaires, Rapport au Garde des Sceaux, La documentation française, mars 2008.

peut, à distance. Cette volonté de les neutraliser s'atteste d'abord dans le fait que c'est l'État et non la victime qui est, à proprement parler, partie au procès pénal. Or, l'État est sans émotion. Par abus de langage, on affirme parfois qu'il est offensé par le crime. Il n'en est rien. Le crime n'offense pas l'État, il trouble son ordre public, ce qui est bien différent. Cette substitution de l'ordre public à l'offense faite à la victime est la marque de l'objectivation inhérente au droit pénal. La peine est censée réparer ce trouble sans aucune manifestation d'affect. Cette neutralité se manifeste aussi bien au stade de sa commination, à la fois sèche et abstraite (« Tout condamné à mort aura la tête tranchée... ») qu'au stade de son exécution. Le bourreau devait exercer son office sans haine et sans s'écarter du rituel judiciaire<sup>3</sup>. On assiste aujourd'hui à une autre forme de distanciation entre le droit pénal et l'émotion qu'illustre la volonté du législateur de supprimer le jury populaire (en généralisant les cours criminelles départementales en lieux et place des cours d'assises)<sup>4</sup>. Si ce projet fait tant réagir les avocats, c'est qu'au-delà de leur conception démocratique de la justice, ils savent bien qu'il est plus difficile de *jouer sur l'émotion* devant des magistrats professionnels que devant un jury populaire. N'est-ce pas là retirer une corde – la corde sensible – à leur arc de défense ? Il existe ainsi, à tout point de vue, une tension constante entre le registre émotionnel sur lequel le droit pénal fait fond et la volonté de s'en abstraire dans sa mise en oeuvre.

Le rapport du droit pénal aux émotions a par ailleurs évolué avec le temps. Il dépend étroitement de la place réservée aux émotions dans la régulation des rapports sociaux, qui varie selon les époques<sup>5</sup>. Certaines périodes valorisent le débordement des émotions, d'autres sont plus sensibles à leur intériorisation et à leur contrôle. Le Moyen Âge est ainsi davantage pénétré par la vie des émotions et leur manifestation extérieure<sup>6</sup> que l'Âge classique. Le droit pénal est naturellement réceptif à l'imprégnation des émotions de son temps. Il fonctionne en miroir, en mobilisant les émotions disponibles, selon ses besoins propres. Par ailleurs, et indépendamment de la place accordée au règne des émotions, il convient également de tenir compte du type d'émotion promue ou valorisée à chaque époque. La mentalité d'une époque, d'une civilisation, secrète un rapport à tel ou tel type d'émotion, que le droit pénal pourra par voie de conséquence consacrer ou rejeter. Nous le verrons au sujet de la honte et de l'humiliation, qui sont des émotions largement moins exploitées aujourd'hui qu'elles ne le furent par le passé.

Enfin, la question se pose de savoir à qui appartiennent ces émotions auxquelles le droit pénal est en permanence confronté. S'agit-il des émotions de l'auteur (avant, pendant, ou après la commission des faits), de celles de la victime, ou des émotions du juge lui-même ? Après tout, le *bon juge Magnaud* n'est-il pas resté dans la mémoire

<sup>3</sup> V. Tournelle, *Crime et châtement au Moyen Âge (Ve-XVe siècle)*, Seuil, p. 268

<sup>4</sup> Projet de loi pour la confiance dans l'institution judiciaire, voté par la commission mixte paritaire le 21 octobre 2021, art. 380-16.

<sup>5</sup> *Histoire des émotions* dir. A. Corbin, G. Vigarello, J.-J. Courtine., 3 t., Seuil, 2016.

<sup>6</sup> D. Boquet, P. Nagy, *Sensible Moyen Âge – Une histoire des émotions dans l'Occident médiéval*, Seuil, 2015.

collective en raison de l'empathie dont il sut faire preuve envers une jeune fille-mère acculée par la faim à voler un pain chez un boulanger ? La magnanimité du juge est-elle un ressort du jugement pénal ? Quant aux jurés d'assise – pour le temps qu'il leur reste –, ils doivent prêter serment « *de n'écouter ni la haine ou la méchanceté, ni la crainte ou l'affection* »<sup>7</sup> ? Alors qu'est-ce qu'un bon juge : celui qui cède à l'émotion ou celui qui y résiste ? C'est un vaste débat que nous ne tenterons pas de trancher dans ces quelques développements. Nous nous concentrerons davantage sur les acteurs principaux du champ pénal que sont l'auteur et la victime de l'infraction. En ce qui les concerne, un double mouvement en sens contraire peut être observé. En effet, le rôle de l'émotion n'a cessé de s'affaiblir lorsqu'on l'envisage du côté de l'auteur (I), il n'a en revanche cessé de se renforcer lorsqu'on l'envisage du côté de la victime (II).

## I.- L'affaiblissement du rôle de l'émotion de l'auteur

Cet affaiblissement s'observe à deux égards : au regard de la peine qui lui est infligée, et dans l'appréciation de sa responsabilité.

### A.- Du point de vue de la peine

L'évolution du droit pénal se caractérise par un abandon progressif du recours à la honte et à l'humiliation comme moyen d'apaisement social. Lorsqu'on dresse l'inventaire des peines appliquées autrefois, notamment au Moyen Âge, l'humiliation est omniprésente<sup>8</sup>. La sanction de la plupart des délits consiste en un *rituel d'humiliation*. Il en est ainsi de l'amende honorable qui consistait pour le condamné à se présenter à genoux, en habit de pénitent et la corde à cou, en répétant « merci » (pardon) au Roi, au juge puis à la personne offensée. Le condamné doit s'humilier pour obtenir le pardon. Cette humiliation passe souvent par le rire qui constitue le ressort principal de nombreuses peines dites *dérisoires*. L'exposition publique (au pilori, ou sur une échelle mobile) consiste ainsi à entraver le corps du condamné dans une posture peu flatteuse, celui-ci étant voué aux quolibets de la foule, aux jets de boue, d'œufs pourris voire d'excréments d'animaux. Plus cocasse est la peine de course des amants adultères, qui consistait à attacher les amants nus, par leur sexe, et à leur faire parcourir la ville au son de la trompette, sous la moquerie de la foule<sup>9</sup>. Cette peine qui paraît bien cruelle évitait néanmoins l'émasculatation de l'amant et la mort de la femme adultère et doit donc être considérée comme une peine adoucissante. Cette régulation des rapports sociaux par l'humiliation au Moyen Âge n'est pas limitée à la France<sup>10</sup>. En Angleterre et dans les pays

<sup>7</sup> Art. 304 C. proc. pén.

<sup>8</sup> N. Gonthier, *Le châtement du crime au Moyen Âge*, P.U. Rennes, 1998 ; J.-M. Carbasse, « La peine en droit français, des origines au XVII<sup>e</sup> siècle », *Recueils de la société Jean Bodin*, t. LVI, La peine, p. 157 et s.

<sup>9</sup> L. Verdon, « La course des amants adultères – Honte, pudeur et justice dans la France méridionale du XIII<sup>e</sup> siècle », *Rives méditerranéennes*, n° 31 - *Histoire de la Vergogne*, 2008, p. 57.

<sup>10</sup> J. Wettlaufer, Y. Nishimura, « The History of Shaming Punishments and Public Exposure in Penal Law (1200-1800): a comparative perspective (Western Europe and East Asia) » in *Shame between Punishment*

germaniques sévit l'impressionnante coutume des *masques de honte* dont on affublait les personnes atteintes d'un vice condamnable...

Ce recours à l'humiliation dans le système pénal du Moyen Âge nous apprend, en premier lieu, qu'elle constitue un moyen efficace d'apaisement social dans une où société où l'honneur occupe une place prépondérante. Au Moyen Âge, la société se structure dans une large mesure autour de l'honneur. Les peines ayant pour objet d'atteindre le condamné dans ce qu'il a de plus précieux, elles doivent naturellement l'atteindre dans sa *fama* (réputation). La peine apparaît ainsi comme le moyen de défaire l'honneur du condamné de façon ritualisée. Elle consiste pour une large part dans ce rituel d'humiliation lui-même. Le principe s'applique même aux exécutions capitales qui étaient précédées d'une « arrivée en charrette » considérée comme particulièrement humiliante et participant pleinement de la peine. C'est d'ailleurs la raison pour laquelle Lancelot avait quelque peu hésité à y monter afin de délivrer la reine Guenièvre dans le célèbre roman de Chrétien de Troye, *Le chevalier de la charrette*. Cette volonté d'humilier explique, en second lieu, pourquoi les condamnés devaient être dénudés. Il s'agit de porter atteinte à l'honneur corporel - la pudeur -, et à les déchoir ainsi de leur statut social en les renvoyant, de façon symbolique, à leur nature animale<sup>11</sup>. Enfin, dans ce rituel, la participation de la foule est systématiquement requise ; elle est en effet indispensable à la constitution de l'infamie du condamné (d'où les aboyeurs, les quolibets et les jets d'ordure). Le rejet social s'opère ainsi par une forme de destitution ritualisée de l'honneur du condamné qui associe activement la foule appelée à humilier celui qu'on désigne comme repoussoir.

Aujourd'hui ces peines ont complètement disparu et suscitent notre perplexité. Cela s'explique d'abord par le fait que l'honneur ne constitue plus de nos jours l'élément structurant de nos sociétés. En outre, les moyens qu'il était possible autrefois d'employer pour y porter atteinte ne sont plus tolérables à l'aune des principes nouveaux qui irriguent la conscience moderne, tel le principe de dignité de la personne humaine. Un second facteur explicatif tient au recul du christianisme. Michel Zink a parfaitement montré comment celui-ci, en valorisant l'humilité et l'abaissement, a valorisé l'humiliation comme moyen de rédemption, au point de prendre pour symbole l'instrument de répression et d'humiliation en vogue chez les Romains<sup>12</sup>. La pensée occidentale moderne, largement influencée par Nietzsche, a largement remis en cause la valeur qu'il convenait d'attribuer à cette vertu chrétienne qui n'est plus guère aujourd'hui considérée positivement. Enfin, l'évolution des idées en droit pénal a

---

and penance. *The social uses of shame in the Middle Ages and Early modern times*, dir. B. Sère et J. Wettlaufer, Ed. Del Galluzo, 2013.

<sup>11</sup> L. Verdon, art. préc., p. 64.

<sup>12</sup> M. Zink, *L'humiliation, le Moyen Âge et nous*, Albin Michel, 2017. « kj »

conduit à reconsidérer les fonctions de la peine. Celle-ci a moins pour objet à exclure le condamné du champ social en le privant de son honneur qu'à protéger la société et à resocialiser le délinquant dans la mesure du possible. Au regard de ces évolutions, il n'est guère étonnant que la honte et l'humiliation n'apparaissent plus aujourd'hui comme des instruments appropriés d'apaisement social.

Cela étant, il existe toujours des relents d'humiliation dans le droit pénal contemporain. On se souvient de cette impressionnante photographie prise en Colombie, en 2021, qui montrait des personnes ayant violé le confinement exposées sur la place publique et entravées par des « stocks » (carcans pour les pieds), selon un procédé utilisé notamment en Angleterre, du XIII<sup>e</sup> au XVIII<sup>e</sup>... En dehors de ces survivances ponctuelles de peines moyenâgeuses, certaines des peines employées dans notre droit comportent un fort caractère infâmant. On cite généralement la peine d'affichage, d'inéligibilité ou encore la privation des droits civiques, civils et de famille... Ces peines complémentaires ou alternatives à l'emprisonnement sont effectivement peu glorieuses ; elles présentent néanmoins une différence importante avec les peines précédemment évoquées. Si elles comportent incontestablement une dimension infâmante inhérente à leur objet, elles n'ont pas pour but exclusif d'humilier le condamné. De façon générale, il semble que les rituels d'humiliation ne disparaissent jamais complètement de la société. On les retrouve à des degrés divers, partout où se manifestent des rapports hiérarchiques et de pouvoir, qu'il s'agisse de l'entreprise, de l'État, des collectivités publiques, et même à l'université... En tout état de cause, il apparaît que la mobilisation des émotions dans la définition même de la peine est nettement moins forte aujourd'hui qu'elle n'a pu l'être par le passé. Cette tendance à l'affaiblissement du rôle de l'émotion par le droit pénal s'observe également en ce qui concerne la responsabilité pénale de l'auteur de l'infraction.

## B.- Du point de vue de la responsabilité pénale

L'émotion a partie liée avec la responsabilité pénale. Cela est assez naturel si l'on se reporte à son étymologie. Comme l'expliquent MM. Thomasset et Vigarello, le verbe « esmaier », dont le mot émotion est issu, signifie à l'origine « *entrer dans un état de privation de conscience* »<sup>13</sup>. Il renvoie à l'idée d'un trouble de lucidité, d'une suspension de la conscience. Se pose dès lors la question de la justification du châtement de celui qui, sous l'empire de ce trouble momentané, a commis des faits délictueux. Confronté à cette situation, le droit a plusieurs réactions possibles : estimer que le trouble lié à l'émotion exclut l'infraction elle-même, considérer qu'il atténue à tout le moins la responsabilité de l'auteur ou au contraire, qu'il l'aggrave. Il peut aussi y être indifférent.

---

<sup>13</sup> C. Thomasset, G. Vigarello, « “Esmouvoir”, “esmouvement” - Archéologie médiévale du mot “émotion” », *Histoire des émotions, t.1., De l'Antiquité aux lumières*, dir. A. Corbin, J.-J. Courtine, G. Vigarello, Seuil, 2016, p. 160.

## 1. L'émotion peut-elle exclure toute infraction ?

En principe, l'émotion ne saurait exclure l'infraction, sauf à titre exceptionnel. Cela tient d'abord au fait que le droit pénal a pour objet de discipliner les passions, d'en contrôler les débordements. Il serait dès lors contre-nature de justifier le débordement d'une émotion pour justifier la violation de ce qui a été institué pour que cela n'arrive pas. C'est la raison pour laquelle les émotions n'ont pas leur place dans la définition de l'élément moral de l'infraction. Le *dol*, au sens le plus général du terme, consiste dans le fait de savoir que ce que l'on fait est interdit par la loi. Or l'émotion n'affecte pas cette connaissance. Celui qui tue par colère sait qu'il tue ; il tue sous l'empire de la colère mais la colère ne l'empêche pas de savoir qu'il tue. La colère est un mobile ; l'intention (ici de donner la mort ou *animus necandi*) s'en distingue ; le meurtre est donc caractérisé. C'est pourquoi l'euthanasie, même motivé par la compassion, constitue juridiquement un assassinat<sup>14</sup>.

Il existe néanmoins un cas où l'émotion paraît, à titre exceptionnel, exclure toute infraction. L'article 33 al. 2 de la loi du 29 juillet 1881 *sur la liberté de la presse* sanctionne l'injure envers un particulier uniquement « *lorsqu'elle n'a pas été précédée de provocation* »<sup>15</sup>. L'injure provoquée, par un comportement déplacé ou une agression verbale, n'est pas sanctionnée. Il est donc possible de répondre à une injure par une autre injure (à condition qu'elle ne soit pas à caractère raciste<sup>16</sup>). Le législateur vous excuse et considère cette réaction comme la manifestation d'une compréhensible irritation. Encore faut-il qu'elle ne soit pas trop tardive. Selon la Cour de cassation, « *l'injure n'est excusable par la provocation que lorsque celui qui la profère peut être raisonnablement considéré comme se trouvant encore sous le coup de l'émotion que cette provocation a pu lui causer* »<sup>17</sup>. Force est de constater que la porte ouverte à l'excuse émotionnelle, limitée au domaine de l'injure (verbale), est malgré tout fort étroite.

Il n'en a pas toujours été ainsi. Autrefois, la *provocation* permettait d'excuser des infractions autrement plus graves. Elle pouvait absoudre l'auteur d'actes de violence physique et même des actes homicides ! Un premier élément d'explication tient au fait que la colère a longtemps été considérée avec faveur, comme une réaction tout à fait naturelle à l'injure (que celle-ci soit physique ou verbale), et cela, en vertu d'une longue tradition héritée d'Aristote<sup>18</sup>. Cette raison se combine à une seconde, déjà évoquée, qui tient à la place de l'honneur dans la société d'autrefois. Quand celui-ci est attaqué, il

<sup>14</sup> Crim. 21 août 1851, *DP.* 1851.5.237 ; Crim. 10 avr. 1997, *Gaz. Pal.* 1997, 2. Chron. crim., 162.

<sup>15</sup> La même condition s'applique en matière d'injure non publique, v. art. 621-2 C. pén.

<sup>16</sup> Loi n° 2017-86 du 27 janv. 2017 *relative à l'égalité et à la citoyenneté*, art. 170, JO, 28 janv. 2017. Korodi, « Plus d'excuse de provocation pour les injures raciales ni « homophobes », *Dr. pén.* 1997, Entretien 2.

<sup>17</sup> Crim. 13 janv. 1966, *Bull. crim.*, n° 14. Comp. Crim. 15 avr. 1959, *Bull. crim.*, n° 26, Crim. 14 juin 1972, *Bull. Crim.*, n° 200.

<sup>18</sup> Aristote, *Éthique à Nicomaque*, V, 10, 1135b25-29. Sur la juste colère des parents, v. déjà, Platon, *Les lois*, IV, 717c6-d6. V. Oliver Renaut, « La colère du juste ». *Revue Esprit*, 2016, Mars-Avril (3),

n'est pas seulement naturel, mais nécessaire de le défendre, surtout dans une société où, comme l'explique Claude Gauvard, le langage est performatif.<sup>19</sup> Au Moyen Âge, si une fille est traitée de « putain » ou de « ribaude », elle est « moult reculée de mariage ». L'affirmation non démentie est tenue pour vraie. C'est pourquoi ses frères peuvent obtenir la grâce du Roi (lettre de rémission) s'ils tuent l'auteur de l'injure, apportant ainsi le démenti à ses propos infâmant. En matière d'adultère, on rappellera également que jusqu'au XIX<sup>e</sup> siècle, la légitime colère du mari trompé l'excusait du meurtre de sa femme et de son amant pris sur le fait. Selon l'article 324 du Code pénal de 1810, « *dans le cas de l'adultère (...), le meurtre commis par l'époux sur son épouse, ainsi que sur le complice, à l'instant où il les surprend en flagrant délit dans la maison conjugale, est excusable* ». Ces dispositifs ont aujourd'hui disparu ; d'abord, l'honneur n'occupe plus la place qu'il occupait autrefois, au point qu'on ait même songé à en dépénaliser l'offense au nom d'une conception bien singulière d'une « justice apaisée »<sup>20</sup> ; par ailleurs, la colère n'est aujourd'hui plus considérée comme une réaction aussi naturelle et appropriée qu'autrefois. Sénèque<sup>21</sup> l'a, semble-t-il, emporté sur Aristote ; la colère a perdu ses droits. Mais si l'émotion ne fait pas disparaître l'infraction, atténue-t-elle à tout le moins la responsabilité de son auteur ?

## 2. L'émotion atténue-t-elle la responsabilité de l'auteur ?

La réponse ne paraît pas faire de doute, comme l'admettaient déjà nos anciens criminalistes<sup>22</sup>. Ainsi Muyart de Vouglans, dans son maître-ouvrage, *Lois criminelles de la France dans leur ordre naturel*, consacre un chapitre entier aux « *crimes commis dans un premier mouvement* » - définis comme ceux ayant été réalisés sans préméditation « *et dans la chaleur d'une passion violente* ». L'auteur estime que ces derniers sont « *moins punissables que ceux commis par dol* »<sup>23</sup>. Il précise que ces « passions » de nature à amoindrir la peine de ceux qui agissent sous leur empire sont la colère, la douleur, l'amour<sup>24</sup>, l'ivresse voire « *fougue de la jeunesse* » (sic).

On notera que certains troubles qui autrefois étaient considérés comme des causes d'atténuation de la peine sont aujourd'hui considérés comme des circonstances aggravantes. Il n'est pas certain que cela témoigne d'un progrès de notre législation. Si

<sup>19</sup> C. Gauvard, « Condamner à mort au Moyen Âge », Puf, 2018., p. 241. Sur la force de l'injure sexuelle et la nécessité du démenti, v. C. Gauvard, « *De grace especial* – Crime, Etat et Société en France à la fin du Moyen Âge » Publications de la Sorbonne, 1991, t. 2, p. 715 et suiv.

<sup>20</sup> S. Guinchard, « L'ambition raisonnée d'une justice apaisée », Rapport au Garde des Sceaux, La documentation française, p. 290. B. de Lamy, « Vers une dépénalisation de la diffamation et de l'injure », JCP G 2008.I.209.

<sup>21</sup> Sénèque, « De la colère – Ravages et remèdes », Rivages poche.

<sup>22</sup> Tiraqueau, *De poenis Temperandis* (1559), Economica, 1986.

<sup>23</sup> Muyart de Vouglans, *Les lois criminelles de France dans leur ordre naturel*, Paris, 1780.

<sup>24</sup> V. églit Tiraqueau, op. cit., p. 56 : « l'on doit punir de manière atténuée, voire laissé impuni, celui qui a commis une infraction en raison d'un amour excessif et trop ardent, comme s'il avait commis son acte moins par une décision de sa volonté que par la force de son égarement »...

l'ivresse traduit un trouble momentané de la conscience, il est difficile de justifier sur son fondement une sévérité accrue contre les auteurs d'infractions qui visent précisément à sanctionner la violation volontaire de l'interdit posé, et que l'on connaît sous le nom d'infractions intentionnelles. Cela revient à faire prévaloir l'antériorité de la faute (l'absorption d'alcool) sur la conscience de l'acte au moment où il est commis. C'est un contresens criminologique évident que la volonté de lutter contre certains fléaux, tel l'alcoolisme ou la consommation de stupéfiants, ne justifie nullement, sauf dans l'hypothèse où la consommation illicite vise à se donner du courage.

Si les émotions sont incontestablement prises en compte au stade de la détermination de la peine, elles opèrent juridiquement en toute discrétion. Elles ne se voient en effet conférer aucun statut particulier en droit pénal. La raison tient au *principe d'individualisation* de la peine qu'a renforcé l'entrée en vigueur, en 1994, du Code pénal actuel. En supprimant les *minima* de peine, celui-ci a rendu inutile le recours au mécanisme des circonstances atténuantes par lequel se cristallisait jusqu'alors le rôle de l'émotion quant à l'évaluation de la responsabilité pénale de l'auteur des faits. Ce rôle n'a pas disparu, mais ne procède plus d'une qualification préalable nécessaire ; il procède directement du juge pénal. Les émotions opèrent en silence.

Ainsi, le *statut* de l'émotion, lorsqu'on l'envisage du point de vue de l'auteur de l'infraction, manque aujourd'hui de consistance. L'émotion s'est fait évincer du corps de la peine, et si elle joue incontestablement un rôle dans l'évaluation de la responsabilité de l'auteur, ce rôle s'exerce en sous-main, étant voilé par le principe d'individualisation. En revanche, l'émotion reprend des couleurs si on l'envisage à présent du côté de la victime.

## II.- Le renforcement du rôle de l'émotion de la victime

Le droit pénal se préoccupe de plus en plus des émotions personnelles dont il ne tolère pas qu'elles soient illégalement provoquées ou injustement troublées. Il s'est donc employé à encadrer les comportements à forte portée émotionnelle. Pour autant, il ne semble pas que cette préoccupation suffise aujourd'hui à apaiser la société. Dans le trouble des émotions qui les traversent, les victimes sont de plus en plus nombreuses à se détourner du droit pénal et à lui préférer d'autres voies punitives. C'est un phénomène nouveau, dont il convient de noter qu'il se produit à la fois au nom de l'émotion et par son biais. Ainsi, bien qu'il se veuille protecteur des émotions, le droit pénal nous semble aujourd'hui débordé par l'émotion.

## A.- Le droit pénal, protecteur des émotions

Les émotions relèvent de l'intime. Pour autant, le droit pénal ne s'en est nullement désintéressé. Bien au contraire, la protection de cette part d'intimité implique que soit assurée une certaine sérénité de l'ordre émotionnel. *Quieta non emovere...* L'affirmation se vérifie aussi bien sur le plan individuel qu'au regard d'émotions à caractère plus collectif.

### 1. Les émotions individuelles

Il existe un vaste éventail d'infractions visant à prémunir les personnes contre des émotions que certains souhaiteraient susciter en elles, de façon malveillante. En général, il s'agit d'émotions négatives pouvant être vécues comme de véritables souffrances :

- *La peur*, dont prémunit plusieurs infractions, telles que les menaces (de violence ou de mort), le chantage, et même les violences depuis que celles-ci ont été étendues aux violences morales, à même de susciter un « choc émotionnel »<sup>25</sup> ;

- le *désespoir*, dont se préoccupe le délit de provocation au suicide<sup>26</sup> (sanctionné en présence d'une simple tentative de suicide) ;

- la *mésestime de soi*, qui justifie que les « termes de mépris » soient expressément sanctionnés au titre de l'injure<sup>27</sup> ;

- la *haine*, qui en plus d'être une passion mauvaise, menace la concorde sociale<sup>28</sup> ;

- la *honte*, que sanctionne à certains égards le délit d'atteinte à l'intimité de la vie privée<sup>29</sup>, notamment lorsqu'il prend la forme d'une diffusion non autorisée de photos intimes – phénomène connu sous le nom de *revenge porn* – et susceptible de conduire à des drames, en particulier au suicide des personnes concernées ;

- le *sentiment d'aliénation*, tel celui pouvant être suscité au sein d'une secte et que sanctionne la nouvelle incrimination d'abus de faiblesse issue de la loi du 12 juin 2001 sur le renforcement de la prévention et répression des mouvements sectaires portant atteinte aux droits de l'homme et aux libertés fondamentales. L'article 223-15-2 qui en est issu incrimine désormais les activités d'un groupement « ayant pour but ou pour effet de créer, de maintenir, ou d'exploiter la sujétion psychologique (...) des personnes qui participent à ces activités ».

Cela étant, le droit pénal ne prémunit pas uniquement contre des émotions négatives. Certaines sont neutres, voire agréables, mais il n'appartient pas pour autant à n'importe qui de les susciter sans retenue. C'est en ce cas l'absence de légitimité de celui qui entend mobiliser les affects d'autrui qui est sanctionnée. Le droit pénal garantit ici la liberté des

<sup>25</sup> Crim. 9 janv. 1986, Gaz.Pal. 1986.2., p. 598, note J.P. Doucet.

<sup>26</sup> Art. 223-13 C. pén.

<sup>27</sup> L. 29 juill. 1881 sur la liberté de la presse, art. 29.

<sup>28</sup> L. 29 juill. 1881, préc., art. 24 al. 5.

<sup>29</sup> Art. 226-1 et 226-2-1 C. pén. Adde. Loi n° 2016-1321 du 7 oct. 2016 Pour une République numérique (J.O. 8 oct. 2016).

émotions. Il en est ainsi de l'éveil de la sensualité chez les mineurs qui est sanctionnée au titre de la corruption de mineurs<sup>30</sup>.

La prise en compte de l'émotion de la victime peut également prendre une autre forme quand elle permet d'expliquer son comportement lors d'une agression dont elle a fait l'objet. La question s'est ainsi posée de savoir si son absence de résistance physique pouvait valoir consentement. Tel n'est heureusement pas le cas, dans la mesure où elle a précisément pu être tétanisée par la peur et le sentiment d'impuissance. La Cour européenne des droits de l'homme est venue confirmer cette analyse dans un arrêt du 4 décembre 2003, dans une affaire où les experts avaient précisément fait état d'une « peur paralysante » de la victime au moment de son agression<sup>31</sup>. La Cour précise à cet égard qu'il « *est fréquent que les victimes d'abus sexuels – en particulier les jeunes filles mineures – n'opposent pas de résistance pour diverses raisons psychologiques ou par crainte que leur agresseur ne se livre à d'autres violences* ». Elle en déduit que les États ont bien, sur le fondement des articles 3 et 8 de la Convention, l'obligation de pénaliser et de poursuivre de manière effective tout acte sexuel non consenti, même si la victime n'a pas opposé de résistance physique.

Si le droit pénal se préoccupe ainsi des émotions personnelles, propres à chaque individu, il est loin d'être indifférent aux émotions collectives, éprouvées en commun par des groupes de personnes partageant les mêmes intérêts et valeurs, et que l'on peut saisir à travers la notion de communautés émotionnelles.

## 2. La protection des « communautés émotionnelles »

La notion de *communauté émotionnelle*, forgée par l'historienne médiéviste américaine Barbara Rozenwein<sup>32</sup>, renvoie à l'idée de groupes sociaux dans lesquels les individus sont animés par des intérêts, des valeurs et des styles émotionnels communs ou similaires. Si la notion doit être maniée avec précaution, et si l'identification des communautés en question n'est pas toujours aisée, il n'en demeure pas moins possible de saisir à travers ce prisme l'origine des tensions que rencontre le droit pénal dans la société contemporaine. En effet, plus une société est homogène, plus il est aisé de déterminer ce qui la choque et définir en conséquence le champ des comportements méritant d'être blâmés. À l'inverse, plus la société se fragmente en communautés diverses, dotées chacune d'une sensibilité propre, plus le travail d'incrimination s'avère difficile, en particulier lorsque les valeurs auxquelles ces différentes communautés se rattachent, s'éloignent ou s'opposent. Il se crée dès lors une tension inévitable entre deux positions : la première consiste à prendre en compte la sensibilité de la communauté

<sup>30</sup> Art. 227-22 C. pén.

<sup>31</sup> CEDH, 4 déc. 2003, *M.C. c. Bulgarie*,

<sup>32</sup> B. H. Rosenwein, « Émotions en politique. Perspectives de médiéviste », *Hypothèses* 1, 2001, p. 315 ; « Worrying about Emotions in History », *The American Historical Review* 107/3, 200, Adde. D. Boquet, « Le concept de communauté émotionnelle selon B.H. Rosenwein », *BUCEMA*, 2013, « Hors-série » n° 5,

émotionnelle particulière en intégrant dans la norme commune le refus d'en heurter les valeurs ; la seconde consiste, tout au contraire, à négliger cette sensibilité particulière, au nom, précisément, de cette sensibilité commune.

Aucune solution ne s'impose *a priori*. La protection des communautés émotionnelles par le droit pénal est parfaitement possible, et même souhaitable pour autant que les valeurs au nom desquelles elles se disent blessées n'apparaissent pas contraires à celles de la communauté envisagée dans son ensemble. Il n'existe aucune raison particulière d'épargner ceux dont la volonté est exclusivement malveillante et uniquement portée par le désir de nuire et de blesser tout en se retranchant derrière des motifs fallacieux ou prétendument scientifiques. Le négationnisme relève de cette pure malveillance et ne saurait dès lors s'abriter derrière la liberté d'expression pour avoir droit au chapitre, pas plus que la diffamation ou l'incitation à la haine raciale. Pour autant, toute atteinte portée à la sensibilité d'une communauté émotionnelle particulière ne saurait être sanctionnée pénalement. En particulier, quand les valeurs qui l'animent sont de nature religieuse et s'opposent par conséquent au droit de critique du religieux acquis de haute lutte par la communauté nationale, laquelle porte ce droit comme un étendard. Le droit pénal ne saurait en ce cas intervenir pour protéger les communautés offensées, quelle que soit la réalité de l'offense subie.

L'équilibre n'est pas simple à trouver, d'autant que doit être pris en compte « le phénomène d'incidence dans l'application des lois »<sup>33</sup> au sens où l'entendait Jean Carbonnier. Ce phénomène renvoie au constat que les lois peuvent parfois aboutir à un résultat tout à fait différent que celui escompté. Ainsi, en ne sanctionnant que la contestation des crimes contre l'humanité commis pendant la seconde guerre mondiale<sup>34</sup>, sans parvenir par la suite à incriminer efficacement la contestation des autres génocides, crimes contre l'humanité ou crimes de réduction en esclavage en raison d'exigences constitutionnelles<sup>35</sup>, le législateur a créé, auprès de certaines communautés émotionnelles, un sentiment de colère et de frustration, qui n'a du reste pas manqué de se retourner contre la communauté émotionnelle initialement troublée dans sa sensibilité. Le « phénomène Dieudonné » apparaît à certains égards comme l'enfant non désiré de la loi Gayssot : une « retombée de la loi en dehors de sa cible »<sup>36</sup>. La protection des communautés émotionnelles pâtit ainsi de leur concurrence.

En dépit de ces difficultés, il apparaît que le droit pénal fait grand cas de l'émotion des victimes et, autant que faire se peut, du trouble des communautés émotionnelles alors qu'il s'est employé à limiter le rôle de l'émotion affectant l'auteur de

<sup>33</sup> J. Carbonnier, *Flexible droit- Pour une sociologie du droit sans rigueur*, LGDJ, 8<sup>e</sup> éd., 1995, p. 146.

<sup>34</sup> Art. 24 bis loi du 29 juill. 1881, *préc.*

<sup>35</sup> Sur ce point, v. not. L'art. 173 de la loi du 27 janv. 2017 relative à l'égalité et à la citoyenneté, *préc.*, et Cons. const., 26 janv. 2017, n° 2016-745 DC.

<sup>36</sup> J. Carbonnier, *op. cit.*, p. 146.

l'infraction. Pour autant, il semble aujourd'hui que cette prise en compte de l'émotion des victimes soit jugée insuffisante. Peinant à canaliser complètement cette émotion, le droit pénal s'est laissé déborder...

### **B.- Le droit pénal débordé par l'émotion**

On constate à l'heure actuelle un phénomène inédit lié au fait qu'un nombre croissant de victimes d'infractions pénales (il s'agit le plus souvent d'agressions sexuelles) et se trouvant dans l'incapacité d'en demander compte en justice (en raison de la prescription) parviennent néanmoins à obtenir la sanction de l'auteur, sans passer par le procès pénal. Il leur suffit de révéler les faits sur les réseaux sociaux ou dans un livre ; *l'émotion suscitée fera reste*. La personne dénoncée est en effet vouée à l'opprobre et se voit instantanément exclue du champ social.

Ce phénomène est diversement apprécié. En sa faveur, on fait valoir qu'il met fin à l'impunité d'agresseurs ayant trop longtemps bénéficié des blocages psychologiques de victimes, souvent mineures à l'époque des faits, et qui n'ont par conséquent pu les dénoncer en temps utile. En sens inverse, on objecte qu'il bafoue la présomption d'innocence, le principe du contradictoire (seule la parole de la victime étant prise en compte) et l'ensemble des droits de la défense du procès pénal. Ce à quoi il peut être répondu que ces principes directeurs du procès pénal – les droits de la défense – n'ont été élaborés que pour répondre à une accusation pénale *stricto sensu*, ce que n'est pas « l'acte de libération de la parole » sur les réseaux sociaux. Le fait est que l'atteinte à la présomption d'innocence, au sens de l'article 9-1 du Code civil, suppose l'existence d'un contexte procédural qui passe par « *l'ouverture d'une enquête ou d'une instruction judiciaire* »<sup>37</sup>. Dès lors, le débat ouvert par ces révélations se résout principalement sous l'angle d'une éventuelle action en diffamation pour l'auteur désigné des faits délictueux. Mais quelle qu'en soit l'issue, la stigmatisation sociale se sera déjà produite.

On touche ici le cœur du problème posé par ce phénomène. Le droit pénal doit-il rester, comme on l'a longtemps pensé, le canal exclusif de la sanction sociale des faits de nature incontestablement pénale ? Ou peut-il être légitimement concurrencé par un canal alternatif à même de sanctionner des infractions pénales par une mort sociale non indexée sur une condamnation pénale ? Autrement dit : l'indignation suscitée par le crime – l'émotion – est-elle en droit de neutraliser le droit pénal pour satisfaire le sentiment de justice ? Il s'agit en réalité de savoir quelle place doit occuper le droit pénal dans la régulation des rapports sociaux dès lors que des faits délictueux sont allégués. Le droit pénal a-t-il vocation à rester exclusif ou faut-il au contraire admettre ce système punitif parallèle, à la fois plus rapide et moins contraignant ?

---

<sup>37</sup> TGI Paris 30 oct. 2019, n° 19/57899, Legipresse 2019, p. 661 (Le champ d'application de la présomption d'innocence se limite aux personnes faisant l'objet d'une enquête ou d'une instruction judiciaire).

**1. Il ne saurait être question de trancher ici ce débat. Nous tenterons néanmoins de l'éclairer par deux observations :**

- La première est que ce mouvement traduit un formidable retour en arrière. Il n'est qu'à voir le torrent de messages haineux, voire orduriers qui accompagne généralement ces actes de dénonciation sur les réseaux sociaux. Ils ressemblent à s'y méprendre à cette boue que le peuple était invité à jeter sur l'infâme pilorisé au milieu village. Encore celui-ci avait-il eu droit à un procès, un procès rudimentaire en termes de droits de la défense, certes, mais un procès tout de même. Malgré qu'on en ait, le mécanisme répressif à l'œuvre, piloté par la victime et le renfort de la foule, en dehors de tout contrôle étatique, signe le retour à un système de vengeance privée. Au fond, cette forme de régulation sociale marque non pas le retour au Moyen Âge, mais à des temps bien plus archaïques, c'est-à-dire à l'époque où le droit pénal n'avait pas encore pris le relais de la vengeance privée. Il n'est pas sûr qu'y revenir traduise un véritable progrès de notre civilisation.

D'un point de vue anthropologique, on peut y voir le retour de la culture de la honte – qui lie la faute à la seule sanction sociale – là où la culture de la responsabilité l'indexe sur la conscience individuelle. Le christianisme nous avait fait progressivement sortir de la culture de la honte<sup>38</sup>, l'époque actuelle nous y replonge, étonnamment. Le triomphe de la libération de la parole, qui est à elle-même sa propre sanction, puisque la dénonciation vaut châtement, apparaît ainsi comme la revanche de la *shame culture* sur la *guilt culture*<sup>39</sup>.

- La deuxième observation est que cette voie alternative – que certains appellent la voie de « l'instinct justicier » – traduit aussi et paradoxalement un certain retour à la société d'honneur, puisque c'est par l'opprobre qu'on entend sanctionner le « coupable ». C'est assez compréhensible puisque le peuple n'a, à la différence de l'État, que l'humiliation à disposition, en guise de sanction. Mais alors, il faut être prêt à en accepter toutes les conséquences. L'atteinte à la réputation, dans une société d'honneur, impliquait le démenti, qui passait parfois par la violence et même le meurtre. La personne acculée à défendre son honneur – en dehors de l'enceinte de la justice – ne pourra le faire qu'avec des armes non judiciaires ; c'est inévitable, et l'on peut dès lors s'attendre à de nouveaux drames... Est-ce vraiment vers cette société que l'on veut se diriger ?

Dès lors, on se demande si la voie la plus sage ne serait pas que le droit pénal continue de canaliser les émotions et s'efforce de les réintégrer en son sein, quitte à modifier une nouvelle fois les règles de la prescription. Cette ultime concession vaut sans doute mieux qu'une société gouvernée par l'émotion.

---

<sup>38</sup> M. Zink, op. cit., p. 27.

<sup>39</sup> Sur cette distinction, v. E.R. Dodds, *Les Grecs et l'irrationnel* (1965), Flammarion, 1977, p. 37.

## L'influence des émotions sur la loi pénale. Quelques caractéristiques des lois pénales émotionnelles

**Natacha PAGET-BLANC**

*A.T.E.R à Paris-I Panthéon-Sorbonne*

« Le droit est fait par les hommes, pour les hommes ; aux deux bouts de la chaîne, il relève du psychologue » affirmait le doyen CARBONNIER dans son étude de psychologie juridique<sup>40</sup>. Souhaitant inciter les juristes et psychologues à s'intéresser aux phénomènes juridiques par-delà les méthodes de la sociologique juridique, il soulignait ainsi précocement l'importance à donner aux affects et à la psychologie dans l'étude des phénomènes juridiques. Depuis les années 1980, dans le cadre du mouvement *Law and Emotions*, de nombreuses recherches ont été menées sur l'influence des émotions en matière pénale. Aujourd'hui, tant l'émergence d'un discours sur le sentiment d'insécurité et de peur des individus, que la multiplication de lois pénales « émotionnelles », invitent à saisir la portée et l'influence des émotions des victimes et de l'opinion publique sur la loi pénale.

Une telle réflexion peut sembler contre-intuitive, puisque la loi pénale a largement un soubassement émotionnel et affectif. En effet, en tant qu'elle reflète « *les états forts de la conscience collective* »<sup>41</sup>, la loi pénale, et notamment l'interdit pénal, prennent appui sur les affects disponibles dans la société. Comme l'expliquait E. DURKHEIM, un fait n'est qualifié d'infractionnel qu'à partir du moment où il suscite une réaction émotionnelle suffisamment partagée et définie dans la société<sup>42</sup>. Si les émotions de la société sont au fondement de la loi pénale, c'est aussi qu'elles sont un des moyens par lesquels la société découvre son attachement à certaines valeurs qu'il reviendrait à la loi pénale de consacrer<sup>43</sup>. Pour autant, la loi pénale ne peut être conçue comme un simple instrument de réponse à l'émotion collective : non seulement, comme le préconisait PORTALIS, les lois doivent demeurer des « *actes de sagesse, de justice et de raison* »<sup>44</sup>, mais les lois pénales doivent également poursuivre l'intérêt général. Or, depuis plusieurs décennies, en raison de la place et à la visibilité accrue données aux victimes dans la sphère publique, l'équilibre entre raison et émotion, entre protection des intérêts des victimes et de l'intérêt général, semble être menacé. De plus en plus, il est demandé à la loi pénale, et au système pénal dans sa globalité, de répondre aux besoins affectifs, voire

---

<sup>40</sup> J. CARBONNIER, « Études de psychologie juridique », *Annales de l'Université de Poitiers*, série II, 1949, p. 3.

<sup>41</sup> E. DURKHEIM, *De la Division du travail social* (1893), Paris, P.U.F., 12<sup>e</sup> édition, 1960, p. 35 et s. s.

<sup>42</sup> *Ibid.*

<sup>43</sup> P. LIVET, « Des émotions aux valeurs », *Sociologies*, 2002, p. 177.

<sup>44</sup> J.-E.-M. PORTALIS, *Discours préliminaire sur le projet de code civil, présenté le 1<sup>er</sup> pluviôse an IX*.

thérapeutiques des victimes<sup>45</sup>. Certains auteurs dénoncent alors l'émergence d'un « *populisme pénal* »<sup>46</sup>, se traduisant notamment par un « *exorcisme législatif* »<sup>47</sup>, puisque la loi pénale deviendrait un moyen d'expiation des angoisses et des émotions négatives de la société.

Depuis les années 1980, différentes lois ont été adoptées en réaction à des faits divers ou débats de société ayant entraîné une vive émotion collective<sup>48</sup>. A ce titre, la professeure V. MALABAT souligne que l'intervention de la loi pénale se résume souvent à un triptyque : télévision, émotion, législation<sup>49</sup>. Ce fut le cas pour de nombreuses incriminations contenues dans le Code pénal, telles que celle du bizutage, de l'outrage à l'hymne national, le délit d'embuscade ou encore du *happy slapping*. D'autres lois pénales ont été adoptées suite à des affaires retentissantes et conduisent à affermir la répression à l'égard de certains délinquants – récidivistes, délinquants sexuels, terroristes. Dans tous ces cas, l'intervention du droit pénal a lieu dans un contexte où l'émotion collective est vive et les lois adoptées portent la marque de ce contexte, ce qui leur vaut d'être qualifiées de « lois émotionnelles ». La professeure C. LAZERGE voit également dans ces lois de circonstances des « lois d'affichage », ou déclaratives, en ce qu'elles tendraient davantage à formaliser les objectifs politiques du gouvernement qu'à élaborer une stratégie efficace de répression<sup>50</sup>.

La manière dont les émotions influencent la fabrique de la loi, et plus généralement, la relation entre le droit et les émotions reste, pourtant, une thématique peu documentée en France<sup>51</sup>. En effet, cette réflexion est encore essentiellement alimentée par la littérature anglo-saxonne, dans le cadre du mouvement *Law and Emotion*<sup>52</sup>. L'objet de cette contribution sera donc de prolonger la réflexion sur les interactions entre le droit et les émotions en questionnant l'influence des émotions des victimes et de l'opinion publique sur l'élaboration de la loi pénale. Il s'agira notamment de s'intéresser à la manière dont celles-ci influencent le travail d'élaboration de la loi pénale, autant que les caractéristiques de la loi pénale. *Dès lors, comment les émotions des victimes et de l'opinion publique influencent-elles la loi pénale ?* Ces émotions traversent l'ensemble du processus législatif en matière pénale. Toutefois, elles y progressent de manière aussi certaine qu'ambivalente, puisque les données émotionnelles ne bénéficient pas d'un

<sup>45</sup> A. FLÜCKIGER, R. ROTH, C-N. ROBERT (dir.), *Droit et émotions : le rôle des émotions dans les processus de régulation juridique et sociale*, Genève : CETEL, 2010, p. 34 et s.

<sup>46</sup> D. SALAS, *La volonté de punir. Essai sur le populisme pénal*, Fayard, 2013.

<sup>47</sup> D. SALAS, « Affaire Sarah Halimi : « La société ne demande pas une loi qui punisse plus mais un juge qui entende ses inquiétudes » », *Le Monde*, 2 juin 2021.

<sup>48</sup> J-M. BRIGANT, « Faits divers et droit pénal », in *Mélanges en l'honneur C. Lazerges*, Dalloz, 2014, p. 117.

<sup>49</sup> V. MALABAT, « Les infractions inutiles. Plaidoyer pour une production raisonnée du droit pénal », in V. MALABAT, B. DE LAMY, M. GIACOPELLI (dir.), *La réforme du Code pénal et du Code de procédure pénale*, *Opinio doctorum*, Dalloz, Thèmes et commentaires, 2009, p. 74.

<sup>50</sup> C. LAZERGES, « De la fonction déclarative de la loi pénale », *RSC*, 2004, p. 194.

<sup>51</sup> V. toutefois, A. FLÜCKIGER, R. ROTH, C-N. ROBERT (dir.), *Droit et émotions : le rôle des émotions dans les processus de régulation juridique et sociale*, op. cit. ; E. JEULAND, *Le juge et l'émotion*, HAL, 2020, version 9 (hal-01790855).

<sup>52</sup> Notons toutefois, l'étude de l'influence des émotions sur les institutions et sur l'élaboration de la loi reste encore peu développée ; v. cependant, C. SANGER, « Legislating with affect: emotion and legislative law making », *Nomos*, 2013, n° 53, p. 38.

statut homogène et déterminé dans le travail législatif (I). En revanche, la plus grande place faite aux émotions, de la société civile et des victimes, contribue sensiblement à modifier les caractéristiques de la loi pénale, notamment son contenu et ses finalités (II).

## **I.- Le statut ambivalent des émotions dans le processus législatif en matière pénale**

Les émotions exprimées par la société civile et par les victimes influencent de plus en plus le processus législatif en matière pénale. L'intervention de la loi pénale est ainsi souvent guidée et justifiée par l'expression d'une vive émotion collective (A). De même, les émotions des victimes sont prises en compte par le législateur au moment de l'élaboration de la loi pénale. Toutefois, la place variable qu'occupent les émotions des victimes dans les travaux préparatoires témoigne du fait qu'elle demeure perçue comme une donnée anecdotique, encore difficilement objectivable dans le travail parlementaire (B).

### **A.- L'émotion de l'opinion publique, au fondement de la réaction législative**

Le recours à la loi pénale, le choix de pénaliser certains agissements ou d'en aggraver la répression, trouvent souvent leur cause dans un fait divers, ou dans un débat animant fortement la société<sup>53</sup>. Les faits aux origines de ces lois sont variés mais ont en commun d'être fortement médiatisés et de susciter de vives émotions dans la société civile. Il peut s'agir de l'émotion éprouvée à l'égard d'un groupe de délinquants (sexuels, terroristes, récidivistes), soit celle exprimée par un groupe identifié de victimes (forces de l'ordre, médecins, maires, minorités)<sup>54</sup>. Ces affaires déclenchent alors dans la société civile une vague d'empathie à l'égard de la victime, et de colère et dégoût à l'égard du coupable. En effet, la détresse exprimée par les victimes, par une sorte de contagion, se diffuse dans l'ensemble de la société, et conduit à légitimer l'adoption d'une loi pénale, la victime faisant alors office de porte-parole du discours sécuritaire des gouvernants<sup>55</sup>. Suite à l'expression de cette émotion collective, et aux critiques qui sont souvent formulées à l'égard du juge et du législateur, une loi est adoptée – très rapidement.

La législation relative à la récidive, notamment la loi du 25 février 2008 relative à la rétention de sûreté et l'irresponsabilité pénale pour cause de troubles mentaux, illustre tout particulièrement l'influence de l'émotion dans la réaction du législateur<sup>56</sup>. Cette loi a été élaborée à la suite de diverses affaires, dont l'affaire Evrard. Un délinquant sexuel récidiviste avait, quelques temps après sa sortie de prison, abusé sexuellement d'un

<sup>53</sup> J-M. BRIGANT, « Faits divers et droit pénal », *op cit.*

<sup>54</sup> J-B. THIERRY, « L'individualisation du droit criminel », *RSC*, 2008, p. 59.

<sup>55</sup> A. FLÜCKIGER, R. ROTH, C-N. ROBERT (dir.), *Droit et émotions : le rôle des émotions dans les processus de régulation juridique et sociale*, *op. cit.*, p. 34.

<sup>56</sup> C. LAZERGES, « Le choix de la fuite en avant au nom de la dangerosité : les lois 1,2,3,4,5 etc. sur la prévention et la répression de la récidive », *RSC*, 2012, 274 ; J-M. BRIGANT, « Faits divers et droit pénal », *op cit.*, p. 128.

enfant le 15 août 2007. En réponse à cet événement fortement médiatisé, un projet de loi relatif à la rétention de sûreté a été délibéré en conseil des ministres le 28 novembre 2007, soit trois mois après les faits. La filiation avec l'affaire Evrard n'est nullement occultée par les auteurs de la loi, puisque celle-ci est ouvertement présentée comme une réponse aux questions soulevées par ce fait divers<sup>57</sup>. Le but poursuivi par le gouvernement était d'ailleurs d'adopter rapidement cette loi et de l'appliquer immédiatement aux situations qu'elle concernait. Il s'agissait également de soumettre certains détenus libérables à la rétention de sûreté<sup>58</sup>. Cette loi a alors été adoptée dans le cadre de la procédure accélérée (anciennement, procédure d'urgence), qui permet de déroger aux délais applicables aux lectures des textes en séance et de convoquer d'une commission mixte paritaire après une première lecture du texte par les assemblées<sup>59</sup>. L'exemple de la loi relative à la rétention de sûreté nous montre que la rapidité de l'adoption de la loi est au cœur de la stratégie thérapeutique du législatif ; il s'agit d'apporter une solution quasi-rétroactive à l'affaire justifiant la loi. Celle-ci sert de vecteur d'apaisement, pas aux seules victimes futures, mais aussi aux victimes actuelles.

De manière générale, les lois guidées par l'émotion suivent un circuit relativement standardisé : elles sont déposées devant les assemblées peu de temps après la survenance d'un événement émotionnel chargé, souvent inscrites en priorité dans le calendrier parlementaire, et adoptées au terme d'une procédure accélérée<sup>60</sup>. Ce délai est parfois réduit à très peu lorsqu'un événement fortement médiatisé survient alors qu'une loi est déjà en cours d'élaboration. L'incrimination du *happy slapping* a ainsi été introduite par le Sénat dans la loi du 5 mars 2007 relative à la prévention de la délinquance, en deuxième lecture, après que des voix se sont élevées pour dénoncer cette pratique<sup>61</sup>. Il arrive aussi que ces lois correspondent à des propositions de loi déposées antérieurement par un parlementaire, que l'exécutif s'empresse de récupérer après la survenance d'un événement particulier<sup>62</sup>. Au total, la cause de l'intervention de la loi pénale et le temps du travail législateur sont influencés par l'apparition de faits divers et les émotions exprimées dans l'opinion publique. Plus encore, certains auteurs estiment que le législateur, lui aussi, réagit émotionnellement à ces situations. Ainsi, J-M.

<sup>57</sup> ASSEMBLÉE NATIONALE, *Rapport au nom de la commission des lois*, par M. G. FENECH, le 12 décembre 2007.

<sup>58</sup> M. HERZOG-EVANS, « La loi n° 2008-174 du 25 février 2008 ou la mise à mort des « principes cardinaux » de notre droit », *AJ Pénal*, 2008, p. 161.

<sup>59</sup> Pour autant, cette loi finira par être partiellement censurée par le Conseil constitutionnel, notamment sur le caractère rétroactif de ses dispositions : Cons. cons, n° 2008-562 DC du 21 février 2008, *Loi relative à la rétention de sûreté et à la déclaration d'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental*.

<sup>60</sup> Ch. LAZERGES, « Le choix de la fuite en avant au nom de la dangerosité : les lois 1,2,3,4,5 etc. sur la prévention et la répression de la récidive », *op. cit.*

<sup>61</sup> Loi n°2007-297 du 5 mars 2007 relative à la prévention de la délinquance ; A-G. ROBERT, « Chronique législative », *RSC*, 2007, 85.

<sup>62</sup> Ce fut le cas récemment avec la proposition de loi Sécurité globale, déposée le 20 octobre 2020 par des députés LaRem. Suite à l'assassinat de Samuel Paty, elle fut largement récupérée par le gouvernement, et notamment par le Ministère de l'Intérieur – ce qui avait, d'ailleurs, pour avantage de décharger le gouvernement de son obligation de publication d'une étude d'impact et de saisine du Conseil d'État de la CNIL.

BRIGANT, soulignait qu'« à l'instar du public, le législateur réagit aux faits divers avec son affect plutôt qu'avec son intellect »<sup>63</sup>.

En somme, l'émotion modifie la fréquence de la production législative et le rythme du processus législatif, ce qui peut certainement expliquer la multiplication des lois émotionnelles dans le paysage juridique français. Devenues des données de fait avec lesquelles le législateur contemporain compose, les émotions, notamment celles des victimes, sont toutefois retranscrites de manière variable dans les travaux législatifs.

### **B.- Le traitement variable des émotions des victimes dans les travaux préparatoires**

L'époque récente nous montre qu'une attention de plus en plus forte est portée aux émotions des victimes dans le cadre de l'élaboration de la loi pénale. Les émotions des victimes sont prises en compte de différentes manières, soit par le biais d'auditions, d'études statistiques ou de sondages reproduits dans les travaux préparatoires de la loi, soit par l'association directe des associations de victimes à l'élaboration de la loi. Par exemple, la mise en place d'un Grenelle des violences conjugales dans l'optique d'œuvrer à la co-construction des dispositifs de protection des victimes de ce type de violence, a permis d'associer activement différents acteurs de terrains et recueillir les témoignages et avis des victimes et de leur famille. De même, la loi du 3 août 2018 renforçant la lutte contre les violences sexuelles, dite Loi Schiappa, prenait appui sur des auditions d'acteurs variés : associations de victimes, associations militantes, psychologues, procureurs et juristes<sup>64</sup>. Outre ces auditions, les travaux parlementaires font état de nombreuses études statistiques et sondages dans lesquels les victimes expriment certaines émotions et perceptions face à des violences sexistes<sup>65</sup>.

Si les émotions des victimes suscitent un tel intérêt pour le législateur, cela tient au fait qu'elles lui permettent de prendre conscience de la réalité de certaines violences et d'établir le caractère « nuisible à la société » de certains agissements<sup>66</sup>. Toutefois, il n'existe pas de méthodologie identifiée sur la manière dont sont prises en compte ces données émotionnelles. D'un point de vue formel, les émotions des victimes sont recueillies de manière peu homogène et traitées sans statut particulier. Le choix d'entendre certaines personnes dépend de la diligence des assemblées, et le panel de témoignages recueillis varie d'une législation à une autre, sans qu'il soit véritablement

<sup>63</sup> J.-M. BRIGANT, « Faits divers et droit pénal », *op cit.*, p. 130.

<sup>64</sup> ASSEMBLÉE NATIONALE, *Rapport d'information fait au nom de la délégation aux droits des femmes et à l'égalité des chances entre les hommes et les femmes, sur le projet de loi renforçant la lutte contre les violences sexistes*, par E. BALANANT, M.-P. RIXAIN, déposé le 19 avril 2018.

