



# REVUE JURIDIQUE DE LA SORBONNE

## *SORBONNE LAW REVIEW*

Juin 2021 - N°3

Revue numérique en open access sur :  
[irjs.pantheonsorbonne.fr/revue-juridique-sorbonne](https://irjs.pantheonsorbonne.fr/revue-juridique-sorbonne)



UNIVERSITÉ PARIS 1

**PANTHÉON SORBONNE**

**IRJS** Editions

## 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 :

Ianjatiana RANDRIANANDRASANA, rédactrice en chef  
Camille SCOTTO D'ARDINO, assistante d'édition

- Volet communication et diffusion :

Emma BRETON

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 : juin 2021, mise en ligne le 1<sup>er</sup> juillet 2021.

## Sommaire

Édito .....	3
<i>Du notaire à la blockchain notariale : les tribulations d'un tiers de confiance entre confiance interindividuelle, confiance institutionnelle et méfiance généralisée</i> ..7 Camille CHASERANT, Corine DAUCHEZ, Sophie HARNAY	
<i>La « tolérance royale » dans la rhétorique de la monarchie absolue : une figure de style ancien</i> .....	59
Vincent GOBIN	
<i>La force dissuasive de la responsabilité délictuelle</i> .....	82
Jean LEFEBVRE	
<i>L'élément manquant à l'équation de la chose jugée au pénal sur le civil</i> .....	115
Soufyane MAHSAS	
<i>Les centres d'arbitrage de l'espace OHADA face aux technologies de l'information et de la communication (TIC)</i> .....	124
Dr. Céline NDONGO DIMOUAMOUA	
<i>Droit et émotion</i> .....	146
Rebecca DEMOULE, Clara GAVELLI, Emmanuel JEULAND, Carla TREBERT (dir.)	
<i>Présentation du cycle de séminaires</i> .....	149
Emmanuel JEULAND	
<i>Le consentement comme polarité dynamique, entre émotion et raison</i> .....	153
Emma BRETON	
<i>Les ordalies à l'aune des émotions</i> .....	162
Laura VIAUT	
<i>Le droit de la preuve et l'émotion</i> .....	173
Pierre GAUTIER	
<i>Propriété intellectuelle et émotion</i> .....	181
Tristan AZZI	
<i>Propriété littéraire et artistique et émotion</i> .....	195
Clara GAVELLI	

<i>Droit des entreprises en difficulté et émotions</i> .....	212
David LEMBERG	
<i>Quelle place pour les émotions dans l'activité de travail, le droit social et le contentieux social ?</i> .....	217
Pierre-Yves VERKINDT	
<i>L'impact des émotions liées à la pandémie sur le traitement du télétravail</i> .....	232
Mathilde DE SLOOVERE	
<i>Nationalité française : des émotions aux sentiments</i> .....	237
Étienne PATAUT et Apolline SCHAAL	

## **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 émotive-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 MOISSEEF, *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, Rébecca 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 SCHAAL, *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 MÁZOUZ, *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.pantheonsorbonne.fr/sites/default/files/inline-files/Droit\\_et\\_emotion\\_1.pdf](https://irjs.pantheonsorbonne.fr/sites/default/files/inline-files/Droit_et_emotion_1.pdf)



## Présentation du cycle de séminaires

**Emmanuel JEULAND<sup>1</sup>**

*Professeur à l'École de Droit de la Sorbonne*

*Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne*

*Directeur de l'IRJS*

Le séminaire « Droit et émotion » a été coorganisé par les animateurs des déjeuners-débats et par des membres de la direction de l'IRJS. Nous avons mis en place ensemble un séminaire sur le droit de l'urgence en juin et juillet 2020 à propos de la période de pandémie due à la COVID-19. On s'est aperçu, pendant cette première série de séminaires, que nous devons creuser la question du droit en relation avec les émotions, le corps et la rationalité du droit. C'est de là qu'est venue l'idée de cette série de séminaires sur le droit et l'émotion.

Le terme d'émotion, assez évident en apparence, est en réalité plutôt difficile. Dans une première approche, il s'agit d'un mouvement interne du corps, d'une perception interne, mais il peut être confondu avec le sentiment, la passion ou les affects. Par ailleurs, les émotions ne sont pas universelles contrairement à ce que l'on croit généralement. Elles s'apprennent, enfant, au contact des adultes. Aux yeux des anthropologues et des sociologues, certaines émotions existent dans certaines cultures mais pas dans d'autres (par exemple, la joie honteuse en Allemagne, la rumination en Chine)<sup>2</sup>. Les neurosciences évoluent également puisqu'on estime aujourd'hui qu'il n'y pas de circuit séparé pour telle ou telle émotion et qu'il n'y a même pas de circuit neuronal spécifique pour la raison. Dans une des langues de Bali, il n'y pas de mot distinct pour la raison et l'émotion<sup>3</sup>. L'émotion est le mot que l'on met sur un processus complexe qui implique un affect ressenti (plaisir, déplaisir<sup>4</sup>), une anticipation (je vois une tache rouge, je pense au symbole du sang que j'ai mémorisé à partir d'expériences précédentes, j'anticipe la présence d'un blessé, enfin je simule la rencontre en me mettant physiquement en mesure de réagir), et une réaction (sidération, fuite, combat, ou retour à la normale si le danger est passé).