<sup>65</sup> *Ibid.*

<sup>66</sup> Par exemple, la pénalisation du cyberharcèlement de groupe, prend appui sur le constat que les victimes de ces violences présentent les mêmes souffrances que les victimes de viol, ce qui se traduit par « de la souffrance émotionnelle, de l'anxiété, de l'angoisse, induisent perte de l'estime de soi, isolement, décrochage scolaire et absentéisme, problèmes de santé de nature psychosomatique, automutilations, voire actes suicidaires » : *ibid.*

possible de dégager un schéma systématique. Les auditions ne sont pas reproduites dans les travaux préparatoires de la loi, alors que les sondages et statistiques sur les ressentis des victimes sont souvent intégrés dans différents documents préparatoires.

L'impact émotionnel de la législation est également faiblement pris en compte au stade de l'évaluation de l'impact de la loi. Certains mouvements de recherche préconisent pourtant d'analyser de manière plus rigoureuse et systématique les enjeux émotionnels et psychologiques des législations. Le mouvement *therapeutic jurisprudence* a ainsi pour objet de dégager des méthodologies et grilles de questions permettant d'envisager les impacts humains et psychologiques des lois<sup>67</sup>. Par exemple, en appliquant les méthodes de la *jurisprudence thérapeutique*, certains auteurs ont estimé que la mise en liberté surveillée d'anciens détenus, telle que pensée aux États-Unis, était d'une efficacité limitée, parce qu'elle ne prend pas suffisamment en compte des données psychologiques et émotionnelles<sup>68</sup>. En France, les études d'impact accompagnant les projets de loi n'abordent pas véritablement la question de l'impact émotionnel des dispositions envisagées. La rubrique « impact social », dont la formalisation dans les études d'impact n'est pas systématique<sup>69</sup>, est souvent peu développée, et repose pour l'essentiel sur le rappel de l'objectif social de la loi, sans véritable interrogation sur ses conséquences psychologiques et émotionnelles. Tout au plus, l'impact « symbolique » de la loi pénale est-il parfois mentionné dans la partie dédiée à la nécessité de légiférer. Mais, à défaut de prendre appui sur de solides méthodes permettant d'appréhender les conséquences psychologiques et émotionnelles de la loi, l'analyse de l'impact symbolique de la loi demeure superficielle<sup>70</sup>. En somme, la prise en compte des émotions des victimes dans l'élaboration de la loi pénale semble donc partielle, puisqu'elles sont essentiellement recueillies afin de soutenir l'adoption de la loi pénale.

Les émotions de la société civile et des victimes influencent certainement le processus législatif en matière pénale, bien qu'il soit difficile de déterminer comment le législateur les prend exactement en compte. Le constat de la multiplication des lois

---

<sup>67</sup> D. WEXLER, « Therapeutic Jurisprudence: An Overview », *T. M. Cooley L. Rev.*, 2000, n° 17, p. 125 ; D.C. YAMADA, « On anger, shock, fear, and trauma: therapeutic jurisprudence as a response to dignity denials in public policy », *International Journal of Law and Psychiatry*, Therapeutic Jurisprudence: Today & Tomorrow, mars 2019, n° 63, p. 35 ; S. WIESSNER, « The New Haven School of Jurisprudence: A Universal Toolkit for Understanding and Shaping the Law », *Asia Pacific Law Review*, juin 2010, n° 1, p. 45.

<sup>68</sup> En effet, la peine, la durée et les conditions de la sortie surveillée étant toutes prononcées au jour du jugement, la loi n'incite pas le détenu à bien se comporter en prison, puisque la sortie surveillée dépend de ce qui a été décidé antérieurement à son incarcération. V. D. WEXLER, « The Relevance of Therapeutic Jurisprudence and Its Literature », *Federal Sentencing Reporter*, Vol. 23, n° 4, p. 278.

<sup>69</sup> P. ex. Étude d'impact du Projet de loi interdisant la dissimulation du visage dans l'espace public, mai 2010.

<sup>70</sup> P. ex. Étude d'impact du Projet de loi renforçant la lutte contre les violences sexuelles et sexistes, 19 mars 2018, p. 13, sur l'allongement des délais de prescription s'agissant des violences sur mineurs. L'absence de discussion poussée sur l'impact social de cette disposition est d'autant plus surprenante que l'allongement du délai de prescription était précisément motivé par des facteurs psycho-traumatiques, à savoir le risque de longue amnésie traumatique des victimes de telles violences, et la difficulté qui en découle de porter plainte en temps utile.

adoptées suite à des faits divers s'impose toutefois et témoigne de l'influence des émotions sur les processus normatifs. On peut également remarquer que les lois adoptées dans ces contextes présentent des caractéristiques particulières du point de vue de leur contenu et de leur finalité.

## II.- L'effet décisif des émotions sur les caractéristiques de la loi pénale

L'usage fait par les gouvernants de la loi pénale conduit à en faire le produit d'un processus dominé par l'émotion des victimes, de la société, et du législateur. La normalisation de la « loi pénale-réaction »<sup>71</sup> bouleverse progressivement le contenu de la loi pénale, et avec elle, la morphologie du droit pénal (A). Surtout, elle conduit à modifier les finalités de la loi pénale, la finalité émotionnelle étant désormais érigée comme l'une de ses finalités à titre autonome (B).

### A.- L'émotion reflétée dans le contenu de la loi pénale

Lorsque la loi pénale est adoptée suite à un fait divers, ou un vif débat de société, elle est pensée pour répondre précisément à l'émotion collective qui la justifie. En conséquence, le contenu-même de la loi pénale évolue : celle-ci devient plus spéciale et plus répressive, sans que cela ne la rende nécessairement plus efficace.

Que l'on y voit la trace de son individualisation, de sa subjectivisation ou de son atomisation, il reste que le droit pénal devient de plus en plus catégoriel, à mesure que se multiplient les lois pénales émotionnelles<sup>72</sup>. En effet, la tendance à légiférer en réponse à un fait divers favorise l'émergence d'« *infractions catégorielles* », qui ont pour particularité de viser un groupe déterminé de délinquant, ou de protéger un groupe déterminé de victimes<sup>73</sup>. On assiste aussi à une multiplication d'infractions particulières, qui punissent des agissements qui pourraient pourtant être réprimés sur le fondement d'autres dispositions existantes du Code pénal. Il en va ainsi de nombreuses incriminations : le *happy slapping*, le délit de manipulation mentale, ou encore celui de bizutage, pourraient être réprimés sur le fondement d'autres incriminations, mais ont été érigés en infractions autonomes<sup>74</sup>. Pour reprendre l'expression de J-B. THIERRY, les lois guidées par l'émotion collective semblent donc favoriser « *l'individualisation du droit criminel* », à savoir « *l'adaptation des règles du droit criminel dans leur ensemble au phénomène délictuel et à ceux qui en sont les acteurs* »<sup>75</sup>. Par ailleurs, la place croissante

<sup>71</sup> V. MALABAT, « Les infractions inutiles. Plaidoyer pour une production raisonnée du droit pénal », *op. cit.*

<sup>72</sup> J-M. BRIGANT, « Faits divers et droit pénal », *op. cit.*, p. 130.

<sup>73</sup> J-B. THIERRY, « L'individualisation du droit criminel », *op. cit.* ; J-M. BRIGANT, « Faits divers et droit pénal » *ibid.*, p. 130.

<sup>74</sup> V. MALABAT, « Les infractions inutiles. Plaidoyer pour une production raisonnée du droit pénal », *op. cit.*, p. 115.

<sup>75</sup> J-B. THIERRY, « L'individualisation du droit criminel », *op. cit.*

des émotions des victimes et du public dans le travail législatif semble coïncider avec le tournant répressif du droit pénal et l'émergence d'une loi pénale de plus en plus sévère. Le magistrat X. LAMEYRE notait ainsi que de 1992 à 2012, plus de quatre-vingt-dix lois avaient été adoptées en matière pénale, invariablement dans un sens plus répressif<sup>76</sup>. Il s'agit, presque systématiquement d'ajouter et d'aggraver le droit. Le législateur agit par strates, ajoutant à la définition de l'incrimination, allongeant les délais de prescription, aggravant les peines ou créant de nouvelles peines complémentaires. En somme, tout semble indiquer que « *le droit pénal doit devenir plus dur* », depuis plusieurs décennies<sup>77</sup>.

Dans l'aggravation du droit existant, une technique semble emporter l'affection du législateur et consiste à allonger la liste des circonstances aggravantes, et à en affirmer le caractère spécial – de nouveau, pour épouser les situations individuelles qui les ont inspirées. Ce phénomène est particulièrement perceptible en matière d'infractions sexuelles, où de nombreuses lois modificatives ont été adoptées dans le sens d'un affermissement de la répression. S'agissant du viol, par exemple, presque chaque loi relative aux violences sexuelles a conduit à l'ajout d'une circonstance aggravantes dans le champ de cette infraction<sup>78</sup>. Ainsi, depuis la loi du 3 août 2018, l'infraction de viol est associée à dix-sept circonstances aggravantes. Or, la multiplication des circonstances aggravantes est de nature à nuire à l'efficacité de la répression, par le jeu de *ne bis in idem*, qui empêche de sanctionner deux fois – au titre de l'infraction, et au titre de l'aggravation- les mêmes faits<sup>79</sup>. Le législateur préfère donc ajouter au droit, en créant de nouvelles circonstances aggravantes, quitte à perdre de vue le souci d'efficacité de la loi pénale. Le professeur E. DREYER notait la dimension instrumentale de cette démarche en affirmant que les circonstances aggravantes « *participent de ce droit pénal "magique" dont la vertu essentielle se mesure sur le terrain de la communication [...]. Il n'est pas sûr qu'elles soient alors consacrées en vue d'une application effective. Leur utilité médiatique semble plus évidente. Elle participe de l'effet d'affichage qu'affectionne le législateur contemporain* »<sup>80</sup>.

Le conflit observé entre efficacité et la montée en puissance des émotions dans le travail législatif traduit un bouleversement dans les rationalités présidant à l'élaboration de la loi. En matière pénale, ce conflit se traduit parfois par la prévalence d'une finalité émotionnelle de la loi, au prix d'une occultation de sa finalité répressive.

<sup>76</sup> X. LAMEYRE, *Le glaive sans la balance : essai*, Paris, Bernard Grasset, 2012.

<sup>77</sup> J-F. SEUVIC, « Circonstance aggravante générale d'usage d'un moyen de cryptologie, article 132-79 du code pénal », *RSC*, 2004, p. 907.

<sup>78</sup> C. GUÉRY, « On crée le crime en le nommant : pour une redéfinition du viol », *RSC*, 2020, p. 255.

<sup>79</sup> *Ibid.*

<sup>80</sup> E. DREYER, « Notations sur l'éclatement des circonstances aggravantes », in V. MALABAT, B. DE LAMY, M. GIACOPELLI (dir.), *La réforme du Code pénal et du Code de procédure pénale*, *Opinio doctorum*, Dalloz, Thèmes et commentaires, 2009, p. 66.

## B.- L'émotion comme finalité autonome de la loi pénale

La loi pénale a toujours eu une dimension symbolique<sup>81</sup>, et l'interdit pénal poursuit habituellement des finalités d'ordre émotionnel, ne serait-ce que par son souci d'intimider les individus. Par sa dimension expressive, la loi pénale entend également agir sur les représentations sociales, et participer à l'élaboration du symbolisme propre à chaque individu, dans une perspective de régulation des rapports sociaux<sup>82</sup>. Pour autant, sa fonction première est bien d'ordre répressif, entendu comme un ordre répressif juridique, ce qui la distingue d'autres formes de normes régulatrices étrangères au droit<sup>83</sup>. La fonction expressive du droit pénal n'est donc jamais autonome de la répression ; toute loi pénale doit poursuivre simultanément ces finalités afin de remplir son office dans la société<sup>84</sup>. Or, la multiplication de lois pénales dépourvues de portée répressive – en droit ou en fait – bouleverse cet équilibre, et traduit l'émergence d'une finalité autonome, que l'on pourrait qualifier de finalité émotionnelle, puisqu'elle exprime moins les valeurs d'une société qu'elle n'entend agir directement sur les émotions des individus, à apaiser l'opinion publique et les victimes.

Pour s'en convaincre, on peut d'abord noter que la prévalence des objectifs symboliques poursuivis par la loi est désormais assumée de manière explicite par le législateur. En témoignent, par exemple, les travaux parlementaires accompagnant de la loi du 3 août 2018 relative aux violences sexuelles et sexistes. L'allongement du délai de prescription en matière de violences sexuelles sur mineur est ainsi présenté comme ayant pour objet de corriger une incohérence symbolique tenant au fait que certains crimes sont placés dans une situation plus favorable que les violences sexuelles sur le plan de la prescription. La même rhétorique symbolique vient au soutien de la création de l'outrage sexiste. Une sénatrice reconnaissait à son sujet que « *c'est une loi dont la portée est sur le plan symbolique, davantage qu'opérationnel* »<sup>85</sup>, admettant *ex ante* la faible efficacité de l'incrimination envisagée<sup>86</sup>. Le premier exemple est peu problématique dans la mesure où la disposition envisagée a une véritable portée juridique et aggrave effectivement la répression, en permettant de sanctionner plus longtemps les violences sexuelles sur mineur. Il est davantage surprenant qu'un parlementaire reconnaisse *ex ante* la faible efficacité d'une incrimination, comme ce fut le cas pour l'outrage sexiste.

<sup>81</sup> M. VAN DE KERCHOVE, « La dimension symbolique du droit pénal et les limites de son instrumentalisation », in C.-A. MORAND et J. CHEVALLIER (dir.), *L'Etat propulsif. Contribution à l'étude des instruments d'action de l'Etat*, Publisud, 1991, p. 107.

<sup>82</sup> *Ibid.*

<sup>83</sup> La fonction répressive est inhérente au droit pénal, au point que « *contester cette fonction, c'est (...) contester le droit pénal lui-même* », v. F. DESPORTES, F. LE GUNEHEC, *Droit pénal général*, Economica, 2009, p. 21.

<sup>84</sup> R. BADINTER, *Exposé des motifs du Code pénal*, p. 4.

<sup>85</sup> F. VIGNAL, « Harcèlement de rue : une amende à portée "symbolique" au risque d'un manque d'efficacité », *Public Sénat*, 28 fév. 2018.

<sup>86</sup> D'ailleurs, après un an d'entrée en vigueur, la loi n'a donné lieu qu'à 713 verbalisations, v. AFP, « 713 contraventions pour "outrage sexiste" dressées en un an », *Huffington Post*, 5 août 2019.

Plus certainement, certaines lois pénales n'agissent *que* sur un plan symbolique et émotionnel. Un exemple éloquent peut-être trouvé dans les lois relatives aux infractions sexuelles, telle que la loi 2010-121 introduisant la notion d'inceste dans le code pénal dans les articles 222-31-1 et 227-27-1. En venant définir les relations pouvant être soumises à ce qualificatif, la loi ne créait qu'une « *surqualification pénale* », comme le précisait une circulaire du 9 février 2010. La qualification ne correspondait ni à la création d'une nouvelle infraction, ni à une aggravation des peines, et n'avait qu'un simple effet procédural à la marge<sup>87</sup>. Il s'agissait, en qualifiant l'inceste, de s'attaquer à un « *tabou social* » et également d'apaiser les victimes en nommant leurs souffrances. La loi entendait ainsi n'agir que sur les représentations et les effets émotionnels des relations incestueuses. En s'abstenant d'attacher de véritables effets normatifs à ces dispositions, le législateur se plaçait ainsi dans un rôle thérapeutique, comme le notait la professeure A. LEPAGE<sup>88</sup>.

Tout ceci pose alors la question de l'articulation de la fonction émotionnelle de la loi pénale avec le principe de nécessité des délits et des peines. A ce titre, on peut noter qu'en 2016, confronté au contentieux des arrêtés « anti-burkini », le Conseil d'État avait jugé que « *l'émotion et les inquiétudes résultant des attentats terroristes* » ne pouvait suffire à fonder de tels arrêtés<sup>89</sup>. Certes, une telle décision se justifiait au regard des pouvoirs des autorités de police administrative générale, largement déterminés par la constatation d'un trouble matériel à l'ordre public. Il reste que cette décision souligne que le législateur peut faire ce que l'autorité de police générale ne saurait faire : fonder un interdit sur la simple constatation de l'émotion collective suscitée par un sujet. La loi pénale semble pouvoir valablement créer des infractions afin d'apaiser des souffrances, indépendamment de toute nécessité juridique. À ce titre, les lois instituant des doublons, ou encore des dispositions ne pouvant être effectivement réprimées, ne sont presque jamais censurées par le Conseil constitutionnel sur le fondement du principe de nécessité des délits et des peines<sup>90</sup>. L'originalité de la fonction émotionnelle tient donc, *in fine*, avec le rapport qu'elle entretient avec le principe de nécessité. Elle est la fonction justifiant l'adoption de la loi pénale sur le seul terrain de la nécessité sociale et affective alors que la société attend de plus en plus que le système pénal vienne apaiser les émotions des individus.

La loi pénale est très largement influencée par les émotions exprimées dans la société, et elle est aujourd'hui envisagée comme un instrument de réponse à ces émotions collectives. Or, ce faisant, ne risque-t-elle pas de perdre ses attributs

<sup>87</sup> A. LEPAGE, « Réflexions sur l'inscription de l'inceste dans le Code pénal par la loi du 8 février 2010 », *JCP G*, n°12, 2010, doct. 225.

<sup>88</sup> *Ibid.*

<sup>89</sup> CE, ord. réf., 26 août 2016, n°402742, *Ligue des droits de l'homme* ; *contra*. CAA Marseille, 3 juil. 2017, n°17MA01337, *Commune de Sisco*, sur le fondement du risque de trouble matériel à l'ordre public.

<sup>90</sup> En effet, ce fondement n'a jamais fondé à lui seul une censure de la part du Conseil constitutionnel ; R. PARIZOT, « Pour un véritable principe de nécessité des incriminations », in *Mélanges C. Lazerges*, Dalloz, 2014, p. 265.

traditionnels ? En admettant que le propre du droit pénal est de réprimer, et non d'apaiser, le pari paraît risqué : à trop normaliser les lois émotionnelles, les gouvernants prennent le risque de précipiter le désaveu du droit pénal et de favoriser la recherche de la punition en dehors du cadre que constitue le système pénal.

## **La répression au service de l'émotion** **Sarah GHARIOS**

*Doctorante et chargée de mission à l'IEJ de La Sorbonne  
Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne*

Par une extension de l'infraction de violences volontaires, le droit pénal réprime tout acte qui, en l'absence de tout contact physique, est de nature à impressionner vivement autrui et lui causer une sérieuse émotion. Le législateur s'est par ailleurs emparé du caractère réitéré des actes de violence psychologique pour les ériger en une infraction autonome en matière de harcèlement moral dans le cadre du travail ou encore au sein d'un couple<sup>1</sup>. D'une manière progressive, les émotions prennent corps et les infractions dont la violence psychologique est un moyen de commission se multiplient.

De plus, l'intensité de l'émotion ressentie par l'auteur d'une infraction le rend parfois étranger à son propre acte au point de l'exonérer de sa responsabilité pénale.

Les manifestations de l'émotion en droit pénal sont donc multiples et s'inscrivent dans deux tendances distinctes : tantôt, l'émotion permet de sanctionner celui qui la provoque et tantôt, dans des hypothèses plus rares, elle est susceptible de rendre irresponsable celui qui la ressent. Dès lors, la répression s'adapte pour être au service de l'émotion. Prise en compte comme facteur d'extension de l'infraction des violences volontaires (I), l'émotion intègre difficilement le mécanisme d'exonération ou d'atténuation de la responsabilité pénale (II).

### **I.- L'émotion comme facteur d'extension de l'infraction de violences volontaires**

Depuis le XIX<sup>e</sup> siècle, et par un mouvement de dématérialisation des violences, le droit pénal réprime les actes qui en l'absence de tout contact physique avec la victime sont de nature à l'impressionner et à provoquer chez elle un choc émotif ou une perturbation psychologique<sup>2</sup>. À cet égard, la loi du 20 mai 1863 avait introduit les termes de « violences » et de « voies de fait » dans l'ancien Code pénal qui n'employait que les termes de « coups » et « blessures ». Dans cette même perspective, le terme de violence qui figure actuellement dans les différents textes d'incrimination du Code pénal renvoie

---

<sup>1</sup> Cass. crim., 25 janv 2011, n°10-82.730.

<sup>2</sup> Dès 1892, la chambre criminelle de la Cour de cassation admettait la répression des voies de fait qui, « sans atteindre la personne aussi gravement que les coups, sont de nature à l'impressionner vivement et par la frayeur qu'elles inspirent et l'émotion qu'elles provoquent » : cass. crim., 19 févr. 1892, *DP*, 1, p. 550. Cette jurisprudence est maintenue : cass. crim., 7 mars 1972, *Bull. crim.* n° 85 ; cass. crim., 2 sept. 2005, *Bull. crim.* n° 212 ; cass. crim., 4 juin 2019, n° 18-84.720.

également aux violences de nature psychologiques<sup>3</sup>. Ce terme est interprété d'une manière large afin de maintenir la répression de l'ensemble des comportements qui étaient antérieurement incriminés sous l'appellation de voie de fait.

La chambre criminelle fournit de nombreux exemples en la matière. Elle considère que le fait de bloquer une personne dans le coin de son bureau en pointant son doigt en direction de son visage<sup>4</sup> ou encore l'exhibition d'un couteau de poche ouvert accompagnée de propos à caractère menaçant<sup>5</sup> sont des actes de violence de nature à engendrer une vive émotion pour autrui. Est également poursuivi pour violences volontaires celui qui donne des coups de barre de fer sur un véhicule en présence de sa conductrice qui est repartie apeurée<sup>6</sup>. Même lorsqu'elle n'aperçoit pas son agresseur, la personne qui reçoit des lettres anonymes contenant toutes des croix gammées et des cercueils<sup>7</sup> sera considérée comme victime d'une sérieuse émotion constitutive de violences psychologiques.

La jurisprudence a donc tendance à réprimer l'émoi suscité en l'absence de tout retentissement physique. La chambre criminelle qualifie notamment de violences, certains actes qui n'avaient que des répercussions sur le plan psychologique et sans aucune lésion corporelle<sup>8</sup>. Il en est ainsi pour les appels téléphoniques malveillants qui troublent l'existence d'une personne. Dans un premier temps, ces actes qualifiés par la jurisprudence de « comportements persécutoires » ayant causé aux destinataires un traumatisme pathologique ont pu être poursuivis à titre de violences volontaires<sup>9</sup>. Aujourd'hui, de tels actes tombent sous le coup d'une infraction spécifique qui sanctionne les appels téléphoniques malveillants sur le fondement de l'article 222-16 du Code pénal.

Était-il nécessaire de créer une infraction autonome permettant de sanctionner les actes qui tombaient déjà sous le coup de l'infraction des violences psychologiques ? Pourquoi dissocier la répression des appels malveillants de l'infraction des violences volontaires ? Au départ, afin de sanctionner les violences psychologiques, les juridictions répressives ont eu recours à la notion de choc émotif, mais elles ont très vite été confrontées à une difficulté probatoire pour établir l'existence d'un résultat concret de l'acte de violence. Indépendamment de la formulation trompeuse<sup>10</sup> de l'expression « de

<sup>3</sup> La loi du 9 juillet 2010 introduit à cet égard un article 222-14-3 dans le Code pénal précisant que les violences prévues par les différents textes d'incrimination sont sanctionnées « quelle que soit leur nature, y compris s'il s'agit de violences psychologiques ».

<sup>4</sup> Cass. crim., 1<sup>er</sup> déc. 2009, *Bull. crim.* n° 199.

<sup>5</sup> Cass. crim., 9 mars 1944, *Bull. crim.* n° 69.

<sup>6</sup> En l'espèce, la question s'est posée de savoir s'il fallait dissocier l'atteinte au bien de l'atteinte à la l'intégrité psychique de l'individu : cass. crim., 18 mars 2008, n° 07-86.075, *Dr. pén.*, 2008, comm. 84, obs. M. VÉRON ; *Gaz. Pal.* 3-4 sept. 2008, p. 13, note F. DESPREZ ; *RSC* 2008/3, p. 587, obs. Y. MAYAUD.

<sup>7</sup> Cass. crim., 13 juin 1991, n° 90-84.103.

<sup>8</sup> Cass. crim., 23 juin 2010, n° 09-84 801.

<sup>9</sup> Cass. crim., 17 juillet 1984 n° 89-92 333.

<sup>10</sup> S. GEORG, M. MYLÈNE, « Violences psychiques en droits pénaux français et allemand : réflexions développées sur l'arrêt Crim., 18 mars 2008 », in *Revue internationale de droit comparé*, vol. 63, n°1, 2011, p. 135.

nature à provoquer un choc émotif », c'est le dommage effectivement subi qui conditionne la qualification de violence volontaire<sup>11</sup>. La constitution de cette infraction matérielle est déterminée par l'atteinte effectivement infligée à la victime qui doit apporter la preuve d'un trouble physiologique lié à l'émotion qu'elle avait ressentie<sup>12</sup>. À défaut, l'acte violent n'est pas punissable. C'est d'ailleurs la raison pour laquelle la Cour de cassation refuse de retenir l'infraction de violences volontaires à l'encontre d'une personne qui observait une femme et une jeune fille mineure qui se changeaient dans les cabines d'une piscine<sup>13</sup>. En l'occurrence, l'émoi suscité chez les victimes n'était pas suffisant pour caractériser une atteinte constitutive de violences<sup>14</sup>.

C'est ce qui a pu justifier l'émergence de cette infraction formelle qui sanctionne un moyen spécifique d'exercer à distance une violence psychique sur autrui, celui des appels téléphoniques malveillants réitérés et agressions sonores étendus à l'envoi répétés de SMS. Sous couvert de la qualification de violences psychologiques, de tels actes ne pouvaient être réprimés qu'à la condition qu'ils aient causé un dommage, notamment des troubles de sommeil ou crises d'angoisse. Désormais, de tels comportements tombent sous le coup de cette infraction formelle qui sanctionne ces appels « en vue de troubler la tranquillité d'autrui » sur le fondement de l'article 222-16 du Code pénal. La consommation de cette infraction formelle ne suppose pas que soit rapportée la preuve de l'existence d'un résultat dommageable. Peu importe que les appels ou l'envoi de messages réitérés aient véritablement troublé la tranquillité de la personne, le simple fait de procéder à de tels actes suffit, en application du texte spécial, à la constitution de l'infraction des appels téléphoniques malveillants.

Pour incriminer de manière efficace des faits pouvant susciter des émotions, le législateur a créé une infraction formelle en occultant précisément les émotions provoquées. Intégrée parmi les éléments constitutifs de l'infraction de violence, l'émotion est en quelque sorte exclue des éléments constitutifs de l'infraction des appels téléphoniques malveillants. Paradoxalement, la protection de l'intégrité psychologique justifie que l'émotion soit retirée des éléments constitutifs d'une infraction, tout en étant sa raison d'être. En effet, pour caractériser les appels téléphoniques malveillants, il appartient toujours au juge de vérifier si l'acte était bien de nature à troubler la tranquillité de celui qui les reçoit<sup>15</sup>.

---

<sup>11</sup> En matière de violence, la peine est définie selon une échelle de quatre degrés établis en fonction du degré de gravité du résultat allant des violences légères ayant entraîné une incapacité inférieure ou égale à 8 jours, jusqu'aux violences qui entraînent une mutilation ou une infirmité totale.

<sup>12</sup> Cass. crim., 6 fév. 2002, *Dalloz*, 2002, p. 1510, note D. MAYER.

<sup>13</sup> Cass. crim., 5 oct. 2010, *Dr. pén.* 2011, comm. n°6, note M. VÉRON.

<sup>14</sup> A. LEPAGE et H. MATSOPOULOU, *Droit pénal spécial*, PUF, 2015, p. 73.

<sup>15</sup> E. DREYER, *Droit pénal spécial*, LGDJ, Lextenso, 2020, p. 77.

## II.- La difficile intégration de l'émotion comme cause d'exonération ou d'atténuation de la responsabilité pénale

Intuitivement, on peut considérer que l'émotion suscitée chez une victime n'est pas uniquement incriminante, mais peut également constituer une cause exclusive ou du moins atténuante de responsabilité. Les violences morales exercées comme un moyen de pression sur une victime forcée de commettre un acte infractionnel sont en effet susceptibles de caractériser une cause d'exonération de la responsabilité comme la contrainte<sup>16</sup>. Lorsqu'elle guide l'action de l'auteur et détermine son passage à l'acte, l'émotion suscitée par la crainte d'une irrésistible menace de mort, par exemple, peut être source d'exonération pénale. Il en est de même pour un individu forcé par un tiers, à l'aide de menaces, de lui prêter son concours dans l'accomplissement d'un vol. Dans de telles hypothèses, la perspective d'un mal redoutable emplit l'individu d'une terreur qui le prive du libre exercice de sa volonté. L'émotion devient privative de liberté et se rattache à la contrainte comme cause d'irresponsabilité pénale. Toutefois, l'émotion en elle-même ne justifie pas une exonération. C'est le défaut de la liberté d'agir qui prive l'agent de la maîtrise de son acte et empêche l'imputabilité du fait à son auteur. La terreur qui s'empare de l'auteur d'une infraction s'avère le plus souvent insuffisante pour caractériser une contrainte. La contrainte morale d'origine interne, qui s'identifie à la pression d'un état passionnel ou émotif, ne peut quant à elle entraîner l'irresponsabilité du délinquant. C'est ainsi que le droit pénal se méfie de la contrainte morale d'origine interne, laquelle n'a aucun effet exonératoire. Cela conduit d'ailleurs les juges à exclure le bénéfice de la contrainte comme cause d'exonération aux individus qui invoquent avoir agi par obéissance à des convictions religieuses<sup>17</sup>.

De la même manière, le droit pénal rejette la légitime défense exercée contre une agression putative. La riposte à une agression actuelle, voire imminente, et qui intervient postérieurement à celle-ci est exigée quant à la mise en œuvre de la légitime défense comme cause d'exonération. La perception qu'un agent peut avoir de la situation dans laquelle il se retrouve n'est pas prise en compte parmi les conditions de l'exercice du droit à la légitime défense. Autrement dit, un individu ne peut prétendre se soustraire à un danger, lorsque l'acte d'agression qu'il a subi n'était pas réel. La peur qui peut résulter d'une mauvaise appréciation de la réalité ne saurait donc justifier une déclaration de non-culpabilité.

Il pourrait en être différemment dans l'hypothèse où cet état passionnel, ayant atteint le degré d'une force irrésistible, serait assimilable au trouble psychique ou neuropsychique. Lorsqu'elle est d'une intensité telle qu'elle prive celui qui la porte de son intelligence, c'est-à-dire de sa capacité de discerner le bien du mal, l'émotion est susceptible d'empêcher l'établissement de la responsabilité pénale. Cela ne peut guère surprendre au regard des principes de la responsabilité pénale : une personne qui agit

<sup>16</sup> Sur l'exemple d'un cabaretier qui n'avait pas fermé son établissement à l'heure légale parce que ses consommateurs, brutaux, refusaient d'en sortir, voir cass. crim., 7 juill. 1827, *Bull. crim.*, n° 180.

<sup>17</sup> M-L RASSAT, *Droit pénal général*, 4<sup>e</sup> éd., Ellipses, p. 465.

dans un état émotif qui abolit son discernement ou le contrôle de ses actes ne peut pas être déclaré responsable<sup>18</sup>. Néanmoins, il serait plus probable qu'une telle hypothèse corresponde à une altération de discernement qui n'entraîne qu'une atténuation de responsabilité et par conséquent une réduction du *quantum* de la peine<sup>19</sup>.

L'un des principaux buts de l'intervention répressive est de donner à l'homme une raison supplémentaire de résister à ses émotions. Les états émotifs ou passionnels n'excluent ni ne réduisent la responsabilité.

---

<sup>18</sup> C. pén., art. 122-1 al. 1<sup>er</sup>

<sup>19</sup> Alinéa 2 de l'article 122-1 du Code pénal.

## Libres propos sur l'enseignement du droit et les émotions

**Alicia MÂZOUZ**

*Maîtresse de conférences à l'Université catholique de Lille, Chercheuse au C3RD et à l'IRJS (Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne)*

« Pourquoi écrivez-vous des contes ? » lui demande-t-on.

« Pour le plaisir » leur répond-il.

Voilà, en quelques mots, résumée l'histoire contée par le professeur François OST, un matin d'août à Genève, lors d'un séminaire de l'OUdropo... L'écriture de contes par l'éminent professeur de droit peut surprendre certains esprits. L'interrogation, récurrente selon ses dires, appelle pourtant selon lui cette réponse évidente : le plaisir. Cette joie que nous procure le travail scientifique, littéraire, l'enseignement, cette joie d'ouvrir nos salles de cours en cette rentrée particulière. Le plaisir de se retrouver et de construire ensemble l'Université. Cette joie n'est-elle pas en réalité la clef de voûte de la relation entre l'enseignant et l'apprenant ? S'il n'était qu'une émotion à retenir ce serait celle-là. Mais nous le savons, notre humaine nature ne nous permet pas d'échapper à la variété des émotions.

La réputation des juristes, êtres de raison et dont la rigueur et le sens des détails peuvent passer pour une névrose, n'est plus à faire. Sommes-nous pour autant des êtres dépourvus d'émotions lorsque nous enseignons ? La réponse, une fois encore est évidence : juristes, nous n'échappons pas à la fragilité de l'être et à la beauté des émotions ressenties. Mais ces émotions qui traversent la personne enseignante comme l'individu apprenant sont-elles nos alliées ou nos adversaires ?

À travers ces quelques lignes, il sera question de revenir sur la place que ces émotions, et en particulier les émotions dites primaires, occupent à la fois du côté des enseignants mais également des apprenants. Il n'est nullement question ici de dispenser un savoir, d'énoncer des certitudes ni même en réalité de proposer une étude scientifiquement fondée sur le sujet. Les présentes lignes relatent des expériences, offrent des pistes de réflexion qui se doivent d'être saisies par une pensée collective transcendant notre humble regard sur l'enseignement du droit. Il est donc fait le choix de ne citer aucun ouvrage ou référence en note de bas de page dans cette contribution et de recourir à la première personne du singulier.

À la réflexion, il nous est apparu que trois catégories d'émotions pouvaient être distinguées : celle que l'on devrait repousser (I), celles qui pourraient se déployer mais avec précaution (II) et celle qu'il nous faudrait absolument pouvoir ressentir et provoquer (III).

## I.- Une émotion à repousser : la peur

Enseignants et enseignantes, souvenez-vous de votre premier cours de droit dispensé. Au bout du couloir, en haut de ces curieuses tours de Tolbiac, au cœur de Paris, j'entends des voix. Les voix qui m'attendent pour découvrir le droit des obligations, qui me jugeront peut-être, dès le pas de la porte franchi, qui attendent de moi plus que ce que je ne sais pas encore donner du haut de mes 24 ans. Pas de formation, le grand saut. Quelques directives, pas vraiment de mentor pour me guider, personne ce matin-là dans le couloir pour m'accueillir. J'avance, la peur au ventre.

Étudiants et étudiantes, souvenez-vous de votre premier cours de droit. Postée devant une porte encore close, j'observe les autres personnes qui, dans quelques minutes, partageront ma position assise, écoute, compréhension ou incompréhension. J'observe ces visages et j'attends qu'émerge celui ou celle qui fera autorité. À son bureau, comme protégé des regards de la nuée, l'enseignant ou l'enseignante guidera mes premiers pas vers le droit. J'écoute, la peur au ventre.

Cette peur, qui nous prend, qui nous quitte. Cette peur du ridicule, de n'être pas assez compétent, d'être pris à défaut, de manquer d'autorité d'un côté. La peur d'être moqué, de ne rien comprendre, de ne pas avoir le niveau, d'être sanctionné de l'autre. Une même peur aux nuances variées qui, à force de dévorer, finit par décourager.

Car bien entendu, l'émotion dont nous parlons ici n'est pas un simple trac, nécessaire parfois, galvanisant, mais bien une peur vive, saisissante parfois paralysante. Et cette émotion peut se retrouver des deux côtés de la relation enseignant-apprenant.

***La peur de la personne enseignante entretenue par l'absence de formation et l'attribution des enseignements.*** S'agissant de la personne qui enseigne, on laissera de côté dans cet écrit une réflexion portant sur la singularité des êtres et le constat dramatique d'une précarisation de l'enseignement universitaire pour s'intéresser aux problématiques de la formation et de la spécialisation. Premier constat, l'enseignement universitaire est marqué par une absence de formation à l'enseignement. Autre constat, les matières juridiques, de plus en plus complexes et techniques, ne sont pas toujours choisies par les enseignants en fonction de leurs compétences et de leurs spécialités mais peuvent leur être imposées, notamment en début de carrière (que ce soit ici pour les doctorants contractuels, ATER, maître de conférences ou encore professeurs voire pour les vacataires). L'absence de réflexion et de préparation à l'enseignement combinée à la difficulté de dispenser des cours dans une matière pour laquelle l'enseignant ne dispose pas d'un recul suffisant constitue un terrain privilégié pour le déploiement de la peur. Certains et certaines font face, d'autres se laissent ronger, des mois voire des années durant par cette peur d'être pris à défaut, de ne pas savoir... L'agressivité et l'arrogance

sont parfois le masque de cette peur, armure regrettable mais comme un instinct de défense qui se développe, une carapace pour ne pas être attaqué.

***Repenser le cadre et accompagner avec bienveillance.*** Bien entendu, il faudrait ici repenser de nombreux paramètres pour réguler cette peur qui naît de la position dans laquelle l'institution place la personne : formation professionnelle pertinente, conditions de travail adaptées, attribution des enseignements selon le souhait de l'enseignant et non imposé à lui systématiquement... Cet accompagnement peut également s'opérer intrinsèquement, par les enseignants expérimentés, déjà en poste depuis plusieurs années. La proposition d'accompagnement offerte par Ruth SEFTON-GREEN aux doctorants de l'Université Paris 1 constitue une illustration de ce soutien qui peut être proposé. En échangeant préalablement sur la façon d'enseigner ou en assistant avec bienveillance aux séances de cours de la personne accompagnée, on peut ainsi mettre en place une atmosphère de travail qui limite les effets délétères de cette peur. Au contraire, rien ne nous paraît plus dangereux pour l'estime de soi qu'un enseignant en charge du cours magistral, rendant une visite impromptue dans les cours de son ou sa chargée de travaux dirigés et critiquant ostensiblement, en présence de tous, le cours dispensé. Ces pratiques entretiennent la peur. Il faut les repenser pour qu'elles deviennent constructives. Plutôt que de provoquer des peurs inutiles n'est-il pas préférable de tenter d'insuffler des pratiques positives ?

***Quelle place pour la « peur de la note » dans le système universitaire ?*** Du côté de l'étudiant, la peur peut notamment être provoquée par le système d'évaluation qui se présente bien souvent comme une sanction davantage que comme un témoin de la progression et de l'acquisition des compétences. On semble partir du présupposé que cette « peur de la mauvaise note » incite au travail. Mais est-ce si pertinent ? La littérature en ce domaine nous offre à douter. L'analyse économique a eu l'occasion d'attester du pouvoir bien plus grand de la motivation endogène lorsqu'il est question d'accomplir des tâches complexes, impliquant une certaine réflexion et créativité. La notation est un facteur exogène dont il faudrait pouvoir mesurer les vertus pour repenser en profondeur nos modèles d'enseignement et d'évaluation dans les facultés de droit. Il n'est pas question ici d'apporter des réponses ou une démonstration scientifique mais tout de même de soulever deux interrogations.

La notation, présentée comme une sanction, une contrainte et générant la peur est-elle pertinente pour favoriser l'apprentissage à l'Université ? Quoi qu'il en soit souhaite-t-on marquer nos enseignements du sceau de la crainte plutôt que de celui de l'inspiration ou du mentorat ?

Ce sont là deux axes puissants de réflexion qui méritent à mon sens une étude tant théorique que pratique, notamment par le biais d'enquêtes de terrain.

Si la peur semble ainsi présenter des contours inquiétants, d'autres émotions méritent sans doute de s'offrir une place constructive dans nos enseignements.

## II.- Les émotions à accueillir mais à encadrer

D'autres émotions, qui peuvent être à première vue connotées péjorativement, présentent un potentiel intéressant mais doivent être maniées avec délicatesse. Tristesse, colère, dégoût ou surprise, ces émotions ont en commun d'aider à la rupture au sein des temps d'enseignement. Ces ruptures constituent un point fort dans la déconstruction de la linéarité des cours dont il a été démontré qu'elle ne permet pas une transmission efficace des savoirs. Du point de vue de l'enseignant, l'émotion n'est-elle pas un levier de renouvellement, d'élan retrouvé ? Les émotions que sont la colère, la tristesse ou dans une certaine mesure le dégoût et la surprise ne permettent-elles pas de regagner en force de conviction, de nourrir l'envie de partager, de se confronter aux points de vue des apprenants... Quelles soient ressenties par l'apprenant ou l'enseignant on pourra donc qualifier certaines émotions, utilisées à bonne escient, d'émotions créatrices : créatrices de temps fort, de liens, de singularité.

« *Les émotions créatrices* » au service de l'élan de l'enseignant. L'enseignement du droit, par la structure même de la matière, appelle un renouvellement régulier. L'actualité vivante est une difficulté, imposant une mise à jour régulière des enseignements, mais aussi une force : la vie du droit rend l'enseignant vivant. Critiquer, commenter, analyser, droit positif, prospectif... Comment ne pas échapper parfois à la colère provoquée par un excès de loi ou une réponse inadaptée ? Cette colère au service d'une argumentation construite permet à notre sens de favoriser un élan de partage. Il faut toutefois distinguer l'émotion qui nous conduit à sacrifier des brides d'objectivité de celle, plus maîtrisée, qui guide l'envie d'argumenter et d'analyser avec rigueur.

À titre d'illustration, je souhaiterais relater une expérience d'enseignement vécue avec mes étudiants et étudiantes de Licence 1 lors d'un cours en visioconférence. La séance portait sur la protection de l'image, cours qui intervenait au moment de la tant controversée « loi sécurité globale ». J'étais, ce jour-là, un peu en colère. Non pas contre l'objectif poursuivi mais en raison de la méthode adoptée, des approximations scandées, de l'absence de rigueur juridique dans la construction de ce texte, au fond, éminemment politique. Cette colère m'a aidée à emporter mon auditoire et alors que la distance nous séparait mon enseignement a trouvé des échos. Les uns défendant le texte et surtout ses finalités d'autres, au contraire, s'insurgeant contre les dispositions envisagées tout en relayant parfois des propos juridiquement erronés qu'il m'était alors permis de corriger. De cette vie à travers l'écran, d'un débat orchestré avec pas loin de 200 participants, de ces échanges animant un auditoire pourtant dématérialisé, je garde un vif souvenir. Lors de l'examen final, j'ai par ailleurs constaté que dans l'ensemble, la thématique du droit à la protection de l'image était assez bien appréhendée, davantage que les années précédentes. Il ne s'agit que d'un sentiment, non étayé scientifiquement mais certaines intuitions et sensations n'en demeurent pas moins importantes. Pour l'enseignant un cours qui vit n'est-ce pas au fond la plus belle des récompenses. Pour les participants et

les participantes la controverse enrichit assurément le sens critique tout en préservant l'attention.

***Accepter les émotions mais les accompagner : la frontière ténue entre l'émotion créatrice et l'émotion destructrice.*** Comment dispenser un cours portant sur la protection de l'image sans jamais montrer le moindre cliché ? Comment parler du consentement en illustrant les limites de celui-ci par l'affaire K. A c./ Belgique sans inviter à la lecture de la décision de la CourEDH rendue le 17 février 2005 portant sur des pratiques sado-masochistes ? S'il faut sans doute préserver les personnes apprenantes, il ne peut être question de se priver d'une confrontation nécessaire avec le réel. Bien entendu, cette lecture, par la violence des faits exposés, pourra heurter. La réalité du droit peut conduire à l'écœurement, le dégoût est une émotion souvent à la porte de nos amphithéâtres, mais faut-il laisser toutes ces émotions rentrer ? Oui, sans doute, si ses pas sont accompagnés par des égards, des avertissements, par un échange possible. Il serait sans doute pertinent de privilégier ces lectures dans le cadre des travaux encadrés ou des séminaires afin de permettre un dialogue de proximité, dont l'effectif imposant de l'amphithéâtre nous prive parfois. Certaines thématiques peuvent *a priori* déclencher, à leur seule évocation, des émotions comme la tristesse ou le dégoût. Enseigner les rapports entre le droit et la mort en s'appuyant sur l'affaire Our Body, portant sur l'exposition de corps plastinés est un exemple très intéressant de cette difficulté. Sans image, les questions tournent autour de l'odeur, des sujets présentés... tandis que la présentation de visuels permet de comprendre ce dont il est question. La nature des questions change alors et les raisonnements juridiques peuvent se déployer. La mort n'est plus alors une question de dégoût mais avec l'article 16-1-1 du Code civil de respect, dignité et décence. L'émotion capte l'attention mais peut alors s'atténuer à mesure des raisonnements juridiquement fondés.

Le droit est assurément une matière ancrée dans un contexte social, qui conduit à se confronter à la souffrance, à l'indifférence, à la violence, à l'injustice... Parce qu'elle vit avec son temps cette matière conduit nécessairement à croiser, et *a fortiori* dans certains domaines, des situations qui peuvent être source de colère, de tristesse, de dégoût ou de surprise. Toutes ces émotions peuvent contribuer à des ruptures constructives mais je crois qu'il convient de manier ces émotions avec égard. Atteindre l'autre pour provoquer son attention et ses réactions est une chose, l'atteindre dans sa personnalité intime et profonde en est une autre. La frontière est bien souvent ténue. On sait la force des liens d'estime dans l'apprentissage, les vertus d'un respect mutuel. Comment dès lors ne pas regretter la destruction de ces liens par le déploiement de propos non étayés et dénués de pertinence au regard de l'enseignement, professés avec l'autorité de la chaire ? La liberté des mots est un principe précieux pour les enseignants. La réalité des maux provoqués ne doit pour autant pas être méprisée.

***La force particulière de la surprise.*** Enfin, lorsqu'il est question d'émotions fortes créant de la rupture, la surprise mérite d'être mise à l'honneur. Sans doute faut-il,

comme pour les autres émotions l'encadrer mais c'est bel et bien une émotion très intéressante tant lorsque nous la provoquons en qualité d'enseignant que lorsque nous la ressentons. Les visages masqués, la distance n'ont pas entravé la libération physique de cette émotion. Les yeux qui s'éclairent. Un passage, un éclair. Les exemples sont nombreux mais l'un d'entre eux m'a particulièrement marquée. Je me souviens du visage de cet étudiant lors de l'étude de la mention du « sexe neutre » à l'état civil et de l'interrogation qui a suivi la surprise première : « mais madame on peut naître en étant ni un homme ni une femme ? ». La surprise galvanise. La surprise permet de créer une attente. Elle ouvre la porte à des discussions et à des curiosités. La curiosité, n'est-ce pas finalement, plus encore que l'apprentissage, la plus grande force de l'apprenant en droit ?

La surprise permet aussi de créer du silence. Un moment de grâce qui offre à l'enseignant un auditoire captif le temps d'un instant, d'une prise de risque. Commencer un cours en lisant un extrait du petit prince, les premières lignes du discours de Simone VEIL ou encore un texte plus personnel évoquant la première fois où j'ai pu ouvrir un livre de droit. Ne rien dire avant. Commencer à lire dans le tumulte de l'assemblée qui, surprise, se met en veille ou plutôt en éveil. L'instant s'étire et pour reprendre la si belle formule du professeur François OST, les cœurs s'ouvrent et les oreilles suivent, il est possible alors de parler du Droit. La surprise est une invitation à l'écoute, elle ne dure peut-être qu'un temps mais ce temps est précieux car il peut nourrir la quête de sens d'un enseignant. Bien sûr, la surprise peut aussi être provoquée par les étudiants et étudiantes eux-mêmes et rappeler que le sens est bien là, encore une fois. Surprise lors d'un oral, d'entendre un étudiant dissenter sur un point-virgule à la fin de l'article 61-5 du Code civil, d'en tirer des analyses pertinentes et en l'interrogeant comprendre qu'il a réécouté le fichier audio déposé sur la plateforme pour mieux comprendre et retenir son cours. Comme tant d'autres, j'ai douté pendant cette difficile période de fermeture des universités, je doute encore à chaque instant mais ces surprises nourrissent et apaisent les cœurs des juristes, aussi durs soient-ils réputés être.

### **III.- L'émotion à libérer : la joie**

Commencer par elle dans ces lignes, finir en la retrouvant, la joie. Les remarques portant sur le contexte, l'aide institutionnelle pourraient bien entendu trouver leur place ici. Comment préserver cette joie si le décor proposé, ou devrait-on dire imposé, la contrarie ? Le cadre est sombre. Et pourtant, s'il nous reste une arme pour la protéger cette joie, c'est bien au sein même de nos salles d'enseignement. L'estrade, le corridor étroit parfois, le cadre éloquent ou froid peu importe, dans un espace d'apprentissage on peut arrêter le temps. Poser son téléphone, son ordinateur, ses contraintes et s'il ne reste plus rien de numérique, de virtuel, si les connexions dysfonctionnent, que le marqueur est usé, la craie brisée, il reste l'envie de construire. Notre présence garde son sens dans ces espaces de réalité. En 2020, j'ai décidé de construire un blog sur l'enseignement du droit - fenêtre sur cours (de droit) - qui s'inscrit dans cette volonté de partager des

exercices et des activités, adaptés à des situations variées, des effectifs plus ou moins nombreux, avec ou sans possibilité d'y affecter un budget. Ce partage de pratiques c'est finalement une volonté de partager la joie. Cette joie du sens quand l'amphithéâtre s'anime, s'active, vit et se coupe de l'écran ou de la diffusion d'un épisode des marseillais. Quand les regards et les esprits finalement se tournent vers le droit.

La distance a créé des doutes légitimes. J'ai eu également la chance de vivre avec elle une joie profonde, une grande émotion. Lors d'une séance de cours portant sur les libertés fondamentales et le droit du travail avec des étudiants et étudiantes de Master 1, qui s'étalait sur une journée de 7h, j'ai souhaité proposer une activité ludique lors de la fin de journée. Quel orateur peut se targuer d'une attention parfaite de son auditoire après une journée de cours à distance ? J'ai reparti les 24 personnes en 4 groupes et je leur ai demandé de mettre en scène la thématique que nous venions de travailler sur la journée. Les autres groupes devaient prendre des notes et se mettre dans la position de conseil juridique pour pouvoir interpréter cette scène et conseiller le cas échéant les parties en présence. Je précise que nous étions tous et toutes à distance, derrière nos écrans. Naviguant d'un sous-groupe à l'autre, discrètement, sans nécessairement intervenir, je constatais le plaisir que les étudiants et étudiantes prenaient à réaliser cet exercice, à construire le scénario, mais aussi la pertinence et la qualité de leurs échanges sur le fond. De véritables interactions s'opéraient. Les caméras étaient allumées ainsi que les micros. Le cours vivait, sans moi d'aucuns diront, mais peu importe. La transmission descendante n'avait pas d'importance à ce moment-là, seul comptait le cadre construit qui permettait aux étudiants et étudiantes d'améliorer leur compréhension et d'ancrer les connaissances. L'activité vivifiait alors l'enseignement et la transmission s'opérait autrement. Mais quelle ne fût pas ma joie quand j'ai découvert, placée en position d'écoute, les mises en scène de chaque groupe. Des accessoires apparaissaient, certains étaient allés s'habiller autrement pour mieux incarner leur personnage d'employeur... Nous avons écouté, nous avons ri, nous avons sans doute aussi beaucoup compris. Je dois vous avouer que j'ai pris goût à cette joie partagée et que je ne veux plus m'en passer pour enseigner. Alors je la cherche et quand elle s'efface derrière les contrariétés, je la poursuis.

Sans doute me trouvera-t-on ici bien émotive mais je crois que c'est finalement une force pour enseigner. Je refuse de laisser l'émotion être mon adversaire, à force de la côtoyer, j'ai décidé d'en faire mon alliée. Je le sais, pour certains et certaines, adopter l'émotion, *a fortiori* pour enseigner le droit, est un pari risqué, une pente glissante qui pourrait nous priver d'une certaine objectivité. Garder la distance nécessaire avec notre science ne nous empêche pourtant nullement de la vivre pleinement. Acceptons que les émotions vertueuses accompagnent notre quotidien d'enseignant tout en redonnant du sens à la vie de l'apprenant. Émotivement vôtre.

## Le sentiment de discrimination

**Lisa CARAYON**

*Maîtresse de conférences à l'Université Sorbonne Paris Nord, IRIS, chercheuse associée à l'ISJPS*

**Julie MATTIUSI**

*Maîtresse de conférences à l'Université de Haute-Alsace, CERDACC, chercheuse associée à l'IRJS et à l'ISJPS*

*Article issu d'une intervention orale en date du 7 mai 2021 dans le cadre des séminaires Droit et émotion organisés par Rébecca Demoule, Clara Gavelli, Carla Trébert et Emmanuel Jeuland*

Curieux objet que le « sentiment » de discrimination. Évocateur tant le sujet de la perception de la discrimination est présent socialement, il est aussi insaisissable et fuyant, comme tout sujet lié à la perception subjective. Travailler sur le « sentiment » de discrimination donne donc, au premier abord, l'impression de n'aborder le sujet que sous un angle émotionnel bien éloigné de la rigueur supposée du discours sur le droit<sup>1</sup>.

C'est évidemment dans le terreau des relations sociales que la discrimination, au sens juridique, prend ses racines. Phénomène social protéiforme, les mécanismes discriminatoires présentent une dimension individuelle, mais aussi collective. La dimension individuelle de la discrimination est facilement perceptible : la relation se joue à deux, entre la victime d'un acte discriminatoire et son auteur ou autrice. La dimension collective de la notion est, quant à elle, moins visible, moins évidemment acceptée et pourtant fondatrice des mécanismes discriminatoires. La somme des discriminations individuelles commises dans les mêmes circonstances ne sont que la pointe émergée de systèmes sociaux complexes et hiérarchisés, où s'entrecroisent différents rapports de dominations (entre employeurs et salariés, hommes et femmes, personnes blanches et non-blanches etc....). La conception des discriminations comme « systèmes » ouvre ainsi la voie à une approche non exclusivement interindividuelle mais pose certaines difficultés quant à sa réception par le système juridique. Soit parce-que ces discriminations ne sont pas conscientisées comme telles par les acteurs et actrices<sup>2</sup> – ce qui interroge la pertinence des sanctions possibles –, soit parce qu'elles sont le résultat d'une succession

<sup>1</sup> La même opposition entre émotion et objectivité se retrouve dans le domaine des relations internationales, D. MOÏSI, *La Géopolitique de l'Émotion*, Flammarion, 2015, p. 54.

<sup>2</sup> La discrimination est alors bien individuelle, mais elle est aussi la traduction d'un préjugé collectif intériorisé par la personne discriminante, v. F. TEULON, « discriminations et inconsciences d'entreprise », *Question(s) de management ?*, n° 7, sept. 2014, p. 61.

d'évènements conduisant à une situation de défaveur récurrente pour certaines catégories de personne<sup>3</sup>, ce qui pose le problème de la capacité transformative de la norme juridique<sup>4</sup>.

Ainsi, le « sentiment de discrimination » individuel peut être autant la réponse à un acte précis que le résultat de la position sociale d'une personne dans le collectif suscitant chez elle une impression diffuse de traitement défavorable. À l'*émotion* causée par l'acte ponctuel de discrimination, « agitation passagère »<sup>5</sup>, impression fugace, répondrait aussi un *sentiment* de discrimination, « état affectif complexe lié à certaines (...) représentations »<sup>6</sup>, qui caractériserait un état plus constant. C'est donc plutôt à ce second terme que nous nous attacherons ici, bien que le séminaire dans lequel ces propos ont été tenus soit formellement consacré à l'*émotion*. Nous parlerons ainsi de « sentiment de discrimination » pour évoquer une émotion rendue particulièrement consistante par la récurrence des situations dans laquelle elle peut être ressentie.

Par leur intérêt pour l'entremêlement entre les impressions individuelles, les effets institutionnels et les effets de parcours, ce sont les études sociologiques qui s'intéressent en premier lieu au sentiment de discrimination<sup>7</sup>. On citera comme illustration récente les baromètres de la perception des discriminations dans l'emploi, régulièrement publiés par le *Défenseur des droits*<sup>8</sup> ou encore l'enquête *Trajectoires et Origines*<sup>9</sup>. Ces études, basées sur le ressenti, le sentiment, des personnes interrogées, tirent leçon du fait que nombre de personnes déclarent être victimes de discrimination, de préjugés ou de stéréotypes.

<sup>3</sup> Il est possible d'illustrer en citant l'enquête selon laquelle les ménages immigrés accèdent moins à la propriété des ménages non-immigrés : F. DOMERGUE et V. JOURDAN, « Les déterminantes du statut d'occupation des logements et de la mobilité résidentielle des ménages immigrés », Dossier INSEE statistique publique, 2017 [en ligne], consulté le 8 sept. 2021, [https://www.insee.fr/fr/statistiques/2586016?sommaire=2586377].

<sup>4</sup> Sur quelques interrogations contemporaines sur les politiques juridiques de lutte contre les discriminations v. S. HENNETTE-VAUCHEZ, « Ségrégation, déségrégation, espace public et espace privé : question de recherche autour des Réflexions sur Little Rock de Hannah Arendt », [en ligne], *Revue des droits de l'Homme*, 20/2021, n°20.

<sup>5</sup> Dictionnaire Larousse [en ligne], définition 1, consultée le 8 septembre 2021, [https://www.larousse.fr/dictionnaires/francais/émotion/28829] ; Dictionnaire de l'Académie française [en ligne], définition II, consultés le 8 sept. 2021, [https://www.dictionnaire-academie.fr/article/A9E1090].

<sup>6</sup> Dictionnaire Larousse [en ligne], définition 3, consultée le 8 sept. 2021 [https://www.larousse.fr/dictionnaires/francais/sentiment/72138].

<sup>7</sup> V.-A. CHAPPE, « sentiment de discrimination », in D. THARAUD et C. BOYER-CAPELLE (dir.), *Dictionnaire juridique de l'égalité et de la non-discrimination*, Paris, l'Harmattan 2021, p. 338. Historiquement sans doute W. E. B. Du Bois, *Les noirs de Philadelphie : une étude sociologique*, trad. N. MARTIN-BRETEAU, La Découverte, 2019.

<sup>8</sup> DDD, 13<sup>e</sup> baromètre 2020 [en ligne], consulté le 8 sept. 2021, [https://www.defenseurdesdroits.fr/sites/default/files/atoms/files/ddd\_13e-barometre-discriminations-emploi\_2020.pdf].

<sup>9</sup> Pour l'étude complète, v. C. BEAUCHEMIN, C. HAMEL et P. SIMON (dir.), *Trajectoires et Origines – enquête sur la diversité des populations en France*, préf. F. HÉRAN, Paris, INED, 2015 ; pour des résultats partiels publiés en ligne, v. *Trajectoires et Origines 2009-2010* [en ligne], consulté le 8 sept. 2021, [https://www.ined.fr/fichier/s\_rubrique/19558/dt168\_teo.fr.pdf]. *Trajectoires et Origines 2*, portant sur les années 2019-2020, est en cours de réalisation [en ligne], consulté le 8 sept. 2021, [https://teo.site.ined.fr].

Elles délivrent dès lors des informations précieuses quant au caractère systémique des discriminations, qui ne se limitent pas à une somme de sentiments individuels. Par ailleurs, elles permettent de constater un écart entre les discriminations ressenties et les discriminations effectivement condamnée<sup>10</sup>, laissant supposer que la discrimination au sens juridique du terme ne permet pas d'appréhender les mécanismes de discriminations dans leur ensemble.

C'est que, juridiquement, le droit de la non-discrimination a été construit avant tout comme un droit de la responsabilité individuelle, comme le « *traitement défavorable injustifié et illicite d'une personne* »<sup>11</sup>. Il faut donc, pour que la discrimination soit caractérisée, que trois conditions soient réunies. D'abord, il faut caractériser un traitement défavorable, ce qui renvoie à l'acte subi par la victime à échelle individuelle. Ensuite, une illicéité doit être observée, à savoir une différence de traitement en fonction d'un critère prévu par la loi. Enfin, il faut identifier une absence de justification à la discrimination, cette dernière condition renvoyant au but recherché par les auteurs et autrices de discriminations. Dans ce contexte juridique, le « sentiment » de discrimination, si présent dans les enquêtes sociologiques, apparaît comme un danger parce que l'on se situe dans une conception interindividuelle de la discrimination, surgit évidemment l'idée qu'on ne peut sanctionner une personne sur la base du simple sentiment de l'autre ; que le droit semble précisément en place pour éviter que la « justice des émotions »<sup>12</sup>, ou du sentiment, ne vienne régir nos sociétés au détriment de la rigueur du contradictoire et de l'égalité des armes. Dans cette perspective, l'expression « sentiment de discrimination » peut même être entendu comme une disqualification de la discrimination : il y aurait un simple sentiment, *donc* pas de discrimination « réelle ».

Pourtant, les évolutions du droit de la non-discrimination depuis ces vingt dernières années montrent que le droit a acté l'importance de prendre en considération certains sentiments individuels de discrimination<sup>13</sup> (I). Dans le même temps, le droit assume de plus en plus la prise en considération du sentiment collectif de discrimination, allié d'une reconstruction juridique de la définition des mécanismes discriminatoires (II).

<sup>10</sup> S. SERENO, « La preuve des discriminations en droit du travail », *Dr. soc.* 2020. 332, paradoxe relevé dans le domaine de l'emploi. Notons toutefois que, selon les dernières enquêtes, les victimes tendent à mettre en œuvre de plus en plus de procédures, même s'il s'agit essentiellement de procédures internes à l'entreprise. Les saisines de l'inspection du travail ou les recours contentieux restent rares, 13<sup>e</sup> baromètre DDD préc., p. 28.

<sup>11</sup> D. THARAUD et C. BOYER-CAPELLE (dir.), *op. cit.*, v° « Discrimination (approche juridique) », de M. MINE, p. 103, nous soulignons.

<sup>12</sup> Titre de l'ouvrage d'E. JEULAND, *La justice des émotions*, Paris, IRJS, 2020.

<sup>13</sup> Sur le fait que droit et émotion ne s'opposent pas nécessairement, v. A. GRATADOUR, « critique de la relation entre le droit, la raison et l'émotion », *Revue Psycho-Droit*, n° 2, p. 115, spéc. p. 120 ; v. aussi les réflexions du « conférencier » de l'essai-fiction *La justice des émotions*, *op. cit.*, ainsi que l'article « Le juge et l'émotion » d'E. JEULAND, issu des *Mélanges P. Rodière*, Paris, LGDJ, 2019, mais disponible [en ligne] dans une version actualisée, consultée le 9 sept. 2021, [<https://hal.archives-ouvertes.fr/hal-01790855v9/document>].

## I.- Le sentiment individuel de discrimination : nouvel élément dans la preuve des discriminations

L'écart entre discriminations ressenties et discriminations condamnées a rapidement été identifié comme un problème de fonctionnement du système juridique. Il a justifié la mise en œuvre de mécanismes correctifs du dispositif de lutte contre les discriminations, en particulier par l'aménagement de la charge de la preuve (A). Mais les discriminations *ressenties*, révélées par des méthodes d'enquête, ont également trouvé leur place dans le contentieux de la discrimination (B).

### A.- L'aménagement de la charge de la preuve : le sentiment comme « indice » de la discrimination

La preuve des discriminations est connue pour être spécialement difficile à rapporter. Bien sûr, il arrive que les auteurs et autrices de discriminations s'auto-incriminent, suscitant la moquerie des juristes (et sans doute la consternation de leurs avocat et avocates). On retient ainsi le cas d'une responsable du catalogue France des magasins d'ameublement Ikéa, qui avait transmis aux responsables ressources humaines des magasins français un message indiquant la consigne suivante : « *Pour ce type de travail, ne pas recruter de personnes de couleur car, c'est malheureux à dire, mais on leur ouvre moins facilement la porte, et il s'agit d'avancer vite* » ce qui lui valut évidemment une condamnation pénale<sup>14</sup>. Mais ces situations sont marginales et, de façon générale, les victimes ne disposent pas d'éléments matériels aussi évident pour étayer leur sentiment de discrimination.

La plupart du temps, la victime, comme l'entourage, « sentent bien » qu'une discrimination est à l'œuvre, mais sans pouvoir l'étayer par des éléments objectifs précis. Ils n'ont, le plus souvent, que des éléments de contexte pour expliquer ce sentiment, des anecdotes ayant eu lieu en d'autres circonstances, mais pouvant laisser présumer que c'est bien un motif discriminatoire qui est à l'origine de la différence de traitement ressentie. Des éléments qui ne suffisent pas, en principe, à établir la preuve d'une discrimination.

C'est pourquoi, un mécanisme d'allègement de la charge de la preuve a été mis en œuvre en droit civil. L'article 4 de la loi du 27 mai 2008<sup>15</sup> dispose ainsi que : « *Toute personne qui s'estime victime d'une discrimination directe ou indirecte présente devant la juridiction compétente les faits qui permettent d'en présumer l'existence. Au vu de ces éléments, il appartient à la partie défenderesse de prouver que la mesure en cause est*

<sup>14</sup> TGI Versailles 2 avr. 2001 : *Dr. ouvrier* 2003. 292.

<sup>15</sup> Loi n° 2008-496 du 27 mai 2008 portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de la lutte contre les discriminations, *JORF* n° 0123, 28 mai 2008.

*justifiée par des éléments objectifs étrangers à toute discrimination* »<sup>16</sup>. Présent dans le droit du travail dès 2001<sup>17</sup>, cet aménagement de la charge de la preuve influencé par le droit de l'Union Européenne, permet de donner une certaine consistance probatoire aux sentiments diffus des victimes et témoins.

Ainsi, si les attestations et témoignages ne suffisent toujours pas à faire la preuve d'une discrimination, ils sont pris en considération par la jurisprudence comme « *faits permettant d'en prouver l'existence* ». Une décision rendue par la Cour d'appel de Dijon le 24 octobre 2019 permet d'illustrer ce propos<sup>18</sup>. Parmi les éléments de fait laissant présumer une discrimination –, qui sera caractérisée en l'espèce –, la cour d'appel évoque essentiellement les témoignages d'une directrice des ressources humaines et d'un prestataire extérieur à l'entreprise selon lequel « *une discrimination serait avérée* », mais aussi l'attestation de la victime elle-même qui, à l'issue d'un entretien avec son employeur, avait indiqué « *avoir le sentiment d'une discrimination sur la base de l'origine* », ce qui avait été consigné par écrit dans la synthèse de l'entretien. Ce type de motivation peut surprendre au regard des règles habituelles de la preuve où le témoignage vise moins à rapporter une « impression » que des faits. Mais la prise en compte d'un sentiment collectif trouve une place particulière dans le contentieux individuel de la discrimination : il permet de repérer là où il est possible de « sentir » que la relation sociale est dysfonctionnelle pour s'y pencher plus avant. Une démarche qui prend en compte la discrimination comme un mécanisme social complexe, qui se manifeste parfois par d'infimes remarques, gestes, comportements de mise à l'écart, etc.

Ce sentiment subjectif, une fois objectivé par la répétition des cas particuliers, peut, en outre, donner lieu à des contentieux qui dépassent largement un cadre individuel pour aller vers la dénonciation de *système* de discrimination.

## **B.- Le traitement statistique du sentiment d'appartenance : outil de lutte contre les discriminations**

Le « sentiment » trouve sa place à double titre dans le droit des discriminations. D'une part dans le sentiment d'être discriminé mais aussi dans celui d'être discriminé à cause de son sentiment d'appartenance à une catégorie particulière. Le recueil et le traitement de données issues d'une auto-identification est ainsi souvent nécessaire pour réaliser un état des lieux des discriminations, tant il est parfois impossible de faire des statistiques sur la base de données objectives.

Tout d'abord parce que les catégories que l'on cherche à étudier ne sont pas toujours objectivables. On songe ici au critère d'apparence physique, « couteau suisse » du droit de la non-discrimination, qui ne permet pas de classer les personnes en fonction d'une

<sup>16</sup> Notons qu'un tel dispositif d'allègement n'existe pas en droit pénal, où la charge de la preuve est supportée non par la victime, mais par le Parquet, qui dispose de pouvoirs accrus pour mener l'enquête.

<sup>17</sup> Loi n° 2001-1066 du 16 novembre 2001 relative à la lutte contre les discriminations, *JORF* 17 novembre 2001, p. 18311.

<sup>18</sup> CA Dijon 24 oct. 2019, n° 17/00906.

catégorie objective. Comment faire des statistiques sur le nombre de discriminations en raison de la « beauté », de la « laideur » ou du fait de ne pas avoir « le physique de l'emploi »<sup>19</sup> dès lors que ces catégories ne peuvent pas être objectivement définies ?

Ensuite, l'enquête peut être rendue difficile par le fait que certaines données, sensibles, ne peuvent être ni collectées ni traitées. Ce sont les données relatives à la religion, à l'appartenance syndicale, mais aussi à ce que l'on pourrait appeler la catégorie « ethno-raciale ». L'article 6 de la loi du 6 janvier 1978 Informatique et Liberté<sup>20</sup>, comme le Règlement général sur la protection des données (RGPD)<sup>21</sup> interdisent dans les mêmes termes le traitement des données sensibles : *« Il est interdit de traiter des données à caractère personnel qui révèlent la prétendue origine raciale ou l'origine ethnique, les opinions politiques, les convictions religieuses ou philosophiques ou l'appartenance syndicale d'une personne physique ou de traiter des données génétiques, des données biométriques aux fins d'identifier une personne physique de manière unique, des données concernant la santé ou des données concernant la vie sexuelle ou l'orientation sexuelle d'une personne physique »*. De cette interdiction textuelle, il est couramment tiré qu'il serait interdit, de façon générale, de « faire de statistiques ethniques ». Les contours de cette interdiction ont cependant été précisés par décision du Conseil constitutionnel le 15 novembre 2007<sup>22</sup> qui indique que *« si les traitements nécessaires à la conduite d'études sur la mesure de la diversité des origines des personnes, de la discrimination et de l'intégration peuvent porter sur des données objectives, ils ne sauraient, sans méconnaître le principe énoncé par l'article 1<sup>er</sup> de la Constitution, reposer sur l'origine ethnique ou la race »*. Mais alors, comment connaître l'étendue de ces discriminations non chiffrables ? Le commentaire de cette décision aux Cahiers du Conseil constitutionnel prend soin de nuancer cette solution à deux égards<sup>23</sup>. D'une part, est évoquée la possibilité de traiter des données objectives « de contournement », telles que le nom, l'origine géographique, la nationalité. Ainsi des statistiques de l'Observatoire de la discrimination de l'Université Paris 1, réalisées sur la base des prénoms<sup>24</sup>, qui permettent de mettre en avant de probables discriminations à raison de l'origine. D'autre part, le commentaire indique que *« le Conseil n'a pas jugé que seules les données objectives pouvaient faire l'objet de traitement : il en va de même pour des données subjectives, par exemple celles fondées sur*

<sup>19</sup> J.-F. AMADIEU, *Le poids des apparences*, Paris, Odile Jacob, 2005, p. 99.

<sup>20</sup> Loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés, *JORF* 7 janv. 1978.

<sup>21</sup> Règlement (UE) 2016/679 du Parlement européen et du Conseil du 27 avril 2016, relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, et abrogeant la directive 95/46/CE.

<sup>22</sup> Décision n° 2007-557 DC.

<sup>23</sup> Cahier du conseil constitutionnel n° 24, « Commentaire de la décision n° 2007-557 DC du 15 novembre 2007 - Loi relative à la maîtrise de l'immigration, à l'intégration et à l'asile » [en ligne], consulté le 8 sept. 2021, [[https://www.conseil-constitutionnel.fr/sites/default/files/as/root/bank\\_mm/commentaires/cahier24/ccc\\_557dc.pdf](https://www.conseil-constitutionnel.fr/sites/default/files/as/root/bank_mm/commentaires/cahier24/ccc_557dc.pdf)].

<sup>24</sup> Observatoire des discriminations, Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne [en ligne], consulté le 8 sept. 2021, [<https://www.observatoiredesdiscriminations.fr/mesure-statistique>]

le “ressenti d’appartenance” »<sup>25</sup>. Il faut voir là la validation des enquêtes de statistiques sociales précédemment citées.

En pratique, les enquêteurs et enquêtrices procèdent de différentes façons<sup>26</sup>. Dans le baromètre du Défenseur des droits sur la discrimination dans l’emploi, il est demandé aux personnes enquêtées comment elles pensent être perçues. Elles ont alors le choix entre « perçu comme blanc », « perçu comme non-blanc » et peuvent ne pas répondre. L’enquête porte ensuite sur la perception des discriminations par le panel d’enquêtés, en fonction de données dites objectives (âge / sexe...) et de leur catégorisation comme « perçu comme non blanc » ou « perçu comme blanc »<sup>27</sup>. Dans l’enquête *Trajectoires et Origines* <sup>128</sup>, les personnes enquêtées sont situées en fonction de leur origine géographique et de leur nationalité actuelle. Elles doivent répondre à des questions sur leur expérience du racisme et leur sentiment d’exposition au racisme.

L’enquête révèle les limites de ces méthodes, car lorsqu’on demande aux personnes de dire précisément sur la base de quel critère elles se sentent exposées au racisme, certaines (80% des personnes originaires du Maghreb ou de Turquie) évoquent les origines, d’autres (95% des personnes d’Afrique Sub-Saharienne ou issues des DOM) évoquent la couleur de peau. Le sentiment de discrimination raciale se dilue alors dans des critères proches, sans que l’on sache exactement quelle perception les répondants ont de ces critères. Il y a donc un véritable intérêt à s’intéresser au sentiment « brut » de racisme pour évaluer l’ampleur de ce sentiment de discrimination, même si la question semble moins précise que lorsqu’il est question pour les répondants d’identifier un critère de la liste légale.

Ces méthodes d’enquêtes, même si on a vu qu’elles posent d’importantes questions juridiques, pourraient facilement être renvoyées à de simples outils de visibilité et de communication sur les phénomènes globaux de discrimination. Pourtant, elles peuvent devenir de véritables éléments de *preuves* dans le contentieux judiciaire de la discrimination. C’est ainsi le cas lorsqu’est utilisée la méthode des panels<sup>29</sup> dans le cadre des discriminations professionnelles<sup>30</sup>. Mais la principale utilité de l’enquête par auto-assignation reste la preuve des discriminations indirectes.

<sup>25</sup> Cahier du Conseil constitutionnel n° 24, art. cit., p. 6.

<sup>26</sup> Sur les différentes approches et réception des enquêtes de discrimination v. J.-L. PRIMON, « La perception des discriminations au filtre des enquêtes statistiques », *Agora débats/jeunesses*, vol. 57, n° 1, 2011, p. 121.

<sup>27</sup> DDD 13<sup>e</sup> baromètre, préc., p. 6 et 7.

<sup>28</sup> V. La présentation de la méthodologie en tête d’ouvrage (*op.cit.*), spéc. p. 9.

<sup>29</sup> Sur cette méthode v. par ex. V.-A. CHAPPE, « La preuve par la comparaison : méthode des panels et droit de la non-discrimination », *Sociologies pratiques*, vol. 23, n° 2, 2011, p. 45.

<sup>30</sup> Une méthode qui a récemment fait ses preuves dans le contentieux des discriminations professionnelles subies par les chibanis employés par la SNCF : v. CA Paris, 31 janv. 2018 : obs. M. Peyronnet, *Dalloz actualité* [en ligne], 13 fév. 2018, [<https://www.dalloz-actualite.fr/flash/affaire-chibanis-c-sncf-discrimination-fondee-sur-nationalite-est-confirmer>].

La loi du 27 mai 2008<sup>31</sup> consacre en droit français la distinction européenne entre les discriminations directes et indirectes. Ainsi, « *constitue une discrimination indirecte une disposition, un critère ou une pratique neutre en apparence, mais susceptible d'entraîner, pour l'un des motifs [prohibé], un désavantage particulier pour des personnes par rapport à d'autres* ». La sanction de la discrimination indirecte s'appuie donc presque nécessairement sur des constats collectifs. En effet, la meilleure façon de démontrer qu'un critère en apparence neutre génère de la discrimination est d'avancer des données chiffrées sur le désavantage subi par une catégorie de personnes<sup>32</sup>. Or si la preuve de la discrimination indirecte est parfois possible par des données, sinon « objectives », du moins extérieures aux personnes – la corrélation du sexe civil des employé et employées avec la nature de leur contrat de travail par exemple – d'autres corrélations ne peuvent être établies que sur la base d'enquêtes sociologiques fondées sur l'auto-identification.

Ajoutons enfin, au titre de l'utilisation judiciaire des méthodes d'enquêtes sociologiques sur les discriminations, qu'il est possible de dépasser l'absence de statistiques ethno-raciales « pures » par d'autres méthodes, pas nécessairement issues du ressenti des acteurs et actrices, mais fruit d'observations de terrain. La jurisprudence récente en a donné un exemple, avec la récente condamnation d'un employeur par le Conseil des prud'hommes de Paris<sup>33</sup> pour discrimination raciale du BTP qui traitait de manière défavorable des travailleurs noirs. Une discrimination systémique à l'encontre du groupe de vingt-cinq travailleurs a été démontrée<sup>34</sup>, notamment, à l'aide des travaux du sociologue Nicolas Jounin, qui dans le cadre de son doctorat s'est immergé en tant qu'intérimaire dans le secteur du bâtiment. Entendu et lu par le Défenseur des droits, puis par la juridiction, les travaux de ce chercheur ont permis la reconnaissance d'une discrimination systémique par la jurisprudence française. Du sentiment personnel on passe ainsi à l'objectivation du sentiment collectif de discrimination.

## **II.- Le sentiment collectif de discrimination : moteur de la transformation du droit de la lutte contre les discriminations.**

La volonté de notre système juridique de se rapprocher autant que possible de la « réalité » du sentiment de discrimination l'a conduit, d'une part, à la multiplication des critères prohibés de différence de traitement (A) et, d'autre part, à la reconnaissance de nouvelles formes de discriminations (B).

---

<sup>31</sup> Préc.

<sup>32</sup> M.-T. LANQUETIN, « Construction du droit de la non-discrimination », *Rep. civ.* 2010 actualisé, n° 71 et s. ; pour l'utilisation de la notion de « discrimination statistique » au sujet des discriminations indirectes, v. P. RODIÈRE, *Traité de droit social de l'Union européenne*, Paris, LGDJ, 2014, n° 264, p. 313.

<sup>33</sup> CPH Paris 17 décembre 2019, n° 17/10.051 : *SSL* n° 1893, 3 février 2020 ; *RDT* 2020, p. 137, obs. F. GIUOMARD ; *D. actu*, 8 janvier 2020, obs. M. PEYRONNET ; *Dr. ouvr.* 2020. 861, note L. ISIDRO.

<sup>34</sup> La juridiction ne recourt pas ici à la notion de discrimination indirecte. Selon Lola Isidro (*ibidem*), la notion d'aurait pas été pertinente tant « on peut douter de la neutralité du traitement infligé aux travailleurs concernés ».

## A.- La multiplication des critères : coller au « vrai sentiment » de discrimination

La notion de « critère prohibé » de discrimination a radicalement changé dans les trente dernières années, reflet d'une évolution sociale toujours plus sensible à certaines assignations catégorielles. Partie du droit pénal pour essaimer en droit du travail puis dans divers domaines, la « liste » des critères prohibés de différence de traitement s'est progressivement étoffée<sup>35</sup>. Alors que la première intervention législative sur le sujet<sup>36</sup>, visait essentiellement l'appartenance raciale et religieuse, la liste des critères, désormais harmonisée entre les différents domaines du droit<sup>37</sup>, comprend aujourd'hui vingt-cinq items<sup>38</sup>. Il semble alors légitime de s'interroger sur la nécessité ressentie d'allonger ainsi la liste des critères, là où la Convention européenne des droits de l'Homme se contente d'un « notamment » en son article 14, qui n'empêcha pas l'interprétation dynamique du texte au service de critères qui n'y sont pas explicités. Dans le champ pénal, cet allongement s'explique sans doute par volonté de définir précisément les infractions, mais le même mouvement est à l'œuvre en dehors de ce domaine particulier. Le phénomène s'explique alors peut-être par la méfiance du pouvoir législatif à l'égard d'une autorité judiciaire dont on craindrait qu'elle ne s'autonomise dans la multiplication des critères prohibés. Une crainte relativisée par le fait que la liste actuelle soit si fournie qu'on peine à trouver un élément de définition de l'individu qui n'y figurerait pas.

Les « sentiments », au sens des croyances qui président à l'action ne sont pas absents de la détermination de cette liste puisqu'ils apparaissent dans la prise en compte de la perception des auteurs et autrices de discrimination. C'est le rôle de la notion d'« appartenance vraie ou supposée » accolée à certains critères prohibés de différence de traitement : sanctionner l'intention de discriminer pour certains critères prohibés, quand bien même la personne se serait trompée sur la réalité de l'appartenance de la victime à la catégorie protégée. Cependant, l'usage parcimonieux de l'idée d'appartenance « vraie ou supposée » dit beaucoup sur sa construction historique : le terme ne s'attache en effet qu'à l'appartenance à une « *ethnie, une nation, une prétendue race ou une religion déterminée* ». Cette restriction révèle, comme l'ajout de l'adjectif « prétendue » devant l'item

<sup>35</sup> Sur les multiples aspects et effets de ce phénomène v. les Actes du colloque *Multiplication des critères de discrimination. Enjeux, effets et perspectives* [en ligne], Défenseur des droits, 2018, [[https://juridique.defenseurdesdroits.fr/doc\\_num.php?explnum\\_id=18337](https://juridique.defenseurdesdroits.fr/doc_num.php?explnum_id=18337)].

<sup>36</sup> L. n° 72-546 du 1<sup>er</sup> juillet 1972 relative à la lutte contre le racisme.

<sup>37</sup> V. Loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI<sup>e</sup> siècle, art. 86 et s.

<sup>38</sup> Origine, sexe, situation de famille, grossesse, apparence physique, particulière vulnérabilité résultant de leur situation économique, apparente ou connue de son auteur, patronyme, lieu de résidence, état de santé, perte d'autonomie, handicap, caractéristiques génétiques, mœurs, orientation sexuelle, identité de genre, âge, opinions politiques, activités syndicales, capacité à s'exprimer dans une langue autre que le français, appartenance ou de leur non-appartenance, vraie ou supposée, à une ethnie, une Nation, une prétendue race ou une religion déterminée.

« race »<sup>39</sup>, la volonté politique d'affirmer, d'une part, le caractère flou, indéterminé, subjectif des catégories de race, nation et religion, mais aussi, d'autre part, de marquer le caractère socialement inacceptable des discriminations sur ces critères, historiquement fondateurs (quand bien même on se serait trompé, le sentiment d'hostilité à l'égard de ces catégories de personnes est désigné comme spécialement inadmissible).

L'usage restreint de la notion se révèle cependant inadapté à la révélation, par les sciences sociales, des mécanismes de discriminations qui opèrent par généralisation des stéréotypes. Si la rédaction actuelle des textes suggère qu'on ne peut pas se tromper sur la question de savoir si une personne est un homme ou une femme (ou ne peut pas être discriminé pour son appartenance « supposée » à un sexe), *quid* des femmes trans qui seraient discriminées comme femmes alors qu'elles n'auraient pas modifié leur état civil et seraient donc, pour le droit, des hommes ? *Quid* d'une femme aux cheveux courts et aux manières directes discriminée parce qu'elle « a l'air lesbienne » ? De cet homme homosexuel dont on se dit « *qu'il a sans doute le SIDA* » etc. ?

En réalité, l'allongement et la précision infinie de la liste des critères prohibés de discrimination doit davantage être lu comme une affirmation politique : comme la volonté de reconnaître *l'existence* de catégories sociales marginalisées ou minorisées. À cet égard, la détermination des listes de critères prohibés relève tout autant de l'élaboration d'un outil efficient de lutte contre les discriminations vécues que d'un instrument d'affirmation politique de la réalité d'un sentiment individuel, puis collectif, de discrimination. Cet aspect de la construction du droit de la lutte contre les discriminations permet de comprendre pourquoi certains critères sont conservés alors qu'ils pourraient aisément être subsumés sous d'autres. C'est ainsi que la race, entendue comme système social et historique de hiérarchisation de groupes désignés comme « différents » en raison, notamment<sup>40</sup>, de la couleur de peau, pourrait le plus souvent être « captée » par une discrimination sur l'apparence physique, le nom ou la nationalité. À l'inverse, certaines catégories de critères prohibés peuvent sembler euphémisantes au sens où, par exemple, les discriminations sur le nom sont, sans leur immense majorité<sup>41</sup>, des cas de discrimination sur la position raciale ou la nationalité supposée d'une personne. De la même façon, une discrimination sur les « mœurs » sera le plus souvent

---

<sup>39</sup> La modification trouve son origine dans la volonté d'affirmer qu'il n'existerait pas de « races » humaines, ce qui a une pertinence certaine d'un point de vue biologique mais qui efface la dimension réelle de la catégorie « race » dans sa dimension historique et sociale.

<sup>40</sup> La couleur de peau n'est qu'un des nombreux éléments de l'assignation à une position raciale qui s'appuie sur de multiples facteurs, phénotypiques, vestimentaires, relatifs au nom etc. V. par exemple les réflexions menées actuellement sur le « texturisme » ou la hiérarchisation des personnes relativement à leur chevelure, plus ou moins crépue. V. par ex. M. BARNETT, « The politics of black hair: A Focus on Natural vs Relaxed Hair for African-Caribbean Women », *Ideaz*, vol. 14, 2016. Sur les ambiguïtés de la classification, notamment dans des contextes de métissage, v. par ex. A. GORDIEN, *Nationalisme, race et ethnicité en Guadeloupe : constructions identitaires ambivalentes en situation de dépendance*, th. Paris Sorbonne Cité, 2015.

<sup>41</sup> On pourrait par exemple penser à une discrimination en raison du caractère « ridicule » d'un nom.

une discrimination sur l'orientation sexuelle ou une dimension à caractère sexiste<sup>42</sup>. Enfin, l'ajout de certains critères prohibés renvoie aussi à une conception restrictive de critères existants. Si l'ajout de la notion d'identité de genre a provoqué d'important débats, il n'aurait peut-être pas été nécessaire si la catégorie de sexe n'était pas perçue comme renvoyant exclusivement à l'état civil ou à l'apparence des organes génitaux, mais plus largement à une position dans un *système de genre* bicatégorisé et hiérarchisé<sup>43</sup>...

Pour autant, conserver ces différentes catégories permet à la fois une facilité probatoire (en choisissant l'élément le plus évident), mais aussi, lorsque la discrimination est reconnue, de satisfaire le sentiment de discrimination dans sa réalité personnelle et sociale : nommer le fondement d'une discrimination dans sa réalité, c'est en faire apparaître la dimension collective, voire systémique. Ce n'est pas la même chose, cela ne produit pas le même sentiment personnel, ce n'est pas pour les mêmes raisons sociales et historiques, que l'on n'est pas embauché à un poste de commercial parce qu'on s'appelle M. Demoncul, M. Cissé ou M. Cohen. Considérer que ces trois situations seraient, de façon indéterminée, des discriminations sur le nom ne dirait rien de la réalité sociale de la différence de traitement et risquerait fort de ne pas donner aux victimes un « sentiment » de justice. À cet égard, il ne serait pas étonnant que certains critères puissent encore émerger à l'avenir, dès lors qu'ils rencontreraient une prise de conscience sociale de l'existence d'une catégorie discriminée et une mobilisation politique visant à la faire reconnaître comme telle. On pense ainsi aux discriminations grossophobes<sup>44</sup>, qui peuvent parfaitement être rattachées à une discrimination sur « l'apparence physique », mais ne renvoient pas exactement aux mêmes mécanismes discriminatoires que, par exemple, les discriminations en raison de la « laideur » perçue d'une personne. Ainsi, la prise en compte des « sentiments » de discrimination dans le système juridique s'entend tout autant des sentiments personnels que collectifs.

### **B.- Prises en compte émergentes d'un sentiment collectif de discrimination : intersectionnalité et stéréotypes**

Si la liste des critères de discrimination s'étendait à l'infini, elle serait encore impuissante à prendre en compte certains mécanismes discriminatoires qui, précisément,

---

<sup>42</sup> Une différence de traitement en raison, par exemple, du caractère « dissolu » de la vie sexuelle a, en réalité, bien plus de chance d'intervenir à l'égard d'une femme en raison des valeurs sociales différentielles généralement attachées à la vie sexuelle pour les hommes et les femmes (inconstance, absence de pudeur et de « respect de soi » pour les femmes ; puissance, séduction, voire santé pour les hommes) : en ce sens, même si l'auteur ou l'autrice de la discrimination s'appuie sur la vie sexuelle et non le sexe de la personne pour la discriminer, il est plus probable qu'elle applique cette discrimination aux femmes, et bien *parce qu'elles sont des femmes*.

<sup>43</sup> Sur cette idée v. S. HENNETTE-VAUCHEZ, « « Ségrégation, déségrégation, espace public et espace privé », *op. cit.*, n° 21.

<sup>44</sup> V. par ex. S. CAROF, *Grossophobie. Sociologie d'une discrimination invisible*, Paris, Maison des Sciences de l'Homme, coll. « Interventions », 2021.

ne relèvent pas d'un système univoque de différence de traitement. On pense évidemment ici aux discriminations intersectionnelles mais aussi aux discriminations stéréotypiques.

L'intersectionnalité, notion trop souvent caricaturée<sup>45</sup>, est un concept forgé par la juriste américaine Kimberlé Crenshaw à la fin des années 1980<sup>46</sup>. Si la notion elle-même est élaborée à partir de la situation précise des femmes noires américaines, elle trouve ses sources historiques bien antérieurement au travail de Kimberlé Crenshaw et relativement à d'autres situations aujourd'hui désignées comme intersectionnelles, comme par exemple le traitement subi par les femmes ouvrières<sup>47</sup>. L'apport de cette notion est de mettre en lumière les mécanismes de discrimination dans lesquels le croisement de multiples critères de différenciation crée non pas une *addition* de discrimination, mais bien des discriminations spécifiques : les femmes noires ne subissent pas les mêmes discriminations, ne sont pas attachées aux mêmes stéréotypes que les femmes blanches ou que les hommes noirs ; les ouvrières ne sont pas dans la même situation que les ouvriers mais pas non plus que des femmes bourgeoises, etc. Cette notion, aujourd'hui capitale pour comprendre plus finement les mécanismes sociaux de hiérarchisation des personnes, se relève particulièrement ardue à manipuler dans le système actuel du contentieux de la lutte contre les discriminations.

Parce que notre système juridique de qualifications, qu'il soit français ou européen, se fonde principalement sur l'idée d'un traitement *défavorable* des personnes, il induit nécessairement une idée de *comparaison avec un autre groupe*. Or, dans le cas des discriminations intersectionnelles, la difficulté est précisément de définir avec quel groupe il serait pertinent de comparer la situation étudiée. Avec quel groupe doit-on mettre en miroir le cas d'une femme voilée non-recrutée ? Les hommes ? Les femmes non-voilées ? Les personnes, hommes et femmes, dont l'employeur savait qu'elles sont musulmanes ?

Si la qualification de la discrimination est ici une opération qui peut être particulièrement délicate, elle n'est pas pour autant impossible et la notion de discrimination intersectionnelle fait son chemin dans la jurisprudence nationale et internationale<sup>48</sup>. Cette démarche de qualification présente l'avantage certain de mettre des mots justes sur le sentiment de discrimination ressenti par la victime et sur le mécanisme social, voire interpersonnel, qui a donné lieu au litige. La sanction symbolique n'en est que plus efficace et la réparation éventuellement plus adéquate.

<sup>45</sup> Pour un travail de vulgarisation v. E. LEPINART et S. MAZOUZ, *Pour l'intersectionnalité*, Anamona, 2021.

<sup>46</sup> V. « Demarginalizing the Intersection of Race and Sex: A Black Feminist Critique of Antidiscrimination Doctrine, Feminist Theory and Antiracist Politics », *University of Chicago Legal Forum* [en ligne], Vol. 1989 : Iss. 1, Article 8 [<http://chicagounbound.uchicago.edu/uclf/vol1989/iss1/8>].

<sup>47</sup> V. par ex. le propos introductif de *Qu'est-ce que l'intersectionnalité ? Dominations plurielles : sexe, classe et race*, M. BOUSSAHBA, E. DELANOE, S. BAKSHI, K. CRENSHAW, Payot, 2021.

<sup>48</sup> V. à cet égard l'article d'E. BRIBIOSA, R. MEDARD INGHILTERRA et I. RORIVE, « La discrimination intersectionnelle en droit : mode d'emploi », *Revue trimestrielle des droits de l'Homme*, 126/2021.

Ce problème de la réponse juridique pertinente à des discriminations « atypiques » se prolonge dans la question émergente de la discrimination stéréotypique. Une décision de la Cour européenne des droits de l'Homme du 25 mars 2018<sup>49</sup> illustre à merveille la façon dont la discrimination stéréotypique peut venir au secours de la difficulté probatoire posée par des discriminations intersectionnelles<sup>50</sup>. Dans cette affaire, la demanderesse était une femme portugaise née en 1945. Alors qu'elle était âgée de quarante-huit ans, elle se voit diagnostiquer une pathologie gynécologique. Quelque temps après l'opération chirurgicale qui lui avait été proposée, la patiente a été victime de violentes douleurs, persistantes ainsi qu'une perte de sensation au niveau du vagin, ainsi que d'incontinence urinaire. Il est alors apparu que le nerf innervant le périnée avait été endommagé pendant l'opération. Devant la juridiction de première instance saisie d'une demande d'indemnisation, elle obtient 92 000 euros au titre du préjudice matériel et de 80 000 euros au titre du préjudice moral. Suite à l'appel interjeté par l'établissement hospitalier, la patiente a vu son indemnisation abaissée à la somme de 50 000 euros. La décision était motivée par plusieurs arguments, mais celui sur lequel se concentre la Cour de Strasbourg est celui qui pose la question de discrimination : « *En outre, il ne faut pas oublier qu'à l'époque de l'opération, la demanderesse était déjà âgée de cinquante ans et avait deux enfants, c'est-à-dire qu'elle avait un âge où le sexe n'est pas aussi important que plus jeune, cette importance diminuant avec l'âge* ». Une telle motivation fait évidemment suspecter un cas de discrimination intersectionnelle : la situation de la requérante avait manifestement été traitée en considération de sa situation de femme âgée. Non pas de femme tout court, puisque son âge était invoqué comme élément de son rapport à la sexualité, non pas comme personne âgée, puisque la considération sur la reproduction ne s'appliquerait pas dans les mêmes termes pour un homme, mais bien spécifiquement comme femme de cinquante ans. Pour autant, la *preuve* matérielle de la différence de traitement était presque impossible à rapporter. Non seulement la réparation des préjudices corporels est, de façon générale, très peu propice à la comparaison, mais encore fallait-il déterminer avec quel groupe la comparaison aurait été pertinente : femmes plus jeunes ou hommes du même âge ?

La Cour se sort ici de l'ornière en considérant qu'il y a *en soi* une discrimination au fait de juger en motivant sa décision par une considération stéréotypique, en l'occurrence sur la sexualité féminine, en particulier à un certain âge. Dans un contexte où, par ailleurs, la justice portugaise est régulièrement dénoncée pour son sexisme, la Cour condamne ici la situation dans laquelle une décision donne le *sentiment* de ne pas être considérée de la même façon que les autres du fait de ses caractéristiques personnelles. Au-delà du soupçon de traitement défavorable, c'est ici à la fois le sentiment d'assignation identitaire forcée et de partialité de la justice qui est dénoncé par la Cour.

<sup>49</sup> CEDH, *Carvalho Pinto De Sousa Morais c. Portugal*, 25 mars 2018, n° 17484/15.

<sup>50</sup> Pour une étude plus approfondie de ce cas v. notre commentaire L. CARAYON et J. MATTIUSI, « Le prix du genre » [en ligne], *La Revue des droits de l'homme*, Actualités Droits-Libertés, [<http://journals.openedition.org/revdh/3787>].

Cette émergence de la discrimination par stéréotype pose de nombreuses questions sur l'évolution future du droit des discriminations et notamment sa transformation vers un droit « dépersonnalisé » au sens où il ne nécessiterait plus d'acte individuel de traitement défavorable pour être condamnable. On trouve trace de cette évolution, par exemple, dans le délit de provocation à la discrimination<sup>51</sup> caractérisé dès lors que la provocation « *tend à susciter un sentiment d'hostilité ou de rejet envers un groupe de personnes* »<sup>52</sup>, sans forcément que soit constaté d'actes concrets de discrimination. Aveux que le phénomène de discrimination est bien autant un mécanisme social, collectif, qu'une juxtaposition d'actes particuliers.

Plus loin encore, la discrimination stéréotypique interroge sur la nécessité de constater, ou de soupçonner, un traitement *défavorable*. Ne pourrait-on imaginer un droit qui prohibe, plus largement, les assignations identitaires et affirmations stéréotypiques en général, y compris lorsqu'elles entraînent des conséquences favorables pour la personne ? Un phénomène paradoxal peut-être, tant on a vu que la multiplication des critères prohibés de différence de traitement a aussi été le produit de lutte pour la reconnaissance de positions sociales spécifiques. Il s'agirait d'un mécanisme qui permettrait à une femme recrutée « car il nous semble important d'avoir quelqu'un de sensible sur ce poste » ou à une personne handicapée récompensée car « elle sait ce que se battre dans la vie veut dire » de voir sanctionner ces affirmations. Un monde, donc, où les femmes pourraient dénoncer comme discriminatoires les « verres offerts » dans les bars le vendredi soir tant ils leur donnent le sentiment de n'être que de la chair à clientèle. Pourquoi pas, dès lors qu'un traitement plus favorable, lorsqu'il ne vise pas à compenser des inégalités préexistantes et n'est pas revendiqué directement par les personnes concernées, n'est finalement qu'un traitement surplombant.

---

<sup>51</sup> Article 24, al. 6, de la loi du 29 juillet 1881.

<sup>52</sup> Cass. crim., 14 mai 2002 : Juris-Data n° 2002-015301.

## La manifestation numérique des émotions

**Maëva ATCHIAMAN**

Doctorante à l'université Paris I – Panthéon Sorbonne,  
École de droit de la Sorbonne, département IRJS - DReDIS

Lorsqu'il est question du droit du numérique, le lien avec l'émotion n'apparaît pas de façon évidente. En droit pénal ou en droit de la responsabilité par exemple, la place des émotions apparaît à l'inverse presque intuitivement ; et, ce, probablement car il est plus aisé, dans ces deux hypothèses, de se mettre à la place de chacun des protagonistes. En droit du numérique, il faut avouer que la projection est plus complexe puisque l'un des acteurs, l'algorithme se résume à une combinaison de 0 et de 1.

Cependant, loin d'être toujours condamnée, cette mécanique<sup>1</sup> est recherchée dans certaines hypothèses. Tel est notamment le cas pour les sites ou applications que près de 26% des français<sup>2</sup> admettent avoir déjà utilisées pour faire des rencontres éphémères ou durables. L'algorithme dénué de sentiments est donc paradoxalement parfois utilisé volontairement par l'utilisateur pour en faire naître.

Les récents scandales autour des élections américaines de 2016 ont néanmoins montré la réciprocité du lien existant entre l'algorithme et l'utilisateur : si l'utilisateur peut orienter l'algorithme pour ressentir des émotions, l'algorithme peut également influencer l'utilisateur pour l'amener à ressentir une émotion voulue. Pour ce faire, ce dernier s'appuie sur les émotions manifestées par l'utilisateur par le biais d'une interface simplifiée<sup>3</sup>. En effet, Internet n'est pas uniquement le lieu où les utilisateurs peuvent recueillir des informations. Le développement des réseaux sociaux, forums et autres plateformes d'échange a ouvert la possibilité à l'individu de partager, réagir, commenter. Internet est ainsi devenu un théâtre privilégié de manifestation des émotions. Leur expression peut même s'y faire de manière facilitée par le clic ou par le commentaire textuel ou encore l'utilisation d'images ou de symboles (émoticônes, etc.)<sup>4</sup>. Deux de ces moyens offerts à l'utilisateur ont d'ailleurs vu leur portée respective hiérarchisée dans l'arrêt rendu par la Cour européenne des Droits de l'Homme le 21 juin 2021 sur lequel nous reviendrons.

<sup>1</sup> Bien qu'il revête un caractère mécanique, l'algorithme n'est pas neutre cf. not. G. HAAS, S. ASTIER, « *Les biais de l'intelligence artificielle, quels enjeux juridiques ?* », in *Rép. IP/IT com.*, juill. 2019.

<sup>2</sup> IFOP, *Observatoire 2018 de la rencontre en ligne*, 01 févr. 2018. Disponible sur internet : <https://www.ifop.com/publication/observatoire-2018-de-la-rencontre-en-ligne/>

<sup>3</sup> Pour une approche considérant qu'il est davantage question d'affect que d'émotion voir : C. ALLOING, J. PIERRE, *Le Web affectif : une économie numérique des émotions*, Bry-sur-Marne, INA, 2018, coll. Études et controverses.

<sup>4</sup> Dans cette intervention, les questions particulières du partage et du hashtag ne seront pas traitées.

### La manifestation de l'émotion par le clic

Tout d'abord, la manifestation de l'émotion peut passer par un simple clic effectué par l'utilisateur : dans le monde numérique, un clic peut équivaloir à une « réaction ». Cette possibilité offerte à l'individu de réagir si rapidement présente alors la spécificité, en premier lieu, de laisser une grande place à la spontanéité de celui-ci, à l'émotion immédiate. Pour donner un ordre de grandeur de ce phénomène, sur le réseau social Facebook, le bouton « J'aime » est actionné près de 4,5 milliards de fois par jour<sup>5</sup>. Or, cette manifestation, pour spontanée qu'elle est, peut ne pas demeurer sans conséquence : celles-ci varient en fonction de la considération de la force de la spontanéité. Par exemple, elle peut constituer une preuve contre son émetteur, tout en se trouvant diversement appréciée. D'un côté, un équivalent du conseil des prud'hommes en Allemagne, le tribunal du travail, a par exemple considéré que le fait d'« aimer » une publication contenant des propos insultants sur son employeur pouvait donner lieu de la part de ce dernier à un avertissement du salarié<sup>6</sup>. Cependant, à titre de nuance, le tribunal a considéré que l'employeur ne pouvait, pour ce seul motif, licencier sans délai son employé : le « J'aime », du fait de son statut de réaction spontanée, doit être traité comme une expression sans grande valeur<sup>7</sup>. À l'inverse et d'un autre côté, dans un autre arrêt rendu en Belgique, un employé qui s'était engagé à ne plus publier de propos pouvant nuire à l'image de l'entreprise et qui avait tout de même aimé des « publications sulfureuses pouvant avoir une connotation raciste ou antisémite », s'est vu licencié pour faute grave rendant impossible la poursuite de la relation de travail du fait de ces « J'aime »<sup>8</sup>.

Par ailleurs et en deuxième lieu, les émotions traduites par le clic présentent l'autre spécificité d'être limitées et d'entrer *a minima* dans une catégorie préexistante<sup>9</sup> : même si le panel des émotions a eu tendance à s'élargir, les émotions qu'il est possible de manifester par le clic demeurent peu nombreuses<sup>10</sup>. On ne peut manifester toutes les nuances de son ressenti : il est donc possible de dégager une catégorisation des émotions ainsi manifestées. Certaines ont même été volontairement proscrites : Facebook n'a ainsi pas cédé à la demande de certains de ses utilisateurs qui souhaitaient la création d'un

<sup>5</sup> D. CARDON, *A quoi rêvent les algorithmes, Nos vies à l'heure des big data*, Paris : Seuil, oct. 2015, coll. La République des idées, p. 11 cité dans K. FAVRO, *Droit de la régulation des communications numériques*, Issy-les-Moulineaux : LGDJ, 2018, coll. Systèmes, p. 9.

<sup>6</sup> ArbG Dessau-Roßlau, Urteil vom 21.03.2012 - 1 Ca 148/11. Disponible sur internet : <https://www.landesrecht.sachsen-anhalt.de/bsst/document/JURE120009898>

<sup>7</sup> *Ibidem*. pt. 36.

<sup>8</sup> Cour du travail de Liège, 24 mars 2017. Disponible sur internet : [https://www.unia.be/files/Documenten/Rechtspraak/2017\\_03\\_24\\_C.\\_Trav.\\_Li%C3%A8ge.pdf](https://www.unia.be/files/Documenten/Rechtspraak/2017_03_24_C._Trav._Li%C3%A8ge.pdf)

<sup>9</sup> Certains auteurs relèvent par ailleurs que certains « boutons matérialisés à l'écran par des signes émotionnels polysémiques (cœurs, pouces levés), multiplient les usages tout en permettant explicitement « d'affecter » un message » : C. ALLOING, J. PIERRE, *Le Web affectif : une économie numérique des émotions*, op. cit., p. 31.

<sup>10</sup> « L'exemple sans doute le plus précis est représenté par Facebook Reactions » qui met en place une « « grammatisation des émotions » qui sert à annoter de manière standardisée les contenus que d'autres ont publié » par le biais d'un « éventail limité d'émotion-type » : A. A. CASILLI, *Digital affective labor : les affects comme ressorts du capitalisme des plateformes* (préf.), in C. ALLOING, J. PIERRE, *Le Web affectif : une économie numérique des émotions*, op. cit., p. 6.

bouton « Je n'aime pas ». Néanmoins, à partir de 2015, l'entreprise a commencé à tester de nouvelles possibilités de réaction comme « J'adore » ou « en colère »<sup>11</sup>.

### **Les utilisations de l'émotion manifestée par le clic**

Ces émotions une fois manifestées par un clic, notamment dans le cadre des réseaux sociaux, vont être traitées par un algorithme et serviront, avec d'autres, de matériaux de traitement pour « *hiérarchiser l'information, deviner ce qui nous intéresse, sélectionner les biens que nous préférons* »<sup>12</sup> ; elles viendront alors alimenter de nouvelles émotions. Par exemple, les éléments qui apparaîtront dès lors dans le fil d'actualité de l'utilisateur seront des contenus qui auront vocation à susciter chez lui des émotions qui vont de son simple intérêt (au pire) à son approbation (au mieux) conduisant ainsi à la création d'une « bulle d'émotion » autour de l'individu. S'inscrivant dans le concept des bulles d'intérêt<sup>13</sup> (« *bubble filter* ») dont l'influence a été mise en lumière lors de l'élection américaine de 2016, ces bulles d'émotion vont au-delà du contexte politique. Elles vont créer un environnement autour de l'utilisateur où celui-ci ne se trouve confronté qu'à des éléments qui ont son approbation ; il n'est pas remis en question et se trouve donc conforté dans ses émotions.

Certains utilisateurs, conscients de cet usage, mettent en place un « conformisme anticipatif des comportements »<sup>14</sup> et restreignent la manifestation de leurs émotions. Dans ces deux hypothèses, que l'utilisateur ne soit confronté qu'à des informations sélectionnées ou que ce dernier se limite volontairement dans la manifestation de ses émotions, le danger pour la démocratie et l'exercice de la liberté d'expression est bien présent.

Mais l'utilisateur ne réagit pas seulement par le clic, il peut également manifester son émotion par le clavier.

### **La manifestation de l'émotion par le clavier**

La communication de l'émotion à travers les commentaires peut quant à elle prendre plusieurs formes : l'usage d'une « ponctuation expressive » ou encore le recours à des « émoticônes » sont les formes les plus directes et évidentes de représentation d'émotions. Elles constituent une expression typographique de l'émotion. Elles

<sup>11</sup> Facebook n'est pas le seul réseau social à offrir un panel de réactions. LinkedIn, par exemple, propose les réactions suivantes : « J'aime », « Bravo », « Encourager », « J'adore », « Instructif », « Intéressant ».

<sup>12</sup> D. CARDON, *A quoi rêvent les algorithmes, Nos vies à l'heure des big data*, op. cit., p. 7. Voir également : K. FAVRO, *Droit de la régulation des communications numériques, Droit de la régulation des communications numériques*, op. cit., p. 111 sv.

<sup>13</sup> L'existence des bulles d'intérêt a été théorisée par Elie Pariser cf. E. PARISER, *The Filter Bubble: What the Internet Is Hiding from You*, New York : Penguin Press, 2012. Voir également : D. CARDON, *A quoi rêvent les algorithmes, Nos vies à l'heure des big data*, op. cit., p. 66-69.

<sup>14</sup> L'auteur souligne que cette idée est mise en évidence dès 1983 dans une décision du tribunal constitutionnel de Karlsruhe : Y. POULLET (dir.), *Vie privée, liberté d'expression et démocratie dans la société numérique*, Bruxelles : Larcier, 2020, coll. CRIDS, n° 47, p. 30.

permettent même de mettre en place de véritables « stratégies d'expression des émotions » comme la nomment certains auteurs de sciences du langage<sup>15</sup>.

Il existe alors une différence avec le clic : ici, la manifestation de l'émotion n'emprunte pas une forme prédéfinie et limitée que l'utilisateur n'a plus qu'à accepter. Néanmoins, il existe des bornes : le commentaire doit respecter certains usages. L'exemple le plus probant de ces limites est celui de l'écriture en majuscule : le fait qu'un message soit écrit ainsi dénote normalement, dans les usages qui se sont installés, d'un sentiment de colère, de mécontentement ou d'élévation de la voix ; l'interlocuteur peut s'en sentir heurté en conséquence. De ce fait, on le voit, il y a, même pour le commentaire, une forte intériorisation du lien qui peut exister entre la forme utilisée et la manifestation d'une émotion. D'ailleurs, dès 1995, la charte « Nétiquette »<sup>16</sup> recommandait de ne pas utiliser les majuscules pour cette raison. Par la suite en outre, de simple recommandation à l'origine, cette orientation est devenue une règle, au moins privée sur les sites : cette forme d'expression y est bannie et les modérateurs de certains d'entre eux appliquent des sanctions de son non-respect, sanctions pouvant aller jusqu'au bannissement de l'individu.

### Une hiérarchisation des manifestations numériques de l'émotion ?

On le voit, tant le clic que le commentaire constituent des moyens d'expression des émotions. Néanmoins, toutes les manifestations de l'émotion ne revêtent pas la même valeur juridique. La Cour européenne des Droits de l'Homme est venue, dans un arrêt du 21 juin 2021<sup>17</sup>, apporter des éclaircissements sur les critères pris en compte dans une affaire relative au licenciement d'une employée contractuelle par le ministère de l'enseignement turc en raison des mentions « J'aime » attribuées par celle-ci à des publications diffusées sur le réseau social Facebook. Considérant que cette forme d'expression pouvait être vue « comme un moyen d'afficher un intérêt ou une

<sup>15</sup> M. MARCOCCIA, « Chapitre 8. Relations interpersonnelles et communauté en ligne », in *Analyser la communication numérique écrite*, Paris : Armand Colin, coll. I. Com, 2016, p. 138. Par ailleurs, comme le relèvent C. ALLOING et J. PIERRE, « *Le choix des termes reflète une conscientisation plus élevée des ressentis* » : C. ALLOING, J. PIERRE, *Le Web affectif : une économie numérique des émotions*, op. cit., p. 78.

<sup>16</sup> La première charte de bonne conduite nommée « Netiquette Guidelines » (RFC 1855) a été diffusée en octobre 1995 par Sally HAMBRIDGE.

<sup>17</sup> CEDH, 15 juin 2021, *Melike c. Turquie*, req. n°35786/19. L. LAREF, « Limites de la surveillance horizontale professionnelle face à la liberté d'expression », *Dalloz actualité*, 28 juin 2021 ; A. LYON-CAEN, « Mention « J'aime » », *RTD* 2021, p. 415 ; « Violation de la liberté d'expression d'une salariée licenciée pour avoir ajouté la mention « J'aime » sur des contenus publiés sur Facebook », *Légipresse* 2021, p. 324 ; G. LOISEAU, « La portée d'un « J'aime » sur les réseaux sociaux », *Légipresse* 2021, p. 424 ; L. COSTE, « CEDH : le licenciement d'une salariée ayant « aimé » certains contenus Facebook entraîne une violation de la liberté d'expression », *RLDI*, 1<sup>er</sup> juill. 2021, n°183 ; R. MESA, « Liker » un contenu diffamatoire ou injurieux est-ce diffamer ou injurier ? », *RLDI*, 1<sup>er</sup> oct. 2021, n°185 ; P. PACOTTE, S. DAGUERRE, « « Like » Facebook et droit à la liberté d'expression d'un salarié », *JSL*, 4 nov. 2021, n°529 ; P. PIOT, « Un « like » sur Facebook est protégé au titre de la liberté d'expression », *Gaz. Pal.*, 19 oct. 2021, n°42789, p.32 ; L. BEDJA, « Le licenciement d'une salariée ayant « aimé » certains contenus Facebook entraîne une violation de la liberté d'expression », *Lexbase Pénal*, 24 juin 2021, n°39 ; « Licenciement d'un salarié pour avoir « liké » des contenus Facebook de tiers : violation de la liberté d'expression », *JCP S*, n°26, 29 juin 2021 ; « Licenciement d'un agent contractuel pour avoir « liké » des contenus Facebook de tiers : violation de la liberté d'expression », *JCP A*, 28 juin 2021, n°26.

approbation pour un contenu » et « constitu[ait] bien, en tant que tel, une forme courante et populaire d'exercice de la liberté d'expression en ligne »<sup>18</sup>, la Cour affirme son intégration dans le champ d'application de l'article 10 : le « J'aime » peut être considéré comme une manifestation de la liberté d'expression. Liberté d'autant plus protégée lorsqu'il s'agit, comme en l'espèce, de mentions « J'aime » attribuées à des publications « essentiellement et incontestablement »<sup>19</sup> liées à des débats d'intérêt général.