---

<sup>1</sup> @ : Emmanuel.Jeuland@univ-paris1.fr / ORCID : 0000-0001-5999-8942 / IdHAL : emmanuel-jeuland

<sup>2</sup> L. FELDMAN BARRETT, *How Emotions are Made: The Secret Life of the Brain*, Boston, Houghton Mifflin Harcourt, 2017.

<sup>3</sup> Ex. cité par L. FELDMAN BARRETT, précit.

<sup>4</sup> Mais le mot affect peut aussi avoir le sens de sentiment. Le terme d'émotion a remplacé celui de passion à l'époque de Descartes et celui de passion a ainsi été rendu disponible pour décrire l'intensité des émotions et certains types de relations amoureuses particulièrement intenses.

Trois questions méritent, semble-t-il, d'être approfondies au regard du droit :

- Existe-t-il une conception juridique de l'émotion (faut-il, par exemple, articuler rapport de droit et émotion ou bien droits subjectifs et émotion ?<sup>5</sup>) et, plus généralement, que peut-on dire du rapport entre le droit et l'émotion ?

- Quel est le rôle des émotions en droit ?

- Peut-on vraiment dire que les émotions du juge sont subjectives si toutes les conditions d'impartialité sont réunies ? A-t-on donc raison d'associer subjectivité et émotion, d'une part, et objectivité avec la raison, d'autre part, si le départ entre raison et émotion cesse d'être évident ?

Nous considérons de plus en plus les émotions et la raison comme entremêlées. Nous voudrions interroger ces possibles changements selon les différents angles des disciplines juridiques et éventuellement des autres sciences humaines. Pour des besoins d'homogénéité de la réflexion et de comparaison nous retiendrons, à titre provisoire, six éléments dans la définition d'une émotion (à partir d'ouvrages de philosophie, de psychologie et de sociologie<sup>6</sup>) :

1.- **Un objet** (ex. le serpent, objet d'une peur ; l'angoisse qui n'a pas d'objet n'est pas une émotion mais peut se transformer en peur dès lors que le danger est déterminé) ;

2.- **Une courte durée**. Une émotion qui dure plus de quelques heures devient un sentiment ou un caractère (ex. une personne devenue colérique) ;

3.- **Un effet physique** (ex. palpitation, tremblement, rougeur, accélération du pouls), etc. ;

4.- Qui **émerge à la conscience** (la culpabilité inconsciente n'est pas une émotion ; cependant une émotion réprimée peut avoir un effet inconscient, sur un juge par exemple ; le rapport à l'inconscient doit donc être interrogé) ;

5.- **Pour permettre une action** (réévaluation de l'émotion, ex. une peur infondée ; ou bien une fuite, un combat ou encore une inhibition) ;

6.- **Dans un cadre collectif** : on exprime des émotions à l'égard des autres – un enfant seul, en danger, ne crie pas. On comprend généralement les émotions de l'autre. Même si l'hypothèse des neurones miroirs est discutée, il existe une construction des émotions à partir des circuits neuronaux naturels. On peut parler de synchronisation des émotions entre plusieurs personnes. On oscille donc entre universalisme du travail neuronal et constructivisme culturel. L'expression des émotions a un effet performatif (ex. dans certaines cultures funéraires, les pleureuses rendent triste), on parle « d'émotifs » (expression culturelle et temporellement située d'une émotion), de régime émotionnel (ensemble des « émotifs » d'une époque et d'une culture) et même de liberté émotionnelle (créant de nouveaux « émotifs ») quand le changement dans le régime émotionnel produit une évolution sociale<sup>7</sup>.

<sup>5</sup> Position de L. PETRAZYCKI, *Law and Morality*, New Brunswick, Transaction Publishers, 2011.

<sup>6</sup> Notamment J. DEONNA et F. TERONI, *Qu'est-ce qu'une émotion ?*, Paris, Vrin, 2016 ; F. FERNANDEZ, S. LÉZÉ, H. MARCHE, *Les émotions : une approche de la vie sociale*, Paris, éd. des Archives contemporaines, 2013.

<sup>7</sup> W. REDDY, *La traversée des sentiments*, trad. S. RENAUT, Dijon, Les Presses du Réel, 2019, p. 159 s.