Cependant, la Cour pose une différence d'appréciation selon la nature de l'expression de l'émotion. Ainsi, elle considère qu'« une mention « J'aime » exprime seulement une sympathie à l'égard du contenu publié et non une volonté active de sa diffusion » et donc « ne peut être considérée comme portant le même poids qu'un partage de contenu sur les réseaux sociaux »<sup>20</sup>. Subtile nuance qu'opère ici la Cour européenne des Droits de l'Homme lorsque l'on sait que le fait d'aimer une publication a pour effet de lui donner une meilleure visibilité sur le réseau social<sup>21</sup>.

Si la Cour pose une hiérarchie entre le partage de contenu et la mention « J'aime », la manifestation de l'émotion n'est pas l'unique élément pris en compte par cette dernière dans l'appréciation de l'« influence potentielle de la publication »<sup>22</sup>. Ainsi, l'« impact significatif » qu'a pu avoir l'exercice de la liberté d'expression de l'utilisatrice est également étudié. En l'espèce, compte tenu du faible nombre de mentions « J'aime » reçues par les publications, de la « notoriété et représentativité limitée sur son lieu de travail »<sup>23</sup> de Madame MELIKE et du fait que le gouvernement ne rapportait pas la preuve de l'existence d'un trouble « de nature à mettre en péril l'ordre et la paix du lieu de travail »<sup>24</sup>, la Cour considère que la sanction de licenciement constitue une ingérence disproportionnée dans l'expression du droit à la liberté d'expression de la requérante.

---

<sup>18</sup> *Ibid.* pt. 44.

<sup>19</sup> *Ibid.* pt. 47.

<sup>20</sup> *Ibid.* pt. 51.

<sup>21</sup> « en particulier à l'époque des faits, plus un contenu recevait de mention « j'aime » et était commenté, plus il était diffusé et apparaissait sur le fil d'actualité de d'autres utilisateurs » : P. PACOTTE, S. DAGUERRE, « « Like » Facebook et droit à la liberté d'expression d'un salarié », *JSL*, 4 nov. 2021, n°529, p. 4.

<sup>22</sup> *Ibid.* pt. 50.

<sup>23</sup> *Ibid.* pt. 51.

<sup>24</sup> *Ibid.* pt. 52.

## La légitimité des émotions<sup>1</sup>

**Xavier LAGARDE**

*Professeur à l'École de Droit de la Sorbonne (Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne)  
Directeur du Département de recherche « Sorbonne – Justice et procès (IRJS) »*

Mon propos n'est pas de livrer un rapport conclusif du séminaire « droit et émotion », mais plutôt de tenter une synthèse, au sens dialectique du terme, donc de passer la contradiction qui s'est dessinée au cours de nos séances.

- Le droit tient les émotions à distance, y compris dans les univers où celles-ci semblent si prégnantes, la création artistique, la sphère familiale ; c'est la thèse.

- Le droit compose sans cesse avec elles, faute de pouvoir faire autrement ; témoin, le droit pénal, le droit de la responsabilité, le droit social, mais aussi le droit des affaires ; c'est l'antithèse.

La difficulté de l'exercice tient au fait que la thèse et l'antithèse laissent assez peu de mystère. Elles font ressortir des acquis peu contestables. Elles n'ont ni l'une, ni l'autre, cette part d'inexactitude qui incite au dépassement.

Le droit tient les émotions à distance ou plutôt, il ne parle pas le langage des émotions. C'est en fait assez attendu. À partir du moment où une action produit des effets de droit, et même des « effets de loi » comme pour le contrat, peu importe qu'elle soit en quelque sorte expulsée par des émotions. L'effet juridique - c'est ce qui le distingue du fait - a ceci de spécifique qu'il est opposable *erga omnes*, donc détachable de la personne dont il vient. Il n'est donc pas étonnant que les émotions, qui s'inscrivent dans une intimité, de corps et de conscience, n'y soient pas les bienvenues. Les contrats tiennent lieu de loi, même s'ils sont le fait d'un achat compulsif. Le coup de l'émotion se plaide, mais avec un succès somme toute très relatif, sinon dérisoire.

Le droit compose sans cesse avec les émotions. Là encore, la surprise est moindre qu'attendue. Celui qui agit est censé savoir ce qu'il veut. Mais qu'en est-il de celui qui subit ? C'est une personne, elle est « *le principe et la fin du droit* »<sup>2</sup>, comme le disait déjà Portalis, elle a un corps, réceptacle d'émotions négatives et positives. L'injure et la souffrance méritent réparation. On doit pouvoir « *plaider la cause de la douleur* », même s'« *il y a difficulté sur le chiffre* ». C'est ce que dit le Procureur général Dupin devant la Cour de cassation en juin 1833<sup>3</sup>. Indemniser, ce n'est pas payer le prix de la souffrance, c'est compter pour quelque chose le poids de la douleur. D'où l'entrée en force des émotions, révélatrices de ces préjudices dont l'indemnisation ne fait plus débat, sauf à mesurer les choses.

---

<sup>1</sup> Le style oral a été conservé.

<sup>2</sup> TPCC, Fenet, T. VI, p. 43.

<sup>3</sup> Concl. Ch. Réun. 25 juin 1833, S. 1833, 1, 458.

Ces deux propositions coexistent plus qu'elles ne se contredisent. Il suffit d'admettre ce qui va de soi, au moins pour les juristes, à savoir que l'être humain se divise, qu'il est tantôt sujet de droit, une abstraction par la volonté de la loi, priée d'agir à hauteur de raison, tantôt personne physique, de joies et de souffrances, en droit de plaindre ses émotions contrariées. Dans ces conditions, la seule manière d'avancer passe par la mise en doute de l'évidence et la remise en question de ce principe de division. Il faut douter de ce qu'en qualité de juriste, nous tenons pour une certitude, à savoir, qu'il y a la raison d'un côté, les émotions de l'autre. La source d'inspiration ne peut venir que d'un ailleurs du droit, d'un lieu où la norme ne compte pour rien. Je m'autorise un passage par la littérature. Je parlerai donc des lettres (I) avant d'entretenir du droit (II).

### *Les lettres*

Au cours des travaux préparatoires, un tribun déclare tout net que « Le code civil n'est pas une œuvre littéraire »<sup>4</sup>. Il est le fruit des « raisons naturelles », comme le répète à l'envie Portalis. Le reste, spécialement les émotions, ne serait donc que littérature. Sauf que d'une assignation aussi réductrice, la littérature ne veut pas. Dans ses pièces les plus classiques, celles qu'on apprend lors de ces années de lycée, elle délivre aux juristes deux enseignements :

La distinction de la raison et des émotions est un leurre ;  
Elle a pour fonction d'occulter la rigueur du fait social.

Partons d'un classique, *La princesse de Clèves*, dans l'édition qu'en propose Bernard Pingaud<sup>5</sup>. Je rappelle l'intrigue. La princesse de Clèves a pour mari le Prince de Clèves. Jusqu'ici, rien d'original. Elle le respecte, quand lui l'aime. Il se désole de cette froideur et s'en console par l'aveu qu'il se fait de l'insensibilité de caractère de son épouse. Sauf que toute de vertu, la princesse lui avoue qu'en réalité, son cœur brûle pour le Duc de Nemours, également épris d'elle. Pour autant, elle ne trahira pas. Ce réconfort ne suffit pas. Le prince s'écroule et meurt d'une maladie qui s'appelle le chagrin. Le délai de viduité passé, le duc est aux genoux de la princesse. Aucune raison n'empêche désormais plus leur union. Mais la princesse refuse, aucunement par fidélité, mais par crainte des tourments de l'amour. Le duc est de belle apparence et de bel esprit. Il l'aimera, mais d'autres l'aimeront. Tout bien raisonné, elle préfère le repos<sup>6</sup>, en fait une illusion car sans

<sup>4</sup> TPCC, Fenet, T.VI, p. 85

<sup>5</sup> Disponible Dans la collection *Folio classique*, Gallimard 2000.

<sup>6</sup> Ainsi parle la Princesse au Duc : « Je me défie de mes forces au milieu de mes raisons. Ce que je crois devoir à la mémoire de Monsieur de Clèves serait faible s'il n'était soutenu par l'intérêt de mon repos ; et les raisons de mon repos ont besoin d'être soutenu de celles de mon devoir. Mais, quoique je me défie de moi-même, je crois que je ne vaincrai jamais mes scrupules et je n'espère pas aussi de surmonter l'inclination que j'ai pour

cesse ses pensées s'agitent et à son tour, elle subit la maladie. Elle termine parmi les sœurs. Sa dernière émotion sera pour les plantes vertes et leur senteur lorsque leurs feuilles fatiguées se mélangent à une triste rosée de novembre. Elle fait l'amère expérience, comme le dit Bernard Pingaud, donc, de ce que sans cesse « *l'amour raisonne* ». Et cette trame narrative n'en est pas une parmi d'autres, elle est de celle dont sont faits, l'*Adolphe* de Constant, *La prisonnière* de Proust et de bien d'autres chefs d'œuvre.

Les émotions sont comme le Minotaure au milieu du Labyrinthe. Elles sont l'épicentre autour duquel notre raison s'éreinte, comme si les murs de l'émotion formaient le dédale de nos pensées. Dans l'œuvre de Madame de Lafayette, elles sont aussi présentées comme un lit de souffrances. L'autre nous secoue avec une virulence telle que la survie n'est envisageable qu'en retrait. Dans son cloître, les songes de la princesse seront les rêveries d'un promeneur solitaire. Peut-être y croiserait-elle Alceste, ayant enfin rompu en visière, avec le genre humain. Mais afin d'éviter les tourments de l'altérité, pour elle toutes les émotions qui puisent aux sources de sa passion, sans pour autant faire le choix de l'embalement, la Princesse aurait pour solution celle que lui offre Molière. Tartuffe succède au Misanthrope et paraît à la même époque que l'œuvre de Madame de Lafayette. Si la Princesse avait suivi les conseils du premier, elle aurait sans doute vécu ses amours avec le Duc, sans rien en dire à son mari, avec qui, peut-être, elle aurait paisiblement partagé ses vieux jours. Dans l'hypocrisie, elle eût été plus heureuse. Son roman serait devenu comédie. Si le propos passe pour une provocation, cette dernière est semblable à celle que constitue la mise en scène du Tartuffe. La cabale des dévots a eu lieu, non parce que la pièce de Molière faisait figurer un traître, mais parce qu'elle en faisait un personnage de comédie. La pièce banalise la duplicité et en fait un mal nécessaire<sup>7</sup>. « *Il faut parmi le monde, une vertu traitable* », s'entend dire Alceste de Philinte, sorte de variant du Tartuffe, dans une version cette fois bienveillante.

Pour les juristes, c'est Philinte la solution, Philinte qui professe ensuite que « *la parfaite raison fuit toute extrémité et veut que l'on soit sage avec sobriété* », vers que Portalis reprend à son compte dans son ouvrage *De l'usage et de l'abus de l'esprit philosophique durant le XVIII<sup>e</sup> siècle*<sup>8</sup>, pour faire de ces propos benoîts une sorte de viatique du « *lien social* », expression dont il use déjà au cours des travaux préparatoires<sup>9</sup>.

Philinte est de la sorte le gendre idéal. Il ne blesse personne et ne se blesse de rien. Il accoutume son âme, il évite le courroux. Il est le bon père de famille, l'homme raisonnable dont le législateur fait son modèle, avec l'espoir que celui-ci inspire le plus

---

*vous. Elle me rendra malheureuse et je me priverai de votre vue, quelque violence qu'il m'en coûte.* », éd. Gallimard, p. 244 (plus généralement, le passage décisif est situé pp. 235-245)

<sup>7</sup> V. J. Serroy, Présentation de la pièce, coll. *Folio classique*, Gallimard 2013, p. 11 et s.

<sup>8</sup> Ed. de 1827, Introd. lxxvj, Réédition Hachette, BNF, Gallica.

<sup>9</sup> TPCC, Fenet, tome XIV, p. 539, al. 4.

grand nombre. Au théâtre, Alceste a le premier rôle, Philinte le second. On comprend donc que le droit inverse les préséances. Mais avant d'en venir au droit, restons un instant avec ce personnage. À la fin de la première scène de l'acte un, alors qu'Alceste éructe à jet continu, Philinte se décide à lui faire la leçon. Pour ramener son ami à la raison, il lui jette ainsi :

*Et je crois qu'à la cour, de même qu'à la ville,  
Mon flegme est philosophe, autant que votre bile.*

Ces deux vers sont décisifs. Le terme « flegme », comme celui de « bile » d'ailleurs, sont ici pris dans leur sens hippocratique d'« humeur du corps », le flegme étant naturellement l'humeur la plus froide<sup>10</sup>. Les émotions ne sont pas bien loin. Il résulte ainsi de l'admonestation de Philinte que loin de se poser en être rationnel et réfléchi aux fins de contrer les passions et les colères d'Alceste, il invite son ami à souffler le froid sur le chaud, à un gel de son être quand il entre en société. Si elle s'exprimait dans le langage de Sartre, l'urbanité de Philinte s'écrirait ainsi. Si l'enfer, c'est les autres, intégrez donc, Alceste, que vous faites vivre l'enfer à autrui. Mettez-vous à la place de votre semblable, acceptez de vous dupliquer, de vous diviser, d'admettre qu'en société, vous êtes à la fois *ego* et *alter*.

C'est à la lumière de cette posture qu'il y a lieu de comprendre l'opposition entre raison et émotion. Celle-ci ne procède pas d'une définition a priori de l'une et de l'autre, puis du constat a posteriori que tous les opposent. Non. C'est l'opposition qui est a priori décrétée et ce pour porter sans compromis l'injonction de se diviser lors de l'entrée en société. En ce sens, être raisonnable n'est rien d'autre que la renonciation à son entièreté et la raison n'est pas plus qu'une discipline des émotions.

C'est après avoir posé le principe de division qu'on peut saisir ce qu'il faut comprendre, et pas forcément définir, par à travers l'emploi des termes émotions et raison. Emmanuel Jeuland<sup>11</sup> nous propose six critères de reconnaissance des émotions. Pour les besoins de l'exposé, je leur fais subir une réduction et j'en retiens trois : l'extériorité, le corps, la conscience. On devine ainsi que les émotions sont faites de tout ce qui nous ramène à notre intégrité. Si je suis ému et que je fais bonne figure, je sais bien qu'à l'intérieur, tout n'est que chamade et turbulence et que bientôt, tout cela remontera. Les ruses de l'esprit ne peuvent rien contre l'unité de l'être. Les émotions ne mentent pas.

C'est encore après avoir posé ce principe de division qu'on peut saisir ce qu'est cette « raison raisonnable » dont le droit se régale. Alceste ne se divise pas et souffre comme un diable des turpitudes de la mondanité, un espace sans droit. On se moque de lui, il

<sup>10</sup> Contrairement à l'étymologie du mot, d'ailleurs ; v. J. Jouana, *Hippocrate*, éd. Fayard, Paris 1992, pp. 442-445.

<sup>11</sup> V. not. *La justice des émotions*, IRJS éditions, coll. Les Humanités du droit, Paris 2020.

finit seul et humilié. Ce qu'il éprouve et ce n'est pas faute pour Philinte de l'avoir prévenu, c'est que la contrainte et la sanction naissent ainsi du seul fait social. La discipline est le fait social par excellence, au sens où Durkheim le définit, « *une manière de faire, fixée ou non, susceptible d'exercer sur l'individu une contrainte extérieure* »<sup>12</sup>. Nous le vivons chaque jour, par exemple sur les réseaux sociaux. La raison n'est rien d'autre que l'intimation, pour reprendre un terme de Portalis<sup>13</sup>, de cette discipline, le flegme de Philinte, la soumission au fait social, l'obéissance à cette nécessité. C'est au moment où le constat paraît si déprimant que le droit prend la relève.

\*

### *Le droit*

L'univers des émotions nous révèle ainsi que la contrainte préexiste au droit, par l'effet de division que le fait social impose aux individus. Le droit vient adoucir les choses. Le génie du droit tient au fait que son discours s'introduit en société sur le mode même qu'utilisent les sociétaires. Les égards pour autrui contraignent au double jeu. Les rapports de sociabilité se nouent par les paroles et les silences, le dit et le non-dit. L'être policé s'efforce de ne pas blesser quand il parle, ce qui ne l'empêche pas de faire sentir ce qu'expriment corps et âme. Aussi bien la discipline des mots est-elle supportable parce qu'elle tolère l'indiscipline des choses. Les émotions parlent dans le silence du verbe. Sans surprise, le droit se coule dans les ambiguïtés qui sont le quotidien de notre mondanité. Il y a, en quelque sorte, le droit écrit et le droit réel, ce qui peut se dire sans forger d'expression nouvelle. Il y a la norme, le droit qui s'énonce ou la raison écrite, et son effectivité, dont les ressorts piochent dans l'état de nature, compris comme le lieu de nos émotions, dont il serait hardi de réfuter l'existence.

À partir de la période moderne, la raison écrite se développe dans les formes de la rationalité. D'où l'insistance sur le caractère général et abstrait de la règle, sur la forme syllogistique du jugement et sur la nécessité de développer la doctrine dans un ordre raisonné. Pour autant, il n'y a pas lieu de supposer un crédo rationaliste aux prémises de ces développements. Il y a simplement que « *la tolérance des cultes a été proclamée, (qu') il a été possible alors de séculariser la législation* »<sup>14</sup>. « *Il a été possible...* » ? En réalité, On ne pouvait faire autrement. La raison juridique procède alors d'un empirisme

<sup>12</sup> *Les règles de la méthode sociologique*, PUF coll. Quadrige, p. 14.

<sup>13</sup> TPCC, Fenet, tome VI, p. 257.

<sup>14</sup> TPCC, Fenet T. VI, p. 41

approximatif, d'une physique sociale qui se résume à l'histoire<sup>15</sup>, rien de bien construit<sup>16</sup>. En fait les juristes n'aiment pas la rationalité. C'est soit l'esprit de système, ce qui donne la Terreur, soit l'esprit de contradiction, qui conduit à l'immobilisme dont Thermidor marque le début<sup>17</sup>. En fait, la rationalité fait pâle figure. Elle est en quelque sorte comme l'intellectuel dans l'action que la peur des mains sales fige dans la réflexion.

La raison écrite est ainsi de faible rationalité. D'où de nombreuses incohérences ou invraisemblances délibérément assumées : la dialectique du principe et de l'exception, l'admission des dispenses, les fictions, *summum jus, summa injuria*. C'est évident pour un juriste, un peu moins pour un profane de constater l'insistante récurrence du terme « déroger ». L'« *en même temps* » semble la règle, comme si le droit était par principe tordu. On peut continuer de fuir le mystère et retenir qu'après tout, le droit s'adapte à la complexité du réel et qu'aussi vieux que le monde est monde, le droit court après les faits. Non, le droit s'impose et plutôt pas si mal. Mais il le fait, comme nous le faisons tous, en s'outillant discrètement d'un instrument bien plus efficace qu'une incertaine rationalité. En parfaite connaissance de cause, il diffuse des émotions dont la force de pénétration dépasse les forces de l'esprit. L'expérience autorise à constater qu'au jeu des émotions, c'est le plus souvent la peur qui l'emporte. Il serait curieux que la norme se passe de ce précieux cadeau de la nature. Officieusement, elle ne s'en prive pas.

Prenons la fiction *nemo censetur*. Elle signifie que l'ignorance n'excuse pas l'irrégularité. Ce qui appelle deux observations, d'inégale importance :

- La première est que la signification n'est pas exactement dans l'énoncé, lequel porte une équivoque (« censé ») sur le ton d'une évidence (« nul ») ; en sociologue critique, on parlerait volontiers de violence symbolique qui s'avance dans la dénégation de ce qu'elle est ; probablement n'aurait-on pas tort car l'adage est de fait un moyen pour le moins discret de poser que la rigueur d'une contrainte juridique qui ne s'accommode pas de l'excuse. Mais cela est bien connu et ce n'est pas le plus important, car il est probable qu'il n'y ait guère d'autres procédés disponibles pour persuader sans convaincre.

- La seconde est que, même rétabli dans son exacte signification, l'adage porte une injonction contradictoire. Tout le monde sait que la publication des lois ne permet pas

---

<sup>15</sup> Portalis encore : « *Interrogeons l'histoire, elle est la physique expérimentale de la législation.* », TPCC, Fenet T. VI, p. 39.

<sup>16</sup> Les travaux décisifs sur la genèse intellectuelle des rédacteurs du Code civil sont naturellement ceux de Xavier Martin ; pour une présentation synthétique, *Nature humaine et Code Napoléon*, Revue DROITS, 1985, pp. 117-129.

<sup>17</sup> La dénonciation de ces deux travers de ce que Portalis dénomme l'« esprit philosophique » parcourt son ouvrage précité, *De l'usage et de l'abus de l'esprit philosophique durant le XVIII<sup>e</sup> siècle* (v. spéc.p. 11 et s. pour l'esprit de système, p. 129 et s. pour l'esprit de contradiction, ce « *système (qui) renverse tous les fondements de la certitude humaine* »). Il ne faut pas surestimer cette œuvre (la critique de l'œuvre de Kant aux chap. VII et VIII n'est pas franchement un monument de l'esprit), mais elle constitue l'excellent témoignage de l'« *esprit juridique* » à cette époque.

au citoyen de s'y retrouver, pas beaucoup plus d'ailleurs que leur codification<sup>18</sup>. La règle est de la sorte et en parfaite connaissance de cause créatrice d'insécurité juridique. Elle fait passer la crainte de la sanction sur quiconque se montre trop entreprenant et elle incite à la prudence.

Cette incitation joue sur les émotions, sans le dire, mais sans scrupule. De la même manière que les linguistes distinguent le signifié (concept) le signifiant (image acoustique) et le référent (image visuelle), les juristes peuvent esquisser un **trptyque de la norme** permettant de retenir qu'un énoncé juridique comprend une **signification**, une **émotion**, *in fine*, une **résolution**. Je ne peux prendre prétexte de mon ignorance pour ne pas respecter la règle. J'en ressens de la crainte car je sais mon ignorance inévitable ; l'irrégularité guette autour de moi comme un virus et ses variants. J'adopte une attitude prudente et m'en remet à un professionnel avant d'agir. L'effectivité de la règle passe ainsi par l'insécurité juridique qui accompagne le fait même de son énonciation.

Cette mécanique de la crainte fonctionne en tous lieux. Les juristes ont un terme pour la désigner, ils l'appellent l'effet comminatoire qui n'est rien d'autre que la peur de faire mal et de se méprendre sur ce qu'il en coûte. C'est la raison pour laquelle la plupart des sanctions civiles tombent sans prévenir. La responsabilité se détermine en considération d'un standard, la faute, que personne ne sait exactement définir. Les conditions de la nullité semblent mieux bordées, mais les conséquences de son prononcé et spécialement le jeu des restitutions sont chargées d'un mystère dont on préfère se dispenser. La résolution judiciaire se prononce à mesure d'une gravité de l'inexécution que seul le juge saisit dans l'exercice de son pouvoir d'appréciation. Sans parler des astreintes et d'autres sanctions civiles, comme certaines déchéances, autant de pierres taillées dans un écrin d'anxiété. Le pire est que ce cynisme des émotions s'infiltre dans des mécanismes qui, en première approche, sont tout de douceur et de bons sentiments. Les formes protectrices des parties faibles les préservent d'un dol que la consommation de masse rendrait systémique. Telle est leur signification. Sauf qu'un emprunteur, même pour un crédit modeste, reçoit une telle liasse, écrite en si petits caractères et dans un langage dont l'expertise lui échappe qu'il est en situation de constater qu'incapable de s'informer, il ne sera jamais suffisamment protégé. D'autant que la seule mention imposée dont la compréhension est certaine est la suivante : « *Un crédit vous engage et doit être remboursé. Vérifiez vos capacités de remboursement avant de vous engager* ». Les formes protectrices créent l'inquiétude de la partie protégée. Voilà pour l'émotion. Le résultat est attendu : ne s'engageront que ceux qui, suffisamment sûrs de leur fait, se dispensent de la protection et signent sans hésiter au bas de la dernière page. A priori,

---

<sup>18</sup> C'est une donnée d'évidence lors des TPCC. Après avoir rappelé que « l'ignorance du droit n'excuse pas », Portalis convient qu'il est « physiquement impossible » d'« intimor la loi à chaque individu » et que pour la connaissance de la loi, il faut s'en remettre au « système des probabilités » (TPCC, Fenet Tome VI, p. 257 ; d'où également le passage du discours préliminaire sur l'impossibilité de tout prévoir et la nécessité de s'abandonner « à la discussion des hommes instruits » (Tome I, p. 469-470), ce qui, on en conviendra, n'est pas le sûr moyen d'avoir des certitudes.

ceux-là sont solvables. Et le fait est que le résultat espéré a été obtenu : la production du crédit à la consommation s'est écroulée après la loi Lagarde de 2010 qui a imposé ce formalisme si sévère. La part de ces crédits s'est affaiblie dans les dossiers de surendettement (75 % de l'endettement en 2007 ; moins de 40 % en 2020).

\*

Il faudrait poursuivre et notamment se demander si ce triptyque s'accommode d'émotions positives, qu'en quelque sorte, il y ait un peu d'envie, a minima, un peu de sérénité. Assurément, mais à la condition de sortir du droit civil. L'assurance donne de la sérénité, la société, l'envie d'entreprendre et les marchés, celle de jouer. L'énumération confine à la facilité, mais pas autant qu'on le croit. Toutes ces techniques sont issues de la pratique. La règle encadre, mais elle ne couvre pas, pas plus qu'elle n'investit, ni ne spéculé. Dans l'accomplissement de cette mission régulatrice, on peut risquer l'hypothèse que la norme se joue encore de nos émotions. Une autre question se pose encore : se pourrait-il que les émotions soient prises pour ce qu'elles sont et qu'il y ait des lieux où l'homme puisse figurer en bloc, sans se fissurer de raison et d'émotions ? J'ai ailleurs risqué une réponse positive en évoquant le passage, en droit, d'un être moral à un être total<sup>19</sup>. Evitons l'hypothèse d'un changement de paradigme. Il n'est plus une œuvre qui n'en porte l'espérance. Mais il est vrai que l'homme du droit semble désormais moins sommé de se diviser. Deux exemples. Il y a place pour une intelligence des émotions, comme dans les modes alternatifs de règlement des différends<sup>20</sup>. Le sentiment de discrimination trouve une reconnaissance alors même que la réalité semble à cet égard plus incertaine<sup>21</sup>. Le phénomène est-il une nouveauté ? Pas si sûr. La grève, les mouvements collectifs ont toujours été admis en droit, comme ces séquences au cours desquelles l'homme et le groupe sont en symbiose, le premier « aime » le second « *de ce sentiment exquis que tout homme isolé n'a que pour soi-même* »<sup>22</sup>. Dans cet esprit, ce n'est pas sans raison que la Cour de cassation a ainsi pu reconnaître l'existence d'une unité économique et sociale en considération d'un « *passé d'action et de luttes communes* »<sup>23</sup> des personnels de deux établissements. Ainsi les individus entiers forment-ils un collectif. Il advient, semble-t-il, que l'engagement s'accommode désormais mieux de l'isolement. C'est une affaire à suivre et à explorer.

<sup>19</sup> V. *Le métier de juriste, une introduction générale au droit*, IRJS éditions, Paris 2020, pp. 259-284.

<sup>20</sup> V. la contribution de N. Dion, *Médiation et émotion*.

<sup>21</sup> V. la contribution de L. Carayon et J. Mattiussi, *Discrimination et émotions : le sentiment de discrimination*.

<sup>22</sup> Rousseau, *Sur l'économie politique*, Pléiade, tome IV, p. 259.

<sup>23</sup> Cass. Soc. 4 février 1982, Pourvoi n° 81-60.806, P.

## Doctrine

***De la prise de décision de justice aux implications sociales et psychosociales : L'impact du Sentiment d'Injustice Subie (SIS)***

Nasrédine GOUTAS

Azeddine GOUTAS

***Demystifying Justified Expectations in American Tort Conflicts***

***La démystification des attentes légitimes en droit américain des conflits de lois : étude en matière de responsabilité délictuelle***

Yoann PRÉ

***Réflexions sur la théorie des effets légaux du contrat en droit transitoire***

Aurélie VAN DEN BAVIÈRE

## **De la prise de décision de justice aux implications sociales et psychosociales : L'impact du Sentiment d'Injustice Subie (SIS)**

**Nasrédine GOUTAS**

*Centre de Recherche sur les Agressions, les Affects, les Injustices et les Souffrances  
Sociales (CRAAISS)  
Psychosociologue-chercheur*

**Azeddine GOUTAS**

*Institut de Recherche et d'Intervention en Science Sociale (IRISS)  
Sociologue-chercheur*

### **Résumé**

#### **De la prise de décision de justice aux implications sociales et psychosociales : L'impact du Sentiment d'Injustice Subie (SIS)**

Cet article tente de montrer l'importance des affects dans les décisions de la justice institutionnelle et plus précisément l'impact du sentiment d'injustice subie (SIS) sur les justiciables. Pour cela, nous avons croisé théories de la justice/injustice et théories des affects. Ensuite, nous avons considéré le fonctionnement des affects dans une théorie de l'échange social au même titre que les échanges de biens. De fait, un déséquilibre dans les échanges des affects est inévitable. La question de la légitimité et de l'acceptabilité des décisions, et par voie de conséquence celle du pouvoir en général, est posée. Faut-il se soumettre à des décisions ou à un pouvoir injuste ? Dans une société en crise, les échanges négatifs frappent sans cesse le quotidien des individus ou des groupes. Comment s'adapter ? Notre conclusion revient sur l'obligation d'interroger le fonctionnement social de certaines institutions qui nous demandent d'obéir et sur les processus sociocognitifs des individus. Le fonctionnement d'un système n'est-il pas tenu aussi par le respect de certains principes fondamentaux de justice et cela d'autant plus en période de crise ? L'originalité de notre travail se situe notamment dans une nouvelle conception du sentiment d'injustice subie : sa valence positive.

**Mots-clés :** Sentiment d'Injustice Subie, affects, justice/injustice, réciprocité, légitimité, pouvoir, domination.

### Summary

#### **From legal decision-making to social and psychosocial implications: The Impact of Sentiment of Undergone Injustice (SUI)**

This article tries to show the importance of affects in decisions of institutional justice and more precisely the impact of the Sentiment of Undergone Injustice (SIS) on litigants. For this, we crossed theories of justice/injustice and theories of affects. Then, we considered the functioning of affects in a theory of social exchange in the same way as the exchange of goods. In fact, an imbalance in the exchange of affects is inevitable. The question of the legitimacy and acceptability of decisions, and consequently that of power in general, is raised. Should we obey unfair decisions or unjust power? In a society in crisis, negative exchanges constantly intruded individuals or groups life. How to adapt? Our conclusion returns to the obligation to question the social functioning of certain institutions that ask us to obey and to the sociocognitive processes of individuals. Isn't the functioning of a system also bound by respect for certain fundamental principles of justice, especially in times of crisis? The originality of our work is in a new conception of the Sentiment of Undergone Injustice: its positive valence.

**Keywords:** Sentiment of Undergone Injustice, affects, justice/injustice, reciprocity, legitimacy, power, domination.

---

Pour toute correspondance relative à cet article : [nasredine.goutas@gmail.com](mailto:nasredine.goutas@gmail.com) ou [goutasazeddine@gmail.com](mailto:goutasazeddine@gmail.com)

*« Les hommes commettent les injustices presque aussi souvent qu'ils en ont le pouvoir. Il en est de même de ceux qui ont subi un préjudice, ou qui peuvent en avoir subi ; car ils guettent toujours l'occasion de se venger ».*

*Aristote, « Rhétorique »*

## Introduction

À partir des années 1950, les psychologues sociaux ont commencé à focaliser leur attention sur les effets puissants et parfois contre-intuitifs que les situations sociales pouvaient avoir sur la façon dont les gens pensent, se sentent et se comportent. Dans les années 1960-1970 un débat opposait des psychologues sociaux (e.g., Muzafer Sherif, Solomon Asch, Stanley Milgram et Philip Zimbardo) et des psychologues de la personnalité. Les uns voulaient montrer la puissance de la situation (ceux qui étudient la manière dont les processus mentaux et les comportements sont influencés par leur environnement direct) alors que les autres insistent sur l'influence des différences individuelles dans les processus mentaux et les comportements. Les oppositions se situaient au niveau de la question principale suivante : est-ce la personne et ses attitudes internes, ce que les psychologues appellent des dispositions, qui déterminent les comportements ? Ou la puissance des situations l'emporte-t-elle sur les personnalités individuelles ?

Dans ses expériences sur la soumission à l'autorité au début des années 1960, Milgram (1965, 1974) est le premier à soutenir et à démontrer qu'il n'est pas suffisant de penser ou de dire que vous ne ferez pas une chose. L'interaction de l'individu avec son environnement est alors réaffirmée comme fondamentale dans le déclenchement des comportements individuels ou de groupes.

Aujourd'hui, la crise sociale, juridique, sécuritaire, économique et politique nous interpelle quant à la demande croissante de légitimité de la part des institutions. Ces institutions ont besoin d'être perçues comme légitime afin d'exercer leur pouvoir, de contrôler les masses, de sanctionner les déviances à la norme. C'est le cas de l'institution judiciaire ou de la police. Comment favoriser l'adhésion ou autrement dit la soumission du public à la loi ? Comment favoriser l'acceptation de la punition pour ceux qui enfreignent les règles qui protègent la société ?

De manière générale, pour qu'il y ait soumission, obéissance à la loi et à la police, par exemple, il faut, selon Jackson, Bradford, Hough, Myhill, Quinton et Tyler (2012), que le public ait pris conscience que l'ordre social ne peut exister sans un système de lois auquel il faut obéissance au-delà des préférences individuelles ou des désaccords. Dès lors que les gens croient qu'il est moralement juste d'obéir à la loi, ils sauront alors qu'un acte particulier est illégal et l'immoralité d'un comportement illégal deviendra un acquis.

Jackson et al. (2012) partent donc du principe que l'obligation d'obéir n'est pas uniquement constitutive de la légitimité des autorités judiciaires, mais fait partie d'un ensemble plus large d'idées, de croyances et de comportements que les individus manifestent par rapport aux autorités et qui se combinent pour établir ou nier leur légitimité. Il est important de dire que la légitimité est à la fois : (1) l'obligation d'obéir aux directives de la police, de la justice institutionnelle et, (2) l'alignement moral avec la police et la justice institutionnelle ne veut pas dire que la police ou la justice doit appliquer des lois avec lesquelles tous les citoyens sont d'accord pour être considérées comme légitimes. En démontrant un alignement moral, par l'application des principes de justice (e.g., procédurale) et en représentant des valeurs communautaires, la police et la justice peuvent incarner un sens général du bien et du mal, ainsi qu'un engagement envers l'état de droit. Dans cette conception, Jackson et al. (2012) ne prennent pas en compte l'affect. Or l'affect est en grande partie responsable de la conduite des êtres.

Pour faire adhérer les individus à la loi, il ne suffit pas de sanctionner, il faudrait travailler davantage sur l'adhésion à la règle. En reconnaissant la règle, les individus seraient plus tentés de respecter l'autorité et seraient moins tentés de violer les normes et règles. La conformité à la loi par autorité est une extrémité qui favorise le sentiment d'injustice subie. Les réactions visibles ou invisibles se multiplient (e.g., sabotage, destruction, violence, agression). Les leaders (e.g., les décideurs) doivent prendre conscience de l'importance des décisions, lois et règles édictées, la manière dont elles sont adoptées et appliquées par la suite dans la vie des individus. Les leaders ne doivent pas favoriser la position d'un parti ou un autre, d'un lobby etc.

Désormais, les injustices sociales sont reconnues par la Cour de cassation. « *Injustice sociale* » apparaît dans un Arrêt de la Cour de cassation, chambre sociale, du 17 janvier 1962 et au Journal Officiel du 31 décembre 2017. Plus important encore, récemment, le *sentiment d'injustice subie* vient d'être reconnue par un Arrêt de la Cour d'appel de Rennes du 17 avril 2013 et celui de la cour d'appel de Toulouse du 2 juillet 2014. C'est une grande avancée pour ce concept développé en psychologie sociale (e.g., N. Goutas, 2009, 2019 ; N. Goutas & A. Goutas, 2020 ; N. Goutas, & al., 2002, 2003 ; A. Goutas, & al. 2010). Cela nous fait entrer directement dans la suite de l'interdisciplinarité entre justice, sociologie et psychologie. En effet, les premières collaborations débutent vers 1908. À cette date, Hugo von Munsterberg publie un ouvrage intitulé « *On the witness stand: Essays on psychology and crime*, une tentative d'application des savoirs de la psychologie de la perception et de la mémoire aux témoignages judiciaires en salle d'audience. Louis William Stern a écrit sur le même sujet en 1903 « *Beitrag zur psychologie der aussage* », contribution à la psychologie du témoignage. En 1906, dans le champ de la psychanalyse, Sigmund Freud (1906/1959) s'intéresse à la problématique de détection du mensonge dans les cours de justice. En 1924, William Moulton Marston, ancien étudiant de Hugo von Munsterberg, fut le premier à réaliser une étude expérimentale liant psychologie et témoignage en mettant en situation des étudiants en droit. Selon Alfred Binet (1905), c'est en France que les travaux sur la psychologie du témoignage ont été initiés avec ses travaux sur la suggestibilité (Binet, 1900). Le prolongement appliqué de ces recherches dans le domaine de la justice ne s'est pas réalisé de fait nous dit Binet, « *je puis bien dire*

*une des raisons de notre échec : il est dans l'inertie que m'ont opposée les administrations de la justice ».*

La justice institutionnelle est une discipline normative fondée sur la conception des règles de conduites humaines et la détermination de la violation de ces règles : la loi cherche avant tout l'attribution de responsabilité. Dans la détermination de la responsabilité, la justice invoque souvent l'intention volontaire. Le comportement est alors généralement perçu par les juristes comme le résultat des croyances et des désirs, non comme le résultat de forces génétiques, historiques ou encore situationnelles. Bien que de nombreuses preuves, dans certaines affaires, mettent souvent en évidence l'influence de facteurs biologiques, psychologiques, psychosociaux ou sociologiques, dans les comportements criminels, ces facteurs sont, dans de nombreux cas, totalement ignorés dans la détermination de la responsabilité. La justice institutionnelle a souvent ignoré les apports des sciences humaines et sociales (e.g., Tanke, & Tanke, 1979). Mais, les situations de crises obligent, de plus en plus, les juristes à s'emparer des savoirs scientifiques des sciences sociales car l'utilité n'est plus à démontrer. Par exemple, un cycle de séminaire « *Droit et émotion* » a été organisé durant l'année 2020 et 2021 par l'Institut de Recherche Juridique de la Sorbonne (IRJS). Ces séminaires ont été menés sous l'égide d'Emmanuel Jeuland, professeur de droit processuel à l'Université de Paris 1 et directeur de l'IRJS. L'émotion est questionnée sous divers angles et rapprochée des problématiques du droit : la question de la responsabilité, le numérique et les émotions, la légitimité des émotions, droit pénal et émotions, préjudice et émotions etc. L'intérêt pour les émotions en lien avec la justice a fait l'objet d'un ouvrage en 2020 (Jeuland, 2020). De même, le 4 juin 2021, Amane Gogorza, professeur de droit privé et sciences criminelles à l'Université Toulouse 1 Capitole, a organisé un colloque « *les dynamiques pénales du sentiment d'injustice* ». Ce colloque cherche avant tout à discuter les liens négatifs entre sentiment d'injustice et justice pénale. De plus, la Mission de Recherche Droit et Justice, un groupement d'intérêt public (GIP) du ministère de la justice et du CNRS, vient de publier un rapport de recherche scientifique avec le titre « *Les rapports des citoyen.nes à la justice : expériences, représentations et réceptions* » sous la direction de Cécile Vigour (2021), directrice de recherche au CNRS et sociologue (juin 2021). Ce rapport met en lumière un fort sentiment d'injustice dans les relations avec la police et la justice. Le mot « *sentiment d'injustice* » revient 25 fois dans le rapport, ce qui lui confère une place particulière. La question de la légitimité du système judiciaire et de la confiance/méfiance en ce dernier est discutée à travers une typologie. Autant de réflexion qui indique l'ampleur d'une demande de connaissances appliquées.

Comme nous l'avons précisé auparavant, la psychologie sociale des psychologues et la psychologie sociale des sociologues (e.g., Rosenberg, & Turner, 1981 ; Shibutani, 1961, Tarde, 1890/2001) explorent ce domaine depuis de nombreuses années. Les avancées théoriques et appliquées sont nombreuses. Par exemple, selon nous le *sentiment d'injustice subie* est à la base de nombreux comportements problématiques individuels ou de groupes (N. Goutas, 2009, 2019 ; N. Goutas & A. Goutas, 2020 ; N. Goutas, & al., 2002, 2003 ; A. Goutas, & al. 2010). Nous pensons que la psychologie sociale est la plus avancée dans la recherche scientifique sur le sentiment d'injustice subie en tant qu'affect

psychosociale. Notre article va rappeler, non de manière exhaustive, certains apports de la psychologie sociale et de la sociologie alliant ainsi affects et prise de décisions de justice. Le colloque interdisciplinaire du 14 décembre 2020 sous la direction de N. Goutas, Maître de conférences en psychologie sociale, illustre les apports de la psychologie sociale du sentiment d'injustice subie. Contrairement à la majorité des écrits, le sentiment d'injustice ne présente pas seulement un pôle négatif. Il est légitime d'éprouver un sentiment d'injustice subie et de le revendiquer. Être victime et le revendiquer est réservé à certains et pas à d'autres. Le sentiment d'injustice subie peut également être positif, notamment dans le processus de prise de conscience de sa position de victime et du fonctionnement de certaines institutions ou organisations à l'égard des personnes. C'est ce que nous allons tenter de montrer.

## **1. Les formes de justice principales**

### **1.1. La justice distributive**

La justice dite distributive est issue des travaux de Stouffer, Suchman, DeVinney, Star et Williams (1949) sur la théorie de la privation relative. Cette privation relative est un jugement sur une situation donnée comparée à une autre. De cette comparaison va naître un sentiment de colère et de frustration. Le point central des théories de la privation relative est le point de référence de la comparaison. Des individus peuvent avoir atteint le même objectif et pourtant certains d'entre eux peuvent se sentir heureux alors que d'autres seront davantage en colère. Ceci sera la conséquence du choix que les uns et les autres auront fait pour comparer leur situation même si le but fixé au départ a été atteint. Le choix de se comparer à telle ou telle personne, groupe ou situation peut expliquer la tolérance à l'injustice subie par les personnes victimes de cette injustice (Major, 1994 ; Martin, 1986). Par exemple, souvent, les membres de groupes défavorisés prennent pour point de comparaison d'autres membres de groupes défavorisés tels que les amis, la famille ou encore l'évolution ou pas de sa vie personnelle dans le temps. Ils se comparent moins aux groupes favorisés surtout lorsque la distance sociale et psychologique entre les deux groupes est très grande. C'est pourquoi, beaucoup de groupes défavorisés ne perçoivent pas l'injustice ou le fait d'être dans la catégorie des groupes défavorisés. Le concept de privation relative permet ainsi de comprendre pourquoi les groupes défavorisés sont souvent satisfaits de très peu de ressources alors que les groupes favorisés sont souvent insatisfaits avec le très haut niveau de ressources qu'ils possèdent. De même, la théorie de la privation relative permet de prévoir le départ d'émeutes et les personnes ou groupes prêts à s'engager dans des actions de contestation ou rébellion. Les recherches montrent que les individus procèdent à une comparaison surtout lorsque ces derniers sont amenés à évaluer leur dû, ce qu'ils pensent être leur droit (Major, 1994). Stouffer et al. (1949) s'intéressent à la fois au point de vue sociologique et psychosocial du soldat américain. Plus précisément, ils rapportent quatre années d'études s'intéressant aux attitudes des troupes de soldats américains durant la seconde guerre mondiale. Ils constatent, par exemple, que le phénomène de privation relative met en lumière que la réaction des gens à la récompense dépend moins

de la récompense que du choix du groupe auquel chacun va se comparer pour se juger, s'évaluer. Ainsi, la théorie de la privation relative démontre que l'attitude dépend moins des éléments objectifs d'une situation que d'une problématique de comparaison sociale. Leon Festinger (1954) va développer par la suite ce mécanisme de comparaison sociale. La théorie de la privation relative se déplacera à l'application de la justice organisationnelle et montrer ainsi l'importance des processus de comparaisons sociales dans la satisfaction des récompenses (e.g. salaires) (e.g., Crosby, 1976). Ce concept de privation relative met en évidence l'importance de l'injustice. En ce sens, nous pouvons soutenir avec les philosophes que l'expérience d'injustice est première. Nous entrons dans la revendication, dans la prise de conscience de l'importance de la justice par la porte de l'injustice.

George Homans (1961) est le premier à introduire le concept de justice/injustice distributive en psychologie sociale et en sociologie. La règle de base de la justice distributive pose que dans un échange interactionnel ou un échange relationnel d'un individu avec un autre, chacun doit s'attendre à recevoir ce qui lui est dû en fonction de son investissement. C'est la règle de la proportionnalité entre les récompenses attendues et les peines ou les coûts engagés par chacun. Par la suite, Blau (1964) discutera du rôle de la justice dans sa théorie de l'échange des comportements sociaux. En 1963 et 1965, Adams met en place un programme pour démontrer sa théorie de l'iniquité qui deviendra plus tard la théorie de l'équité (Walster, Bersheid, & Walster, 1978). Mais tout n'est pas distribution. Cette théorie présente des limites pour comprendre l'être humain dans ses interactions.

Leventhal (1976, 1980) se charge de relever certaines limites de la théorie de la justice/injustice distributive : (a) elle ne considère que la règle de la contribution alors qu'il existe d'autres règles comme l'égalité ou encore la règle du besoin ; (b) elle ignore la procédure avec laquelle la distribution a été faite. Est-elle juste ou injuste ? ; (c) la théorie de l'équité surestime la perception de la justice dans les interactions comme déterminant des comportements. Selon Leventhal, de nombreuses situations sociales ne nécessitent pas le recours des pensées à la question de la justice. Même en cas de problème, les perceptions de la justice ou l'injustice peuvent être incomplètes ou imprécises. Leventhal nous indique déjà le chemin vers des recherches sur la justice et l'injustice en lien avec les affects même si ses réflexions ne se limitent qu'au jugement c'est-à-dire le raisonnement, l'aspect cognitif.

## **1.2. La justice Procédurale**

Les recherches dans le champ de la justice/injustice procédurale ont été initiées par Thibaut et Walker (1975) avec la justice procédurale appliquée dans le domaine des décisions de justice. Selon Thibaut et Walker (1975), pour qu'une procédure de justice soit juste, il faut un sentiment de contrôle à deux niveaux : (a) sur le processus de décision, comme pouvoir donner son opinion, s'exprimer (Folger, 1977, la voix) ; (b) avoir la possibilité d'influencer le résultat décisionnel. Aussi, Thibaut et Walker montrent la supériorité de la procédure du contradictoire sur la procédure inquisitoire. Cette dernière est davantage autocratique et relève donc d'une grande part de

l'arbitraire, de l'autoritaire et du directif. Le juge, le procureur etc. contrôlent plus la procédure que le justiciable dans ce système. Dans la procédure par le contradictoire, le justiciable contrôle un peu plus par comparaison à la procédure inquisitoire. Mais dans la réalité, la confrontation à la justice nous dévoile la totale emprise du justiciable par le système dans sa généralité.

Leventhal (1980) a prolongé cette réflexion du juridique au domaine des décisions organisationnelles : 6 critères pour qu'une procédure soit dite juste dans le domaine organisationnel selon Leventhal (1980) : 1) la règle de la constance de la procédure entre les personnes et dans le temps, 2) la règle de contrôle des biais : la décision ne doit pas être prise en fonction des intérêts personnels et des préjugés, 3) la règle de précision de l'information. Les informations et les opinions doivent être recueillies et traitées avec le minimum d'erreur possible, 4) la règle de correction. Cette règle énonce que l'opportunité de corriger les informations doit être donnée à chaque niveau de la procédure et cette possibilité doit permettre de renverser le sens de la décision, 5) la règle de représentativité. Elle énonce l'obligation de prendre en compte, dans le processus de prise de décision, les opinions, valeurs et besoins des groupes minoritaires importants en prestige ou en nombre dans la population globale et qui risqueraient d'être impactés par le processus de prise de décision, 6) la règle d'éthique. Elle énonce l'obligation de respect de l'éthique et de la morale des individus dans la procédure qui mène à la décision. Le sentiment d'injustice subie augmente au fur et à mesure de la violation des standards de l'éthique et de la morale personnelle ou de groupe.

Dans la justice procédurale, les individus cherchent surtout à se focaliser sur le respect des principes de justice et non sur l'injustice. De plus, la justice procédurale ignore les rapports entre les individus.

### **1.3. La justice interactionnelle**

Dans la justice organisationnelle, Bies et Moag (1986) ont introduit la justice interactionnelle dans une étude sur le processus de recrutement pour un travail. Ils reprennent les critères déjà énoncés par Bies (1985, non publié). Quatre critères (principes) d'une décision juste se dégagent dans une communication ou interaction par ordre d'importance sur 96 candidats interrogés sur leurs attentes dans un entretien d'embauche et post-entretien d'embauche : 1) La règle de sincérité dans la communication et l'interaction : le candidat à un poste attend du recruteur, lors de l'entretien et post-entretien, que ce dernier mette en avant, à la fois, la franchise (65% des réponses) et l'évitement de la tromperie (34%) dans sa communication, 2) la règle de respect : les candidats attendent du recruteur qu'il évite les comportements agressifs ou l'impolitesse délibérée (23%) envers les candidats durant l'entretien, 3) la règle de convenance des questions ou propriété des questions (10%) : les candidats attendent du recruteur lors de l'entretien qu'il évite des questions inappropriées (e.g., sur le sexe, la race, la religion et l'âge pouvant amener à des discriminations), et les déclarations préjudiciables de la part du recruteur (commentaires racistes, sexistes), 4) la règle de justification adéquate de rejet d'une lettre de candidature, d'annulation d'un entretien,

ou post-entretien (8%). Pour la majorité des personnes, une décision juste est une décision qui doit être justifiée et acceptable.

La justice interactionnelle se décompose en 2 dimensions indépendantes (Greenberg, 1993a, b ; Colquitt, 2001) : 1) la justice interpersonnelle, liée aux interactions sociales accompagnant une prise de décision (i.e., sincérité, respect, convenances, justification), 2) la justice informationnelle, se référant aux informations données sur une décision prise.

Dans la justice interactionnelle, ce qui prime, c'est l'attention accordée par les individus à l'injustice dans les rapports sociaux et non la justice.

#### **1.4. La justice rétributive et la justice restaurative ou réparatrice**

La question de comment et pourquoi nous devrions punir les délinquants a une longue histoire, bien que le débat sur la punition ait été largement dominé par deux grandes doctrines opposées : (1) la déontologie et (2) le conséquentialisme. La déontologie, représentée notamment par la philosophie d'Emmanuel Kant (1785/1993), fait référence à une éthique du devoir ou de l'obligation, exigeant de nous de prendre une certaine ligne de conduite parce que ce devoir relève de la morale, du droit ou de la chose juste à faire (peu importe ses conséquences). La philosophie déontologique de la punition la plus discutée est le rétributivisme, ce qui signifie que la transgression exige la punition du délinquant afin de rétablir la justice (e.g., Cottingham, 1979). La justice exige que les gens obtiennent ce qu'ils méritent, donc, punir proportionnellement le délinquant et rétablir l'ordre moral troublé par le méfait. En revanche, le conséquentialisme mesure l'éthique d'une action par ses bénéfices versus ses coûts (ses pertes), un point de vue représenté par le philosophe Jeremy Bentham (1811, 1843/1962). Le châtiment serait la ligne de conduite éthique dans la mesure où il apporte des bénéfices à la société, notamment en empêchant la répétition de l'acte répréhensible dans l'avenir. La punition peut être justifiée en conséquence à la fois par la dissuasion spécifique et la dissuasion générale. Les deux sont fondées sur l'idée que la punition rend un acte répréhensible comme option comportementale moins attrayante pour les délinquants potentiels. Mais la dissuasion spécifique désigne la dissuasion du délinquant, tandis que la dissuasion générale fait référence à la dissuasion du grand public de se livrer à des actes répréhensibles similaires. L'incapacité est une autre punition conséquentialiste qui empêche simplement les délinquants de reprendre le comportement répréhensible en les privant de la possibilité d'offenser (e.g., l'incarcération des délinquants ou la fermeture d'un commerce d'alcool). Chez Bentham, les délinquants sont conçus comme des ennemis.

Ainsi la justice rétributive se focalise surtout sur l'auteur de délits et sur la juste punition qu'il mérite contrairement à la justice restaurative qui, elle, s'intéresse au rétablissement d'une relation juste entre la victime, l'auteur de délits et la société.

La justice rétributive fait référence à la punition appropriée envers des individus ou des groupes qui ont enfreint des règles, des lois ou des normes et, ainsi, sont perçus comme ayant commis un acte répréhensible, infraction ou transgression. La punition peut être comprise au sens large comme tous résultats négatifs (e.g., coût, perte ou

souffrance, qui peuvent être matériels ou symboliques) imposés à un contrevenant dans la réponse à un acte répréhensible (e.g., Brooks, 2012). Un autre élément important de la définition de la justice rétributive est que la punition est imposée au délinquant par une autre partie, soit un tiers habilité à imposer une peine (e.g., les juges dans notre système juridique) ou la victime dans un acte de vengeance.

Pour Vidmar et Miller (1980), deux psychologues sociaux, la punition est une sanction négative appliquée intentionnellement à une personne perçue comme ayant enfreint une loi, une règle, une norme ou une croyance. Deux implications importantes de cette définition doivent être explicitées. Premièrement, la punition doit suivre la perception que quelqu'un a violé une règle, une norme, une loi ou une croyance. Les psychologues dont l'objet de recherche porte sur le comportement animal et le comportement humain ont fréquemment utilisé le terme pour désigner une stimulation aversive qui conditionne le comportement, mais pour nous, le conditionnement du comportement d'un rat dans une boîte à Skinner ou la tape dans les mains d'un tout-petit pour lui apprendre à se tenir à l'écart d'une prise électrique (Skinner, 1938, 1953) n'est pas considéré comme une punition puisqu'aucune règle n'a été enfreinte. Deuxièmement, le terme « sanction » doit être interprété au sens large. Il peut s'agir d'une privation ou d'une expérience désagréable, qui peut être physique, sociale ou psychologique. La punition peut donc inclure non seulement des actes physiques tels que la torture, le confinement, une amende, mais aussi la dégradation de statut des personnes, le ridicule, l'ostracisme ou l'expulsion du groupe social. La punition est au centre de la question de la justice et de l'injustice.

Bien que la punition puisse souvent être suscitée par une injustice et explicitement conçue pour dissuader de nouvelles violations ou se venger d'infractions passées, elle peut également remplir d'autres fonctions sociales qui sont cachées par la rhétorique de la justice institutionnelle. Tout d'abord, l'analyse de Gusfield (1963), sociologue interactionniste, du Mouvement pour la Tempérance, mouvement visant à prohiber l'usage de l'alcool aux États-Unis, révèle comment à la fois, le plaidoyer en faveur de la prohibition et de la punition de ces contrevenants, peuvent avoir été justifiés par des arguments pratiques et moraux, mais peuvent en réalité avoir reflété la tentative d'un groupe social de maintenir un statut et un pouvoir social qui étaient menacés par un autre. De plus, la punition semble remplir une autre fonction, plus psychologique. De nombreux auteurs ont observé que nous punissons les autres à cause d'une impulsion inconsciente à punir ces mêmes tendances en nous-mêmes (e.g., Weihofen, 1957). La punition a également été considérée comme un exutoire au sadisme réprimé (e.g., Alexander, & Staub, 1956). Enfin, la punition remplit des fonctions qui n'ont pas grand-chose à voir avec la justice ou l'injustice. Comme Durkheim (1893/2004) l'a souligné, la punition (Durkheim emploie le terme de « sanction ») a pour fonction de définir et de maintenir les distinctions entre l'endogroupe et l'exogroupe et de renforcer la cohésion du groupe social. Pour Durkheim, le droit pénal est supérieur aux autres formes de droits car il permet plus que les autres domaines du droit, de maintenir la cohésion sociale, la solidarité sociale par la similitude de ceux qui respectent le droit et la différenciation avec ceux qui violent ce droit. Durkheim distingue deux formes de règles juridiques

selon les types de punitions qui s'y rattachent. Mais le droit ne résout qu'une partie des problèmes de la vie sociale. Il y a aussi les mœurs etc. et ces dernières sont souvent en contradiction avec le droit. Nous tenions à rapporter ce petit passage sur la punition :

« Les unes consistent essentiellement dans une douleur, ou, tout au moins, dans une diminution infligée à l'agent ; elles ont pour objet de l'atteindre dans sa fortune, ou dans son honneur, ou dans sa vie, ou dans sa liberté, de le priver de quelque chose dont il jouit. On dit qu'elles sont répressives ; c'est le droit pénal. Il est vrai que celles qui sont attachées aux règles purement morales ont le même caractère : seulement elles sont distribuées d'une manière diffuse par tout le monde indistinctement, tandis que celles du droit pénal ne sont appliquées que par l'intermédiaire d'un organe défini ; elles sont organisées. Quant à l'autre, elle n'implique pas nécessairement une souffrance de l'agent, mais consiste seulement dans la "remise des choses en état" dans le rétablissement des rapports troublés sous leur forme normale, soit que l'acte incriminé soit ramené de force au type dont il a dévié, soit qu'il soit annulé, c'est-à-dire privé de toute valeur sociale. On doit donc répartir en deux grandes espèces les règles juridiques, suivant qu'elles ont des sanctions répressives organisées, ou des sanctions seulement restitutives. La première comprend tout le droit pénal ; la seconde, le droit civil, le droit commercial, le droit des procédures, le droit administratif et constitutionnel, abstraction faite des règles pénales qui peuvent s'y trouver. » (Durkheim, 2004, pp. 33-34). Nous reconnaissons que la punition n'est pas uniquement, ni même principalement, concernée par la réparation d'une injustice ou la prévention d'inconduites futures. Qu'en est-il alors du sentiment d'injustice subi pour quelqu'un subissant une punition gratuite cachant d'autres intérêts ? comment s'imaginer que les individus peuvent accepter une responsabilité montée de toute pièce volontairement ou pas ?

Des auteurs comme Heider (1958) ou Weiner (1995) ont réfléchi à l'attribution de la responsabilité. Ce concept de responsabilité est généralement lié à l'infliction d'une peine suite au non-respect d'une règle présumée. Le développement du concept de justice à partir de la théorie de l'attribution de Heider permet de mettre en évidence cinq niveaux de responsabilité. Ces derniers sont classés du moins évolué au plus adapté à une société moderne : (a) le principe de l'association de la personne à l'acte. Par exemple, associer les délits d'un membre d'une famille à tous les membres ou encore féliciter un habitant d'une ville pour le succès de l'équipe de football de sa ville ; (b) la responsabilité est déduite selon le principe de commission c'est-à-dire que la personne est jugée non en fonction de ses intentions mais en fonction des conséquences des actes commis. C'est ce que Piaget (1932) nomme la responsabilité objective dans le domaine de l'enfant ; (c) le principe de prévisibilité. Par exemple, un individu sera considéré comme responsable directement ou indirectement, pour tous les dommages qu'il aurait pu prévoir même si cela ne faisait pas partie de son propre objectif, qu'il n'existait pas d'intention de nuire et donc pas de causalité personnelle. Cet individu sera généralement décrit par le juge comme quelqu'un de stupide, de négligent ou moralement faible ; (d) le principe d'intention. Ici, on considère que les conduites des individus trouvent leurs origines, leurs causes à l'intérieur de ces derniers. Piaget (1932) nomme cette forme de responsabilité, la responsabilité subjective ; (e) le principe de justification. Les

motivations des comportements ne sont pas totalement attribuées à l'individu lui-même comme précédemment mais sont perçues comme ayant une cause dans l'environnement social ou physique.

Hogarth (1971) s'est intéressé à trois formes de stratégies de prise de décisions adoptées par des juges pour mesurer leur efficacité dans l'attribution de responsabilité et détermination de la punition : (a) la punition (rétribution), comme tentative d'imposer une juste punition au délinquant dans le sens de la proportionnalité vis-à-vis de la gravité du crime et de sa culpabilité, qu'une telle peine soit ou non susceptible d'empêcher la récidive ou la prévention chez d'autres ; (b) la correction (réhabilitation), comme la tentative de changement de l'auteur du délit par le biais d'un traitement ou de mesures correctives, de sorte que, lorsqu'il en aura l'occasion, il s'abstiendra de commettre un crime ; (c) la dissuasion générale (dissuasion), comme la tentative d'imposer devant le tribunal à l'auteur du délit une peine suffisamment grave pour que les contrevenants potentiels parmi le grand public s'abstiennent de s'engager dans des crimes par peur du châtement. Ainsi, Hogarth (1971) a réalisé une étude auprès de vrais juges et a conclu qu'une stratégie de correction des individus en vue d'une réadaptation sociale du délinquant, a conduit les juges à prononcer des peines plus longues pour des délits mineurs, tandis que pour des délits plus graves, Hogarth a constaté qu'une stratégie de correction des individus, aboutit à des condamnations plus courtes que lorsque le juge opte pour des stratégies de punition ou de dissuasion pour prendre sa décision. Les sanctions ou punitions légales sont de deux ordres : (a) la violation de la loi civile est généralement punie d'une sanction pécuniaire ; (b) seule la violation de la loi pénale peut entraîner la sanction de perte de la liberté ou encore de la vie dans certains pays.

On voit les difficultés de prononcer la justice et les risques de subir un « mauvais traitement » dans la distribution, la procédure ou l'interaction. C'est pourquoi, nous sommes, pour la plupart, très regardant à une forme de réciprocité dans les actes et interactions en général, ceci d'autant plus lorsqu'il s'agit des peines et des récompenses.

## **2. La théorie de l'échange : réciprocité de Simmel à Gouldner**

Le concept de réciprocité, pour faire court, ou d'actions réciproques, est un concept Simmelien (Simmel, 1908/2013). Pour lui, les actions des individus se font selon le principe de réciprocité avec les autres individus. En effet, l'individu est rattaché à des groupes et au collectif. Il ne peut pas être pensé individuellement dans un monde social constitué avec ses semblables. Afin qu'il puisse échanger, les structures ont été instituées pour favoriser la coopération et dépasser l'intérêt personnel de chacun. Les institutions ont alors pour objectif de dépasser les individus.

Cette théorie se fonde sur le principe de justice et d'injustice. Piaget (1932) lui-même fait de ce principe de réciprocité le fondement de sa théorie de la justice et de l'injustice chez l'enfant. Par la suite, Gouldner (1960) donne une nouvelle perspective intéressante du concept de réciprocité comme norme de justice permettant le fonctionnement ou pas des groupes, de la société. Il prolonge ou complète la théorie du don et du contre-

don de Mauss (1923/1924). Par exemple, Gouldner s'intéresse seulement à la troisième obligation de Mauss, celle de l'obligation de rendre. Il soutient que la réciprocité est une norme universelle et que cette norme de réciprocité se situe dans l'obligation de rendre. Par exemple, pour Gouldner, contrairement à Mauss, « donner » est motivé par l'anticipation de la réciprocité. Pour Mauss, l'obligation de donner n'est pas subordonnée à l'anticipation d'un retour, mais elle est moralement obligatoire en elle-même. La norme de réciprocité, permet de comprendre l'origine des interactions. En effet, le monde n'est pas figé. Par exemple, Hobbes (1651/2000) favorise la perception des relations sociales comme dangereuses et la perception des autres avec méfiance. Au contraire, la norme de réciprocité inhibe les perceptions Hobbesienne (la dangerosité et la méfiance dans les interactions).

La norme de réciprocité prescrit que : (a) les individus doivent venir en aide en retour à ceux qui les ont aidés dans un premier temps ; (b) les individus ne doivent pas faire de mal à ceux qui leur ont apporté aide et assistance. Mais la réciprocité ne se limite pas à un devoir de conformité d'une norme. L'aide réciproque envers quelqu'un peut revêtir d'autres formes : (a) l'attraction envers la personne qui a aidé et soutenu une autre dans une période de difficultés ; (b) se sentir redevable ; (c) chercher à rétablir la justice après une injustice. Par exemple, lors d'une interaction entre deux personnes A et B, la personne B reçoit un cadeau non-mérité, la personne A s'attendra alors à ce que la personne B, qui ne méritait pas ce cadeau, fasse aussi en retour un cadeau à la personne A afin d'effacer l'injustice éprouvée par A. Recevoir un cadeau non-mérité peut produire un sentiment d'injustice subie de la part d'une autre personne qui estime mériter ce cadeau (Hatfield, Walster, & Piliavin, 1978). Sans entrer davantage dans les détails de cette théorie, nous souhaitons seulement montrer l'importance des échanges équilibrés dans le maintien du système et de la cohésion sociale. Marx (1867/1968) a démontré les effets de l'exploitation par opposition à la réciprocité. Cette exploitation entraîne le développement de l'intérêt personnel des individus et des groupes dans des domaines variés, comme par exemple, le commerce, le travail et la justice. La question de la réciprocité devient alors une question de survie sociale c'est-à-dire continuer à sécuriser ses satisfactions par le calcul de relations. Chacun se met à valoriser les relations qui lui sont bénéfiques et à éviter les relations qui lui créent des pertes (e.g., temps, argent, consommation d'énergie physique et émotionnelle négatives). Cette survie sociale est par définition l'inégalité, l'injustice dans les relations d'échanges que cela soit de l'ordre des biens ou des affects. La notion de pouvoir et d'autonomie est par conséquent fondamentale car la différence de pouvoir et le développement de l'intérêt personnel expliquent le déséquilibre du système.

Les processus de réciprocité permettent de maîtriser, canaliser ces motivations égoïstes afin de les maintenir au service de la stabilité du système social. La croyance en la réciprocité (e.g., principe de gratification mutuelle équivalente et principe de justice comme l'égalité) permet l'autorégulation du système. Cela permet aussi de comprendre pourquoi les individus obéissent aux règles. La soumission, la conformité aux règles, aux lois est le fait du principe de réciprocité selon Gouldner. La croyance au devoir de réciprocité est la clef de l'équilibre social. Pour cela, il semble que les individus doivent

croire : (a) à long terme, l'échange mutuel de biens et de services s'équilibrera ; ou b) si les gens n'aident pas ceux qui les ont aidés, certaines sanctions leurs seront imposées ; ou c) on peut s'attendre à ce que ceux qu'ils ont aidés les aident en retour ; ou (d) tout ou une partie de ces cas.

Gouldner rejette le concept de droits et d'obligations car il pousse à l'égoïsme, l'intérêt personnel. Il préfère celui de norme de réciprocité car le retour fonctionne même en cas de différence de pouvoir. La norme de réciprocité offre une flexibilité dans la punition, la sanction, contrairement à l'imposition d'obligations. La réciprocité ne se fait pas seulement par la contrainte imposée par la dépendance mutuelle des individus mais surtout par un fort partage de normes morales. Ainsi Gouldner privilégie le concept de droit et devoir. Par exemple, un droit de A envers B implique un devoir de A envers B. De même un devoir de B envers A implique un droit de B envers A.

### 3. La théorie de la légitimité et de l'acceptabilité sociale du pouvoir

L'acceptation de l'autorité est selon nous directement en lien avec l'acceptation des principes de justice. L'autorité joue un rôle premier dans la construction des normes de justice. C'est elle qui définit les règles de distribution des récompenses et des peines. Elle permet ou pas l'expression des opinions etc. Les autorités négligent souvent l'influence de la composante affective dans l'acceptation ou pas de la règle.

#### 3.1. La légitimité selon Max Weber

Max Weber (1922/1995) a mis au centre de sa pensée, la théorie de la légitimité. Dans « *économie et société : les catégories de la sociologie* », il aborde les fondements de la légitimité selon les différents types de domination. Tout d'abord, Weber entend par « domination », « *la chance, pour des ordres spécifiques (ou pour tous les autres), de trouver obéissance de la part d'un groupe déterminé d'individus. Il ne s'agit cependant pas de n'importe quelle chance d'exercer "puissance" et "influence" sur d'autres individus. En ce sens, la domination (l'"autorité") peut reposer, dans un cas particulier, sur les motifs les plus divers de docilité : de la morne habitude aux pures considérations rationnelles en finalité. Tout véritable rapport de domination comporte un minimum de volonté d'obéir, par conséquent un intérêt, extérieur ou intérieur, à obéir* » (p. 285). Weber continue par monter la valeur fondamentale qui pousse les groupes à obéir. Pour lui, la croyance entretenue en la légitimité de l'autorité est le réel point de la domination. Au-delà de la coutume, des idéaux moraux ou des intérêts matériels, l'éveil et l'entretien de la croyance en la légitimité des autorités permet le contrôle social des masses. Ce contrôle est la plupart du temps possible par la mise en place structurée d'un état-major d'exécutants. C'est la direction administrative.

La gestion de l'obéissance est basée sur trois types de légitimité. Weber distingue (p. 289) : (a) la légitimité rationnelle : elle repose sur la croyance en la légalité des règlements, des lois et au droit de donner des directives de la part de ceux qui sont amenés à exercer cette domination par ces moyens (domination légale). À propos de cette domination, Weber, précise que dans la vie quotidienne, la domination est surtout

administrative. Tout est réglementé et les comportements déviants sont scrutés. ; (b) la légitimité traditionnelle : elle repose sur la croyance quotidienne en la sainteté des traditions valables de tout temps et en la légitimité de ceux qui sont amenés à exercer l'autorité par ces moyens (domination traditionnelle) ; (c) la légitimité charismatique : elle repose sur la soumission aveugle au caractère sacré, à la vertu héroïque ou à la valeur exemplaire d'une personne, ou encore d'ordres émanant de celle-ci (domination charismatique).

### 3.2. La légitimité et l'acceptabilité selon Tyler et Barnard

Le concept de légitimité en psychologie sociale est le fait French et Raven (1959). Il est clairement en lien avec *le consentement*. Mais il est distinct du *consentement* dans la mesure où la légitimité reflète l'état final d'acceptation d'un système et ses hiérarchies enracinées comme moralement juste (Zelditch, 2001) et *le consentement* est l'étape opérationnelle qui fournit un moyen à cette fin. Le consentement en soi est le fondement du pouvoir. Il est nécessaire pour légitimer le pouvoir et donc l'acceptation de la soumission à l'autorité, aux règles. L'acceptabilité est un domaine de recherche investi par les psychologues sociaux. Ainsi, Tyler (2006), confirment les deux sens de *légitimité* : c'est à la fois : (a) la perception de l'obligation d'obéir à la loi et, (b) le soutien apporté aux autorités légales. Par conséquent, légitimité, consentement à l'obéissance et acceptabilité de l'autorité sont interdépendants.

Par exemple, Tyler (2006), suivant la psychologie sociale de la légitimité, a construit des échelles en quatre points allant de totalement d'accord à totalement en désaccord sur : (a) la perception de l'obligation d'obéir à la loi : les items étaient par exemple, « *les gens devraient obéir à la loi (...)* » ; « *une personne qui refuserait d'obéir à la loi est une menace pour la société* » ; (b) le soutien à la police : les items étaient par exemple, « *j'ai beaucoup de respect pour la police (...)* » ; « *dans l'ensemble la police de Chicago est honnête* » ; (c) le soutien à la justice : les items étaient par exemple, « *les tribunaux de Chicago garantissent généralement à tous un procès équitable* » ; « *dans l'ensemble, les juges de la ville de Chicago sont honnêtes* » ; « *les décisions de justice des tribunaux de Chicago sont presque toujours justes* ». Nous constatons l'importance donnée à la thématique du sentiment de justice ou d'injustice subie et des affects dans les relations avec l'autorité.

Chester Barnard (1938), dans son fameux ouvrage « *The functions of executive* », fait une analyse de la légitimité du pouvoir, du consentement à obéir et de l'acceptabilité de soumission à l'autorité et aux règles dans l'organisation. On devine alors le lien entre affect, pouvoir, intérêt personnel et obéissance à l'autorité. Tout d'abord, selon Barnard (1938, p. 184), l'autorité est un autre nom pour désigner la volonté et la capacité des individus à se soumettre aux nécessités des systèmes coopératifs. Ne retrouve-t-on pas ici certaines idées à la fois de Weber (1914/2013, 1922/1995) et de Bourdieu (1980a,b) sur la domination ? Bourdieu (1980b) ne disait-il pas aussi « *dès qu'il y a un espace social, il y a lutte, il y a lutte de domination* » (p. 93) ? Dans « *le sens pratique* », il fait une analyse des modes de domination et des dominants en soutenant « *il leur faut travailler quotidiennement et personnellement à produire et à reproduire les conditions toujours*

*incertaines de la domination* » (p. 223). L'autorité échouera dès lors que les individus en nombre suffisant considéreront la charge qu'implique l'acceptation des ordres, des décisions comme une modification de l'équilibre de l'avantage acquis par rapport à leur intérêt personnel. L'obéissance est perçue à travers le prisme de la théorie de l'échange sociale : l'intérêt personnel, le rapport entre coût et bénéfice. Les ordres doivent être exprimés de manière à ce que les gens les perçoivent comme faisant partie, dans leur esprit, de leur « zone d'indifférence » (Barnard, 1938), une zone où les ordres sont totalement acceptables. En d'autres termes, les gens s'attendent à recevoir les ordres qu'ils reçoivent effectivement, et cela leur donne l'impression que les encouragements ou bénéfices (E) (e.g., augmentation de salaire, prime, plaisirs à la tâche) seront supérieurs à leurs contributions ou coûts (C) (e.g., salaire net, nombre d'heures effectuées, souffrance au travail). Cela revient à dire  $E > C$ . De même, si une zone d'indifférence existe bel et bien dans l'esprit des personnes, alors il existe aussi une zone d'ordres inacceptables, où  $E < C$ , et une zone neutre où  $E = C$ . Barnard a résumé tout cela comme suit : la zone d'indifférence sera plus large ou plus étroite selon le degré auquel les encouragements dépassent les charges ou contributions. Il s'ensuit, nous précise Barnard, que l'éventail des ordres qui seront acceptés sera très limité parmi les personnes très peu encouragées à contribuer au système.

### 3.3. La théorie du pouvoir

La psychologie sociale du pouvoir a été initialement pensée par Thibaut et Kelley (1959). Traditionnellement, et le plus souvent, le pouvoir a été conceptualisé en termes d'influence sociale et de contrôle. Dans la conception dominante, on dit que quelqu'un a du pouvoir s'il a "*le potentiel d'influencer les autres de manière psychologiquement significative*" (i.e., French, & Raven, 1959) en donnant ou en refusant des récompenses et/ou des punitions (e.g., Fiske, 1993 ; Keltner, Grunefeld, & Anderson, 2003).

Mais plusieurs critiques peuvent s'opposer à cette conception. D'abord "*influencer les autres de manière psychologiquement significative*", inclut, mais ne se limite pas aux effets sur les façons dont les gens se sentent (affects), pensent (cognitions) ou agissent (comportements). Ensuite le pouvoir peut être exercé au moyen de tactiques d'influence douce (e.g., récompenses, charisme, connaissances) et/ou de tactiques dures (e.g., châtiment corporel). Dans sa forme la plus puissante, le pouvoir confère la capacité de contrôler complètement les affects, les pensées et les comportements des autres (Foucault, 1975). Il est important de noter que le pouvoir est une force d'influence et de contrôle qui façonne les interactions entre les individus (e.g., dans les relations entre juge/prévenu, police/citoyen), au sein des groupes (e.g., dans les relations managers/employés) et entre les groupes (e.g., dans les relations entre les classes sociales, les hommes/femmes ou les groupes ethniques). Le pouvoir est conceptualisé comme une capacité quantitative inhérente à l'individu. Ce dernier a-t-il ou pas la capacité d'emmagasiner une certaine quantité de force ? les psychologues sociaux tendent alors à identifier les personnes, les groupes et les situations où le pouvoir se déploie.

La psychologie naïve (Heider, 1958) fonctionne sur le mode de la certitude. Or les relations humaines sont dans les subtilités. La psychologie sociale scientifique tente de comprendre ces événements de l'actualité favorisant les prises de décisions et le SIS dans différents contextes. En 1954, Allport définissait la psychologie sociale comme la discipline scientifique qui tente de comprendre et d'expliquer comment les pensées, les sentiments et les comportements des individus sont influencés par la présence réelle, imaginaire ou implicite d'autrui. En 1982, Doise précise quatre différents niveaux d'analyse : le niveau intra-individuel, le niveau interindividuel, le niveau positionnel, le niveau idéologique. Nous nous situons principalement dans les trois premiers niveaux d'analyse de Doise.

#### **4. Prise de décision de justice et Sentiment d'Injustice Subie**

##### **4.1. Le modèle de William James**

###### **4.1.1. Cinq grands types de décisions.**

Les décisions de type raisonnable sont sans effort ou sans contrainte. Elles constituent le premier type. Ensuite, viennent les décisions de type accidentel. Elles sont prises avec une certaine indifférence sans se soucier des conséquences. Le troisième type de décisions est constitué par les décisions de type automatique lorsqu'il n'existe pas d'impératif. Les décisions de type émotionnel sont à peu près du même ordre que les décisions automatiques. Le cinquième et dernier type comprend les décisions avec effort dans la prise de décision. On retrouve ici les origines du modèle AIM de Forgas présenté ci-dessous. William James (1890) précise que la majeure partie des décisions humaines sont prises sans effort et que très peu sont prises avec un effort généralement situé vers la fin du cheminement de l'acte de décider.

###### **4.1.2. Trois principaux processus de prise de décisions.**

Le premier processus est dit mode ou processus de l'impatience de la prise de décision : la prononciation de cette décision par l'auteur se veut rapide parce qu'elle est agréable à énoncer et parce qu'elle permet de soulager les tensions et les hésitations à la prendre. Contrairement au premier mode, le second est celui de la peur de l'irrévocable. Dans les moments imminents de la prise de décision, les décideurs tendent à précipiter ou à retarder l'annonce de la décision. Ce sont des personnes incapables de rapidité ou de vigueur sauf peut-être lorsqu'un événement les surprend. Enfin, le dernier processus est celui de la persistance dans la décision déjà prise. Dans ce processus, le décideur ne veut pas reconnaître ses erreurs tout simplement parce qu'il déteste changer son avis. C'est ce que l'on appelle encore dans la théorie de l'engagement, la persévération de l'action. Dans l'esprit du décideur, il est impossible de revenir en arrière. Sénèque (1995) illustre parfaitement ce type de prise de décisions à travers cet exemple :

*« Cneius Pison, que nous avons connu, avait fort peu de vices. Mais il était méchant et prenait sa dureté à cœur pour de la fermeté. Un jour, sous le coup de la colère, il ordonna d'exécuter un soldat revenu sans son camarade d'une mission de ravitaillement, l'accusant d'avoir tué celui dont il ne pouvait expliquer l'absence. L'homme lui demanda un peu de*

*temps pour aller à sa recherche. Il refusa. Le condamné fut alors emmené hors du camp et il tendait déjà la nuque lorsque paraît soudain le compagnon que l'on croyait assassiné. Alors le centurion préposé au supplice dit à l'exécuteur de rentrer son glaive et ramène le condamné à Pison : il allait rendre au général son innocence, puisque la fortune avait rendu la sienne au soldat. En un cortège immense, les légionnaires, fous de joie, escortent les deux hommes qui s'embrassent. Pison, furieux, remonte au tribunal et donne l'ordre de les exécuter tous les deux : celui qui n'avait pas tué et celui qui n'était pas mort. Quoi de plus ignoble ? Parce que l'innocence d'un homme venait d'éclater, on allait en faire mourir deux ! Et Pison en ajouta un troisième, car il ordonna d'exécuter le centurion qui lui avait ramené le premier. Il fut donc décidé que, sur les mêmes lieux, trois hommes périraient pour l'innocence d'un seul. Ô ingéniosité de la colère à forger des raisons pour son cours furieux ! " Toi, dit Pison, j'ordonne ton exécution parce que tu as été condamné. Toi, pour avoir été la cause de la condamnation de ton camarade. Et toi, parce que, ayant reçu l'ordre de procéder à une exécution, tu as désobéi au général en chef ". Ainsi inventa-t-il trois motifs de tuer pour n'en avoir trouvé aucun. » (p.44-45).*

#### 4.2. Le modèle AIM de Joseph Forgas

Selon Weiss et al. (1999), la justice peut être étudiée comme un événement affectif. Par conséquent, les juristes, décideurs etc. ne peuvent plus ignorer l'influence de l'affect sur les comportements et les cognitions. Forgas (2001) soutient que l'affect fait partie intégrante du monde social dans lequel nous évoluons. L'intérêt accordé sera d'autant plus grand lorsque l'on s'intéresse aux comportements dangereux comme l'agression, la décision arbitraire... Le Modèle de l'Infusion de l'Affect (Affect Infusion Model ou AIM) nous éclaire sur les processus de l'affect et ses conséquences sur les cognitions (Forgas, 1994, 1995, 2001). L'infusion de l'affect est définie comme le processus insidieux permettant à un affect d'exercer à la fois une influence sur un jugement et sur sa construction, aboutissant ainsi à un biais dans la réflexion et la décision à prendre. Un des objectifs principaux de ce modèle est d'identifier les circonstances dans lesquelles l'affect a le plus grand impact et celles où il a la plus faible répercussion sur le jugement et sur les stratégies ayant conduit à ces résultats. Selon ce modèle, on distingue quatre stratégies dans la constitution d'un jugement. À chaque stratégie correspond un degré différent d'infusion de l'affect. Par exemple, **la stratégie d'accès direct** est définie comme la manière d'aller chercher en mémoire une expérience passée et ceci dans le but de faciliter, pour l'individu, la construction de son jugement actuel. Cette stratégie permet une résistance à l'infusion de l'affect. C'est la stratégie la plus simple et la plus courante dans le traitement de l'information. **La stratégie d'un traitement de l'information motivée** est activée lorsque l'individu a déjà un objectif prédéterminé auquel il veut aboutir. Dans ce cas, la volonté d'atteindre ce but recherché implique une forte sélection de l'information. Le jugement social ou l'évaluation d'autrui dépend davantage des motivations du percevant que des caractéristiques objectives de la cible ou de la situation sociale. Le traitement étant guidé par l'existence d'une grande motivation en vue de réaliser un objectif, l'infusion de l'affect reste faible. Les jugements formés à partir d'un *traitement heuristique* et d'un *traitement systématique* sont plus

fragiles à l'accessibilité de l'affect et peuvent être plus facilement infusés par ce dernier. **Le traitement ou stratégie heuristique** apparaît lorsque « le juge » ne dispose ni d'expériences passées sur lesquelles s'appuyer pour former son jugement ni d'un but à atteindre à tout prix. Les individus cherchent à rendre un jugement avec le moindre effort possible, en ayant recours au minimum d'informations, et n'hésitant pas à prendre le moindre raccourci dès que l'occasion est offerte. Dans ces conditions, le jugement peut être soit la conséquence d'une mauvaise association entre différentes variables soit la conséquence de la prévalence de l'humeur du moment. **Le traitement ou stratégie systématique** requière de la part du « juge » des opérations de sélection, de prise de connaissances et d'interprétation de l'information nouvelle. Le traitement systématique est réalisé lorsque le sujet est complexe ou atypique. Il permet une meilleure compréhension des mécanismes de sélection, de prise en compte, et d'assimilation de nouvelles informations dans la mémoire préexistante. L'affect joue un très grand rôle dans ce dernier mode de traitement. On peut même avancer que l'affect dicte son influence sur d'éventuels jugements. En termes d'infusion de l'affect, plus on a recours à une stratégie de traitement approfondie, plus l'infusion de l'affect influencera le jugement. Ainsi, ces deux dernières formes de stratégies offrent plus la possibilité à l'affect d'agir sur le jugement. Dans le domaine de l'injustice, ne serait-il pas préférable de laisser infuser un SIS par réflexivité chez les décisionnaires ?

#### 4.3. Le Sentiment d'Injustice Subie : un affect précis

C'est dans la théorie du champ de Lewin (1935, 1936, 1939) que nous situons les premières traces de la conceptualisation du sentiment d'injustice subie en psychologie sociale. Lewin met en évidence les liens entre affects et champ de force. Par exemple, dans cette théorie, on retrouve la notion de quasi-équilibre, de pouvoir, de force, de tensions, de mouvements, de barrières, de justice et d'injustice etc. L'affect, nous dit Lewin, est un champ de force qui pousse l'individu dans une direction ou une autre. Les disciples de Lewin travaillent dès 1928 sur des concepts comme celui d'enfermement ou d'« éventualité » dans la recherche de l'atteinte d'un but, c'est-à-dire une certaine éventualité de conduite, chez des personnes dites normales. Lewin développe ses concepts initiés dans sa thèse de doctorat en 1914 à l'Université de Berlin portant sur « *la psychologie du comportement et des émotions* ».

Ensuite, Heider (1944, 1946, 1958) pointe une théorie dite « théorie de l'équilibre cognitif » comme forme annonciatrice des futures théories de la justice et de l'injustice. Elle prône un équilibre dans les relations sociales pour qu'il puisse y avoir un équilibre cognitif sans tension. Mauss (1921) dans « *l'expression obligatoire des sentiments* » montre que le groupe, une société, ne peut exister et continuer le cours de la vie que par l'expression obligatoire des sentiments. Cette expression des sentiments ou communication, partage des affects (Buck, 1984 ; Rimé, 1989, 1993, 1997, 2005), permet à la fois, le soin du groupe par le groupe et le retour à la cohésion du groupe après un traumatisme, une violence (Durkheim, 1912/2019). Peter Emanuel Sifneos (1972), psychiatre américain a introduit le terme de alexithymie pour désigner ces personnes incapables de percevoir ou d'exprimer verbalement leurs émotions. L'expression des

sentiments est une nécessité vitale. Mauss et Durkheim mettent en avant l'importance des affects (e.g., l'effervescence collective), le partage de croyances et l'effet du groupe sur chacun dans la prise en charge positive de la douleur, la souffrance, l'injustice subie. Chaque geste et chaque parole est libérée dans des rites organisés. Dans certains rites, plus simple, l'expression des sentiments est spontanée. Avant le retour à la vie quotidienne, il y a une quantité de cris et de pleurs à donner, à émettre en public. Ce processus se fait avec le groupe ayant pour fonction le soutien et la protection. Par exemple, le chant permet de protéger le groupe en déclinant sa responsabilité. Les différents rites permettent de rejeter le malheur et la souffrance. La réintégration à la société devient sans risque pour chacun. L'équilibre de Heider et le quasi-équilibre de Lewin sont retrouvés.

Dès les années 70, il y a un regain d'intérêt pour les affects (e.g., Heise, 1979 ; Hochschild, 1975, 1979 ; Isen, & Levin, 1972 ; Kemper, 1978) ;). Les chercheurs en psychologie sociale donnent une place à part entière à l'étude des affects alors que la recherche s'était focalisée jusque-là sur les cognitions. Par exemple, Tomkins (1981) soutient que *« l'affect peut déterminer les cognitions à certains moments, peut être déterminé par les cognitions à d'autres moments, et être indépendant des cognitions dans certaines circonstances »* (p. 324). L'affect est perçu comme tenu par une forme d'*« impérialisme cognitive »* (Tomkins, 1981). Zajonc (1980, 1984) se présente comme le défenseur de l'indépendance de l'affect. Il prône deux systèmes indépendants, celui des affects et celui des cognitions. Zajonc affirme même la primauté de l'affect face aux cognitions dans la détermination des comportements. Nous disons qu'il n'est pas si simple de conclure pour une position ou une autre, les relations entre affect, cognition et comportement sont si mystérieuses. Généralement, les recherches prônent davantage pour une interdépendance. Il faut dire que les auteurs comme Lazarus (1984) et Zajonc étaient, à un moment donné, dans la défense absolue d'un domaine spécifique, l'un en faveur de la domination du champ de recherche sur les cognitions alors que l'autre défendait, un nouveau domaine, celui des affects. Aujourd'hui, ce débat est bien sûr révolu.

Afin de comprendre le sentiment d'injustice subie, nous avons croisé les recherches sur les affects et celles sur la justice et l'injustice car l'injustice/la justice et les affects impliquent un rapport à l'autre. Nous nous inscrivons dans la définition psychosociale du sentiment de Heider (1958). Selon Heider, un sentiment est la manière pour une personne d'être affectée par quelque chose. Ce quelque chose peut être une autre personne ou une entité impersonnelle. Dans la théorie de la justice/injustice rétributive ou corrective, Aristote (il a vécu de 384 à 322 av. J.-C/1991, 2004) déclare que la justice ne doit pas se faire selon le principe de réciprocité entendu par égalité mais par la réciprocité proportionnelle. C'est par cet échange que la cité se maintient. La réciprocité est applicable aux échanges négatifs des affects dans les rapports sociaux (e.g., coups, mépris). L'équilibre doit être rétabli au même titre que pour des échanges de biens. Aristote (1991, 2004) parle de profit pour celui qui frappe ou crée un affect négatif chez l'autre et de perte chez celui qui est frappé ou qui subit la frappe, l'affect négatif. Piaget (1932) parle de sanction par réciprocité qui dérive de l'idée d'égalité mais aussi de

réciprocité dans la sympathie. Dans sa théorie des peines et des récompenses, Bentham (1811) montre la réciprocité dans les affects. La peine est basée sur la réciprocité de la souffrance. Il regrette que la loi du talion soit impraticable : « *le grand mérite de la loi du talion, c'est sa simplicité. Tout le code pénal est renfermé dans une seule règle, " le délinquant souffrira le mal qu'il a fait souffrir "* » (p. 63).

Pour nous, le sentiment d'injustice subie est considéré ici dans sa valeur positive c'est-à-dire qu'il n'est pas défini comme dans le sens commun en tant que variable de victimisation voire de victimisation à outrance jusqu'à susciter la répulsion, le dégoût de la majorité face à ce positionnement victimaire. L'individu demande passivement aux autres d'intervenir à sa place pour lui rendre justice. La société devenant une société de concurrence des victimes, le nombre devenu sans cesse croissant, les institutions sont submergées. Face aux demandes passives des victimes, nous nous retrouvons de plus en plus face à des traitements d'affaires choisies ou à des réactions de passivités des autorités. Le sentiment d'injustice subie est un processus de prise de conscience (e.g., Sartre, 1943, 1995). Il est nécessaire à l'individu face à des fonctionnements sociaux passifs. Ces derniers posent les individus en objet en désintégrant leur identité et leur humanité (Mead, 1934 ; Sartre, 1943). La psychologie sociale nous apprend que c'est à travers les interactions sociales que les individus mettent à l'épreuve et développent leurs pensées, leurs affects et leurs comportements. Or, les interactions sociales sont réglementées mais cette réglementation juridique n'est pas suffisante. Par exemple, la conscience de soi et des autres ne peut se faire que selon certains processus et notamment à travers la réflexivité (e.g., Mead, 1934). Ce processus n'est pas si simple, il nécessite la remise en cause de l'existence d'autrui. En effet, le regard des uns et des autres sur chacun nécessite de poser l'autre en objet. Cette dé-individuation de l'autre lui enlève son humanité et le transforme en objet et par conséquent en élément naturel. Cette perception a priori ou immédiate oblige celui qui en fait les frais à réagir et à rendre la même perception à l'autre. Cette réciprocité crée alors un conflit des regards et des réactions.

Le sentiment d'injustice subie ne peut plus se penser seulement en termes de distribution, de procédure, d'interaction et de rétribution. Les individus semblent enfermés dans cette modélisation de la justice et de l'injustice et ces modèles commencent à être dépassés. Ils n'offrent pas d'autres explications que celles se focalisant sur une forme de pouvoir qui édicte les manières de se conduire et de penser au détriment d'une véritable réflexion sur le pouvoir, les forces et leur légitimité. Il est souvent considéré que ces entités qui gèrent les masses sont par nature incontestables. Comment peut-on encore soutenir les idées comme « violence légitime ? », qui peut encore accepter de se faire maltraiter légalement ? Les événements de ces dernières années nous montrent un climat social de plus en plus « chaud » (e.g., Lewin, Lippitt, & White, 1939). Le sentiment d'injustice subie va naître de cette opposition à une violence gratuite, intense et continue sur des individus ou groupes dominés. On sait que l'injustice peut avoir diverses fonctions à savoir le contrôle des groupes fragiles qui ne réagissent pas, l'activation de la responsabilité chez des groupes qui prennent l'initiative de réagir etc.

Au terme de notre présentation, nous pouvons donner un nouvel éclairage au sentiment d'injustice subie. Tout d'abord, nous le définirons en disant que c'est un affect précis (i.e., N. Goutas, 2009, 2019 ; N. Goutas & A. Goutas, 2020 ; N. Goutas, & al., 2002, 2003 ; A. Goutas, & al. 2010) au même titre, par exemple, que la colère ou la tristesse (e.g., Desteno, & al., 2000 ; Dillard, & Peck, 2001). Ensuite il est relié directement au concept de pouvoir et s'inscrit donc dans les interactions sociales. Par conséquent, la notion d'espace et de temps est un déterminant important. De surcroît, l'individu ou le groupe éprouvant un SIS fait l'expérience d'un usage négatif de la force (e.g. physique, bureaucratie) et du langage (e.g., communication verbale et non verbale incomplète, biaisée, violente) vis-à-vis de ses intérêts personnels ou sociaux avec, incompréhension de ce qui lui arrive, vulnérabilité, perte de contrôle de sa vie (e.g., Seligman, 1975), tensions internes (e.g., Selye, 1956, stress, souffrance, maladie) et externes, interminables (e.g, atteinte de proches innocents, confiscation de son temps par l'autorité, limitation de mobilité dans un espace par l'autorité ou autre). Enfin, le SIS s'inscrit dans une approche psychosociale intégrative de la justice et de l'injustice intégrant le modèle relationnel de Tyler et Lind (1992) et celui de Tyler et Blader (200, 2002) sur l'analyse du groupe. Dans cette veine, le SIS est ancré dans une théorie de l'échange des affects et par voie de conséquence dans la question de la légitimité et de l'acceptabilité des « décideurs ».

### Conclusion

De nombreuses recherches font le lien entre injustice subie ou affect négatif et santé (e.g., Watson & Pennebaker, 1989). Ces études attirent l'attention sur une forme d'*affectivité négative* qui finirait par se cristalliser chez l'individu. Ces auteurs définissent l'affectivité négative comme la tendance à vivre dans un monde dominé par des pensées et des affects négatifs, indépendamment des fluctuations de l'humeur induite en laboratoire ou causée par une psychopathologie. La maladie, la souffrance, le stress et la plainte contribueraient alors à la réduction des défenses immunitaires et par voie de conséquence à la baisse de l'immunisation face aux événements de la vie sociale. Le système immunitaire est alors atteint de plein fouet de par la répétition de l'arbitraire sur les mêmes individus ou groupes sociaux. La réaction face à l'injustice subie devient alors une réaction de survie (Moreno, 1978 ; Darwin, 1859/1992).

Nous avons tenté de montrer que dans un monde en mouvements de plus en plus brusques, il est devenu pratiquement impossible d'échapper aux affects et aux situations de justice/injustice (e.g. Mikula, 1993 ; Mikula, Scherer, & Athenstaedt, 1998 ; Moore, 1978 ; Pettigrew, & Meertens, 1995). La société nous somme de faire face au sentiment d'injustice subie. Plus que jamais, nous devons apprendre à changer nos perceptions du sentiment d'injustice subie comme affect négatif. La maladie ou encore la violence sera alors aux aguets. Il est temps d'envisager le sentiment d'injustice subie dans sa valence positive. À notre connaissance, il n'existe pas de travaux dans ce sens. Pourtant, il permet la résurgence d'une certaine énergie positive qui fait passer l'individu d'une position de

passivité à une position d'activité et de ré-activité (e.g., créativité, mouvements). Il est un moyen puissant de percevoir et de révéler le monde, certains fonctionnements sociaux invisibles (e.g., l'arbitraire). Le *sis* est un moyen de connaissance (Köhler, 1971). Il permet de voir, comme les affects en général, ce que les cognitions (la raison) ne permettent pas. Les affects favorisent la construction d'un savoir affectif de la même façon que le savoir cognitif emmagasiné. Les interactions sociales et le corps sont alors guidés par ce savoir à la fois interne et externe. Par exemple, nous aimons fréquenter les endroits où nous avons éprouvé de la joie, les personnes qui nous procurent un sentiment de bien-être. Notre corps sait également reconnaître les personnes ou les espaces négatifs. Il réagit par des allergies, du stress ou encore de la maladie (e.g., tribunaux, police, guerre, agressions). Plus généralement, les affects sont un mode de communication, de langage. C'est un code compris par tous. Par exemple, la colère peut signifier, « je vais attaquer ». Elle se communique par le regard, les gestes et les paroles.

Ainsi le *SIS* peut entraîner un mouvement de prise de conscience et par conséquent de changement social. En ce sens, les affects se construisent dans le social et sont sociaux (e.g., McCarthy, 1989 ; Parkinson, 1996). C'est pourquoi, les institutions, l'État veille au contrôle social des affects. Ils sont réglementés et ne peuvent s'exprimer n'importe comment (e.g., Elias, 1939/1973 ; Paulhan, 1920). La société tente de faire une éducation à l'expression des affects mais cela n'est pas si simple. L'affect relève par définition de la spontanéité mais aussi de la culture. Il est, le plus souvent, transmis de génération en génération. L'objectif est de tenter d'apporter une harmonie sociale dans son fonctionnement : la question du « comment ? » met en avant la manière dont doit se dérouler l'expression de l'affect ; la question du « où ? » dévoile l'importance du contrôle de l'affect dans certains lieux. Par exemple, il n'est pas permis de crier dans un tribunal lors d'une audience ; la question du « quand ? » détermine le moment de la possibilité d'exprimer ses affects. C'est un moment précis. L'affect ne doit pas s'inscrire dans la durée. Certains affects peuvent nuire au fonctionnement social ; la question de « qui ? » met souvent en avant le droit d'exprimer ou pas l'affect de la part d'un public et/ou en direction d'un public. De fait, les affects contribuent largement à la réduction ou à l'augmentation de la distance sociale physique ou psychologique (e.g., Shibutani, 1961). Nous comprenons alors l'usage politique ou institutionnel des affects. Quand l'affect est destructeur, il faut l'éliminer par diverses méthodes psychosociales.

En tant que chercheurs sur la justice et les affects entre autres, nous devons nous interroger sur la punition et élargir la réflexion au-delà de la punition de ce qui est requis en réponse à l'injustice. Il ne s'agit donc pas de se limiter à la description de notre compréhension de la rétribution et de la restauration, ou même les constructions connexes du pardon, des excuses, de la compensation, de la vengeance, etc. Nous devons enrichir notre compréhension des réponses de justice, des réponses qui transcendent les distinctions entre des voies de recours judiciaires « différentes ». Malgré la reconnaissance par beaucoup dans les sciences sociales que la punition définie par l'isolement carcéral n'est généralement pas la réponse la plus efficace à l'injustice (e.g., Zimbardo, 1973), la rétribution continue d'être omniprésente et institutionnalisée dans de nombreuses cultures et systèmes. Pourquoi la société continue-t-elle de s'appuyer sur

la punition en tant qu'autorité pour les considérations sociales et morales ? Quels sont les aspects psychologiques, sociopsychologiques et sociologiques, et les barrières institutionnelles qui empêchent l'évolution des systèmes destinés à protéger les communautés, au sens sociologique du terme, et les valeurs qui leur sont chères ? Si les chercheurs dans le domaine de la justice souhaitent faire avancer une juste dispense de peines, nous devons comprendre le rôle de la rétribution en tant qu'élément d'un plus large éventail de mesures correctives, tout en étudiant les systèmes institutionnels qui soutiennent leur domination comme moyen d'obtenir justice. L'étude du sentiment d'injustice subie peut-être un premier pas dans cette évolution. Cet article doit-être lu, avant tout, comme une autre manière de questionner la problématique en ouvrant de nouvelles pistes de compréhension. Notre intention s'oppose à toute perspective morale ou dogmatique. Nous espérons que cet article sera l'occasion, pour tous ceux qui s'intéressent, de près ou de loin, à cet enrichissement du SIS (e.g., juristes, éducateurs, décideurs, soignants, public), de trouver une autre manière de faire face aux relations humaines en pleine mutation. C'est dans ce sens que nous avons récemment adapté notre échelle d'affect mesurant le SIS (N. Goutas, & A. Goutas, 2021).

## Références

- Adams, J.S. (1963). Toward an understanding of inequity. *Journal of Abnormal and Social Psychology*, 67, 422-436.
- Adams, J.S. (1965). Inequity in social exchange. In L. Berkowitz (Ed.), *Advances in Experimental Social Psychology*, vol. 2 (pp. 267-299). New York: Academic Press.
- Alexander, F., & Staub, H. (1956). *The criminal, the judge and the public*. Glencoe, Ill.: Free Press.
- Allport, G.W. (1954). The historical background of modern social psychology. In G. Lindzey (Ed.), *Handbook of social psychology* (vol. 1, pp. 3-56). Reading, MA : Addison wiley
- Aristote (rédigé entre 329 et 323 av. J.-C/1991). *Rhétorique*. Paris : Librairie générale Française.
- Aristote (2004). *Ethique à Nicomaque*. Paris : GF Flammarion.
- Barnard, C.I. (1938). *The functions of the executive*. Cambridge, M.A.: Harvard University Press.
- Bentham, J. (1811). *Théorie des peines et des récompenses*. Paris : Hachette.
- Bentham, J. (1843/1962). Principles of penal law. In J. Bowring (Ed.), *The works of Jeremy Bentham*. New York, NY: Russell & Russell.
- Bies, R.J. (1985). *Individual reactions to corporate recruiting encounters: The importance of fairness*. Manuscrit non publié.
- Bies, R.J., & Moag, J.S. (1986). Interactional justice: Communication criteria of fairness. In R.J. Lewicki, B.H. Sheppard, and M.H. Bazerman (Eds.), *Research on Negotiation in Organizations*, vol. 1 (pp. 43-55). Greenwich, CT: JAI Press.
- Binet, A. (1900). *La suggestibilité*. Paris : l'Harmattan.
- Binet, A. (1905). La science du témoignage. *L'Année Psychologique*, XI, 128-136.
- Bourdieu, P. (1980a). *Le sens pratique*. Paris : Éditions de Minuit.
- Bourdieu, P. (1980b). *Questions de sociologie*. Paris : Éditions de Minuit.
- Blau, P.M. (1964). *Exchange and power in social life*. New York: Willey.
- Colquitt, J. A. (2001). On the dimensionality of organizational justice: A construct validation of a measure. *Journal of Applied Psychology*, 80, 386-400.
- Cottingham, J. (1979). Varieties of retribution. *Philosophical Quarterly*, 29, 238-246
- Brooks, T. (2012). *Punishment*. New York, NY: Routledge.
- Buck, R. (1984). *The communication of emotion*. New York: Guilford.
- Crosby, F. (1976). A model of egoistical relative deprivation. *Psychological Review*, 83, 85-113.

- Darwin, C. (1859/1992). *L'origine des espèces*. Paris: GF Flammarion.
- DeSteno, D., Petty, R.E., Wegener, D.T., & Rucker, D.D. (2000). Beyond valence in the perception of likelihood: The role of emotion specificity. *Journal of Personality and Social Psychology*, 78, 397-416.
- Dillard, J.P., & Peck, E. (2001). Persuasion and the structure of affect: Dual systems and discrete emotions as complementary models. *Human Communication Research*, 27, 38-68.
- Doise, W. (1982). *L'explication en psychologie sociale*. Paris : P.U.F.
- Durkheim, E. (1912/2019). *Les formes élémentaires de la vie religieuse*. Paris : P.U.F.
- Durkheim, E. (1893/2004). *De la division du travail social*. Paris : P.U.F.
- Elias, N. (1939/1973). *La civilisation des mœurs*. Paris : Calmann-Lévy.
- Festinger, L. (1954). A theory of social comparison processes. *Human Relations*, 7, 117-140.
- Fiske, S. (1993). Controlling over people: the impact of power on stereotyping. *American Psychologist*, 48, 155-194.
- Folger, R. (1977). Distributive and procedural justice: Combined impact of "voice" and improvement on experiment inequity. *Journal of Personality and Social Psychology*, 35, 108-119.
- Forgas, J.P. (1994). The role of emotion in social judgements: An introductory review and an affect infusion model (AIM). *European Journal of Social Psychology*, 24, 1-24.
- Forgas, J.P. (1995). Mood and judgment: The affect infusion model (AIM). *Psychological Bulletin*, 117, 39-66.
- Forgas, J.P. (2001). *Feeling and thinking: The role of affect in social cognition*. New York : Cambridge University Press.
- Foucault, M. (1975). *Surveiller et punir*. Paris : Gallimard.
- French, J., & Raven, B. (1959). The bases of social power. In D. Cartwright (Ed.), *The bases of social power: studies in social power* (pp. 150-167). Ann Arbor: University of Michigan Press.
- Freud, S. (1906/1959). Psychoanalysis and the ascertaining of truth in courts of law. In P. Rieff (Ed.), *Clinical papers and papers on technique* (Collected Papers, vol.35, pp.450-458). New York: Collier.
- Gogorza, A. (2021). *Colloque, Les dynamiques pénales du sentiment d'injustice subie, 4 juin*, Université Toulouse 1 Capitole (France).
- Gouldner, A.W. (1960). The norm of reciprocity: A preliminary statement. *American Sociological Review*, 25, 161-179.
- Goutas, N. (2009). Analyse de trois échelles mesurant la justice et l'injustice dans des tribunaux correctionnels français : Le cas des auteurs de délits et des

observateurs/auditeurs. *Revue Internationale de Criminologie et de Police Technique et Scientifique*, vol. LXII, 157-170.

- Goutas, N. (2019). Monde secret des juges, sentiment d'injustice subie et risques psychosociaux : Repenser la justice civile et la justice pénale. In Sandrine Gaymard (Ed.), *Psychologie sociale appliquée aux grandes thématiques contemporaines* (pp. 199-212). Paris : L'Harmattan.
- Goutas, N., & Goutas, A. (2020). Pourquoi désobéir au Code de la route : Influence du Sentiment d'Injustice Subie. Étude exploratoire. *Colloque « Justice et Injustice : approche psychosociale, juridique et historique dans la prévention des risques »*, 14 décembre, Angers (France).
- Goutas, N., Goutas, A. (2021). Why people disobey the Highway Code: Influence of the Sentiment of undergone injustice. Article en préparation.
- Goutas, N., Girandola, F., & Minary, J.P. (2002). Prévention de la violence juvénile : Effets de l'Inoculation Persuasive. *Les Cahiers Internationaux de Psychologie Sociale*, 4, 8-20.
- Goutas, N., Girandola, F., & Minary, J.P. (2003). Le Sentiment d'Injustice Subie : Un Nouveau Regard sur l'Aggression. *Revue Internationale de Psychologie Sociale*, 16, 125-149.
- Goutas, A., Goutas, N., & Vieille-Marchiset, G. (2010). Le Sentiment d'Injustice Subie : Réactions comportementales. *Revue Internationale de Criminologie et de Police Technique et Scientifique*, vol. LXIII, 3, 293-314.
- Greenberg, J. (1993a). Stealing in the name of justice: Informational and interpersonal moderators of theft reactions to underpayment inequity. *Organizational Behavior and Human Decision Processes*, 54, 81-103.
- Greenberg, J. (1993b). The social side of fairness: Interpersonal and informational classes of organizational justice. In R. Cropanzano (Ed.), *Justice in the workplace: Approaching fairness in human resource management* (pp. 79-103). Hillsdale, NJ: Lawrence Erlbaum.
- Gusfield, J. (1963). *Symbolic crusade: Status politics and the american temperance movement*. Urbana, Ill.: University of Illinois Press.
- Hatfield, E., Walster, G.W., & Piliavin, J.A. (1978). Equity theory and helping relationships. In L. Wispé (Ed.), *Altruism, sympathy, and helping*. New York: Academic Press.
- Heider, F. (1944). Social perception and phenomenal causality. *Psychological Review*, 51, 358-374.
- Heider, F. (1946). Attitudes and cognitive organization. *Journal of Psychology*, 21, 107-112.
- Heider, F. (1958). *The psychology of interpersonal relations*. New York: Wiley.
- Heise, D.R. (1979). *Understanding events: Affect and the construction of social action*. Cambridge, UK: Cambridge University Press.
- Hobbes, T. (1651/2000). *Léviathan*. Paris : Gallimard.

- Hochschild, A.R. (1975). The sociology of feeling and emotion: Selected possibilities. In M. Millman and R. Kanter (Eds.), *Another voice* (pp. 280-307). New York: Anchor.
- Hochschild, A.R. (1979). Emotions work, feeling rules, and social structure. *American Journal of Sociology*, 85, 551-575.
- Hogarth, J. (1971). *Sentencing as a human process*. Toronto, Canada: University of Toronto Press.
- Homans, G. C. (1961). *Social behavior: Its elementary forms*. New York, NY: Harcourt, Brace & World.
- Isen, A.M., & Levin P.E. (1972). The effect of feeling good on helping: Cookies and kindness. *Journal of Personality and Social Psychology*, 15, 294-301.
- Jackson, J., Bradford, B., Hough, M., Myhill, A., Quinton, P., & Tyler, T. R. (2012). Why do people comply with the law? Legitimacy and the influence of legal institutions. *British Journal of Criminology*, 52, 1051-1071.
- James, W. (1890). *The principles of psychology*. New York: Henry Holt and Company.
- Jeuland, E. (2020). *La justice des émotions*. Paris : IRJS éditions.
- Kant, I. (1785/1993). *Grounding for the metaphysics of morals* (J. Ellington, Trans.) Indianapolis, IN: Hackett Publishing Company.
- Keltner, D., Grunefeld, D., & Anderson, C. (2003). *Power, approach, and inhibition*. Washington, DC: American Psychological Association.
- Kemper, T.D. (1978). *A social interactional theory of émotions*. New York: Wiley.
- Köhler, W. (1971). *The selected papers of Wolfgang Köhler*. New York: Liveright.
- Lazarus, R.S. (1984). On the primacy of cognition. *American Psychologist*, 39, 2, 124-129.
- Leventhal, G.S. (1976). Fairness in social relationships. In J.W. Thibaut, J.T., Spence, R.C. Carson (Eds.), *Contemporary topics in social psychology* (pp. 211-239). Morristown, N.J.: General Learning Press.
- Leventhal, G.S. (1980). What should be done with equity theory? New approaches to the study of fairness in social relationships'. In K. Gergen, M. Greenberg, and R. Willis (Eds.), *Social Exchange: Advances in Theory and Research* (Plenum Press, New York), pp. 27-55.
- Lewin, K. (1935). Psychosociological problem of a minority group. *Character and Personality*, 3, 175-187.
- Lewin, K. (1936). *Principales of topological psychology*. New York: McGraw-Hill.
- Lewin, K (1939). Field psychology and Experiment in Social psychology: Concepts and Methods. *American Journal of Sociology*, 44, No. 6, 868-896.
- Lewin, K, Lippitt, R., & R.K White (1939). Patterns of aggressive behavior in experimentally created "Social Climates". *Journal of Social Psychology*, 10, 271-299.
- Major, B. (1994). From social inequality to personal entitlement: The rôle of social comparisons, legitimacy appraisals and group membership. *Advances in Experimental Social Psychology*, 26, 293-355.

- Marston, W.M. (1924). Studies in testimony. *Journal of Criminal Law and Criminology*, 15, 5-31.
- Martin, J. (1986). The tolerance of injustice. In J.M. Olson, C. P. Herman, & M.P. Zanna (Eds.), *The Ontario symposium: Vol. 4 Relative deprivation and social comparison* (pp. 217-242). Hillsdale, NJ: Erlbaum.
- Marx, K. (1867/1968). Des échanges. In K. Marx (Ed.), *Le Capital* (Livre 1 Collection Folio, pp. 167-178). Paris Gallimard.
- Mauss, M. (1921). L'expression obligatoire des sentiments. *Journal de Psychologie*, 18, 425-434.
- Mauss, M. (1923/1924). Essai sur le don. Forme et raison de l'échange dans les sociétés archaïques. *L'Année Sociologique*, 1, 30-186.
- McCarthy, E.D. (1989). Emotions are social things: An essay in the sociology of emotions. In David D. Franks and E. Doyle McCarthy, *Sociology of Emotions: Original Essays and Research Papers* (pp. 51-72). Greenwich, CT: JAI Press.
- Mead, G. (1934). *Mind, self, and society: From the standpoint of social behaviorist*. Chicago: University of Chicago Press.
- Mikula, G. (1993). On the experience of Injustice. *European review of Social Psychology*, 4, 223-244
- Mikula, G., Scherer, K., & Athenstaedt, U. (1998). The role of injustice in elicitation of differential reactions. *Journal of Personality and Social Psychology*, 24, 769-783.
- Milgram, S. (1965). Some conditions of obedience and disobedience to authority. *Human Relations*, 18, 57-76.
- Milgram, S. (1974). *Soumission à l'autorité*. Paris : Calmann-Levy.
- Moreno, J.L., (1978). *Who shall survive*. New York: Bacon House Inc.
- Moore, B. (1978). *Injustice: The social bases of obedience and revolt*. White Plains, N.Y.: M.E. Sharpe.
- Munsterberg, H. von. (1908). *On the witness stand: Essays on psychology and crime*. New York: Doubleday.
- Parkinson, B. (1996). Emotions are social. *British Journal of Psychology*, 87, 663-683.
- Paulhan, F. (1920). *Les transformations sociales des sentiments*. Paris : Ernest Flammarion.
- Pettigrew, T.F., & Meertens, R.W. (1995). Subtle and blatant prejudice in western Europe. *European Journal of Social Psychology*, 25, 57-75.
- Piaget, J. (1932). *Le jugement moral chez l'enfant*. Paris : P.U.F.
- Rimé, B. (1989). Le partage social des émotions. In B. Rimé et K. Scherer (Eds.), *Les émotions* (271-303). Neuchâtel : Delachaux & Niestlé.
- Rimé, B. (1993). Le partage social des émotions. In B. Rimé & K. Scherer (Eds.), *Les Emotions* (pp.271-303). Neuchâtel, Paris : Delachaux et Niestlé.
- Rimé, B. (1997). Emotion et cognition. In Beauvois, J.L. (Ed.), *La Psychologie Sociale, l'Ere de la Cognition* (Tome III, pp.107-125). P.U.G.
- Rimé, B. (2005). *Le partage social des émotions*. Paris : P.U.F

- Rosenberg, M., & Turner, R.H. (1981). *Social psychology : Sociological perspectives*. New York : Basic Books.
- Sartre, J.P. (1943). *L'être et le néant*. Paris : Gallimard.
- Sartre, J.P. (1995). *Esquisse d'une théorie des émotions*. Paris : Hermann.
- Seligman, M.E. (1975). *Helplessness: on depression, development and death*. New York: Freeman and company
- Selye, H. (1956). *The stress of life*. New York: McGraw-Hill.
- Sénèque (1995). *L'Homme apaisé*. Paris : Arléa
- Stern, W. (1903). *Beitrag zur psychologie der aussage*. Leipzig: verlag Barth.
- Shibutani, T. (1961). *Society and personality: An interactionist approach to social psychology*. Englewood Cliffs, NJ: Prentice Hall.
- Sifneos, P.E. (1972). *Short term psychotherapy and emotional crisis*. Cambridge, M.A. : Harvard University Press.
- Simmel, G. (1908/2013). *Etudes sur les formes de la socialisation*. Paris : P.U.F.
- Skinner, B. F. (1938). *The behavior of organisms*. New York: Appleton-Century-Crofts.
- Skinner, B. F. (1953). *Science and human behavior*. New York: MacMillan.
- Stouffer, S. A., Suchman, E. A., DeViney, L. C., Star, S. A., & Williams, R. M., Jr. (1949). *The American soldier: Adjustment during Army life* (Vol. 1). Princeton, NJ: Princeton University Press.
- Tanke, E.D., & Tanke, T.J. (1979). Getting off the slippery slope: Social science in the judicial process. *American Psychologist*, 34, 1130-1138.
- Tarde, G. (1890/2001). *Les lois de l'imitation*. Paris : Editions du seuil.
- Thibaut, J.W., & Kelley, H.H. (1959). *The social psychology of group*. Oxford, UK: Wiley.
- Thibaut, J.W., and Walker, L. (1975). *Procedural justice: A Psychological Analysis*. Hillsdale, NJ: Erlbaum.
- Tomkins, S.S. (1981). The quest for primary motives: Biography and autobiography of an idea. *Journal of Personality and Social Psychology*, 41, 306-329.
- Tyler, T. (2006). *Why people obey the law*. New Jersey: Princeton University Press.
- Tyler, T., & Blader, S.L. (2000). *Cooperation in groups: Procedural justice, social identity, and behavioral engagement*. Philadelphia: Psychology Press.
- Tyler, T., & Blader, S.L. (2002). Autonomous vs. Comparative status: Must we be better than others to feel good about ourselves? *Organizational Behavior and Human Decision Process*, 89, 813-838.
- Tyler, T., & Lind, E.A. (1992). A relational model of authority in groups. In M.P. Zanna (Ed.), *Advances in Experimental Social Psychology*, (Vol. 25, pp. 115-191). San-Diego, C.A.: Academic Press.
- Vidmar, N., & Miller, D.T. (1980). Socialpsychological processes underlying attitudes toward legal punishment. *Law & Society Review*, 14, 565-602.

- Vigour, C. (2021, Ed.). *Les rapports des citoyen.nes à la justice : expériences, représentations et réceptions*. Rapport de recherche. Paris : Mission de Recherche : Droit et Justice.
- Walster, E., Walster, G. W., & Berscheid, E. (1978). *Equity theory and research*. New York, NY: Allyn Bacon.
- Watson, D., & Pennebaker, J.W. (1989). Health complaints, stress, and distress: Exploring the central rôle of negative affectivity. *Psychological Review*, 96, 234-254.
- Weber, M. (1922/1995). *Economie et société : Les catégories de la sociologie*. Paris : Plon.
- Weber, M. (1914/2013). *La domination*. Paris : La Découverte.
- Weihofen, H. (1957). *The urge to punish*. London: Gollancz.
- Weiner, B. (1995). *Judgments of responsibility: A foundation for a theory of social conduct*. New York: Guilford.
- Weiss, H. M., Suckow, K., & Cropanzano, R. (1999). Effects of justice conditions on discrete emotions. *Journal of Applied Psychology*, 84, 786-794.
- Zajonc, R.B. (1980). Feeling and thinking: Preferences need no inferences. *American Psychologist*, 35, 151-175.
- Zajonc, R.B. (1984). On the primacy of affect. *American Psychologist*, 39, 117-123.
- Zelditch, M. (2001). Theories of legitimacy. In J.T. Jost & B. Major (Eds.), *The psychology of legitimacy: emerging perspectives on ideology, justice, and intergroup relations* (pp. 35-53). New York: Cambridge Press.
- Zimbardo, P. (1973). On the ethics of intervention in human psychological research: With special reference to the Stanford prison experiment, *Cognition*, 2, 243-256.

## Demystifying Justified Expectations in American Tort Conflicts

**La démystification des attentes légitimes en droit américain des conflits de lois : étude en matière de responsabilité délictuelle**

**Yoann PRÉ**

*Doctorant et ATER*

**Key words:** Private international law – Conflict of laws – American choice of law – American case law – Torts – Tort conflicts – Justified Expectations – Predictability – Restatement (Second) of Conflict of Laws – Multi-state torts – Complex litigations – Conflicts Law General Theory – Comparative Private International Law – European perspective on American Choice of Law

**Abstract:** The need to protect the parties' justified expectations has always been considered important in conflicts of laws involving contracts and other planned transactions. By contrast, the common assumption has been – and in some quarters still is – that party expectations are not important in tort conflicts, either because of the simplistic rationale that torts are not planned or because of the influence of choice-of-law approaches, such as Brainerd Currie's governmental interest analysis, which excessively focus on state interests. However, a closer analysis reveals that a proper use of justified expectations can help to resolve certain complex tort conflicts by serving as a gap-filler or tie-breaker, while also enriching modern choice-of-law approaches. This factor also explains, in terms of economic analysis, the patterns emerging from the decisions of American courts and points to a convergence with the solutions adopted by modern European regulations.

**Mots clefs :** Droit international privé – Droit des conflits de lois – Droit américain – Jurisprudence américaine – Responsabilité civile – Délits – Attentes légitimes – Légitimes prévisions – Prévisibilité – Sécurité juridique – Restatement (Second) of Conflict of laws – Délits complexes – Délits transnationaux – Théorie générale du conflit de lois – droit international privé comparé – approche européenne du droit des conflits de lois américain.

**Résumé :** En droit des conflits de lois, la protection des attentes légitimes a toujours été considérée comme primordiale s'agissant de la matière contractuelle ou des domaines impliquant une forme d'anticipation juridique. A contrario, l'on présume que les attentes des parties n'ont pas de valeur en matière délictuelle, soit en raison de l'argument simpliste que les dommages ne découlent d'aucune anticipation soit, aux États-Unis, en raison de l'influence de la théorie des intérêts gouvernementaux qui privilégie les politiques législatives des États au détriment de cette considération. À

l'analyse de la jurisprudence américaine du conflit de lois, le facteur des attentes légitimes des parties permet pourtant de résoudre des délits complexes auxquels la méthode conflictuelle se heurte en comblant les lacunes de cette dernière ou en permettant de trancher les conflits positifs, dans la continuité de l'approche fonctionnelle de la règle de conflit. L'analyse économique du droit permet également d'expliquer les tendances jurisprudentielles qui se laissent observer aux États-Unis en application du concept d'attentes légitimes, ces tendances donnant tout lieu de croire à la convergence des solutions américaines et européennes du droit des conflits de lois en matière de responsabilité délictuelle.

## INTRODUCTION

The protection of justified expectations is a significant concern of any democratic legal system. This is true in domestic law as well as in conflicts law. In domestic law, this concern underlies some foundational concepts, such as the maxim *pacta sunt servanda* or the principle of non-retroactivity of substantive legislation. In conflicts law, this concern translates into the principle that a person should not be subjected to a foreign law if its application could not have been reasonably anticipated. This principle has always been considered important in conflicts involving contracts and other planned transactions. By contrast, the common assumption has been – and in some quarters still is – that party expectations are not important in tort conflicts, either because of the simplistic rationale that torts are not planned or because of the influence of choice-of-law approaches, such as Brainerd Currie's governmental interest analysis, which excessively focus on state interests and disregard or downplay the interests of individuals involved in the conflict. The Restatement (Second), the most popular among modern American choice-of-law approaches, lists the need to protect the parties' justified expectations among the several factors that should guide choice-of-law decisions, but on closer inspection it appears that this factor is intended to be used primarily in contract conflicts. It is true of course that modern Supreme Court decisions demarcating the limits of state choice-of-law action underscore the need to avoid unfair surprise and thus indirectly protect party expectations. But the function of these decisions is negative rather than affirmative, they simply define the outer limits of permissible state action rather than provide affirmative criteria for choosing the applicable law.

The protection of justified expectations suffers from an acute misconstruction problem when it comes to tort conflicts. While Currie's interest analysis won over conflicts scholastics and the judicial world in the past century, interest for the parties' reasonable expectations seems to have slowly faded away. Modern theory, which ultimately tries to utilize party expectations as an outbound constitutional perimeter to safeguard the natural play of each state's conflicts approach, does little more. Courts applying the modern theory to complex tort conflicts often reach disparate outcomes.

This Article explores the role of justified party expectations in tort conflicts. It contends that, far from being unimportant, justified expectations can play a useful role in resolving certain conflicts by serving as a tie-breaker in true conflicts, or as a gap-filler in “unprovided-for” (or “no-interest”) cases. From an economic analysis perspective, this factor explains the emerging decisional patterns in split-domicile and cross-border torts, while, from a comparative perspective, it suggests a certain degree of convergence between those patterns and some modern European choice-of-law rules.

The Article proceeds as follows. Part I discusses the role of party expectations under the Restatement Second’s official comments and judicial decisions following it. Part II examines the role of parties’ legitimate expectations in traditional and modern conflicts theory. Finally, part III shows how judicial decisions that use the parties’ justified expectations in resolving tort conflicts complement as well as enrich modern choice-of-law approaches while providing rational solutions in difficult tort fact patterns.

## I.- DO JUSTIFIED EXPECTATIONS MATTER IN TORT CONFLICTS?

The notion of parties’ justified expectations is an obscure and debatable concept... Its interpretation and use diverges greatly from one decision to another and from one author to another. It is, nonetheless, a factor that covers all fields of the law<sup>1</sup> and can have resonance in all conflicts of laws<sup>2</sup>. Unfortunately, the Restatement (Second), the most popular among modern American choice-of-law approaches, assigns a limited role to this factor by confining it to contract conflicts. As detailed below, the Restatement’s official comments declare that, in most tort conflicts, “this factor can play no part in the decision of a choice-of-law question.”<sup>3</sup> This section will first discuss the assumption of the Restatement (Second)’s official comments that limits the role of justified expectations in tort conflicts (A). It will explain how the restatement’s assumption is erroneous (B). The next paragraph will show how this assumption sometimes leads to ill-based decisions (C). Finally the last part will reveal that, despite the Restatement’s assumption, a majority of courts have realized the importance of party expectations in tort conflicts (C).

### A.- THE RESTATEMENT’S ASSUMPTION

In 1971, after more than 17 years of scholarly work deconstructing the traditional approach to conflicts law and stressing its various flaws, the Restatement (Second) of Conflicts of Laws tried to integrate most of the Revolution’s criticisms and breakthroughs. However, its most emblematic section - section 6 – which has been

---

<sup>1</sup> Thalia KRUGER, *The Quest for Legal Certainty in International Civil Cases*, 380 *Academie de droit international, recueil des cours: collected courses of the hague academy of int’l law* 281, 305 (2015).

<sup>2</sup> Max RHEINSTEIN, *The Place of Wrong: A Study in the Method of Case Law*, 19 *Tul. L. Rev.* 4, 20-22 (1944) [hereinafter *The Place of Wrong*] (“... legitimate expectations of the parties... a policy which is basic for the entire legal order, and which underlies numerous of the very fundamental institutions of the law....”).

<sup>3</sup> Restatement (Second) of Conflict of Laws § 6 cmt. g (1971) [hereinafter Restatement (second)].

depicted as the “laundry list to end all laundry lists,”<sup>4</sup> provided judges with little specific guidance. The list consists of seven non-hierarchical factors drawn from disparate schools of thought, from Professor Currie’s interest analysis to Professor Rheinstein’s justified expectations. As a result, the significance of each factor still remains “in the eye of the beholder,”<sup>5</sup> despite decades of judicial experimentation.

One of the seven factors is “the protection of justified expectations”, which the accompanying official comments attempt to explain. According to comment g, under section 6,

“[T]he policies in favor of protecting the justified expectations of the parties... come to the fore in the rule... that the parties can choose the law to govern their contract.”<sup>6</sup> To the contrary, in the area of negligence, the official comments claim that parties “act without giving thought to the legal consequences of their conduct or to the law that may be applied.”<sup>7</sup> Hence, according to the official comments, in such an area of the law “the parties have no justified expectations to protect and this factor can play no part in the decision of a choice-of-law question.”<sup>8</sup>

The official comments under §6 do however provide a limited opportunity: when a party “(has) justifiably molded his conduct to conform to the requirements of another state [law].”<sup>9</sup> A party who relied on the application of a mandatory rule of law in one state could supposedly argue that his justified expectations would be contradicted by the application of another law, even in the field of tort conflicts. Unfortunately, the official comments carry on by adding that “it is in part because of this factor that the parties are free within broad limits to choose the law to govern the validity of their contract...”<sup>10</sup> Because, through that sentence, justified expectations are again tied back to contractual expectations, courts have continued to overlook their potential in tort conflicts.

The official comments to §145 on Torts is the only section of the Restatement’s chapter 7 on wrongs that mentions justified expectations. It explains that “the factors listed in Subsection (2) of the rule of § 6 vary somewhat in importance from field to field.”<sup>11</sup> “Thus, the protection of the justified expectations of the parties, which is of extreme importance in such fields as contracts, property, wills and trusts, is of lesser importance in the field of torts.”<sup>12</sup>

---

<sup>4</sup> Patrick J. BORCHERS, *An Essay on Predictability in Choice-of-Law Doctrine and Implications for a Third Conflicts Restatement*, 49 Creighton L. Rev. 495, 503 (2015-2016) [hereinafter *An Essay on Predictability in Choice-of-Law*].

<sup>5</sup> *Id.*

<sup>6</sup> Restatement (Second) § 6 cmt. c.

<sup>7</sup> *Id.* § 6 cmt. g.

<sup>8</sup> *Id.*

<sup>9</sup> *Id.*

<sup>10</sup> *Id.*

<sup>11</sup> *Id.* § 145 cmt. b.

<sup>12</sup> *Id.* The Restatement’s comments add that:

[T]his is because persons who cause injury on nonprivileged occasions, particularly when the injury is unintentionally caused, usually act without giving thought to the law that may be applied to determine the legal consequences of this conduct. Such persons have few, if any, justified expectations in the area of

These assumptions leave little or no room for the use of justified expectations in tort conflicts. Although the “conduct-conforming” hypothesis opens a small window for justified expectations to play in tort conflicts, a global view at the Restatement’s official comments leave the reader with the general impression that the Restatement’s fourth consideration should almost never be taken into account in this field. As a consequence, it has been affirmed that they simply “apply to planned transactions or situations where parties rely on law in advance”<sup>13</sup> and “have no relevance for negligent torts.”<sup>14</sup>

The Restatement’s assumption stems from the idea that only a legal instrument, a contract for instance, or any type of legal act may provide the reliance basis and the proof of both parties’ intentions as to applicable law. A marriage decree, a will, a contract supposedly “crystallize”<sup>15</sup> both parties expectations and may be the only source of justifiable reliance in this perspective.

This is the reason why the Restatement’s official comments under section 283 on the law applicable to the validity of marriage<sup>16</sup> also emphasizes the role of justified expectations in balancing out the various factors set forth by § 6. The marriage decree is treated as a sort of contract, a mutually agreed-upon legal transaction. According to the Restatement, any “planned transaction”<sup>17</sup>, patrimonial or not, presumes forethought on the part of the parties, and for this reason only should justified expectations bear some importance. In other words, justified expectations apply to contracts conflicts and the like. Conversely, any legal relationship between parties that did not derive from a planned transaction would be considered as if they had never given forethought to the legal ramifications of their actions and duties<sup>18</sup>. While the premise that forethought can be presumed in legal acts might often be right, it is erroneous to exclude the possibility that is the case with other types of social interactions.

## B.- AN ILL-BASED ASSUMPTION

The assumption of the Restatement’s official comments oversimplifies the reality of human interaction. Rules of law, in general, generate expectations as to the fashion in which one should behave and conduct one activity, or expect others to do so. Expectations only need to be recognized by the law when they are deemed reasonable

---

choice of law to protect, and as to them the protection of justified expectations can play little or no part in the decision of a choice of law question.

<sup>13</sup> Michael H. HOFFHEIMER, *Conflict of Laws: Examples & Explanations* 248(2nd Ed. 2013).

<sup>14</sup> *Id.*

<sup>15</sup> This word is a reference to Pierre Mayer’s crystallization theory to the recognition method (« *méthode de la reconnaissance* ») in French conflicts. See Pierre MAYER, *Les méthodes de la reconnaissance en droit international privé*, in *Mélanges en l’honneur de Paul Lagarde*, Dalloz, 552 (2005).

<sup>16</sup> Restatement (second) § 283 cmt. b.

<sup>17</sup> See Restatement (Second) §145 cmt. b.

<sup>18</sup> This assumption is shared by French authors. See, Paul LAGARDE, *Le principe de proximité dans le droit international privé contemporain – Cours général de droit international privé*, in 196 *Académie de Droit International, Recueil des Cours: Collected Courses of the Hague Academy of Int’l Law* 9, 116 (1986), and adopting his position, see Dominique BUREAU & Horatia MUIR WATT, *Droit international privé*, vol. 1, 617 (4th ed., 2017) or Bernard AUDIT & Louis d’AVOUT, *Droit international privé*, 155 (8th ed., 2018).

or justified in the eye of the court. However, contractual rights and obligations are not the only forms of duties recognized and imposed under the law. Rules of torts also bind people with positive duties, through standards of care for instance, and prevent individuals from either causing harm or being the victim of others. These rules can also generate expectations on the part of future litigants or “parties” to a dispute. In that sense, parties can reasonably argue to have relied on a specific rule of conduct, just as much as one may rely on a contractual obligation.

Take two situations: (1) A pedestrian who is crossing a street in the United States sees a British driver rushing towards him because he is mistakenly driving in the left lane, and; (2) A Californian consumer sues a corporation for the terms of a contract appearing in its sales agreement. The pedestrian is arguably much more likely to believe that if he is hit by the British driver, American law will apply, as opposed to the corporation which may or may not legitimately believe that the terms of its contract are not unconscionable. However, the former relies on a legal duty imposed by the law to protect him whereas the latter relies on a contractual obligation.

Thus the way reliance materializes is irrelevant to its legitimacy. It is merely a clue as to the existence of such reliance. The reason why such reliance is justified comes from multiple sources that make them so.

Indeed, “justified” expectations (or “legitimate”, “reasonable” expectations) are not mere expectations. The adjective that characterizes them is paramount to the credible construction of the notion. It reflects the existence of an objective standard to accredit those expectations with legal weight<sup>19</sup>. Depending on the field, such standard will be either self-evident, or construed by the judge because of the value she places on the “object of reliance”. The “object of reliance” may be a contract, a mandatory rule of law, an act, or a judicial decision, a conduct, and so on. This object will “crystallize” the parties’ expectations, and depending on the legitimacy the judge attributes to such reliance, it will be able to determine applicable law.

Expectations do not only crystalize through a decree, license, or contract. Each party may be entitled to rely on a specific source of law that was intended to protect her. Parties may justifiably rely on rules applicable in the state where the tortfeasor takes actions or where those actions have foreseeable consequences.

Finally, the other party’s actions can also induce reliance. The “reasonable man” standard that is often referred to in other branches of the law may also be used in connection with justified expectations to decide over competing claims. The reasonableness standard needed for expectations to be justified can be based on the willful and harmful conduct of one party and establish foreseeability. More on this point will come in part III.

In sum, justified expectations do indeed play a role in tort conflicts. However, the Restatement’s assumption to the contrary has misguided many courts. Because courts need sound rules and efficient formulas to face their docket’s numerous cases, the official comment’s assumption has sometimes been taken as a rule of thumb.

---

<sup>19</sup> See Alex MILLS, *The Confluence of Public and Private International Law* 9-10 (2009).

### C.- SOME MISGUIDED APPLICATIONS

Unfortunately, black-letter rules, or categorical assumptions, do not survive the test of time. It was, after all, the main criticism made against the First Restatement, that rigidity leads to either uncontrollable escape devices or blind injustice. As a consequence to this kind of rigid view on justified expectations, some courts have taken the Restatement's assumption at face value and discarded any role justified expectations may have in tort conflicts, even when they do matter.

As a very illustrating example in this line of decisions is *Butler v. North American Capacity Insurance Company*. It claimed as a premise that the protection of justified expectations were "of lesser importance in the field of torts... because tort injuries are typically unintentional."<sup>20</sup> As a result, the court reached a solution contrary to the plaintiff's legitimate expectations under the circumstances.

In this case, an Idaho corporation's official had allegedly made fraudulent misrepresentations over the phone to a Montana consumer. Defendant was liable under Montana law but not under Idaho law. While admitting that "the representations were relied upon in Montana, and that Montana's consumer protection policy [pointed] to Montana law"<sup>21</sup> the Court refused to apply Montana law nonetheless. After conducting a contact-based analysis and a policy analysis that revealed a true conflict, the court held that the parties' relationship was centered in Idaho because the plaintiff had independent ties to Idaho and the defendant's principal place of business was located there<sup>22</sup>. In other words, in order to avoid weighing the strength of both interested states' policies, the court resorted to a purely geographical contact-based approach, negating any role to justified expectations. The majority opined that neither the plaintiff nor the defendant could necessarily believe that their state's law ought to apply<sup>23</sup>. In order to anticipate on judge Christen's dissent<sup>24</sup>, the majority relied on the often cited *Phillips v. General Motors Corp.* case, where the Montana Supreme Court held that "tort cases generally do not involve justified expectations."<sup>25</sup>

However, as Judge Christen highlighted, the *Phillips* court found that manufacturers "presumably give advance thought to the legal consequences of their conduct"<sup>26</sup> and only held that any expectation the defendant had that a dispute concerning the defective product would be governed by the law of the defendant's state would not be justified<sup>27</sup>. Judge Christen deduced that the majority misused *Phillips* because *Phillips* had otherwise "recognized that justified expectations are indeed a factor to be considered in cases like *Butler*"<sup>28</sup>, a tort case. Her dissenting opinion explained that the plaintiff's belief

<sup>20</sup> 2017 WL 1363808, 2 (9th Cir. Apr. 14, 2017).

<sup>21</sup> *Id.* at 1.

<sup>22</sup> *Id.* at 2.

<sup>23</sup> *Id.*

<sup>24</sup> *Id.* at 3-6.

<sup>25</sup> *Id.* at 2 (quoting *Phillips v. General Motors Corp.*, 995 P.2d 1002, 1013 (2000)).

<sup>26</sup> *Id.* at 5-6 (quoting *Phillips*, *supra* note 24 at 1013).

<sup>27</sup> *Id.*

<sup>28</sup> *Id.* at 6.

that Montana law would apply was reasonable, as he was a resident who filed a claim in Montana state court after a professional licensed in both states directed the contested misconduct at the plaintiff in Montana<sup>29</sup>.

The majority opinion's only argument was that the parties "had the ability to include a choice-of-law provision in their settlement contract"<sup>30</sup>, which was made over the phone and was the object of the alleged fraudulent misrepresentation. As Judge Christen rightly wrote, "the district court erred by setting aside any consideration of the parties' reasonable expectations simply because Butler's claim sounded in tort."<sup>31</sup> And it was probably that premise which led the majority to the wrong conclusion.

Another decision illustrates quite well this problem. In *Day v. Amor Ministries*, the Arizona Court of Appeals held that "[t]he protection of justified expectations [was] not a consideration... because neither party anticipated the negligent act and therefore could not have formed an expectation as to which law would apply in the event of negligence."<sup>32</sup> In other words, this court believed that individuals and companies generally behave with absolutely no thought as to what legal consequence their misconduct may lead. This assertion is logically and practically unsound.

The categorical assumption that justified expectations have little or no weight in tort cases, such as negligence, is ultimately based on the supposition that people never think about what they should do when they interact in society. This assumption not only contradicts one of the most basic principles of any legal system, namely that ignorance of the law is no excuse, but also defies common sense as it denies the primary purpose of rules of tort, which is to organize society. People and companies do have some clue as to what they are supposed to do or as to that which they are strictly prohibited from doing where they live or where their actions have foreseeable consequences.

There may be, and quite often is, hesitation in the field of conflicts law as to which standard these parties should conform their conduct to. But this is not a reason to discard the entire premise altogether that tort law could be a source of reliance. Going from one extreme to another is never a fertile ground for sound legal reasoning.

Fortunately, courts encounter enough cases that they were bound to observe the recurring appearance of legitimate expectations in the field of tort conflicts. Although some courts stick to the doctrine of the Restatement's official comments like in *Butler*<sup>33</sup>, *Phillips*<sup>34</sup>, or *Day*<sup>35</sup>, many now take the factor into account in tort conflicts. The work of the conflicts revolution continues through them.

---

<sup>29</sup> *Id.*

<sup>30</sup> *Id.* at 2. The argument was all the more questionable that the foundation of the settlement contract itself was contested and a choice-of-law clause would most likely not have applied to tort claims.

<sup>31</sup> *Id.* at 6.

<sup>32</sup> 2013 WL 709660, 8 (Ariz. Ct. App. Feb. 26, 2013).

<sup>33</sup> *Butler*, *supra* note 19.

<sup>34</sup> *Phillips*, *supra* note 24.

<sup>35</sup> *Day*, *supra* note 31.

## D.- A JUDICIAL REALIZATION

American courts have encountered a wide variety of tort conflicts where reasonable expectations warranted the application of one state law over another. The list is long but some illustrating examples give an idea of the extent to which courts have applied justified expectations in this field. There are of course plane-crash cases, where the location of the accident is usually purely fortuitous and application of the *lex loci delicti* would shock traditional values of justice and the “normal expectations” of the parties<sup>36</sup>. There are also single-car accidents where both driver and passenger come from the same state and the issue is one of loss-allocation<sup>37</sup>. There are defamation cases where the protection of the First Amendment’s protection could reasonably have been relied upon by one of the parties<sup>38</sup>. There are also product-liability cases where the product was never commercialized in the state where the injury occurred<sup>39</sup>. There are many other instances that will be studied throughout this article where the use of justified expectations in tort conflicts proves the Restatement’s assumption wrong.

Despite the general message given to the courts, some of them have managed to make good use of the small window offered by the Restatement’s official comments in such cases where the parties have “justifiably conformed [their] conduct to the laws of a particular state”<sup>40</sup>. The question remains however, whether this part of the comments could be construed in a more liberal fashion. A better interpretation of this part of the official comments should encompass both the rare cases where it can be proven that a party justifiably conformed his conduct to a rule of law of which he had knowledge, and cases where it may be presumed that the party who claims that she relied on a given rule did justifiably so because of the nature of said rule, because it is a conduct-regulating rule for instance. It does not mean in the second case that the party did actively mold her conduct to a rule of law, especially if she is the victim and not the one to break the law.

Courts have been creative in the way to explain the use of justified expectations in tort conflicts, despite the limited leeway that official comments give them.

Some courts have combined interest analysis with justified expectations to explain why such reliance was legitimate. This analysis works especially well in cases involving conduct-regulating rules where the state’s interest aligns with justified expectations. In

---

<sup>36</sup> See for instance *Halstead v. United States*, 535 F. Supp. 782 (D.Conn.1982), *aff’d sub nom. Saloomey v. Jeppesen & Co.*, 707 F.2d 671 (2d Cir. 1983).

<sup>37</sup> See for instance other cases resembling the *Babcock* pattern where courts have used the driver and passenger’s legitimate expectations that the law of the common domicile should govern the claim in loss allocation cases: *Thomas v. Hanmer*, 109 App.Div.2d at 84 ; *Mitchell v. Craft*, 211 So.2d 509, 514 (Miss.1968).

<sup>38</sup> See for instance *DeRoburt v. Gannett Co.*, 83 F.R.D. 574, 580 (D. Haw. 1979) (where the American publisher relied on the protection of the First Amendment), and *Desai v. Hersh*, 719 F. Supp. 670, 675, 679 (N.D. Ill. 1989).

<sup>39</sup> See for instance *Cooney v. Osgood Machinery, Inc.*, 81 N.Y.2d 66, 77-78, 612 N.E.2d 277, 283 (1993).

<sup>40</sup> Restatement (Second) § 6 cmt. g. See for instance in a defamation case involving reliance on the First Amendment’s protection, *DeRoburt*, *supra* note 32.

these situations, as the Court of Appeals of New York explained in *Schultz v. Boy Scouts of America*:

[t]he locus jurisdiction's interests in protecting the reasonable expectations of the parties who relied on it to govern their primary conduct and in the admonitory effect that applying its law will have on similar conduct in the future assume critical importance."<sup>41</sup>

Still using Currie's interest-analysis terminology, justified expectations have also been applied to tort conflicts where there was not any regulating policy to generate such reliance. As the Supreme Court of New Jersey put it in *Ginsberg v. Quest Diagnostics, Inc.*, "a state may have a strong interest in ensuring that the expectations of its citizens as to the law that governs them are met..."<sup>42</sup> In this malpractice case, however, the conflict revolved around the issue of damages under a wrongful birth claim, a loss-allocation type of rule<sup>43</sup>.

Of course, proving that a party intentionally conformed his conduct to a particular state law makes for a good case under justified-expectations analysis. Presuming that one or both parties could only have reasonably anticipated the application of one rule of law is also a very good foundation for the application of the Restatement's fourth principle. But the use of the parties' justified expectations goes beyond that. It is not necessary to prove that the parties "had (intentionally) conformed their conduct to a particular state law" for justified expectations to dictate choice of law. Part III will engage in the analysis of the workings of justified expectations in those tort conflicts. Before that, the next part will discuss the historical reasons in conflicts general theory why courts and scholars were –and to some extent still are – divided when it comes to the role justified expectations play in tort conflicts.

## II.- JUSTIFIED EXPECTATIONS IN CONFLICTS GENERAL THEORY

The story of justified expectations is a tumultuous one. In the United States, the traditional approach tried to provide formal legal certainty to litigants by setting forth rigid multilateral rules which failed to accommodate unfitting cases and could easily contradict the predictions of the parties. The conflicts revolution aimed at fixing such rigidity to better achieve justice. Curry's governmental interest approach soon imposed itself as the new underlying theory but it did not care much for the parties' legitimate expectations. This consideration was ultimately relegated to the status of peripheral limitation acting as a constitutional safeguard. This section presents this evolution from the conflicts revolution (A) to the notion of justified expectations as a constitutional limitation (B).

---

<sup>41</sup> 65 N.Y.2d 189, 198 (1985). For other cases where justified expectations are derived from the interest of the state to protect a conduct-regulating policy, see *National Union Fire Ins. Co. of Pittsburgh, Pa. v. American Eurocopter Corp.*, 692 F.3d 405, 408, 409. (2012); *Harding v. Proko Industries, Inc.*, 765 F.Supp. 1053, 1054-1056. (1991); *White Consol. Industries v. Island Kitchens, Inc.*, 884 F.Supp. 176, 177, 180. (1995).

<sup>42</sup> 227 N.J. 7, 19 (2016).

<sup>43</sup> *Id.* at 15.

## A.- THE REVOLUTION'S ABSORPTION OF THE JUSTIFIED EXPECTATIONS

### 1. From the traditional approach to comprehensive justice

Beale based his jurisdiction-selecting rules on a vested-right theory that opposed sovereign entities. This is very similar to the public law vision French scholars had of private international law at the turn of the twentieth century. Individual justice was not as important as legal certainty and predictability of result in these traditional systems. They professed that the common good was better preserved through continuous adherence to a strong rule, no matter how inequitable the result may sometimes be.

A different version of the vested-right theory was later developed in Europe as a method based on so-called “acquired rights.”<sup>44</sup> Recognition of the parties’ acquired rights was necessary not because of the need to recognize the legitimate power of sovereign states to apply their laws to particular situations, but instead because of the need for international harmony and the respect for the parties’ legitimate expectations as to the validity of their situation where it came about. The French vested-right approach diverged greatly from Beale’s, as it focused on the parties’ interests and did not root its foundation in the sovereign sphere of influence of the country where such rights were deemed to be acquired. In France, vested rights were an exception to the black-letter rule used in the traditional conflicts system whereas Beale’s vested rights constituted the rule.

In Savigny’s “seat of the relationship” theory<sup>45</sup>, the black-letter rule was intended to pinpoint the right location, the law of which most people would expect their dispute to be governed by, reserving forum public policies as an exception. Be it that Beale saw a conflict between sovereign entities, whereas Savigny relied on a geographical approach to establish jurisdiction-selecting rules, the traditional approach’s principle was that justice would be better served through neutrality and fixed rules. Those rules were supposed to integrate the various interests at stake. A good multilateral rule would suggest the right contact criterion with regard to both the parties’ expectations and the interest of the potentially involved states. This, while providing for legal certainty, predictability, and supposed uniformity of results. The revolution revealed that such rules failed at each level in a noticeable number of cases.

Regarding the specific interest of the parties and their justified expectations, the contact chosen would conform to the parties’ presumed expectations. But reasonable expectations can easily diverge from a theoretical assumption, especially, for instance, in the area of tort conflicts when the location of the injury is purely fortuitous. As Judge Kaye rightly said in *Cooney v. Osgood Machinery, Inc.*, “[w]e have eschewed reliance on

---

<sup>44</sup> See for this private vision of “acquired rights”: Paul LAGARDE, note sous *Banque Ottomane*, CA Paris, 19 mars 1965, *Rev. crit. DIP* 1967. 95.

<sup>45</sup> Friedrich CARL VON SAVIGNY, *Traité de droit romain*, VIII (1860).

the fictional expectation of the parties based on mere contact with the locus of an accident... but reasonable, justifiable expectations are another matter.”<sup>46</sup>

Cavers was one of the first American authors to express the need for substantive justice<sup>47</sup>. His critique of a blindfolded First Restatement focused primarily on the content of the competing rules. His concern for individual justice professed in his “principles of preference” showed an interest for individual party expectations<sup>48</sup>. Professor Currie’s interest analysis, on the contrary, regressed to a purely public law approach to conflicts law.

## 2. Currie’s focus on governmental interest

Currie’s approach focused primarily on governmental interests. While Currie conquered the world of conflicts<sup>49</sup>, his approach did not accommodate for cases where the parties’ interests and legitimate expectations were not in line with the states’ interests. Pointed consideration for parties’ interests are absent from Currie’s approach because he believed that the parties’ interests were “subsumed”<sup>50</sup> by the competing interested states’ policies. In other words, because a state would only be interested in protecting its residents or the parties with relevant contacts to its policy, the interest of the parties is supposed to be taken care of by the interested state’s policy. Currie’s approach rests on the assumption that states only want to protect their residents.

This assumption was later heavily criticized because of its lack of mutuality<sup>51</sup>. More recent demonstrations have proven that state courts have an interest for material justice, irrespective of who the parties are<sup>52</sup>.

It is easy to conceive that the Alabama guest statute<sup>53</sup> would apply to a dispute between a driver and a passenger from that state even if the accident occurred in Missouri. Under interest analysis, only Alabama law would be interested. But in the same analysis Alabama would also be interested in applying its law to a case involving an Alabama driver being sued by a Missouri passenger. However, the result given by Currie’s method in a converse situation is less acceptable. Following an interest analysis, one would have to conclude that an Alabama guest-statute does not create an interest for Alabama law to apply if the passenger is from Alabama but the driver from Missouri, thus creating a lack of mutuality. Indeed, because the statute aims at protecting Alabama drivers, Missouri drivers are not a protected class since their state of residence does not

<sup>46</sup> *Cooney v Osgood Machinery, Inc.*, *supra* note 38 at 77.

<sup>47</sup> See David F. CAVERS, *A Critique of the Choice-of-Law Problem*, 47 Harv. L. Rev. 173 (1933).

<sup>48</sup> See David F. CAVERS, *The Choice-Of-Law Process* 146-147 (1965).

<sup>49</sup> Harold KORN, *The Choice-of-Law Revolution: A Critique*, 83 Colum. L. Rev. 772, 812 (1983), *cited in* Symeon C. Symeonides, *The Choice-of-Law Revolution Fifty Years After Currie: an End and a Beginning*, 2015 U. Ill. L. Rev. 1847, 1850 (2015) [hereinafter *The Choice-of-Law Revolution Fifty Years After Currie*] (Currie’s “[s]eductive... style” of writing “[h]ypnotized a generation of American lawyers”).

<sup>50</sup> Breinert Currie, *Selected Essays on the Conflict of Laws* 610 (1963).

<sup>51</sup> See Lea BRILMAYER, *Conflict of Laws: Foundations and Future Directions* 221-228 (1991).

<sup>52</sup> See Joseph WILLIAMS SINGER, *Multistate Justice: Better Law, Comity, And Fairness In The Conflict Of Laws*, 2015 U. Ill. L. Rev. 1923 (2015).

<sup>53</sup> Ala. Code 1975 § 32-1-2, AL ST § 32-1-2.

have a guest-statute. Depending on who the driver is, a different law will apply, irrespectively of other elements of the case. If such an accident occurred in Missouri between a Missouri driver and an Alabama passenger, a court that applied Currie's method could very well conclude that it is a false conflict and apply Missouri law. Thus, a Missouri passenger cannot sue an Alabama driver for an accident occurring in Missouri but an Alabama passenger could. It is not certain that the Alabama guest-statute's philosophy is to create such discrimination between drivers depending on their place of residence. Because of Curry's assumption that the parties' interests are subsumed by the laws of the states of their residence, unfair solutions can come out while the justified expectations of each or both parties are ignored.

The domination of Curry's doctrine in the field of conflicts law for most of the second half of the past century is the first historical reason why the parties' justified expectations remained discrete until the Restatement (Second)<sup>54</sup>. However, other authors have argued that the parties' justified expectations should be taken as a competing consideration in the choice-of-law process.

### 3. Justified expectations as a competing consideration

The classical distinction between public and private international law in continental Europe, since Savigny's "seat-of-the-relationship" theory, tends to marginalize state interest in the conflicts equation. As Alex Mills explains, the traditional system of private international law in Europe mainly finds its justification in the idea of justice and the protection of private legitimate expectations<sup>55</sup>. The conflict rules therefore try to pinpoint what the parties would have expected, giving them rules to rely on when conducting their activities. Seen from this angle, section 6's fourth principle could be taken as competing factor with state-interest analysis.

Professor Rheinstein<sup>56</sup>, like Professor Hancock<sup>57</sup>, advocated for a system of conflicts law based on the parties' legitimate expectations. According to Rheinstein:

We would regard it as unfair if the court would [systematically] decide under the law of its own state... [t]he cause of this feeling of unfairness... is the fact that legitimate expectations of the parties would be disregarded, and that there would thus be violated a policy which is basic for the entire legal order, and which underlies numerous of the very fundamental institutions of the law, the policy of protecting justified expectation<sup>58</sup>.

<sup>54</sup> Symeon C. Symeonides, *The Choice-of-Law Revolution Fifty Years After Currie*, *supra* note 48, at 1850. ("Currie's analysis dominated choice-of-law thinking in the United States for more than three decades.").

<sup>55</sup> Alex MILLS, *supra* note 18 at 3-4, 8-10.

<sup>56</sup> Max RHEINSTEIN, *The Place of Wrong*, *supra* note 2 at 20-22.

<sup>57</sup> Moffatt HANCOCK, *Choice-of-Law Policies in Multiple Contact Cases*, 5 U. Toronto L.J. 133, 135 (1943) ("Fairness to the parties would seem to require that their case be decided according to some law connected with their original transaction whose application to their affairs they might reasonably be expected to have foreseen.").

<sup>58</sup> Max RHEINSTEIN, *The Place of Wrong*, *supra* note 2, at 138.

It would be wrong however to assert, to the extreme opposite, that conflicts law only tends to achieve uniformity of results and protect the parties' legitimate expectations without consideration for the policies of the involved states.

Professor Singer considers both factors. According to him:

[A correct] analysis must include: (1) an inquiry into the actual or potential substantive policies of the affected states and the ways in which they conflict with each other; (2) an assessment of the legitimate geographical range of those substantive policies when they conflict with each other and with multistate policies favoring a particular mixture of diversity and uniformity in a multistate system, and; (3) an evaluation of how the choice of different laws will affect the justified expectations of the parties<sup>59</sup>.

But conflicts scholars disagree about what these factors mean and how they fit together. As it will later be shown, public policies can be used as a lens through which the claim of justified expectations can be assessed in tort conflicts<sup>60</sup>.

Although a few scholars agree that conflicts justice could also be served by the protection of justified expectations, modern theories do pay too little attention to it<sup>61</sup>. After Currie turned the tables in the conflicts revolution, many other approaches were developed but none of them have convinced as many courts as the methodology of true and false conflicts<sup>62</sup>. Use of section 6 of the Restatement (Second) often ends up in some form of interest analysis where justified expectations are routinely misused or overlooked. It is almost as if the need for justice and fairness, that was the basis of much of the conflicts critics towards the traditional system, had been transcended by the subsuming governmental interest approach.

The second historical reason why justified expectations have been marginalized in American conflicts' general theory is because it was relegated to the rank of a constitutional limitation.

---

<sup>59</sup> Joseph WILLIAM SINGER, *Real Conflicts*, 69 B.U. L. Rev. 1, 33 (1989).

<sup>60</sup> See *infra* III. A.

<sup>61</sup> William M. RICHMAN, William L. REYNOLDS, Christopher A. WHYTECK, *Understanding Conflict of Laws* 289 (4th ed. 2013).

<sup>62</sup> Friedrich K. JUENGER, *Conflict of Laws: A Critique of Interest Analysis*, 32 AM. J. COMP. L. 1, 14 (1984) (explaining that Currie's approach "still controls the academic conflicts agenda"). The current version of the Restatement (Third) project still refers to both interest analysis and the protection of justified expectations. See Symeon C. Symeonides, *The Third Conflicts Restatement's First Draft on Tort Conflicts*, 92 TUL. L. REV. 1 (2017).

## B.- CONSTITUTIONAL LIMITATIONS AND POLITICAL RIGHTS

One of the fundamental principles of law that relates to the legitimate expectations is the constitutional prohibition on ex post facto laws<sup>63</sup>. In the words of Professor Simson, “[t]he same idea that one should not be taken by surprise and suffer detriment for the non-obedience of a law of which he could not have any knowledge, is constituted by the rule that no law is to take effect before it has been properly promulgated.”<sup>64</sup> Applied to the realm of conflicts disputes, the forum’s choice-of-law solution may come as a surprise to litigant. They could not have reasonably anticipated the forum to have jurisdiction and impose a different law than the one they could justifiably expect at the time of their actions. Applicable law can then be seen as some form of unfair ex post facto law. Arguably, applicable law should not be so disconnected from a case as to surprise the parties.

### 1. Justified expectations and the 14th Amendment

The Supreme Court came to a similar conclusion but from a different angle in *Allstate Ins. Co. v. Hague* when the Court decided to put the parties’ legitimate expectations at the center of the Due Process test<sup>65</sup>. In *Allstate*, the Supreme Court held that if a state has only an insignificant contact with the parties and the occurrence and transaction, application of its law is unconstitutional<sup>66</sup>. For a court to apply one state’s law in a constitutionally permissible manner in a multistate dispute, that law must have a significant contact or a significant aggregation of contacts, creating state interest, so that the choice of law is neither arbitrary nor fundamentally unfair<sup>67</sup>. Talking more specifically about justifiable expectations, the Court added:

The application of an otherwise acceptable rule of law may result in unfairness to the litigants if, in engaging in the activity which is the subject of the litigation, they could not reasonably have anticipated that their actions would later be judged by this rule of law. A choice-of-law decision that frustrates the justifiable expectations of the parties can be fundamentally unfair. This desire to prevent unfair surprise to a litigant has been the central concern in this Court’s review of choice-of-law decisions under the Due Process Clause<sup>68</sup>.

---

<sup>63</sup> Gary J. SIMSON, *Issues and Perspectives in Conflict of Laws: Cases and Materials* 246 (2005) [hereinafter *Issues and Perspectives in Conflict of Laws*].

<sup>64</sup> *Id.*

<sup>65</sup> 449 U.S. 302, 327-33 (1981).

<sup>66</sup> *Id.* at 310-311.

<sup>67</sup> *Id.* at 313.

<sup>68</sup> *Id.* at 327.

In *Phillips Petroleum Co. v. Shutts*<sup>69</sup>, the Supreme Court confirmed the *Allstate* test: “[i]f the forum court has no connection to the lawsuit other than its jurisdiction over the parties, a decision to apply the forum State’s law might so ‘frustrat[e] the justifiable expectations of the parties’ as to be unconstitutional.”<sup>70</sup>

While these cases involved contractual reliance, the test is applicable just as well in tort conflicts. This however is only a negative test: choice-of-law cannot frustrate the parties’ justified expectations, but any law that has relevant contacts to the case can be constitutionally applied. In other words, the Supreme Court could not have derived from the justified expectations a theory of conflicts of laws that would impose a positive choice-of-law method to the federated states. It can only verify the constitutional limits that constitute the perimeter of each sovereign state’s conflicts approach. Until Congress passes a uniform choice-of-law act, conflicts law remains a state matter. Nonetheless, as one author pointed out, “the protection of expectations is indeed one of the deepest necessities of all human life itself, social and individual.”<sup>71</sup>

*De lege ferenda*, a system of conflict of laws which would use the parties’ legitimate expectations to find applicable law could be imagined. This view was adopted by Professor Brilmayer, who conceptualized negative rights into a normative approach to conflicts law, with the recognition of ‘political rights’ guaranteed by the Constitution<sup>72</sup>.

## 2. Political rights as a normative approach to legitimate expectations

According to Professor Brilmayer, state policies by themselves do not exhaust the whole of choice of law<sup>73</sup>. Her model rests on moral and political philosophy. The Due Process clause of the U.S. Constitution, as interpreted by the Supreme Court in *Allstate* should “[offer] fertile ground on which to plant a normative theory of the conflict of laws.”<sup>74</sup> Although her model rests on negative rights, or “the right to be left alone”<sup>75</sup> from the state’s illegitimate exercise of coercive power<sup>76</sup>, Brilmayer takes a positive, or normative approach. As she wrote, “the territorial factor that is chosen must reflect the aggrieved party’s voluntary submission to the law that is chosen.”<sup>77</sup>

In other words, negative rights could, by excluding from the reach of other connected, but illegitimate states’ coercive powers, create a test that could help designate the one or several states’ legitimate claim(s) over the dispute. Although this approach would redirect the interest analysis towards a dual approach, both of state legitimate interest and party expectations, its main issue would be one of

---

<sup>69</sup> 472 U.S. 797 (1985).

<sup>70</sup> *Id.* at 837 (quoting *Allstate*, *supra* note 65 at 327).

<sup>71</sup> Simson, Issues and Perspectives in Conflict of Laws, *supra* note 63 at 246.

<sup>72</sup> See Lea BRILMAYER, Conflict of Laws: Foundations and Future Directions, *supra* note 50 at 220-228.

<sup>73</sup> *Id.* at 6.

<sup>74</sup> *Id.*

<sup>75</sup> *Id.* at 107.

<sup>76</sup> *Id.*

<sup>77</sup> *Id.* at 221.

unpredictability and potential judicial variations. The main critique towards *Allstate* is that it provided for a standard by which to appreciate rules or approaches in various states, and as such did not furnish the necessary legal predictability that is needed. Such a general standard could work in legal practice as an exception which would be limited in use. But much like the overuse of section 6 of the Restatement (Second) has shown, legal certainty would be undermined by the lack of clear rule that the courts should follow.

The question is thus one of finding a balance between flexibility and rigidity in the making of conflicts rules, or finding an approach that would take state interest as well as party expectations into account, while guaranteeing some form of legal certainty<sup>78</sup>. The conflicts revolution and the Restatement (Second) offer fifty years of judicial experience that can be analyzed in order to deduce rules of this type. Similarly, the next section proposes to compare the courts' use of justified expectations with modern approaches inherited from the conflicts revolution's breakthroughs.

### III.- JUSTIFIED EXPECTATIONS IN MODERN TORT CONFLICTS

The wide variety of tort-conflict cases adjudicated with the help of justified expectations shows that this criterion advance and complement modern approaches such as the distinction between loss-allocation and conduct-regulating rules (A). Justified expectations can also operate as a tie-breaker to solve the difficult issue of true conflicts and "unprovided-for" cases (B). Finally, from an economic analysis perspective, this factor explains the emerging decisional patterns in split-domicile and cross-border torts, while, from a comparative perspective, it suggests a certain degree of convergence between those patterns and some modern European choice-of-law rules (C).

#### A.- ADVANCING AND COMPLEMENTING MODERN DISTINCTIONS

The Revolution was a deconstruction process that was followed in turn by a reconstruction phase, the primary advantage of which was to establish more sophisticated rules for each "pattern" observed in case law. Major contributions, such as Cavers' preference principles<sup>79</sup> or the Neumeier rules<sup>80</sup> have marked the evolution of this work. Professor Symeonides' life-long work in that respect allowed two states<sup>81</sup> to benefit from his thorough pattern-based analysis. Courts have shown that the justified

---

<sup>78</sup> On the question of flexibility in choice-of-law rules, see Peter HAY, *Flexibility versus Predictability and Uniformity in Choice of Law*, Hague Academy, 226 Académie de Droit International, Recueil des Cours: Collected Courses of the Hague Academy of Int'l Law 281 (1991 I) [hereinafter *Flexibility versus Predictability*] and Symeon C. SYMEONIDES, *Codifying Choice of Law around the World (an International Comparative Analysis)* (2014).

<sup>79</sup> See David F. CAVERS, *The Choice-Of-Law Process*, *supra* note 47.

<sup>80</sup> See *Neumeier v. Kuehner*, 31 NY2d 121, 128, 286 NE2d 454, 457-58 (1972).

<sup>81</sup> See La. Civ. Code Ann. Bk IV (2017) and Or. Rev. Stat. Tit. II. Ch. 15 (2017).

expectations principle was helpful in reaching solutions proposed by the revolution, embracing the conduct-regulating and loss-allocation rules distinction (1), or even correcting the occasional defects of this distinction (2).

### 1. When in Rome, do as the Romans do (part 1)

Much like in the example given earlier, of a driver rushing his car on the left lane of the road in a right-driving country, there are strong and unavoidable policies that cement social interaction in a given society. In American conflicts law, the category of conduct-regulating rules has emerged to designate those rules which have a “prophylactic effect of governing conduct to prevent injuries from occurring.”<sup>82</sup> Justified-expectation analysis confirms that in most cases, conduct-regulating rules must be observed no matter each party’s domicile. The aim of such rules is to organize social interaction and deter wrongdoers: people must conform to them where they are enforced. But they also provide a reliance basis for individuals as to what to expect from others.

Similar to Professor Caver’s “special control” criterion<sup>83</sup>, the “standard of conduct” referenced in modern American codifications<sup>84</sup> adopts a dichotomy that is probably the most important breakthrough of the American conflicts revolution<sup>85</sup>. Justified expectations generally align with that approach: one should be able to rely on the rules of conduct of the jurisdiction where others are conducting their business and personal activities, especially if such activities have foreseeable consequences in the state where these rules of conduct are enforced.

This is why courts have routinely adopted a similar expression to the Restatement’s official comment under §6<sup>86</sup>, in order to apply the justified expectation consideration where parties had justifiably molded their conduct in conformity to state law<sup>87</sup>. In *AHW Investment Partnership, MFS, Inc. v. Citigroup Inc.*<sup>88</sup>, the Second Circuit held that

[W]hen the jurisdictions of the conduct and injury are distinct, it is the place of the allegedly wrongful conduct that generally has superior interests in protecting the reasonable expectations of the parties who relied on the laws of that place to govern their primary conduct and in the admonitory effect that applying its law will have on similar conduct in the future.”<sup>89</sup>

In that regard, Currie’s assumption that the parties’ interests are subsumed in the interests of the state can be true: the prevailing interest of the state to protect its internal

<sup>82</sup> *Padula v. Lilarn Props. Corp.*, 644 N.E.2d 1001, 1002 (N.Y.1994).

<sup>83</sup> David F. CAVERS, *The Choice-Of-Law Process*, *supra* note 47 at 164.

<sup>84</sup> See for instance OR. REV. STAT. §15.440 (2017).

<sup>85</sup> See Symeon C. SYMEONIDES, *Problems and Dilemmas in Codifying Choice of Law for Torts: The Louisiana Experience in a Comparative Perspective*, 38 Am. J. Comp. L. 431, 441 (1990).

<sup>86</sup> Restatement (Second) § 6 cmt. g.

<sup>87</sup> See Section I. A. *supra*.

<sup>88</sup> 661 Fed.Appx. 2, 2016 WL 4155020 (2d Cir 2016).

<sup>89</sup> *Id.*, at 5.

organization serves the justified expectations of its residents who rightfully rely on these conduct-regulating rules. In other words, when in Rome, do as the Romans do, not only because you are expected to follow their local customs but also because their political organization depends on it.

Conversely, if a dispute doesn't relate to any of the society's core standards, and both parties share a common domicile, thus sharing common customs and legal culture, both parties can justifiably rely on their common-background laws. The judicial revolution's most famous decision in *Babcock v. Jackson*<sup>90</sup> reflects that view. In that case, the parties were both domiciled in the same state and their dispute did not relate to the standard of care but to an issue of loss allocation. The case could be resolved the same way by using a justified-expectation analysis.

In *Esser v. McIntyre*<sup>91</sup>, the Supreme Court of Illinois had the occasion to make such a paralleled analysis between the interest of state of the common domicile and the parties' justified expectations. A vacationer who slipped on popcorn kernels that were strewn across the kitchen floor of a Mexican villa sued another vacationer who had spilled the popcorn, alleging negligence. The court held that "although both Mexico and Illinois had contacts with the action, Illinois had the most significant relationship, especially considering its interest in providing tort remedies to injured Illinois citizens."<sup>92</sup> The court added that, "applying Illinois tort law would not discourage people from going to Mexico, because few travelers to Mexico choose that locale because they are less subject to tort liability"<sup>93</sup>, (if any do, one might add). Finally, it held that the "defendant had no justifiable expectation that Mexican law would limit his liability for any tortious conduct he might engage in while in Acapulco."<sup>94</sup> Indeed, all vacationers were residents of Illinois and travelled to and from that state. Taking the justified expectation factor into consideration requires a pragmatic approach to this specific set of facts: even though the plaintiff and the defendant did not have any prior relationship, they were staying in a place which could be described as an extension of Illinois, where American vacationers stayed among themselves for the duration of their holidays. The plaintiff and the defendant were interacting in a sort of inner society where Illinois social conventions had all the reasons to apply. This issue was one of loss allocation and much like the *Babcock* situation, where both parties from the same state interacted in the closed environment of a car, the parties' justified expectations that the only law they knew would solve their compensation issue points towards application of their home state law.

In sum, the use of justified expectations in connection with conduct-regulating rules reinforces Currie's false conflict analysis in combination with the modern distinction between conduct-regulating and loss-allocation rules. Courts could still apply the *lex loci delicti* automatically when both the conduct and resulting injury occurred in the

---

<sup>90</sup> 12 N.Y.2d 473, 191 N.E.2d 279 (N.Y. 1963).

<sup>91</sup> 661 N.E.2d 1138 (1996).

<sup>92</sup> *Id.* at 1143.

<sup>93</sup> *Id.* at 1142.

<sup>94</sup> *Id.*

same state, irrespective of the parties' domicile, unless the issue is one of loss-allocation and both parties are domiciled in a state or states that share common standards. Professor Symeonides has summarized these pattern-based rules in his Rule n°1 for conduct-regulation conflicts<sup>95</sup>. But the distinction between loss-allocation and conduct-regulating rules is not a perfect division thanks to which all tort conflicts can be solved. It is my view that an escape clause based on the foreseeability of the injurious conduct's consequences would perfect the distinction in cases that do not quite fit. Justified expectations can then be used to decide between two competing laws that do not comport very well with the two categories.

## 2. Conduct-regulating versus loss-allocation conflicts

Although Professor Symeonides' rules come to a particularly advanced state of sophistication, the need to provide for an exception based on the protection of justified expectations can come in handy to "fill in the gaps" of modern conflicts theory.

Professor Symeonides' rule n°1 for conduct-regulation conflicts shows that, in what seem to be false conflicts, a majority of courts will apply the law of the place where both the conduct and the resulting injury occurred<sup>96</sup>. In these cases, the issue is one of conduct regulation, both parties are domiciled in the same state, but both conduct and injury take place in another state. For instance, in *Bertram v. Norden*, after a snowmobile accident took place in Michigan between two Ohio residents the Ohio Court of Appeals applied the pro-defendant Michigan conduct-regulating statute which barred the plaintiff's action as both the conduct and resulting injury took place in Michigan<sup>97</sup>.

But in *Lee v. Delta Air Lines Inc.*, a Texas federal court applied the law of the common domicile and place of establishment instead of the place of the accident's supposed conduct-regulating rule<sup>98</sup>. The survivor of a Florida flight attendant who died in a Texas plane crash sued the Florida airline for gross negligence. While the law of the place of the accident allowed punitive damages, a worker's compensation statute barred the plaintiff's claim in both the employer and employee's "domiciles." Because of the fortuitous character of the place of the accident<sup>99</sup>, the court affirmed that "Florida's interests in protecting justified expectations of its employers and employees in employment relationships outweighed Texas's policy of permitting punitive damages for deterrence, since no interest of any Texas citizen would be significantly prejudiced."<sup>100</sup>

Three reasons can explain this decision. First, the distinction between loss-allocation and conduct-regulating rules becomes less clear when it comes to punitive damages. Although punitive damages are the foremost rule of deterrence, one might say

<sup>95</sup> Symeon C. SYMEONIDES, *Choice of Law* 247 (2016).

<sup>96</sup> *Id.*

<sup>97</sup> 159 Ohio App.3d 171, 178 (2004).

<sup>98</sup> 797 F Supp 1362, 1373 (ND Tex 1992), *aff'd sub nom. Lee v. Allen*, 32 F3d 566 (5th Cir 1994).

<sup>99</sup> *Comp. Emmart v. Piper Aircraft Corp.*, 659 F. Supp. 843 (S.D. Fla. 1987), where the location was foreseeable and directed application of the *lex loci delicti*.

<sup>100</sup> *Lee v. Delta Air Lines, Inc.*, *supra* note 96 at 1367, 1368, 1370-1372.

that they don't prescribe a specific standard of conduct. Thus, the *Lee* case might not exactly fit in one particular pattern.

Secondly, plane crashes tend to take place in such fortuitous places that it is difficult to tie the alleged negligence to a specific standard of conduct or conduct-regulating rule (although a better-law argument could be made here to support the application of the highest of the standards of care imposed by each connected state).

Finally, the employment relationship could tie this pattern to a workers' compensation conflict rather than a tort conflict, thus changing the choice-of-law analysis. In this case, the employment-relationship argument made the justified expectations factor tip the balance towards the application of the law of the place where the employment was primarily localized. The court assumed that flight attendants accept the risk of a possible crash, and the Florida worker's compensation statute would be greatly impaired if any conflicting law on Delta's air routes could potentially defeat its purpose. It is after all the fortuitous character of an accident's place that led the first courts and scholars to criticize the *lex loci delicti* rule.

Here, the parties' justified expectations help to choose applicable law in the context of a conflict between a loss-distribution rule and a conduct-regulating rule, where the distinction set by the revolution's experience would have theoretically led to the application of the conduct-regulating rule<sup>101</sup>. Where such rules don't set actual standards of conduct in one state, then the assumption that they should trump the laws of both parties' domicile can be negated by the parties' justified expectations.

*Lee* is a case where justified expectations enter into play to clear the loss-allocation and conduct-regulating distinction where it is apparent that *dépeçage*<sup>102</sup> could not follow the traditional assignment of a tort rule into either categories of loss-allocation and conduct-regulating rules. When a conduct-regulating rule presents both aspects of a tort rule (conduct-regulating and loss-allocation), and conflicts with a common-domicile loss allocation rule, then the *Babcock* solution should be preferred in accordance with to the parties' legitimate expectations.

Professor Symeonides' rule for intrastate torts in conduct-regulating conflicts takes into account the possibility that *dépeçage* might be inappropriate<sup>103</sup>. In such event,

---

<sup>101</sup> See *Donaldson v. United States*, 634 F Supp 735, 740 (SD Fla 1986) (where an Arizona court applied the law of the place of the crash because that state had more interest to regulate the conduct of air traffic over its territory rather than the other state involved, whereas both the plaintiff's domicile and the airline's headquarters were located in another state).

<sup>102</sup> *Dépeçage* is a conflicts law technic that is used to divide a choice-of-law question when the law applicable to a dispute, such as liability, would be better resolved by the application of different laws within the same category. For instance, tort conflicts can in some cases be better resolved by resorting to the loss-allocation and conduct-regulating distinction: on one hand the issue of the standard of care will be governed by State A's laws, and on the other hand, the question of compensation will be resolved using State B's laws. This *dépeçage* will supposedly guarantee the protection of State A's policies and social, economic and political organization, while applying a law closer to the parties' common legal background as to the issue of compensation. This distinction allows choice-of-law to get closer to the parties' justified expectations in order to provide better conflicts justice.

<sup>103</sup> Symeon C. SYMEONIDES, Choice of Law, *supra* note 93 at 247.

the court should indeed exercise its discretion to avoid it<sup>104</sup>. However, when *dépeçage* would be appropriate, the parties' justified expectations provide an excellent guideline to choose how to operate between conflicting laws within the modern distinction.

Relying on the parties' reasonable expectations presents an advantage that a comparative impairment analysis or a comparative interest analysis would not provide: it has better chances at achieving uniformity of results<sup>105</sup> than a subjective policy-weighting analysis.

## B.- TIE-BREAKER

In this section, justified expectations come as a tie-breaker in the difficult issue of true and false conflicts. Setting better-law approach aside, the options to solve this problem are traditionally either to revolve back to the law of the forum or to compare the strength of each state interest through a positive comparison or an impairment analysis. When the venture through policy analysis has failed to make one applicable law emerge from this confrontation, it is better to focus on the parties' interests and reliance through the assessment of their reasonable expectations, provided they had any. Using an objective approach to taking the parties' expectations into account should provide the stability that is needed to reach uniformity of results. Here, we will see a prolongation of the first segment of the previous section with loss-allocation rules in true and false split-domicile conflicts (1). The next paragraph will deal with split-domicile cross-border tort conflicts as seen from a justified-expectations angle (2).

### 1. When in Rome, do as the Romans do (part 2)

One true conflict dilemma that justified expectations can solve is deciding between conflicting loss-allocation rules where the plaintiff and defendant come from different states. *Cipolla v. Shaposka*<sup>106</sup> illustrates how courts use the Restatement's fourth consideration to solve such a conflict. *Cipolla* was a case arising from a Delaware accident between a Delawarean host-driver and a Pennsylvanian guest-passenger. After conducting a questionable contact comparison<sup>107</sup>, the Pennsylvania Supreme Court found that Delaware's contacts were qualitatively greater and its policies more pertinent.

In this case, the comparison of contacts and policies could only lead to a tie between Delaware and Pennsylvania laws. Having exhausted the fruits of a policy analysis, the court resorted to justified expectations to make a decision.

---

<sup>104</sup> *Id.* n. 397.

<sup>105</sup> See *Lee v. Delta Air Lines, Inc.*, *supra* note 96 at 1368.

<sup>106</sup> 267 A.2d 854 (Pa. 1970).

<sup>107</sup> Symeon C. SYMEONIDES, *Choice of Law*, *supra* note 93 at 205-206 ("More meaningful than this questionable comparison of contacts was the court's reasoning regarding the parties' expectations (or at least reliance)...").

The guest-passenger from Pennsylvania had no reason to believe that his home-state laws would necessarily apply, or at least not more so than Delaware's, for his trip with the Delawarean driver was exclusively contained in Delaware. The driver was insured in a state that did not require him to get insurance for such claims arising from a potential guest-passenger victim because of the guest statute enacted by the legislature in Delaware shielded him from liability. In sum, the driver had more justifiable reasons to expect to be protected by his state laws, where his car was insured and where he was driving every day, than his guest-passenger from out of state. It could be said that the guest-passenger only had 'neutral' expectations regarding applicable law, as opposed to 'negative' expectations that some law would not have any reason to apply, or 'positive' expectations that a specific law should reasonably govern the case.

In this situation, where there is a loss-allocation true conflict, and where diverging expectations seem to conflict, the solution should be that 'neutral' expectations give way to justifiable expectations. As the court concluded in *Cipolla*, "inhabitants of a state should not be put in jeopardy of liability exceeding that created by their state's law just because a visitor from a state offering higher protection decides to visit there."<sup>108</sup> Consequently, "by entering the State..., [a] visitor [exposes] himself to the risk of the territory and should not subject peoples living there to a financial hazard that their law had not created."<sup>109</sup> In the words of Professor Symeonides, quoting from *Beldsoe v. Crowley*: "As the old saying goes 'when in Rome do as Romans do', not because of Roman imperialism, but rather because this is more in line with both party expectations and state policies."<sup>110</sup>

Justified expectations can also provide a solution for the more problematic case of unprovided-for conflicts. As Professor Symeonides writes, "to resolve [such] conflict[s], one must look for options outside the framework of interest analysis, rather than simply recalibrating state interests and searching for phantom common policies."<sup>111</sup>

In *Boomsma v. Star Transport, Inc.*<sup>112</sup>, a wrongful death action arising from a Wisconsin accident involving Wisconsin victims and an Illinois driver, the court applied Wisconsin's pro-defendant law, rather than Illinois' pro-plaintiff law. Under Currie's analysis Wisconsin did not have an interest in applying its cap on wrongful-death damages since the driver was not a resident of Wisconsin, and Illinois had no interest in the protection of an out-of-state plaintiff. The court applied Wisconsin law nonetheless, noting that "the plaintiffs had no 'justified expectation' that Illinois' law would apply to their claims"<sup>113</sup>. As Professor Symeonides explains<sup>114</sup>, the court observed that the application of Illinois law would endorse "a kind of lottery system"<sup>115</sup> for Wisconsin

<sup>108</sup> *Cipolla*, *supra* note 103 at 856-857.

<sup>109</sup> *Id.*, quoting David F. CAVERS, *The Choice-Of-Law Process*, *supra* note 47 at 146.

<sup>110</sup> Symeon C. SYMEONIDES, *Choice of Law*, *supra* note 93 at 205-206 (quoting *Beldsoe v. Crowley*, 849 R2d 639, 647 (D.C. Cir. 1988) (Williams, J., concurring)).

<sup>111</sup> *Id.* at 217-218.

<sup>112</sup> 202 F. Supp. 2d 869 (E.D. Wis. 2002).

<sup>113</sup> *Id.* at 879.

<sup>114</sup> Symeon C. SYMEONIDES, *Choice of Law*, *supra* note 93 at 213-214.

<sup>115</sup> *Id.*

plaintiffs injured in Wisconsin in which “the ‘winners’... would be those injured by tortfeasors from other states that do not cap wrongful death damages... [and] [t]he ‘losers’ would be those injured by fellow Wisconsinites.”<sup>116</sup> In other words, justified expectations can be used as a negative consideration in order to tip the balance between two uninterested states’ conflicting laws in case of a split-domicile tort conflict. This solution corrects the lack of mutuality caused by Currie’s personality principle, in order to conform better to the negative rights, or expectations of local residents.

## **2. Split domicile cross-border torts: actions that have foreseeable consequences in another state**

### **a) What foreseeable consequences? The case of alienation of affection**

In a recent North Carolina decision<sup>117</sup>, rendered under the traditional *lex delicti* approach, a man from Indiana was held liable for alienation of affection after he maintained a romantic affair with a married North Carolina woman. After sending her a large amount of text messages and making regular phone calls to her from Indiana, despite the husband’s protests, the defendant came to North Carolina to pick up the plaintiff’s wife and take her with him to Indiana for several days. The North Carolina Court of Appeals had to conduct a most-significant contact test in order to establish where the tortious injury had taken place to ascertain the *lex loci delicti*. Under an interest analysis, this case would have presented a true conflict between the pro-defendant law of the man’s domicile and the pro-plaintiff law of the husband’s home state. Although the court did not mention the notion of justified expectations, this case shows how courts may take into account the consequences of someone’s intentional conduct in another state, in cross-border split-domicile true conflicts. Here, the pertinent contacts the court used to reach its decision to apply North Carolina law were the various intentional acts directed by the out-of-state defendant toward the husband’s wife in North Carolina in order to take her from him.

This case is a good example where the difference between foreseeable consequences and foreseeable sanction can be clarified. It is not necessary for a tortfeasor to be aware of the sanction he may incur in connection with his conduct. It is enough, however, for him to know that his actions may cause foreseeable injury to someone else in order to characterize the foreseeability criterion. In a justified expectation analysis, the man caused foreseeable injury to the wife’s husband in another state, thus precluding him from claiming that he did not have any expectations to be subjected to that law.

A justified expectation analysis should also take into account the “element of surprise” a state law may cause to an alleged tortfeasor, because of its originality or archaic content for instance, much like a Texas district court admitted in *Hooper v.*

---

<sup>116</sup> *Boomsma v. Star Transport*, *supra* note 103 at 879.

<sup>117</sup> *Hayes v. Waltz*, 784 S.E.2d 607 (N.C. App. 2016).

*Marriott Intern., Inc.*<sup>118</sup> concerning Ohio special provisions on rain and snow<sup>119</sup>. Unfortunately, courts are reluctant to make this kind of better-law argument and prefer to analyze other states' laws with as much deference as possible.

In sum, the foreseeable-consequences test should be construed as an objective criterion which focuses on the willful harm itself when characterizing expectations. Knowledge of the substantial rule of law that sanctions one's behavior is a better starting point to meet the test but it is not necessary in order to characterize justified expectations. The use of a neutral criterion such as this should enable courts to reach comparable decisions, thus getting closer to uniformity of results than a comparative impairment or policy-weighting analysis would.

#### **b) By mail: a case of medical malpractice**

In *Kuehn v Children's Hospital, Los Angeles*<sup>120</sup>, the parents of a Wisconsin child, who died in Wisconsin, sued a Californian hospital for negligence because it had improperly shipped to Wisconsin a package containing the child's bone marrow, resulting in the child's death. The Texas district court held that Wisconsin law governed and explained, *inter alia*, that the California hospital should have foreseen the possibility that "it might be sued in another state – specifically Wisconsin."<sup>121</sup> The reason supporting this conclusion was that the hospital shipped the package to Wisconsin. The court also added to its justified-expectation reasoning the hospital's "cooperative arrangement with the University of Wisconsin in the treatment program in which [the child] was enrolled [that] clearly made it suable there."<sup>122</sup> While the underlying agreement between the two hospitals gave an additional argument to Judge Posner who rendered the decision, it is likely that the defendant should have foreseen the injurious consequences of its negligence in shipping the bone marrow to another state no matter any prior contractual relationship. This is especially true considering that there was no choice-of-law clause in the agreement between both hospitals in this case. Thus, in the court's opinion, the hospital should have known better when it prepared and went on with the shipping of such an important package to another state. The hospital's action had foreseeable consequences in the state of reception and could not ignore it.

This case presented a true conflict but the court used the justified-expectation factor of the Restatement (Second) as a tie-breaker to find a proper solution. In this cross-border split-domicile loss-allocation conflict, the knowledge of foreseeable injury in another state tipped the balance of expectations towards the law of the place of injury.

---

<sup>118</sup> 979 F.Supp.2d 735, 738-741.

<sup>119</sup> Though the court decided to apply Ohio law because of the need to provide uniformity, certainty, predictability, and the expectations of Ohio landowners: *Hooper*, *supra* note 116 at 740.

<sup>120</sup> 119 F.3d 1296 (7th Cir. 1997).

<sup>121</sup> *Id.* at 1302.

<sup>122</sup> *Id.*

### c) Over the internet: the example of defamation

One of the most modern conflict-of-law issues since the rise of the internet has become one of cross-border defamation. Such defamation cases may concern invasions of privacy and infringements to rights of personality, with or without any pecuniary gain, and libel in connection with a business image. These two kinds of defamations over the internet should not be treated the same way with regard to the parties' justified expectations in choice of law.

In personality-right defamation cases, justified expectations should generally lead to the application of the laws of the victim's domicile. The tortfeasor's statements often have foreseeable consequences in that state, no matter where the content was published, as long as it is accessible where the victim has her social and personal interests. Nonetheless, it would be unfair to automatically submit an individual to the laws of the defendant's domicile when he could not reasonably foresee that his publication would do harm in another state, especially if that state's free speech protections are substantially lower than the alleged tortfeasor's. This is why the law of the domicile should bare an exception based on the foreseeability of consequential harm in defamation cases.

This is the position recently taken by Professors Jaymes and Symeonides in their proposed resolution to the "*Institut de Droit International*" on cross-border invasion of privacy and other injuries to rights of personality through the Internet<sup>123</sup>. While making the victim's domicile a rule accompanied with a foreseeability exception, the proposed rule provides that the law of the victim's domicile should not be applied if the defendant "(a)... took active measures to prevent access to the material in that state; and (b) it did not derive any pecuniary or other significant benefit from the accessibility of the material in that state."<sup>124</sup> Professor Carrascas Gonzales on the other hand seems to advocate for the application of the law of the alleged victim's habitual residence as a general rule<sup>125</sup>. It is better to provide for an exception based on the parties' justified expectations with the "foreseeability" criterion for instance, rather than subjecting any publisher to the alleged victim's laws, even when there was no harm suffered there.

In defamation cases related to professional image, such as trade libel, the same rules should not apply. It would be unfair to the defendant to apply the alleged victim's home state laws automatically, or even to give her the option between the laws of the state where the harm was done and her domicile's. In *Vazirani v. Annexus Distributors AZ, LLC*<sup>126</sup> the Court of Appeals of Arizona dealt with a defamation case brought by an Arizona plaintiff who was doing business in Kansas, against Kansas defendants. His trade libel and tortious interference with contractual relations claims were partially based on

<sup>123</sup> Jayme, E., SYMEONIDES, S. C., *Draft proposition* (working document n°2), Institut de Droit International (May 2017).

<sup>124</sup> *Id.* at 4-5.

<sup>125</sup> Javier CARRASCOSA GONZÁLEZ, *The Internet – Privacy and Rights Relating to Personality*, in 378 *Academie de Droit International, Recueil des Cours: Collected Courses of the Hague Academy of Int'l Law* 263, 428-439 (2016).

<sup>126</sup> 2017 WL 443529 (Ariz Ct App Feb. 2, 2017).

communications made by phone or by email. This case presented a true conflict which the court analyzed as part of the Restatement's §6 approach: Arizona's laws were more plaintiff friendly, and Kansas's laws better protected the defendants. The court mistakenly set aside the justified-expectation factor because of the assumption of the Restatements' official comments<sup>127</sup>. This factor should have helped the court reach its solution in a more convincing manner than the tedious contact-based approach in which it engaged.

Although it would have been advantageous for the plaintiff to have Arizona law apply to his claim, the defamation claims he made concerned harm to his professional reputation that caused economic loss in Kansas, the only place where he was known as a business person. Under a justified expectation approach, it comes to reason that the law applicable to such defamation claims should be the place of foreseeable harm, no matter how or where the content was published, as long as it was accessible where it supposedly caused economic loss in connection with the victim's business activities.

This is all the more visible in the following hypothetical: the executive of a French company purposively defames an American businessman by sending defaming content over to American business partners, or by making it available to them. In this hypothetical case, the French executive should not be able to shield himself under French law just because French law does not have a tortious interference action. Like the alienation of affection case, doing harm purposively in another state or country makes it reasonable to expect foreign law to apply to a libel suit against oneself.

These cases have shown how justified expectations can help to solve true conflicts and unprovided-for cases in cross-border, common or split-domicile, multistate disputes. This factor embraces the revolution's breakthroughs, such as the use of the loss-allocation and conduct-regulating distinction, and completes these approaches by filling in the gaps. Judicial experience over the past decades also reveals a line of decisions that can be analyzed in an economic angle. This economic analysis explains the progressing evolution of American conflicts law in connection with the justified expectations.

### C. AN ECONOMIC ANALYSIS

During a business negotiation, both parties try to get the best bargain out of the other. In a purely domestic setting, most people will primarily focus on the substantial promises and related conditions from each side. But some other clauses come into play in a transnational setting. The parties will bargain over applicable law, jurisdiction, and arbitration. A large number of them will ignore the rights afforded by these legal tricks, but an increasing number of merchants and sophisticated companies try to get the best out of these choice-of-law clauses, forum-selection clauses, and arbitration clauses. Hence, just like a substantial contractual provision, these clauses have a price in the

---

<sup>127</sup> *Id.* at 6.

global bargaining process. This price cannot be ascertained with as much precision as other substantial provisions in a contract but in most cases they turn out to be a lot more costly than one would think. An economic analysis of conflicts law reveals that applicable law and court jurisdiction have a cost: a company faces more financial risk depending on where and how potential disputes are adjudicated.

When doing business in a sister state or a foreign country, a company receives the benefits of exploiting the wealth of a new market. Does it seem sensible that such a company should expect its home laws to apply in any case where it expands its business and benefits? Conducting ones' business activities in a foreign state comes with the collateral price of having to respect local laws for foreseeable harm caused there. The same rationale that justified the *World-Wide Volkswagen Corp. v. Woodson* decision in civil procedure can be applied in the conflict of laws<sup>128</sup>.

This section will show the workings of such an analysis in connection with the use of justified expectations in defamation (1), product liability (2), medical malpractice (3), and consumer law conflicts (4).

### 1. Defamation, cont'd

In *Desai v. Hersh*<sup>129</sup>, a First Amendment case where a defendant publisher had allegedly defamed a foreign plaintiff in his own country, an Illinois district court was confronted with the difficult task of finding a criterion for the extraterritorial reach of freedom of speech. The court first found that "... a balancing test focusing on the 'public concern value' of speech alone [would] not provide an acceptable basis for determining the applicability of the first amendment to extraterritorial publication of otherwise protected speech."<sup>130</sup> It then decided that "where publication in the foreign country is intentional, and the foreign market exploited, it may be fair to say that the publisher has purposefully abandoned the protections of the first amendment."<sup>131</sup>

The court came up with a rule that embraced both policy and justified-expectation analyses. It concluded that "in instances where the plaintiff is a public official or figure... heightened first amendment protections... will apply to extraterritorial publication of the same speech where the speech is of a matter of public concern and the publisher has not intentionally and directly published the speech in the foreign country in a manner consistent with the intention to abandon first amendment protections."<sup>132</sup>

By intentionally exploiting a foreign market, the publisher should face the possibility of a collateral price such as diverging constitutional law standards in places

---

<sup>128</sup> 444 U.S. 286 (1980) (Establishing that the defendant must make an effort to market in the forum state or otherwise purposefully avail himself of the resources of that state for the courts of that state to be able to exercise jurisdiction).

<sup>129</sup> *Desai*, *supra* note 37 at 675 (In this case a former Indian government official brought defamation action against the author of a book concerning United States foreign policy during the first term of the Nixon administration).

<sup>130</sup> *Id.* at 679.

<sup>131</sup> *Id.*

<sup>132</sup> *Id.* at 680-681.

where he ventures his business. As the policy analysis failed to provide for a clear choice between two standards of libel liability in this case, the court used a foreseeability criterion based on the prospective benefits intended by the publisher when it specifically sold copies of its article in the country where it would sell<sup>133</sup>. The economic analysis helps to understand the workings of the justified-expectations component in such contexts. The volitional element that qualifies the party's reasonable expectation is combined with the economic component - the gains sought from exploiting that foreign market - in order to determine applicable law pursuant to the justified expectations factor.

## 2. Product liability

After analyzing numerous split-domicile cross-border conflicts, Professor Symeonides reached the conclusion that American courts show little hesitation in applying the law of the victim's home-state when that state is also the place of injury<sup>134</sup>. In his words, "[o]n balance, this result is appropriate, provided that the circumstances are such that the defendant should have foreseen the application of the law of the victim's home-state and place of injury."<sup>135</sup> In product liability cases he adds, "the foreseeability proviso can be easily satisfied when the product is marketed through ordinary commercial channels."<sup>136</sup> This result parallels the proposed economic analysis of a justified expectation test applied to product-liability conflicts.

In *General Motors Corp. v. Eighth Judicial district*<sup>137</sup>, a plaintiff acquired a car in Nevada and had an accident in Arizona. The plaintiff brought suit against the Michigan manufacturer and its Arizona car dealer. The Michigan defendant-manufacturer and the Arizona dealer argued for the application of Arizona law rather than Michigan law. As the court was considering each factor set forth by §6 of the Restatement (Second), it observed that, because the plaintiff purchased the car from an Arizona retailer in Arizona, both parties "were justified in expecting that the relationship would be governed by Arizona law."<sup>138</sup> Regarding General Motor's expectations on the other hand, it could reasonably have imagined that Arizona would govern the dispute because it put its cars in the Arizona stream of commerce. The economic analysis of the law proposed here helps to formulate the following principle. By purposefully exploiting a foreign market, one should know that foreign law may very well apply.

In cases where the tortious conduct and its resulting injury are potentially split across state lines, it is often said that the manufacturer's headquarters or manufacturing site are to be taken as the places where the tortious conduct occurred. This assertion stems from the idea that the design decision that led to the defect is the tortious

---

<sup>133</sup> Rather than in America where he pretended to expect freedom of speech to shield him from liability.

<sup>134</sup> Symeon C. SYMEONIDES, *Choice of Law*, *supra* note 93 at 219.

<sup>135</sup> *Id.* at 220.

<sup>136</sup> *Id.*

<sup>137</sup> 122 Nev 466 (Nev. 2006).

<sup>138</sup> *Id.* at 477.

conduct. However, this analysis is artificial and leads to much confusion in complex torts. The tortious conduct should be situated when and where the manufacturer decides to put its defective product on the market, rather than fictitiously asserting that the wrongful conduct actually materialized at the inception of the product's life.

When applying the justified expectations principle, one should try to determine if it was foreseeable that the product would end up where it was eventually sold. In this case, legal predictability and the protection of the parties' common expectations align and command that the place where the product was acquired govern any potential disputes between the parties. If a consumer decides to cross state lines to acquire goods that were intentionally made unavailable in his state, or if he does so where it is sold for a cheaper price it should come with the expectation that the law where the product was acquired will attach, as the place of the accident that might follow would only be fortuitous.

Unlike insurance conflicts where the issue goes to the extent of coverage, and freedom of movement commands that one should be entitled to make use of their car to drive with it to other states, a product liability case focuses on the product itself and its inherent potential defects. Thus, if a manufacturer decides to exploit a specific market, it should not expect to be able to hide behind the laws of the place of its corporate headquarters, nor should it have to worry about the more protective laws of states where it decided not to sell the product. This assertion comes with two caveats: the manufacturer should still be subject to the conduct-regulating rules of its principle place of business, as those apply primarily to conduct within that state. And special consideration should be given to the control a manufacturer has on the distribution of its goods. For goods that will naturally be relayed to other distributors, a manufacturer could not reasonably expect its products to be confined to the hands of the first intermediary it discharged them to. A justified-expectation analysis should be pragmatic and focus on whether the manufacturer had knowledge of its products being dispersed through a chain of distributors, thus selling more of them thanks to a nation-wide market, with all its variety and restrictions. The economic analysis in connection with the use of justified expectations shows that tapping a market comes with a collateral legal price just as it does in a contractual bargain.

### 3. Medical malpractice

In *Ginsberg ex. Re. Ginsberg v. Quest Diagnostics, Inc.*, a medical malpractice case where a New Jersey patient sought the services of a New York practitioner, the Superior Court of New Jersey stressed the practitioner's "right to expect" that New York law will govern their actions to solve the true conflict conundrum<sup>139</sup>. The court first noted that "patients frequently travel across state lines to be treated by a physician who is a surgeon or specialist because of that individual's expertise."<sup>140</sup> It then deduced that "[i]t is

<sup>139</sup> 441 N.J. Super. 198, 236 (App. Div 2015), aff'd sub nom. *Ginsberg v. Quest Diagnostics, Inc.*, 227 N.J. 7, 147 A.3d 434 (2016).

<sup>140</sup> *Id.*

likewise reasonable for a person receiving medical services in New York, and for providers of such services in New York, to expect that New York law would govern the provision of those services.”<sup>141</sup> The court added, “[I]t is only fair that the law of the state to which the patient has voluntarily traveled, and in which the doctor has chosen to conduct the [medical procedure], be applied to adjudicate the respective rights, duties, and obligations between the parties.”<sup>142</sup>

Thus, when seeking services in another state, a “proactive” patient should expect that said services will come as a bundle with the application of that state law to regulate the practitioner’s conduct and responsibility. The same line of argument was followed in *Troxel v. A.I. duPont Inst.*<sup>143</sup> where a Pennsylvania patient travelled to a Delaware hospital where she was exposed to cytomegalovirus and unknowingly contaminated a pregnant woman back in Pennsylvania and whose baby died as a result<sup>144</sup>.

The economic analysis of the law in connection with these cross-border split-domicile medical malpractice cases conforms to the solutions reached with the use of justified expectations. Indeed, it would be economically absurd to force local medical practitioners to buy more expensive insurances to protect themselves from out-of-state patients seeking their services and suing them under their home-state’s more protective laws. This would result in a race to the top, where some states would indirectly impose their higher standards to the whole nation and force some kind of insurance premium unification throughout the country. Conversely, a claim can be made that medical practitioners who venture in other states to seek patients should reasonably expect the patient’s laws to apply, unless the patient sought out the doctor and asked her to come to his state. A focus should be added on the proactive or passive stance adopted by each party in order to use the justified expectation test in such cases.

#### 4. Consumers

In *re Celexa and Lexapro Marketing and Sales Practices Litigation*<sup>145</sup> was a misrepresentation case brought by purchasers of two prescription antidepressant drugs for use by their children. The defendant-manufacturer had allegedly concealed the information that the drugs were for adult use only by calling each plaintiff’s home state physicians. The court found that the plaintiffs’ actions in reliance on those false statements, including the purchase of the medication, could be located in their home states. After noting that a true conflict existed between Missouri pro-manufacturer laws

<sup>141</sup> *Id.* (relying on *Amoroso v. Burdette Tomlin Mem’l Hosp.*, 901 F.Supp. 900, 906 (D.N.J.1995)).

<sup>142</sup> *Id.* (quoting *Accord Warriner v. Stanton*, 475 F.3d 497, 502–04 (3d Cir.2007)).

<sup>143</sup> 431 Pa.Super. 464, 636 A.2d 1179 (1994).

<sup>144</sup> *Comp. Symeon C. SYMEONIDES*, Choice of law, *supra* note 93 at 220–221 (Contending that the Delaware doctors should have foreseen that, when they sent an uncured and uniformed contagious patient back to her home in Pennsylvania, the consequences of that negligence would have been felt in Pennsylvania).

While the Delaware could indeed have foreseen that their error could have consequences in Pennsylvania, this contagion could have taken place anywhere the infected mother would have met a pregnant woman. The “could” and “should” standards do not lead to the same result on a conflicting expectations analysis.

<sup>145</sup> 291 F.R.D. 13 ((D. Mass. 2013)).

and Massachusetts consumer laws, the court first explained that “consumer protection statutes are designed to protect consumers rather than to regulate corporate conduct.”<sup>146</sup> This argument was not very convincing since an interest analysis properly conducted should take both state policies and the relevant contacts in connection with one another. Such analysis of course would not have solved the true conflict with Missouri’s law which favored the defendant.

Nevertheless, the court added that “[a]lthough plaintiffs correctly [advised] that Missouri [had] an interest in policing the behavior of corporations within its borders, that interest [did] not outweigh the justified expectations of consumers that the laws of their home states will apply.”<sup>147</sup> In other words, the manufacturing corporation of a product sold to specific physicians in other states had no reasonable expectations that the law of the purchase state more than its home state law would apply. Conversely, a consumer should be endowed with the right to believe that the laws of his home state will protect him from defective products there. Facing again the confrontation of “neutral” expectations against “positive” justified expectations, the Massachusetts district court decided to favor the consumers’ law through the use of the justified-expectation approach.

In sum, when a manufacturer specifically targets a state’s market, they should expect that law to apply to a consumer’s claim from that state. An economic analysis of conflicts law in connection with justified expectations leads to the general conclusion that professionals (exemplified through medical practitioners and manufacturers here) should calculate the cost of the laws where they find clients to whom they sell their products much like choice-of-law has a price in any bargain. However, it does not mean that the law of the client’s domicile should necessarily apply in all cases, nor that another law should be preferred if it goes against the consumer’s interests. The justified-expectation factor must remain neutral in order to provide better uniformity and predictability of result.

This solution resembles rules adopted in modern European regulations. For instance Article 5 of the Rome II Regulation on the law applicable to non-contractual obligations takes the justified expectations into account in product-liability cases.

1. Without prejudice to Article 4(2), the law applicable to a non-contractual obligation arising out of damage caused by a product shall be:
  - (a) the law of the country in which the person sustaining the damage had his or her habitual residence when the damage occurred, if the product was marketed in that country; or, failing that,
  - (b) the law of the country in which the product was acquired, if the product was marketed in that country; or, failing that,
  - (c) the law of the country in which the damage occurred, if the product was marketed in that country. However, the law applicable shall be the law of the country in which the person claimed to be liable is habitually

<sup>146</sup> *Lexapro*, at 17, quoting *In Re Pharm. Indus. Average Wholesale Price Litig.*, 230 F.R.D. 61, 82, 83 (D.Mass.2005).

<sup>147</sup> *Id.*

resident if he or she could not reasonably foresee the marketing of the product, or a product of the same type, in the country the law of which is applicable under (a), (b) or (c)<sup>148</sup>.

While Europe is more consumer-protective than American conflicts law traditionally is, the application of justified expectation to this particular field reveals that convergence between both systems is possible through conflicts justice, as opposed to material justice. Through an objective standard, that are justified expectations, courts reach solutions that are more equitable to the case while not automatically favoring the weaker party.

## CONCLUSION

Although justified expectations initially suffered from two handicaps, (1) that they were evicted from the arena of conflicts theory by the growing domination of governmental interest analysis and, (2) that they were misunderstood in the field of tort conflicts, more than four decades of judicial experience has revealed their necessity for the proper adjudication of multistate disputes. The case law generated by the use of the justified-expectation factor has shown that this principle not only embraces most of the breakthroughs of the conflicts revolution, but that it also made it possible to fill the gaps and produce proper solutions in complex patterns. An economic analysis of this case law has also revealed some convergence with European private international law. Finally, a study of the proper methods of choice of law in connection with justified expectations has stressed the importance of this criterion and its interplay with policy analysis.

The “*rapprochement*” that Professor Hay predicted between European and American conflicts law a few years before the end of the previous century, seems to be more real after the study of the justified expectations in American tort conflicts. According to him:

The divergence in American and European approaches to conflicts law therefore is only marginally one of methodology. It continues to derive principally from different perceptions of the *goals and objectives* of conflicts law. And it is in this area where the seeds for a *rapprochement* may or may not be found<sup>149</sup>.

In that regard, a Third Restatement on the conflict of laws that would be similar to the more modern statutes adopted in the United States would get closer to the choice-of-law methods of the European regulations. Those regulations could use on the other hand some freshening up by integrating better principled flexibility and some breakthroughs such as issue by issue analysis in tort conflicts. Nonetheless, the issue of *objectives* remains a swinging up-and-down between the protection of legitimate expectations and policy analysis on both sides of the Atlantic. Be it that Beale initially

<sup>148</sup> Regulation (EC) No 864/2007 of the European Parliament and of the Council of 11 July 2007 on the Law Applicable to Non-contractual Obligations (Rome II), Art 5, 2007 OJ. (L 199) 40.

<sup>149</sup> See Peter HAY, *Flexibility versus Predictability*, *supra* note 76 at 393.

intended to protect a certain type of legitimate expectation through fixed rules or that Pillet wanted in France to protect the laws of foreign states to respect their sovereignty, both were rejected for the opposite in the twentieth century. It may be time to reconcile both considerations. American choice of law seems to be getting closer to a just equilibrium in that regard, as European private international law still learns to deal with public interests through the seldom use of foreign *lois de police*.

## Réflexions sur la théorie des effets légaux du contrat en droit transitoire

**Aurélie VAN DEN BAVIÈRE<sup>1</sup>**

*Chargée d'enseignement à l'Université d'Angers*

*Docteure en droit privé – Université de Paris I, Panthéon-Sorbonne*

**Résumé :** La Cour de cassation use de la théorie des effets légaux du contrat en matière de droit transitoire afin d'écarter, à titre exceptionnel, le principe de survie de la loi ancienne pour les contrats en cours. Elle décide en ce sens que « la loi nouvelle régi[t] immédiatement les effets légaux des situations juridiques ayant pris naissance avant son entrée en vigueur et non définitivement réalisées ». Fort de ce constat, la question se pose légitimement de savoir ce qui relève d'un effet légal et ce qui constitue un effet purement contractuel. Or, la théorie des effets légaux demeure obscure, aucun critère ne paraissant à même d'offrir une clé de distinction parmi les effets du contrat. Son abandon en matière de droit transitoire paraît donc souhaitable.

**Mots-clés :** effets légaux du contrat - effets purement contractuels - critère de distinction des effets du contrat - droit transitoire - exceptions au principe de survie de la loi ancienne - application immédiate de la loi aux contrats en cours - statut légal – Roubier

**Title:** *Thoughts on the theory of the legal effects of contracts in transitional law*

**Summary:** *The Cour de Cassation (French highest degree of Court) uses the theory of the legal effects of contracts in transitional law to rule out, exceptionally, the principle that the former law remains effective for ongoing contracts.*

*This Court rules that « the new law immediatly hold sway over the effects of legal situations that came into being before its implementation and that are not entirely realised ».*

*This being said, it can legitimately be asked what is a legal effect of contracts and what is purely contractual.*

*Yet, the theory of the legal effects remains obscure, no criteria appearing sufficient to allow a distinction among the effects of contracts.*

*It then seems advisable to give it up in transitional law.*

**Key words:** *legal effects of contract- purely contractual effects- distinctive criteria of the different effects of contracts- transitional law- exceptions to the principle of the former*

---

<sup>1</sup> @ : Aurelie.Van-Den-Baviere@anciens.univ-paris1.fr

Il est constant en droit transitoire français, depuis le milieu du XIX<sup>e</sup> siècle, que la loi nouvelle est, par principe, sans effet sur les contrats en cours<sup>2</sup>. Ceux-ci demeurent régis par la loi en vigueur au jour de leur conclusion. Si aucun fondement technique ne fait consensus au sein de la doctrine pour expliquer ce principe, sa raison d'être se trouve incontestablement dans le respect des prévisions des contractants<sup>3</sup> et même, plus globalement, dans un souci de sécurité juridique. Il existe néanmoins des exceptions à ce principe de survie de la loi ancienne parmi lesquelles figure la théorie des effets légaux du contrat. La Cour de cassation en use régulièrement<sup>4</sup>, celle-ci estimant que « la loi nouvelle régi[t] immédiatement les effets légaux des situations juridiques ayant pris naissance avant son entrée en vigueur et non définitivement réalisées »<sup>5</sup>.

La théorie des effets légaux du contrat part de l'idée que les effets du contrat comptent dans leur rang des effets qualifiés de légaux et des effets qualifiés de « purement contractuels ». Cette distinction propose ainsi de dissocier dans l'antre du contrat ce qui relève du statut de ce qui relève du « conventionnel » ou de l'accord des parties<sup>6</sup>. Plusieurs conséquences en découleraient. D'une part, les effets légaux ne sauraient obéir au régime contractuel<sup>7</sup>. D'autre part, en cas de changement législatif, la loi nouvelle leur serait d'application immédiate lorsqu'ils ne se sont pas définitivement réalisés. Autrement dit, si les effets purement contractuels restent sous l'emprise du principe de survie de la loi ancienne, différemment, les effets légaux seraient régis par le principe d'application immédiate<sup>8</sup>.

Cependant, cette théorie suscite le malaise en matière de droit transitoire car, si l'idée qu'elle présente est facilement intelligible<sup>9</sup>, le critère nécessaire pour opérer la distinction parmi les effets demeure introuvable. La théorie des effets légaux a dès lors,

<sup>2</sup> S. Gaudemet, « Art. 2. - Application de la loi dans le temps », *Juris-Cl. Civ. Code*, Fasc. 20, déc. 2018, n° 44.

<sup>3</sup> S. Gaudemet, « Art. 2. - Application de la loi dans le temps », *préc.*, n° 48 et 49.

<sup>4</sup> Voir dernièrement, Cass. Com. 18 nov. 2020, n° 19-13.402, *D.* 2020, p. 2343.

<sup>5</sup> Cass. Civ. 3<sup>e</sup>, 17 nov. 2016, n° 15-24522, *RTD civ.* 2017, p. 118, obs. H. Barbier – Cass. Civ. 3<sup>e</sup>, 23 nov. 2017, n° 16-20475 – Cass. Civ. 3<sup>e</sup>, 3 juill. 2013, n° 12-21541, *Bull. civ.* III, n° 89 ; *D.* 2013, p. 1742, obs. Y. Rouquet – Cass. Civ. 3<sup>e</sup>, 18 févr. 2009, n° 08-13143, *Bull. civ.* III, n° 40 ; *D.* 2009, p. 1450, note G. Lardeux – Cass. Ch. mixte, 13 mars 1981, n° 80-12125 ; *Bull. ch. mixte*, n° 3 ; *D.* 1981, p. 309, note A. Bénabent – Civ. 3<sup>e</sup>, 8 févr. 1989, *Bull. Civ.* III, n° 33, p. 19.

<sup>6</sup> Voir à ce sujet la thèse de Y. Guenzoui, *La notion d'accord en droit privé*, LGDJ, B.D.P., tome 502, 2009, préf. C. Hannoun.

<sup>7</sup> Voir par exemple, Y. Guenzoui, *th. préc.* ; H. Lécuyer, « Le contrat, acte de prévision », in *L'avenir du droit, Mélanges F. Terré*, Dalloz, 1999, p. 643 s., spéc. p. 653-654. Rapp., N. Molfessis, « Force obligatoire et exécution : un droit à l'exécution en nature ? », *RDC* 2005, n° 1, p. 41.

<sup>8</sup> Cass., Avis, 16 févr. 2015, n° 14-70.011 — Civ. 3<sup>e</sup>, 17 nov. 2016, n° 15-24.552 — Civ. 3<sup>e</sup>, 23 nov. 2017, n° 16-20.475 — Civ. 3<sup>e</sup>, 18 févr. 2009, n° 08-13143.

<sup>9</sup> En ce sens, G. Casu, « La loi nouvelle, l'ordre public et le contrat : réflexions à partir d'un arrêt de la Cour de cassation », *D.* 2017. 1107.

à juste titre, été qualifiée d'« impénétrable »<sup>10</sup> par la doctrine. L'enjeu d'un balisage est pourtant de taille, car si la théorie des effets légaux du contrat se trouve dépourvue de critère, sa fonction première de règle de résolution des conflits de lois dans le temps est assurément dévoyée. Elle ne permet pas d'offrir une solution *a priori* mais devient, comme certains auteurs l'avancent, une simple justification *a posteriori*<sup>11</sup>. Cette théorie ne prenant son assise sur aucun texte et reposant, en outre, sur une opération de qualification (effet contractuel ou légal), elle offre incidemment toute latitude au juge pour l'appliquer ou l'écarter. Or, son utilisation n'est pas neutre du point de vue des parties à l'acte puisqu'elle permet de faire échec à leurs prévisions en faisant application du droit nouveau. La question n'est donc pas seulement technique<sup>12</sup>, elle met en scène des considérations de politique juridique : faire application immédiate de la loi nouvelle, c'est faire prévaloir l'unité de la législation et l'égalité des contractants ; conserver la loi ancienne, c'est privilégier la sécurité contractuelle, c'est respecter et donc encourager la prévision contractuelle<sup>13</sup>. On devine, en outre, ce que cette insuffisance théorique peut entraîner sur le plan pratique alors que la Cour de cassation s'est octroyée la possibilité, dans un avis en date du 16 février 2015, de recourir à cette exception malgré la présence de dispositions transitoires expresses<sup>14</sup>. Percevant le danger potentiel de la théorie, le législateur s'est senti contraint d'y faire barrage en 2018 pour la réforme du droit des contrats<sup>15</sup> et en 2021 pour le cautionnement dans la réforme du droit des sûretés<sup>16</sup>, en prévoyant une disposition faisant échec à toute possibilité pour le juge d'y recourir. On perçoit ainsi ce que la détermination d'un critère fiable peut avoir de nécessaire.

Malheureusement, si plusieurs critères sont aujourd'hui utilisés, tous présentent des insuffisances ne les rendant pas pleinement opératoires. Précisément, le critère de la source de ces effets, majoritairement utilisé par la jurisprudence, n'est pas pertinent (I), quand le critère de leur objet, proposé par la doctrine, manque de rigueur (II). Ce constat conduit à militer pour l'abandon de l'utilisation de cette théorie telle qu'elle se présente aujourd'hui en matière de droit transitoire, l'effet légal apparaissant davantage

<sup>10</sup> C. Grimaldi, obs. sous Cass. Civ. 3<sup>e</sup>, 28 juin 2018, *Defrénois* 18 oct. 2018, n° 41, p. 30 s., spéc. note 3. Pour un constat similaire, voir P. Deumier, « Roubier, plus fort que les dispositions transitoires ? », *RTD civ.* 2015, p. 569 s., spéc. p. 572, estimant que la distinction entre les effets légaux et purement contractuelle est « difficile à manier » ; G. Casu, « Faut-il encore enseigner Roubier ? », *RTD civ.* 2019, p. 785 s.

<sup>11</sup> V. notamment : S. Gaudemet, *art. préc.*, n° 54 ; G. Casu, *art. préc.* ; L. Bach, « Conflits de lois dans le temps », *Rép. civ.*, Dalloz, mai 2006, spéc. n° 584.

<sup>12</sup> En ce sens également : G. Casu, « Faut-il encore enseigner Roubier ? », *préc.*

<sup>13</sup> Sur cette notion, voir notre thèse, *La prévision contractuelle*, thèse Paris I, G. Loiseau (dir.), 2019.

<sup>14</sup> Dans un avis en date du 16 février 2015 concernant la loi ALUR (L. n° 2014-366 du 24 mars 2014 pour l'accès au logement et un urbanisme rénové), la Cour de cassation a décidé de l'application immédiate de l'article 24 de la loi du 6 juillet 1989 tel que modifié alors même que le législateur ne l'avait pas inclus parmi le lot de dispositions bénéficiant expressément d'une application immédiate. Sur ce point, F. de La Vaissière, « Bail d'habitation », *Rép. pr. civ.*, oct. 2020 (actualisation septembre 2021), n° 38 s.

<sup>15</sup> Voir en ce sens l'article 9 alinéa 2 de l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, dans sa rédaction issue de la loi n° 2018-287 du 20 avril 2018 : « Les contrats conclus avant cette date demeurent soumis à la loi ancienne, y compris pour leurs effets légaux et pour les dispositions d'ordre public ».

<sup>16</sup> Voir l'article 37, II, de l'ordonnance n° 2021-1192 du 15 septembre 2021 portant réforme du droit des sûretés prévoyant que « Les cautionnements conclus avant la date prévue au 1<sup>er</sup> alinéa du I demeurent soumis à la loi ancienne, y compris pour leurs effets légaux et pour les dispositions d'ordre public ».

comme un fondement judiciaire « opportuniste »<sup>17</sup> servant à imposer l'application immédiate de la loi nouvelle plutôt que comme un concept juridique efficient.

## I.- L'absence de pertinence du critère de la source de l'effet

Le critère de la source de l'effet propose, schématiquement, de qualifier l'effet de légal ou de contractuel selon qu'il est prévu formellement par la loi ou par le contrat ou qu'il est créé par la volonté du législateur ou des contractants. Cependant, qu'il soit envisagé sous l'angle formel (A) ou réel (B), ce critère n'est pas pertinent car il opère une confusion entre la source de l'effet et sa nature.

### A.- Le critère de la source formelle

Le critère de distinction le plus évident au premier abord est celui de la source formelle de l'effet du contrat. Ce critère amène à se demander qui de la loi ou du contrat est le support de l'effet dont on cherche la nature. Autrement dit, il conduit à scruter si c'est la loi qui édicte l'effet ou s'il est incorporé, stipulé expressément dans le contrat. Un exemple de ce critère de distinction est fourni par l'ordonnance n° 2020-306 du 25 mars 2020 relative à la prorogation des délais échus<sup>18</sup> prise pour faire face à la crise sanitaire du coronavirus. L'article 2<sup>19</sup> prévoyait la prolongation de certains délais expirés durant la période comprise entre le 12 mars et le 23 juin 2020 dès lors que ces délais étaient prescrits par la loi ou le règlement. Ce faisant, l'ordonnance excluait de son champ d'application les délais prévus contractuellement, ce que confirmait la circulaire de présentation du ministère de la justice en date du 26 mars 2020<sup>20</sup> ainsi que le rapport remis au Président de la République<sup>21</sup>. Cette ordonnance, en conséquence, distinguait les délais légaux et les délais contractuels en fonction de leur support, les délais légaux étant ceux prescrits par la loi quand les délais contractuels étaient ceux qui s'évinçaient d'une prévision expresse du contrat.

En matière de droit transitoire, la jurisprudence utilise parfois ce critère. Elle a, par exemple, aux fins d'appliquer les règles nouvelles de plafonnement des loyers issues de la loi n° 86-12 du 6 janvier 1986 aux baux commerciaux en cours lors de leur

<sup>17</sup> G. Casu, « La loi nouvelle, l'ordre public et le contrat : réflexions à partir d'un arrêt de la Cour de cassation », *préc.* : « Cette difficulté à distinguer entre les effets du contrat alimente l'idée d'une mobilisation opportuniste de cette théorie par les juridictions. La malléabilité des concepts permet au juge d'instrumentaliser l'effet légal afin de fonder *a posteriori* une décision pétrie d'opportunité ». Du même auteur, voir également, « Faut-il encore enseigner Roubier ? », *RTD civ.* 2019, p. 785 s.

<sup>18</sup> *JO* 26 mars 2020.

<sup>19</sup> Cet article a lui-même fait l'objet de plusieurs modifications : ordonnance n° 2020-427 du 15 avril 2020 ; ordonnance n° 2020-666 du 3 juin 2020.

<sup>20</sup> La circulaire du 26 mars 2020 n° CIV/01/20 confirme ainsi « que les délais prévus contractuellement ne sont pas concernés » (p. 6).

<sup>21</sup> Le rapport remis au Président de la République indique que « La précision selon laquelle sont concernés par les dispositions de cet article les actes « prescrits par la loi ou le règlement » exclut les actes prévus par des stipulations contractuelles. Le paiement des obligations contractuelles doit toujours avoir lieu à la date prévue par le contrat ».

renouvellement, considéré « qu'à défaut d'accord entre les parties, le droit au renouvellement a sa source dans la loi et que même acquis dans son principe, il se trouve, dans ses modalités demeurant à définir, affecté par la loi nouvelle laquelle régit immédiatement les effets des situations juridiques ayant pris naissance avant son entrée en vigueur et non définitivement réalisées »<sup>22</sup>. Autrement dit, le raisonnement est simple : si le droit a pour source formelle un texte légal, l'effet est légal ; si le droit applicable trouve sa source dans une stipulation du contrat, l'effet est contractuel.

Mais ce critère, limpide et aisé d'utilisation, n'est pas pertinent. Sur le plan théorique, en effet, la distinction présentée comme telle paraît fausse. Ce n'est pas parce qu'un effet du contrat est prévu par la loi que l'effet est automatiquement légal. En ce sens, la plupart des obligations édictées par le législateur pour les contrats spéciaux relèvent incontestablement du champ contractuel. On citera, pour illustrations, l'obligation pour le bailleur énoncée à l'article 1720 alinéa 2 du Code civil de faire les grosses réparations nécessaires ou l'article 1717 alinéa 1<sup>er</sup> permettant au preneur de sous-louer et même de céder son bail. À l'inverse, un effet légal qui serait recopié au sein d'un contrat par les parties ne mutera pas nécessairement en effet contractuel. La Cour de cassation a clairement statué en ce sens dans un arrêt d'assemblée plénière du 17 mai 2002 alors que des parties s'étaient soumises conventionnellement aux dispositions du décret du 30 septembre 1953 pour régir leur contrat de bail qui n'était pourtant pas commercial<sup>23</sup>. La Haute juridiction a considéré que les parties ne pouvaient prévoir de stipulations allant à l'encontre de ce décret même si son application relevait de leur bon vouloir<sup>24</sup>. Il convient dès lors de comprendre que l'application conventionnelle de cette norme statutaire ne fait pas dégénérer la nature de ses dispositions. Très clairement, les effets légaux restent légaux peu importe qu'ils aient été choisis et incorporés dans le contrat par les parties. Un autre exemple bien connu est offert par le contrat de travail. Il est incontestable que beaucoup de dispositions en droit du travail sont d'application immédiate en cas de changement législatif bien qu'elles puissent toucher des stipulations contractuelles, car l'on estime que ces dispositions concernent des effets légaux du contrat. Le critère de la source formelle apparaît donc trop simpliste.

En outre, celui-ci fait table rase de la nature contractuelle attribuée traditionnellement aux dispositions supplétives. Il y a des effets légaux, au sens du critère de la source formelle, que les contractants peuvent aménager librement. On pense par exemple à la théorie désormais admise de l'imprévision<sup>25</sup>. Cela signifie-t-il que

<sup>22</sup> Cass. Civ. 3<sup>e</sup>, 15 mars 1989, n° 87-19.942, *Bull.* III, n° 65 — Civ. 3<sup>e</sup>, 22 mars 1989, n° 87-17.823 — Civ. 3<sup>e</sup>, 13 déc. 1989, n° 88-11.056.

<sup>23</sup> Cass. Ass. Plén., 17 mai 2002, *Bull.* n° 1, p. 1 ; *Defrénois* 2002, art. 37607, p. 1234, obs. R. Libchaber.

<sup>24</sup> Précisément, elle a estimé qu'« en cas de soumission conventionnelle au décret du 30 septembre 1953 relatif au bail commercial, sont nulles les clauses contraires aux dispositions impératives du texte susvisé relatives à la forme du congé » (les parties ayant conventionnellement prévu la possibilité de dénoncer le bail par lettre recommandée alors que le décret exige le recours à la forme authentique). Pour une réitération récente de la solution : Cass. Civ. 3<sup>e</sup>, 28 mai 2020, n° 19-15.001, *LEDC* 2020, n° 7, p. 3, obs. N. Leblond.

<sup>25</sup> Le caractère supplétif de l'article 1195 du Code civil relatif à l'imprévision est discuté : R. Libchaber, « Pour une impérativité raisonnée de la révision pour imprévision », *D.* 2020, p. 1185 s. ; B. Mercadal, « Feu le caractère supplétif de l'article 1195 du Code civil sur l'imprévision », *BRDA* 19/20, p. 21 s.

si les parties n'aménagent pas ces effets ceux-ci sont qualifiés de légaux mais que si elles les aménagent contractuellement ceux-ci deviennent contractuels ? Cette malléabilité semble inadmissible. Elle est source d'insécurité juridique et de complications inutiles. Si les parties n'ont pas aménagé ces dispositions supplétives c'est, doit-on considérer, qu'elles y adhéraient tel quel. Un changement législatif ne devrait donc pas revenir sur le contrat originaire au risque d'édulcorer le principe de force obligatoire du contrat<sup>26</sup>. Et l'on ne peut arguer de la possibilité qu'ont les parties de procéder à un nouvel aménagement car ce serait oublier que les circonstances ont pu changer et qu'une partie peut très bien s'opposer à ce nouvel aménagement. Il paraît nécessaire de conserver ce qui a été conclu d'un commun accord le jour du contrat parce que celui-ci prend appui sur ces prévisions légales. Comme l'expliquait pertinemment Roubier, suivi en cela par d'autres auteurs<sup>27</sup>, par principe, ce que prévoit la loi en matière contractuelle doit être considéré comme incorporé au contrat car l'on ne peut exiger des parties qu'elles reproduisent expressément dans leur contrat toutes les dispositions auxquelles elles attachaient une importance<sup>28</sup>. « Il n'y a pas à distinguer entre les clauses expresses du contrat, et les dispositions de la loi en vigueur au jour du contrat »<sup>29</sup>. L'ensemble fait partie des effets contractuels et ne doit, de ce fait, pas pouvoir subir de changements législatifs sous peine de heurter la prévision contractuelle. Au final, on le voit, le critère de la source formelle manque de justesse. Il ne permet pas de cerner quels sont les effets prévus par la loi qui peuvent ou non faire l'objet d'une application immédiate.

### B.- Le critère de la source réelle

Un certain affinement du critère de la source doit alors être envisagé. Il ne s'agit plus de s'attacher à la source formelle mais à la source réelle, en se tournant vers l'auteur de l'effet. La source à prendre en compte se retrouverait dans la volonté : volonté du législateur ou volonté des parties. Partant, il ne serait pas nécessaire que le contrat lui-même signale l'effet, que celui-ci soit stipulé par les parties expressément, pour être contractuel, certains effets étant consentis sans pour autant être repris dans le contrat. Inversement, certains effets légaux pourraient être inclus dans le contrat sans que cela ne change leur substance légale. Le critère aurait pour mérite de ne pas trancher radicalement, comme le fait le critère de la source formelle, entre ce qui est mentionné dans le contrat et ce qui est indiqué dans la loi mais de recentrer la question autour de ce qui constitue l'essence contractuelle, à savoir la volonté des parties.

<sup>26</sup> J. Héron, *Principes du droit transitoire*, Dalloz, 1996, p. 126 : « la modification imposée par la loi nouvelle se place au niveau de la norme habilitante : la loi nouvelle remet en cause pour l'avenir l'effet obligatoire que la loi ancienne attachait aux faits dont est résultée la création de l'acte juridique ».

<sup>27</sup> P. Level, *Essai sur les conflits de lois dans le temps, Contribution à la théorie du droit transitoire*, LGDJ, B.D.P., t. XIV, 1959, n° 122, p. 218 ; G. A. Borda, « Portée et limitations du droit transitoire », *Mélanges en l'honneur de Paul Roubier*, Dalloz & Sirey, 1961, p. 75 s., spéc. p. 84.

<sup>28</sup> P. Roubier, « De l'effet des lois nouvelles sur les contrats en cours », *Rev. crit. leg. et jurispr.* 1932, p. 120 s., spéc. p. 148.

<sup>29</sup> P. Roubier, *art. préc.*, p. 151.

La jurisprudence adopte régulièrement ce critère pour justifier l'application immédiate de nouvelles normes<sup>30</sup>. Elle estime, en effet, que l'effet « souscrit » par les parties est contractuel<sup>31</sup>, quand l'effet issu de la « volonté du législateur »<sup>32</sup> ou dépendant des « pouvoirs du juge » est légal<sup>33</sup>.

Pourtant, si l'idée est séduisante, le critère de la source réelle doit lui aussi être condamné. Tout d'abord, et d'un point de vue purement théorique, le critère semble de nouveau erroné. Ce critère conduit à penser que ce que l'on dénomme habituellement les suites du contrat ne sont pas des effets purement contractuels puisque ces suites sont imposées par le juge ou la loi. Or, si ces effets « autoritaires »<sup>34</sup> ont une source incontestablement objective, il n'en demeure pas moins qu'ils ont une nature contractuelle même s'ils ne proviennent pas de la volonté des parties. Autrement dit, la création prétorienne de ces effets sur le fondement de l'article 1194 du Code civil ne leur fait pas perdre leur nature contractuelle bien qu'ils ne soient pas des effets tacitement voulus<sup>35</sup>. Ce serait sinon opérer une confusion maintes fois dénoncée entre le voulu et le contractuel<sup>36</sup>. La jurisprudence est d'ailleurs en ce sens, qui sanctionne l'inexécution de ces effets sur le terrain contractuel<sup>37</sup>.

Ensuite, sur le plan pratique, l'analyse de la doctrine et de la jurisprudence montre que ce critère entraîne de redoutables difficultés de qualification. Du côté de la doctrine, par exemple, il a pu être discuté de l'application immédiate de la nouvelle rédaction de l'article 1843-4 du Code civil relatif à la tierce estimation, issue de l'ordonnance n° 2014-863 du 31 juillet 2014 relative au droit des sociétés, sans qu'un consensus n'ait été trouvé<sup>38</sup>. Si la plupart des auteurs voient dans le paragraphe I de l'article 1843-4, prévoyant l'intervention d'un expert en vertu d'un texte légal renvoyant à l'article 1843-4, une situation légale<sup>39</sup>, la doctrine reste partagée sur la qualification de la situation lorsque l'intervention de l'expert se fait de manière conventionnelle, en vertu du second paragraphe. Il faut dire « que le recours conventionnel à l'expert pourrait aussi bien s'analyser comme une situation contractuelle, eu égard à l'origine de la cession ou du

<sup>30</sup> Cass. Soc., 3 mars 1961, *Bull. civ. IV*, n° 306 – Com. 7 mars 1983, *Bull. civ. IV*, n° 95 – Cass. Civ. 3<sup>e</sup>, 15 mars 1989, *Bull. civ. III*, n° 65 – Ch. Mixte, 13 mars 1981 (3 espèces), *D.* 1981, p. 309, note A. Bénabent – Com. 26 mars 2003, *Bull. civ. III*, n° 70.

<sup>31</sup> Voir Cass. Civ. 3<sup>e</sup>, 11 avril 2019, n° 18-16.121.

<sup>32</sup> Voir Cass., ch. mixte, 13 mars 1981, n° 80-12.125.

<sup>33</sup> Voir Cass., Avis, 16 févr. 2015, n° 14-70.011.

<sup>34</sup> Sur lesquels, voir notre thèse, *La prévision contractuelle*, n° 339 s., p. 368 s.

<sup>35</sup> *Contra*, H. Lécuyer, « Le contrat, acte de prévision », *Mélanges F. Terré*, Dalloz, 1999, p. 643 s., spéc. p. 653 s.

<sup>36</sup> En ce sens également, Ph. Jacques, *Regards sur l'article 1135 du Code civil*, préf. F. Chabas, Dalloz, N.B.T., vol. 46, 2005, p. 869 s.

<sup>37</sup> C. Pères-Dourdou, *La règle supplétive*, préf. G. Viney, LGDJ, B.D.P., tome 491, 2004, n° 381, p. 353-354.

<sup>38</sup> Sur ce débat, voir notamment : N. Borge, « L'application dans le temps du nouvel article 1843-4 du code civil », *D.* 2014, p. 2359 s. ; F.-X. Lucas et D. Poracchia, « Le nouvel article 1843-4 du code civil », *Bull. Joly* 2014, 474 ; B. Dondero, « L'ordonnance du 31 juillet 2014 relative au droit des sociétés », *D.* 2014, p. 1885 s. ; D. Gallois-Crochet, « L'application dans le temps de l'article 1843-4 du Code civil », *BJS* 2015, n° 1, p. 51 s. ; J. Moury, « Réflexions sur l'application dans le temps de l'article 1843-4 du code civil », *D.* 2017, p. 1992 s.

<sup>39</sup> V. toutefois, B. Dondero, « L'ordonnance du 31 juillet 2014 relative au droit des sociétés », *D.* 2014, p. 1885 s.

rachat, que comme une situation non contractuelle, eu égard à l'origine légale du recours à l'expert »<sup>40</sup>. L'évidence n'est donc pas de mise. De même, la qualification jurisprudentielle d'effet contractuel de la garantie solidaire entre cédant et cessionnaire preneurs d'un bail commercial prévue par l'article L. 145-16-2 du code de commerce, au motif que la garantie demeure régie par la volonté des parties qui doivent y souscrire<sup>41</sup>, n'a pas été pleinement approuvée, ni par la doctrine<sup>42</sup>, ni même par les juges du fond<sup>43</sup>. La Cour de cassation s'est également montrée hésitante quant à l'application immédiate d'actions directes créées par une loi nouvelle. C'est ainsi qu'elle a pu admettre l'application immédiate de l'action directe du sous-traitant contre le maître de l'ouvrage en paiement du solde des travaux issue de loi du 31 décembre 1975 pour un contrat passé antérieurement en la qualifiant d'effet légal du contrat de sous-traitance, cette action trouvant « son fondement dans la volonté du législateur et non dans les contrats conclus entre les parties »<sup>44</sup>, alors que l'action directe du voiturier en paiement de ses prestations contre le destinataire de la marchandise issue de la loi du 16 février 1998 n'a pu être admise, n'étant « pas applicable aux contrats conclus antérieurement à son entrée en vigueur »<sup>45</sup>. La comparaison détonne d'autant plus lorsque l'on remarque que le second moyen du pourvoi de ce dernier arrêt reprenait explicitement les motifs du premier en soulignant que l'action relevait de la volonté du législateur et non des parties. Il est possible de penser que la chambre commerciale en 2005 n'a pas nécessairement estimé que l'action directe était un « effet contractuel » puisqu'elle ne la qualifie pas expressément comme tel et que, peut-être, bien qu'elle estime qu'elle soit un effet légal, il ne lui a pas semblé « nécessaire » de lui faire produire un effet immédiat<sup>46</sup>. Néanmoins, il ressort de cette opposition un sentiment d'insécurité nourrissant l'idée que la qualification distributive des effets du contrat sur ce seul critère est « discutable et malaisée à mettre en œuvre »<sup>47</sup>.

Et l'on comprend pourquoi. Comment, en effet, départager au sein du contrat ce qui est réellement voulu par les parties de ce qui ne l'est pas ? Comment départager la

<sup>40</sup> G. Grundeler, « Liberté d'encadrer les droits patrimoniaux de l'associé retenant et application de l'article 1843-4 dans le temps », *Rev. sociétés* 2020. 363, spéc. n° 9. V. également, du même auteur, « Expertise de l'article 1843-4 du Code civil : effets légaux des contrats et promesses librement consenties », *Gaz. Pal.* 30 mars 2021, n° 3, p. 70.

<sup>41</sup> Cass. Civ. 3<sup>e</sup>, 11 avril 2019, n° 18-16.121.

<sup>42</sup> L. Ruet, *Defrénois* 24 oct. 2019, n° 43, p. 25 : « la liberté des parties ne peut réellement se déployer qu'à l'égard du principe même de la garantie, et non quant à son contenu - durée plafonnée, transmissibilité réduite ».

<sup>43</sup> CA Bourges, 24 mai 2018, n° 17/00835 : l'article L. 145-16-2 « procède du statut légal des baux commerciaux ».

<sup>44</sup> Cass., ch. mixte, 13 mars 1981, n° 80-12.125 : cette action « trouve son fondement dans la volonté du législateur et non dans les contrats conclus entre les parties ».

<sup>45</sup> Cass. Com. 10 mai 2005, n° 03-14.618.

<sup>46</sup> Sur ce que la jurisprudence montre un certain pragmatisme en cette matière, opérant davantage un choix opportuniste que s'appuyant sur un raisonnement rigoureusement juridique : Ph. Malaurie et P. Morvan, *Introduction au droit*, LGDJ, 7<sup>ème</sup> éd., 2018, n° 310, p. 295 ; S. Mercoli, *La rétroactivité dans le droit des contrats*, PUAM, 2001, préf. G. Goubeaux, n° 310, p. 332 ; G. Casu, « Faut-il encore enseigner Roubier ? », *RTD civ.* 2019, p. 785 s. V. déjà L. Bach, « Contribution à l'étude du problème de l'application des lois dans le temps », *RTD civ.* 1969, p. 405 s., spéc. n° 54.

<sup>47</sup> F. Terré et N. Molfessis, *Introduction générale au droit*, Dalloz, 11<sup>ème</sup> éd., 2019, n° 573, p. 647.

volonté du législateur de celle des parties ?<sup>48</sup> L'une et l'autre seraient-elles étanches ? Ne sauraient-elles jamais se recouper ? On sait combien la recherche de la volonté des parties est une appréciation délicate si ce n'est artificielle<sup>49</sup>. Elle l'est d'autant plus que, par principe, les effets de droit émanant d'un acte juridique sont censés être tous voulus par les contractants. C'est même le critère distinctif retenu par Martin de la Moutte pour distinguer le fait juridique de l'acte juridique, celui-ci estimant qu'« il y a acte juridique toutes les fois que l'intention de réaliser les effets de droit est absolument indispensable et nécessaire à la production de ces effets »<sup>50</sup>. Bien que ce critère ait pu être quelque peu corrigé par certains auteurs pour recentrer la nécessité de l'intervention de la volonté sur l'éclosion de l'acte de volonté et non sur les effets de droit, un consensus s'opère autour de l'idée que les effets de droit sont consentis ou, plus précisément, recherchés par les parties au sein de l'acte juridique. De ce fait, tous les effets sont en quelque sorte voulus puisque sans manifestation de volonté pour entrer dans le contrat, il n'y a pas de déclenchement de ces effets. Le critère de la source réelle paraît dès lors alambiqué car il suppose de scruter parmi ces effets dits « contractuels » ceux qui sont plus recherchés que d'autres, ceux qui sont réellement couverts par l'accord des parties ou créés par elles. Mais, doit-on insister, on sait que même les effets qui n'émanent pas directement de la volonté des parties peuvent revêtir une nature contractuelle tout comme, à l'inverse, un effet légal peut être pleinement voulu, ce qui fait perdre à ce critère de distinction toute pertinence. Finalement, un effet non convenu par les parties peut avoir une nature purement contractuelle (art. 1194) quand un effet émanant de la loi peut être repris volontairement par les parties sans perdre sa nature légale. Le critère de départage n'est donc pas la volonté en tant que telle même si elle peut servir d'indice à la qualification.

En résumé, le critère de la source n'est pas fructueux, car la source formelle ou réelle d'un effet ne préjuge pas de sa nature. Il convient de se tourner vers un autre critère proposant de délimiter les effets selon leur objet, c'est-à-dire selon qu'ils concernent la « matière » contractuelle ou légale. Cependant, ce critère peine également à convaincre, faute de rigueur.

---

<sup>48</sup> Rappr. Ph. Malaurie et P. Morvan, *Introduction au droit*, préc., n° 310, p. 295, estimant que la dissociation entre situation contractuelle et effets légaux est artificielle. Adde., S. Mercoli, *La rétroactivité dans le droit des contrats*, préc., n° 309, p. 330.

<sup>49</sup> Voir en matière d'interprétation le plaidoyer doctrinal pour l'abandon par le juge du recours aux fictions de volontés : J. Gauguier, *De l'interprétation des actes juridiques*, Paris, 1898 ; R. Ponceau, *La volonté dans le contrat suivant le Code civil*, thèse Lyon, 1921, p. 12 ; G. Dereux, *De l'interprétation des actes juridiques privés*, thèse Paris, éd. A. Rousseau, 1905 ; J. Lopez Santa Maria, *Les systèmes d'interprétation des contrats*, thèse Paris, 1968, p. 107 ; F. Terré, *L'influence de la volonté individuelle sur les qualifications*, LGDJ, 1956, n° 217, p. 212.

<sup>50</sup> J. Martin de la Moutte, *L'acte juridique unilatéral. Essai sur sa notion et sa technique en droit civil*, Sirey, 1951, préf. P. Raynaud, n° 17, p. 26. V. déjà, M. Durma, *La notification de la volonté, Rôle de la notification dans la formation des actes juridiques*, th. Paris, préf. R. Demogue, n° 14, p. 16.

## II.- Le manque de rigueur du critère de l'objet de l'effet

Le critère de l'objet de l'effet, contrairement au critère de la source, ne s'intéresse pas au support formel ou à l'auteur de l'effet pour en déterminer sa nature. Il propose de scruter l'effet lui-même pour savoir s'il appartient à la matière contractuelle ou légale. Néanmoins, le critère proposé ne fait en réalité que déplacer le problème. La difficulté se trouve toujours dans la détermination préalable de ce qui relève de la matière contractuelle et de la matière légale. Sur ce point, si la distinction liberté/impérativité est parfois exploitée (A) pour dissocier les deux matières, la distinction du contrat et du statut (B) a les faveurs de la doctrine. L'une et l'autre proposition manquent toutefois de clarté, leurs nombreux points de croisements en étant la manifestation la plus éclatante. Ce brouillard achève de convaincre que l'utilisation de cette théorie relève d'une forme d'« opportunisme » judiciaire<sup>51</sup> condamnable sur le plan de la technique juridique.

### A.- La distinction liberté / impérativité

On sait depuis longtemps qu'en matière de droit transitoire, à côté de la distinction des effets légaux et contractuels, une autre exception existe au principe de survie de la loi ancienne qui tient au caractère d'ordre public des effets concernés. Cet ordre public n'est toutefois pas l'ordre public classique visé par l'article 6 du Code civil<sup>52</sup>. La Cour de cassation le rappelle régulièrement, qui exige que cet ordre public revête un caractère particulièrement impérieux<sup>53</sup>.

Si cette exception de l'ordre public impérieux n'est pas à confondre avec celle issue de la théorie des effets légaux du contrat<sup>54</sup>, on peut se demander si toute idée d'impérativité est vraiment évacuée de la compréhension de l'effet légal. À la lecture de différents travaux doctrinaux, il semble que non<sup>55</sup>. Une confusion entre les deux exceptions est d'ailleurs parfois émise, l'effet légal étant apparenté à un effet empreint

<sup>51</sup> S. Mercoli, *th. préc.*, n° 313, p. 335.

<sup>52</sup> Sur l'évolution de cette exception sur le plan notionnel, voir P. Deumier, « Application de la loi nouvelle aux contrats en cours : de l'ordre public au motif impérieux d'intérêt général », *RTD civ.* 2020, n° 1, p. 65 s.

<sup>53</sup> V. par exemple, Cass. Civ. 1<sup>ère</sup>, 17 mars 1998, *Bull. civ.* I, n° 115 ; *RTD civ.* 1999, p. 378, obs. J. Mestre — Civ. 1<sup>ère</sup>, 4 déc. 2001, n° 98-18.411, *D.* 2002. 646 ; *RTD civ.* 2002, n° 3, p. 507, obs. J. Mestre et B. Fages — Com. 3 mars 2009, n° 07-16.527, *D.* 2009, p. 725, obs. E. Chevrier, et p. 2888, obs. D. Ferrier — Civ. 3<sup>e</sup>, 11 avril 2019, n° 18-16121, *LEDC* 2019, n° 6, p. 2, obs. N. Leblond ; *Defrénois* 24 oct. 2019, comm. L. Ruet ; *RTD civ.* 2020, n° 1, p. 65, note P. Deumier. V. toutefois, Soc., 10 févr. 1998, *Bull.* IV, n° 78 — Civ. 3<sup>e</sup>, 9 févr. 2017, n° 16-10.350, *D.* 2017. 1107, note G. Casu ; *ibid.* 1572, obs. M.-P. Dumont-Lefrand ; *ibid.* 2018. 371, obs. M. Mekki ; *RDC* 2017, p. 227, obs. Y.-M. Laithier ; *AJDI* 2017. 432, obs. A. Antoniutti ; *ibid.* 2018. 11, étude H. Jégou et J. Quiroga-Galdo ; *JT* 2017, n° 195, p. 11, obs. Y. Rouquet ; *RTD com.* 2017, p. 46, obs. J. Monégier.

<sup>54</sup> S. Gaudemet, *J.-Cl. Civil Code*, art. 2, Fasc. 20.

<sup>55</sup> Voir par exemple G. A. Borda, « Portée et limitations du droit transitoire », *Mélanges en l'honneur de Paul Roubier*, Dalloz & Sirey, 1961, p. 75 s., spéc. p. 83 s., qui énonce par exemple « qu'en matière contractuelle, seules les lois supplétoires, remplacées par d'autres de même caractère, doivent subsister jusqu'à la conclusion des relations contractuelles en cours lors de leur sanction. (...) Mais si la nouvelle loi donne un caractère impératif aux normes qui se substituent aux anciens préceptes supplétoires, elle doit être appliquée immédiatement ; car, dans ce cas, la loi ne permet pas le libre jeu de l'autonomie de la volonté comme le permettait l'ancienne loi. (...) [De même], sera immédiatement appliqué tout précepte impératif remplaçant non un supplétoire, mais un autre également impératif ».

d'ordre public<sup>56</sup>. La jurisprudence elle-même a pu entrelacer les deux idées pour imposer l'application immédiate de certaines dispositions légales<sup>57</sup>.

Cette nébulosité met en exergue l'extrême difficulté qu'il y a à identifier ce qu'est un effet « purement légal » sans faire appel à une certaine forme d'impérativité. Et pour cause : pour qu'un effet de source contractuelle soit identifié comme un effet purement contractuel, chacun s'accorde à dire que celui-ci doit être sous l'aura de la liberté contractuelle. Ce faisant, pour qu'un effet de source légale puisse en sus revêtir une nature légale, il semble inévitable de le confronter à la liberté contractuelle, trait distinctif de la matière contractuelle. Si, effectivement, beaucoup d'effets peuvent provenir d'une disposition légale, on sait que, pour autant, cela ne suffit pas pour leur octroyer automatiquement une nature légale. Il faut à ces effets quelque chose de plus qu'un simple fondement légal. Comment alors départager au sein de tous ces effets provenant de la loi — et qui sont tout de même compris comme des effets du contrat —, ceux qui s'imposent comme des effets légaux ? Quoi de plus naturel que de faire appel à cette idée d'impérativité en opposition à la liberté qui serait le marqueur des effets contractuels ? La note explicative de la Cour de cassation à propos de son avis du 16 février 2015 relatif à la loi ALUR du 24 mars 2014<sup>58</sup> va clairement dans ce sens. Le dispositif prévu par l'article 24 de la loi du 6 juillet 1989 permettant au juge d'accorder au locataire un délai (passant de deux à trois ans avec la loi ALUR) pour apurer sa dette locative est envisagé comme un effet légal du bail « s'agissant non pas d'un dispositif soumis à la liberté contractuelle des parties mais d'un pouvoir accordé au juge par la loi »<sup>59</sup>. La liberté contractuelle comme principe représentatif du domaine contractuel s'oppose ainsi à l'absence de liberté propre au domaine légal. Mais l'absence de liberté ne s'identifie-t-elle pas à l'absence de choix offert aux parties, c'est-à-dire, en définitive, à une forme de contrainte de la loi ? Sous cet angle, le critère de distinction des effets prend implicitement appui sur la distinction liberté / impérativité : si la disposition légale laisse le principe de liberté contractuelle jouer, l'effet est contractuel ; s'il échappe à son emprise pour s'imposer aux parties, l'effet est légal. La ligne de démarcation entre les effets légaux et purement contractuels se situerait à la lisière de la liberté contractuelle.

À ce stade, une interrogation se fait pourtant jour : qu'entend-on par liberté contractuelle ? D'après l'article 1102 du Code civil, la liberté contractuelle recouvre trois facultés : celle de contracter ou non, celle de choisir la personne du contractant et celle de déterminer librement le contenu et la forme du contrat. Partant, on peut s'interroger

<sup>56</sup> J.-P. Blatter, « Quatre ans d'existence de la loi Pinel et son application dans le temps », *AJDI* 2019. 340 : l'auteur, après avoir cité certaines décisions de la Cour de cassation ayant fait application de la théorie des effets légaux du contrat pour appliquer immédiatement une loi nouvelle, énonce que « Si ces décisions ne font pas référence à l'ordre public, cette notion d'« ordre public » paraît être implicite ».

<sup>57</sup> V. par exemple, Cass. Civ. 1<sup>ère</sup> 29 févr. 2000, *Bull. civ. I*, n° 62, faisant application immédiate de l'article L. 242-1 du code des assurances issu de la loi du 31 décembre 1989 aux contrats d'assurance dommages-ouvrage antérieurement souscrits à son entrée en vigueur, « la loi portant réforme d'un statut légal d'ordre public soustrait à la volonté des parties ».

<sup>58</sup> Avis n° 15002 du 16 février 2015 (Demande n° 14-70.011).

<sup>59</sup> Note explicative relative à l'avis précité, disponible sur le site *courdecassation.fr*.

sur ce qu'il faut prendre en compte pour l'opération de qualification. Est-ce la liberté dans la création et/ou l'aménagement de ces effets qui en détermine la nature ? Autrement dit, est-ce la liberté inhérente au déclenchement de l'effet ou est-ce la liberté qui touche à son contenu même que le juge doit observer ? L'une ou l'autre de ces facultés suffirait-elle ? Sont-elles cumulatives ? Il semble que bien des difficultés de qualification reposent sur le manque de réponses convergentes à ces interrogations. On reprendra l'exemple de la garantie solidaire prévue par l'article L. 145-16-2 du Code de commerce pour l'explicitier. La plupart des auteurs estiment qu'il s'agit bien d'un effet contractuel car, bien que le contenu puisse être imposé, son existence même dépend de la liberté des parties. La Cour de cassation a également fait sien ce raisonnement en évoquant l'idée de « souscription » nécessaire à la garantie pour lui attribuer une nature contractuelle. En d'autres termes, la liberté contractuelle s'entend ici de la volonté de création de l'effet par les parties, peu importe l'impérativité – donc l'absence de liberté – de son contenu. Au contraire, ceux qui estiment que la qualification retenue est discutable avancent que seul le principe même de la garantie est soumis à la liberté des parties mais non pas son contenu<sup>60</sup>, ce qui indique que l'impérativité du contenu leur semble être un obstacle à la qualification contractuelle<sup>61</sup>. L'impérativité quant à l'existence de l'effet ou l'impérativité quant à son contenu paraissent, selon les uns ou les autres, pouvoir caractériser l'effet légal en opposition à la liberté contractuelle qui innervait la matière contractuelle.

Cependant, le critère n'est pas à l'abri de reproches, peu importe que l'on se situe sur le plan de l'existence de l'effet ou de son contenu. En effet, et en premier lieu, si l'on se place au niveau de l'existence de l'effet, c'est-à-dire si l'on cherche à identifier qui de la loi ou des parties produit l'effet, on retombe peu ou prou sur le critère de la source réelle avec les réserves déjà émises précédemment. Le critère, d'apparence simple, s'avère d'une effrayante complexité dès lors que l'on s'y intéresse de plus près. Exemple a été donné de savoir si la faculté de résiliation triennale du preneur exploitant de résidences de tourisme doit être qualifiée de contractuelle ou de légale<sup>62</sup>. Bien inspiré celui qui peut donner une réponse indiscutable. De plus, en suivant le raisonnement de la Cour de cassation quant à la nécessaire « souscription » de l'effet pour le qualifier de contractuel, ne peut-on pas estimer que les effets légaux eux-mêmes ont besoin, pour

<sup>60</sup> L. Ruet, « Application dans le temps des dispositions d'ordre public du statut », *Defrénois* 24 oct. 2019, n° 43, p. 25 : « la liberté des parties ne peut réellement se déployer qu'à l'égard du principe même de la garantie, et non quant à son contenu (durée plafonnée, transmissibilité réduite) ».

<sup>61</sup> En ce sens également mais à propos de la loi Pinel du 18 juin 2014, F. Kendérian, « Application de la loi n° 2014-626 du 18 juin 2014 dans le temps : le rétablissement de la faculté pour le preneur de délivrer congé aux échéances triennales serait applicable aux baux commerciaux en cours », *RTD com.* 2016, p. 683 s., estimant que le domaine des baux commerciaux laissant de la place à la liberté contractuelle, la faculté de résiliation triennale n'est pas un effet légal puisque « le retour à l'ordre public (...) n'est que partiel », la loi ayant « prévu que les baux conclus pour une durée supérieure à neuf ans ne sont pas concernés par l'interdiction de la durée ferme ». C'est bien de liberté d'aménagement du contenu du contrat qu'il s'agit.

<sup>62</sup> G. Casu, « La loi nouvelle, l'ordre public et le contrat : réflexions à partir d'un arrêt de la Cour de cassation », *D.* 2017, p. 1107 s. L'auteur s'interroge en ces termes : « la faculté de résiliation offerte au preneur trouve-t-elle davantage son fondement dans la loi ou dans le contrat ? On peut toujours se hasarder à répondre, mais il est finalement difficile de se justifier ».

exister, d'être déclenchés par un acte de volonté ? Ne faut-il pas « souscrire » au contrat, pour reprendre les termes de la Cour de cassation, pour en déclencher ses effets légaux ? La faculté de contracter ou de ne pas contracter, versant de la liberté contractuelle, ajoute ici à la confusion<sup>63</sup>. Le déclenchement de ces effets reste, quoi qu'on en dise, dépendant d'un acte relevant de la liberté de contracter. Il paraît ainsi maladroit d'opposer radicalement l'effet purement contractuel, dont la liberté contractuelle serait l'empreinte, de l'effet légal, qui en serait totalement dépourvu. Il y a certainement davantage une différence de degré plutôt que de nature entre tous ces effets dits contractuels, la liberté contractuelle n'étant pas totalement absente en matière légale<sup>64</sup>. L'analyse au niveau du contenu de l'effet, en second lieu, ne s'avère pas davantage satisfaisante. L'impérativité du contenu n'est pas traditionnellement une marque de l'effet légal. La Cour de cassation l'affirme sans ambages puisqu'elle estime que l'effet légal ne rime pas avec impérativité de son contenu. Elle l'a rappelé encore récemment à propos de la garantie solidaire du bail commercial dont le mécanisme est qualifié d'ordre public sans toutefois être qualifié d'effet légal<sup>65</sup>. Ceci rejoint l'idée défendue par Roubier<sup>66</sup> selon laquelle l'ordre public ne doit pas être pris en compte pour déterminer la règle de droit transitoire applicable, l'auteur énonçant plusieurs exemples de lois d'ordre public qui n'ont pas fait l'objet d'une application immédiate<sup>67</sup> ou, à l'inverse, de lois ordinaires ayant produit effet sur les contrats en cours<sup>68</sup>. La distinction liberté/impérativité apparaît, par conséquent, inexploitable pour délimiter la sphère d'application immédiate de la loi nouvelle.

Pour sortir de cette impasse, le doyen Roubier rejetait toute idée d'impérativité<sup>69</sup> pour identifier la situation légale mais proposait, différemment, de mettre en opposition la matière contractuelle avec le statut légal. Le critère demeure pourtant évanescent, en plus d'être exploité par la doctrine contemporaine en dehors de son champ naturel d'application.

<sup>63</sup> Rapp., J. Monégier, « Baux commerciaux : statut ou liberté contractuelle », *AJDI* 2000, p. 484 s.

<sup>64</sup> L. Bach, « Conflits de lois dans le temps », *Rép. civ.*, mai 2006, n° 584. Rapp., P.-Y. Gahdoun, *La liberté contractuelle dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, Dalloz, N.B.T., vol. 76, 2008, préf. D. Rousseau, n° 313, p. 280 s. : « la situation contractuelle se caractérise par un faible nombre de prescriptions législatives et laisse donc une large place à l'initiative privée ; la situation dite légale, à l'inverse, se caractérise par une forte contrainte législative et ne laisse donc que peu de champ à l'intervention privée ».

<sup>65</sup> Cass. Civ. 3<sup>e</sup>, 11 avril 2019, n° 18-16121, *LEDC* 2019, n° 6, p. 2, obs. N. Leblond ; *Defrénois* 24 oct. 2019, comm. L. Ruet ; *RTD civ.* 2020, n° 1, p. 65, note P. Deumier.

<sup>66</sup> P. Roubier, « De l'effet des lois nouvelles sur les contrats en cours », *Rev. crit. leg. et jurispr.* 1932, p. 120 s. Voir également T. Bonneau, *La Cour de cassation et l'application de la loi dans le temps*, PUF, 1990, p. 163 s. ; J. Héron, *Principes du droit transitoire*, Dalloz, 1996, p. 128.

<sup>67</sup> On peut, pour notre part, citer pour illustration l'article 6 de la loi ALUR du 24 mars 2014 ayant modifié l'article 17 de la loi n° 89-462 du 6 juillet 1989 qui, bien que prévoyant un mécanisme d'ordre public pour l'encadrement des loyers dans les zones tendues, n'est pas applicable aux contrats en cours.

<sup>68</sup> *Art. préc.*, p. 176.

<sup>69</sup> P. Roubier, *Le droit transitoire*, 2<sup>ème</sup> éd., 1960, Dalloz et Sirey, n° 78, p. 392.

## B.- La distinction du contrat et du statut légal

Il n'est pas rare de lire aujourd'hui que l'effet légal s'apparenterait à un effet statutaire, en référence à la théorie de Roubier<sup>70</sup> énonçant que, pour savoir ce qui relève de l'application immédiate aux situations en cours ou de la survie de la loi ancienne, il convient « de rechercher ce qui est matière statutaire et ce qui est matière contractuelle », la « distinction capitale [étant] la distinction du contrat et du statut légal »<sup>71</sup>. On remarquera que la jurisprudence s'aventure parfois sur ce terrain<sup>72</sup>. Le Conseil constitutionnel semble lui-même s'être inspiré de cette théorie dans une décision du 23 janvier 2015, celui-ci estimant que le législateur a la possibilité d'appliquer immédiatement une loi nouvelle dès lors qu'elle touche seulement au « cadre légal » d'une convention<sup>73</sup>.

Pourtant, le rapprochement entre la théorie des effets légaux du contrat et la théorie du statut légal de Roubier n'est pas tout à fait légitime car cette dernière avait assurément vocation à s'appliquer en dehors du droit contractuel. À le relire, en effet, celui-ci définit la matière contractuelle comme étant celle qui concerne « les particuliers *en tant que contractants* »<sup>74</sup>, comprenant ainsi l'ensemble des règles du droit des contrats<sup>75</sup>. Le statut légal, quant à lui, concerne généralement les particuliers dans leur « activité professionnelle » ou dans leur statut personnel et vise des « branches du droit » où domine « le caractère institutionnel ou statutaire », c'est-à-dire des « matières juridiques » comprenant un « caractère qui les place toujours en premier lieu sous

<sup>70</sup> V. encore récemment F. Kendérian, « L'actualité de la cession du bail commercial », *Rev. Loyers et Copropriété*, mars 2020, n° 3, dossier 13, spéc. n° 23. L'auteur énonce que la théorie de l'effet légal du contrat a été construite par Roubier.

<sup>71</sup> P. Roubier, *Le droit transitoire*, 2<sup>ème</sup> éd., 1960, Dalloz & Sirey, n° 82, p. 415.

<sup>72</sup> V. par ex., Cass. Civ. 3<sup>e</sup> civ., 8 juin 2005, n° 03-20.922, *Bull. civ.* III, n° 123 : « la loi du 31 décembre 1989 instituant l'article L. 242-1 du Code des assurances, **portant réforme d'un statut légal d'ordre public** ne s'est appliquée immédiatement aux contrats d'assurance "dommages ouvrage" que pour les sinistres déclarés après la date de son entrée en vigueur ; qu'en ne précisant pas à quelle date le sinistre avait été déclaré, la cour d'appel n'a pas mis la Cour de cassation en mesure d'exercer son contrôle de ce chef » (nous soulignons).

<sup>73</sup> Décision du Conseil constitutionnel n° 2014-441/442/443 QPC du 23 janvier 2015, « Récupération des charges locatives relatives aux énergies de réseaux ». A propos de l'article L. 442-3 du code de la construction et de l'habitation qui modifie les règles relatives aux charges locatives récupérables dans les immeubles appartenant aux organismes HLM, le Conseil constitutionnel considère « qu'en modifiant y compris pour les baux en cours, le cadre légal applicable à la détermination des charges récupérables pour les habitations à loyer modéré, le législateur n'a pas porté atteinte aux conventions légalement conclues ; que, par suite, le grief tiré d'une atteinte au droit au maintien des conventions légalement conclues, garanti par les articles 4 et 16 de la Déclaration de 1789, doit être écarté ». Sur cette décision : P.-Y. Gahdoun, « La limitation de la liberté contractuelle par la notion de « cadre légal » », *D.* 2015, p. 779 s. V. déjà, Cons. const., 18 mars 2009, n° 2009-578 DC. Adde. P.-Y. Gahdoun, *La liberté contractuelle dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, Dalloz, N.B.T., vol. 76, 2008, préf. D. Rousseau, n° 313, p. 280 s.

<sup>74</sup> P. Roubier, « De l'effet des lois nouvelles sur les contrats en cours », *préc.*, p. 146 : « si les lois nouvelles n'ont pas d'effet sur les contrats en cours, cette règle ne s'entend cependant que des lois relatives aux contrats, c'est-à-dire des lois qui atteignent les particuliers *en tant que contractants* ».

<sup>75</sup> Roubier oppose le droit des contrats dans son ensemble aux autres « branches du droit » où domine « le caractère institutionnel ou statutaire », *art. préc.*, p. 164 s.

l'action de la loi »<sup>76</sup>. Autrement dit, l'auteur ne procédait pas au dépeçage des effets du contrat provenant des règles du droit commun des contrats. Il opposait explicitement le droit des contrats aux autres branches du droit dans lesquelles domine l'intérêt général<sup>77</sup>. De ce fait, la théorie du statut légal, telle qu'il la concevait, n'aurait pas pu justifier une application immédiate des « effets légaux » prévus par l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016, même à défaut de précision par loi n° 2018-287 du 20 avril 2018<sup>78</sup> excluant expressément cette possibilité, puisque cette ordonnance concerne les règles contractuelles, ou, pour le dire autrement, la « matière contractuelle ». La théorie de Roubier a été élaborée pour permettre l'application immédiate d'effets légaux issus d'autres « branches » du droit<sup>79</sup>. Il y a donc assurément une « extrapolation » de sa pensée qui est aujourd'hui faite lorsque sa théorie est brandie pour expliquer l'exception jurisprudentielle au principe de survie de la loi ancienne de manière globale<sup>80</sup>.

Ceci étant, l'idée que le droit des contrats contiendrait lui-même une dose statutaire a fait son chemin et la plupart des auteurs spécialisés en la matière admettent aujourd'hui que le contrat compose avec le droit légal, que la liberté contractuelle n'est pas toute entière. C'est ainsi que le principe de force obligatoire du contrat est souvent perçu comme une règle statutaire<sup>81</sup> alors que nul ne contestera que ce principe fait partie intégrante de la matière contractuelle. L'idée avancée par les auteurs défendant cette « autre » théorie du statut appliquée au contrat est que de la situation contractuelle émane « un groupe d'effets qui procèdent directement de l'acte, et un ensemble plus ou moins développé de règles de provenance légale » que l'on dénomme « statut »<sup>82</sup>. Le contrat comprendrait donc à la fois des « obligations convenues » et des « obligations statutaires », chacune obéissant à un régime propre<sup>83</sup>. Partant, on comprend que d'aucuns aient pu s'interroger sur l'application immédiate de certains effets contractuels

<sup>76</sup> P. Roubier, *art. préc.*, p. 164-165. L'auteur donne l'exemple du mariage ou celui de l'adoption pour lesquels « les droits et obligations qui en découlent sont invariablement fixés par la loi », ce sont des « actes neutres, ou, comme les appellent les écrivains du droit public, des actes-conditions. Ils ne font que déclencher l'application d'un statut légal, lequel est constamment sous la dépendance des lois nouvelles » (p. 165).

<sup>77</sup> Ces branches sont définies comme celles dans lesquelles le législateur « régleme[n]te des situations objectives en tenant compte des exigences de l'intérêt général, non pas de désirs particuliers des volontés privées... », P. Roubier, *op. cit.*, p. 413.

<sup>78</sup> L. n° 2018-287, 20 avr. 2018, art. 16, III, modifiant l'article 9 de l'ordonnance de 2016 : « *Les dispositions de la présente ordonnance entreront en vigueur le 1er octobre 2016. Les contrats conclus avant cette date demeurent soumis à la loi ancienne, y compris pour leurs effets légaux et pour les dispositions d'ordre public* ».

<sup>79</sup> L'exemple couramment donné aujourd'hui est celui du bail commercial, J.-D. Barbier, « Application de la loi du 18 juin 2014 dans le temps », *Gaz. Pal.* 9 août 2014, n° 221, p. 47 s., spéc. n° 31.

<sup>80</sup> Rapp., J. Ghestin et H. Barbier, *Traité de droit civil, Introduction au droit*, LGDJ, 5<sup>ème</sup> éd., tome 1, 2018, n° 613, p. 555. V. également, S. Mercoli, *La rétroactivité dans le droit des contrats*, PUAM, 2001, préf. G. Goubeaux, n° 312 s., p. 333 s., qui distingue également la théorie du statut légal du contrat développée par Roubier de l'effet légal du contrat.

<sup>81</sup> A. Supiot, « La loi dévorée par la convention », in *Droit négocié, droit imposé ?*, F. Gérard, F. Ost et M. van de Kerchove (dir.), Bruxelles, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 1996, p. 631 s., spéc. p. 639 : « Il n'est pas (...) de contrat sans statut, et sans au moins cette loi : *pacta sunt servanda* ».

<sup>82</sup> Ph. Hébraud, « Rôle respectif de la volonté et des éléments objectifs dans les actes juridiques », *Mélanges Maury*, p. 419 s., spéc. p. 453.

<sup>83</sup> Y. Guenzoui, *th. préc.*, n° 209, p. 207.

à la suite de la réforme du droit des contrats<sup>84</sup>. Pour autant, il faut bien comprendre que l'on quitte ici la théorie du statut légal de Roubier construite pour déterminer les règles du droit transitoire. Et si le critère d'identification des situations contractuelles et légales proposé par cet auteur a souvent été critiqué pour son imprécision, le critère d'identification des différents effets au sein d'une « situation contractuelle » n'est, quant à lui, pas même cerné. C'est ainsi que certains auteurs reprennent le critère de la source réelle déjà dénoncé antérieurement<sup>85</sup> quand d'autres retombent dans les abîmes du critère de l'impérativité<sup>86</sup>, proscrit pour le droit transitoire. Mais surtout, s'il semble que l'existence d'un cadre statutaire en matière contractuelle soit peu contestable, celui-ci ne doit pas pour autant obscurcir la recherche en matière de conflit de lois dans le temps car, on le répète, ce « statut » est bien différent de celui envisagé par Roubier. Le statut « contractuel », à la différence de la théorie du statut légal, ne donne pas lui-même une nature légale à ce qu'il produit et n'est pas, de ce fait, à même de résoudre le problème de l'identification des effets légaux susceptibles de faire l'objet d'une application immédiate. Le principe de force obligatoire en est l'illustration la plus criante. C'est incontestablement une règle statutaire au regard des différents critères traditionnellement retenus. C'est en effet une règle prévue par la loi, que les parties ne sauraient écarter, et qui s'applique même automatiquement et immédiatement sans leur intervention<sup>87</sup>. Cependant, cette règle demeure « purement contractuelle » puisque c'est elle qui génère les sanctions contractuelles en cas d'inexécution des obligations par le débiteur. Il en est de même, selon nous<sup>88</sup>, du devoir de bonne foi, même si sa nature est parfois discutée<sup>89</sup>.

<sup>84</sup> S. Gaudemet, « Dits et non-dits sur l'application dans le temps de l'ordonnance du 10 février 2016 », *JCP G* 2016, 559 ; G. Chantepie, « L'application dans le temps de la réforme du droit des contrats », *AJ Contrat* 2016, p. 412 s. ; J.-B. Seube, « Restitution du dépôt de garantie et application de la loi dans le temps », obs. sous Cass. 3<sup>ème</sup> civ., 17 nov. 2016, *RDC* 2017, n° 1, p. 67 s. ; O. Deshayes, T. Genicon et Y.-M. Laithier, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, LexisNexis, 2<sup>ème</sup> éd., 2018, p. 20 ; F. Chénéde, *Le nouveau droit des obligations et des contrats*, Dalloz, 2<sup>ème</sup> éd., 2019-2020, n° 311.00 s.

<sup>85</sup> T. Bonneau, *La Cour de cassation et l'application de la loi dans le temps*, préc., n° 188 s., p. 169 s. : « Par effet légal, il faut entendre un effet qui prend directement son origine dans la loi et qui est indépendant de la volonté des parties » (n° 188, p. 169). Rapp., Y. Guenzoui, *th. préc.*, n° 210, p. 207 : « les obligations statutaires s'identifient (...) à la présence de la loi dans la norme contractuelle, alors que les obligations convenues s'identifient à la présence de l'accord dans la norme contractuelle ».

<sup>86</sup> Voir E.-H. Perreau, « Une évolution vers un Statut légal des Contrats », *Mélanges Gény*, t. II, 1977, p. 354 s., spéc. p. 356, l'auteur distinguant les effets du contrat déterminés par la volonté des parties des effets que la loi précise « d'office et d'une manière générale » et d'ajouter que « C'est une technique nouvelle dans la législation des contrats, cessant d'être purement interprétative de volonté pour devenir absolument impérative ». V. également B. Vial-Pedroletti (« Loi ALUR et baux d'habitation : déjà des controverses sur l'application transitoire ! », *Rev. Loy. et copr.*, oct. 2014, étude 9, spéc. n° 21), estimant que toutes les règles issues de la loi du 6 juillet 1989 sont des effets légaux puisque ce sont des « dispositions statutaires d'ordre public ».

<sup>87</sup> L'effet légal est souvent perçu comme un effet automatique et immédiat comme l'explique M. Chauviré (« Les effets du contrat dans le projet d'ordonnance portant réforme du droit des obligations », *Gaz. pal.* 30 avril 2015, n° 120, p. 29, spéc. n° 14) à propos du transfert de propriété.

<sup>88</sup> V. notre thèse, préc., n° 443.

<sup>89</sup> Ph. Stoffel-Munck, *L'abus dans le contrat, Essai d'une théorie*, préf. R. Bout, LGDJ, 2000, n° 115 s., p. 106 s.

En somme, si l'idée d'une présence statutaire au sein du contrat ne peut être niée, ce statut ne transforme pas la nature de ses règles, qui demeurent purement contractuelles, puisque ces règles constituent le cœur de la « matière contractuelle ». Elles ne sauraient, conséquemment, s'appliquer immédiatement en cas de changement législatif. C'est d'ailleurs en ce sens que se prononçait Roubier qui estimait que, pour respecter le contrat acte de prévision, les dispositions légales qui lui sont attachées ne doivent pas faire l'objet d'une application immédiate en cas de modification.

La théorie des effets légaux du contrat telle qu'elle se présente aujourd'hui ne peut alors reposer ni sur la théorie du statut légal développée par Roubier ni sur la théorie du statut contractuel. La première est cantonnée aux règles extracontractuelles quand la deuxième, qui n'octroie pas systématiquement une nature légale aux effets qu'elle régit, n'est pas susceptible de permettre la catégorisation des effets du contrat en vue de leur appliquer telle ou telle règle de droit transitoire. La première est, en d'autres termes, limitée dans son champ d'application, quand la deuxième est stérile pour l'objectif recherché. Il en résulte que la distinction du statut et du contrat est aujourd'hui trop confuse et imprécise pour servir d'assise à une théorie des effets légaux intelligible.

**Conclusion.** En conclusion, la théorie des effets légaux du contrat ne repose, à l'heure actuelle<sup>90</sup>, sur aucun critère fiable lui permettant d'être exploitée de manière prévisible en matière de droit transitoire. Elle n'est pas une règle de résolution *a priori* des conflits de lois dans le temps en matière contractuelle. Elle se présente davantage comme un « subterfuge jurisprudentiel »<sup>91</sup> permettant une application immédiate de certaines dispositions législatives nouvelles. Sa critique est donc pleinement justifiée et son abandon paraît souhaitable. Il l'est d'autant plus que tout effet légal ne semble pas entraîner systématiquement application immédiate de la disposition législative le prévoyant, ce qui renforce l'impression d'une forme d'opportunisme judiciaire en la matière<sup>92</sup>. De manière plus générale, les discussions actuelles autour des exceptions jurisprudentielles au principe de survie de la loi ancienne montrent que la théorie des conflits de la loi dans le temps en matière contractuelle mériterait une réflexion d'ensemble<sup>93</sup>. On pressent que l'idée d'un intérêt général supérieur pourrait, dans ce cadre, être exploitée davantage, celui-ci s'opposant aux intérêts privés justifiant la survie

<sup>90</sup> Faisant le même constat il y a déjà vingt ans : T. Bonneau, *La Cour de cassation et l'application de la loi dans le temps*, PUF, 1990, n° 193, p. 175.

<sup>91</sup> Ph. Malaurie et P. Morvan, *Introduction au droit*, LGDJ, 7<sup>ème</sup> éd., 2018, n° 310, p. 295.

<sup>92</sup> V. en ce sens la jurisprudence sur les actions directes énoncée supra p. 6. La Cour de cassation semble adopter la qualification d'effet légal pour les actions directes (Cass., ch. mixte, 13 mars 1981, n° 80-12.125) mais n'opte pas toujours pour l'application immédiate des dispositions les instituant (Cass. Com. 10 mai 2005, n° 03-14.618). On relèvera, à ce titre, que la Cour de cassation dans l'arrêt du 10 mai 2005 (*préc.*) ne brandit pas la qualification d'effet contractuel pour rejeter le pourvoi invoquant l'application immédiate de l'action directe du voiturier sur le fondement de la théorie de l'effet légal.

<sup>93</sup> V. à ce sujet, G. Casu, « Faut-il encore enseigner Roubier ? », *RTD civ.* 2019, p. 785 s. ; N. Bareït, « Un projet oublié : la codification du droit transitoire », *RTD civ.* 2015, p. 551 s.

de la loi ancienne<sup>94</sup>. Roubier entrevoyait d'ailleurs lui-même le statut légal dans les branches du droit où « le législateur (...) règlemente des situations objectives, en tenant compte des exigences de l'intérêt général, non pas des désirs particuliers des volontés privées »<sup>95</sup>. Certes, la notion est souple. Mais elle a le mérite de mettre au jour ce que l'utilisation jurisprudentielle de la théorie des effets légaux tend à cacher : que l'exception à la survie de la loi ancienne relève avant tout d'un choix en opportunité guidé par des considérations de politique juridique<sup>96</sup>. La survie de la loi ancienne pourrait, dans cette perspective, demeurer le principe, et l'application immédiate être une exception justifiée par cet intérêt général. Resterait toutefois à le définir<sup>97</sup>. Mais c'est là une porte ouverte à d'autres réflexions dépassant le cadre de la présente étude...

---

<sup>94</sup> Les professeurs Terré et Molfessis (*Introduction générale au droit*, Dalloz, 11<sup>ème</sup> éd., 2019, n° 572, p. 646) estiment, en ce sens, que la modification de la législation en vigueur au moment de la conclusion d'un contrat ne doit être imposée aux parties « que si les intérêts collectifs qu'elle véhicule sont d'une intensité telle qu'ils imposent son application immédiate ».

<sup>95</sup> P. Roubier, *art. préc.*, p. 164.

<sup>96</sup> En jurisprudence, voir dans cet esprit l'arrêt de la première chambre civile du 10 juin 2020 (n° 18-24.287, *D.* 2021, p. 310, obs. R. Boffa et M. Mekki) ayant appliqué la sanction de la déchéance du droit aux intérêts issue de l'ordonnance n° 2019-740 du 17 juillet 2019 à un contrat souscrit antérieurement à son entrée en vigueur dans le souci « d'uniformiser le régime des sanctions » applicables au mauvais calcul du TEG.

<sup>97</sup> Sur l'utilisation de cette notion en droit transitoire : P. Deumier, « Application de la loi nouvelle aux contrats en cours : de l'ordre public au motif impérieux d'intérêt général », *RTD civ.* 2020, n° 1, p. 65 s.

## Appel à contributions n° 5/21

La *Revue juridique de la Sorbonne – Sorbonne Law Review* lance un appel à contributions pour son cinquième numéro à paraître en juin 2022.

La *Revue juridique de la Sorbonne* a pour ambition de publier des travaux qui peuvent intéresser la communauté des juristes et des chercheurs. Ces travaux peuvent explorer différents lieux et temporalités du droit sans restriction, mais sont invités à proposer des analyses susceptibles d'éclairer le plus grand nombre sans se contenter d'une vision trop circonscrite. Des travaux mettant en perspective le droit avec d'autres sciences humaines y trouveraient également bon accueil.

Les soumissions d'articles peuvent être en français ou en anglais, sans limite de caractères.

Les chercheurs intéressés peuvent envoyer leurs contributions complètes, accompagnées d'un court résumé et d'une sélection de mots-clés, à l'adresse :

**irjs-editions@univ-paris1.fr**

au plus tard le 7 avril 2022.

Le titre, le résumé et les mots-clés de l'article devront être en français et en anglais.

Les auteurs des articles sont invités à préciser leur nom en début d'article, leur affiliation institutionnelle et leur grade académique, ainsi que leurs coordonnées (postale et électronique).

Les contributions, originales, devront être envoyées au format Word (.doc ou .docx), police Constantia, 12, interligne de 16 points, références bibliographiques incluses dans les notes de bas de page numérotées de façon continue.

L'évaluation des articles soumis à la rédaction est effectuée en double aveugle par les membres du comité scientifique de la revue ou des membres externes le cas échéant, selon les domaines de compétences sollicités par l'article.

La *Revue juridique de la Sorbonne* est un périodique semestriel numérique en libre accès, sous licence Creative Commons (BY) (NC) (ND).

Pour en savoir plus : <https://irjs.panthéonsorbonne.fr/revue-juridique-sorbonne>

Revue Juridique de la Sorbonne est une revue gratuite disponible sur <https://irjs.panthéonsorbonne.fr/revue-juridique-sorbonne>, en *open access* et sous licences *Creative Commons*.

- Les propositions d'articles doivent être adressées au format word à : [irjs-editions@univ-paris1.fr](mailto:irjs-editions@univ-paris1.fr), avec les résumés et la liste des mots-clés en anglais et en français, ainsi que les identifiants OrcID et/ou idHal de l'auteur.
- La Revue publie des articles originaux, d'actualité mais aussi des textes déjà publiés qui remplissent les conditions prévues par la loi n° 2016-1321 du 7 octobre 2016 pour une République numérique.