On peut ainsi supposer que nous sommes entrés dans un nouveau régime de l'émotion. Le régime précédent impliquait de juger à froid, complètement à distance de ses émotions. Partout en Occident depuis deux siècles environ s'est imposé le mythe du juge qui juge à distance de ses émotions<sup>8</sup> ; cependant, à la fin du XIX<sup>e</sup> siècle en Allemagne tout un débat a porté sur les émotions du juge dans le but de fabriquer un magistrat, homme et bourgeois, ayant une certaine culture de l'émotion<sup>9</sup>. Le nouveau régime de la sensibilité privilégierait aujourd'hui une forme d'exhibitionnisme émotionnel, d'extimité<sup>10</sup>. Il s'exprimerait particulièrement dans les émissions de télé-réalité et sur les réseaux sociaux. Il se peut que le projet de loi visant à diffuser les audiences au public participe de cette nouvelle sensibilité. Le régime émotionnel de la Révolution française a été celui du sentimentalisme authentique et il a contribué à la terreur car si l'authenticité des sentiments d'un citoyen à l'égard de la Révolution était prise en défaut, il pouvait finir guillotiné. Le régime émotionnel qui s'est mis en place depuis le début du XIX<sup>e</sup> siècle a impliqué une certaine modération et une mise à distance des émotions tout en promouvant une raison toute puissante. Il peut aussi être avancé que la relégation de la rhétorique classique mêlant raison et émotion au bénéfice d'une approche purement rationnelle et positiviste (au sens de la science du XIX<sup>e</sup> siècle) ait été un élément de ce changement de régime émotionnel (la rhétorique cesse d'être au programme du lycée à la fin du XIX<sup>e</sup> siècle). Il apparaît, par ailleurs, qu'à toutes les époques, mais selon des modalités différentes, les émotions doivent être exprimées par des rites collectifs qui peuvent être judiciaires<sup>11</sup>. Une des questions d'actualité du sujet est d'ailleurs le développement de la procédure numérique voire celle de l'audience en visioconférence, privée partiellement d'aspect rituel. Le nouveau régime de la sensibilité intègre peut-être également la féminisation de la justice. Les courants féministes, notamment américains, prônent en effet une meilleure articulation entre émotion et raison<sup>12</sup>.

Pour autant, la prise en compte de l'émotion dans le raisonnement judiciaire comporte un risque d'inégalité entre les justiciables, ce que l'on peut appeler un jugement à l'émotion ou en équité (ex. le fameux juge Magnaud). Il faut alors distinguer entre le « réalisme affectif » (expression de Feldman Barrett, précit.) et le processus émotionnel décrit ci-dessus. Un jugement biaisé par le « réalisme affectif » est celui qui

<sup>8</sup> T. A. MARONEY, « The Persistent Cultural Script of Judicial Dispassion », *California Law Review*, 2011, 99, 2, 629-681.

<sup>9</sup> S. SCHNÄDELBACH, « The Jurist as Manager of Emotions: German Debates on *Rechtsgefühl* in the Late 19<sup>th</sup> and Early 20<sup>th</sup> Century as Sites of Negotiating the Juristic Treatment of Emotions », *InterDisciplines: Journal of History and Sociology*, 2015, 6, 2, 47-73.

<sup>10</sup> Appelé « extimité » selon le sociologue J. BERNARD, « Les voies d'approche des émotions », *Terrains/Théories* [en ligne], 2|2015, mis en ligne le 17 octobre 2014, spéc. n° 28. [Consulté le 22 février 2021] Disponible sur Internet : <<http://journals.openedition.org/teth/196>> ; DOI : <<https://doi.org/10.4000/teth.196>>.

<sup>11</sup> Pendant l'Antiquité, un procès pouvait consister à calmer la colère d'un juge (v. G. VIGARELLO, *Histoire des émotions*, t. 1, Paris, Seuil, 2016).

<sup>12</sup> V. M. NUSSBAUM, *Poetic Justice, the Literary Imagination and Public Life*, trad. S. CHAVEL, *L'art d'être juste*, Paris, Climat, 2015.

a été rédigé par un juge s'étant laissé aveugler par les émotions des autres et par ses propres préférences. Le travail du juge sur lui-même est un travail plus émotionnel que rationnel pour éviter ce « réalisme affectif ». Le travail de la raison correspond au moment de la décision et à celui de l'élaboration de la motivation. Cependant un juge qui ressent la faim au cours d'une audience peut confondre ce déplaisir avec le désagrément que lui procure une partie. Une enquête a ainsi été menée en Israël en 2010 auprès de juges chargés des libérations conditionnelles. Avant l'heure du déjeuner, ils libéraient moins que l'après-midi. Où était l'erreur ? Ils interprétaient leur déplaisir qui venait de leur envie de manger comme étant une mauvaise impression des détenus et pensaient qu'ils risquaient d'être dangereux<sup>13</sup>. Le réalisme affectif peut aussi provenir des propres traumatismes personnels du juge. On peut prendre l'exemple d'un juge aux affaires familiales qui aurait eu un père abuseur et qui croirait voir chez tous les pères qu'il rencontre dans son cabinet des abuseurs. Pour juger froidement, on a créé des codes et des normes susceptibles de couvrir toutes les situations pour éviter le jugement « à l'émotion ». L'erreur appelée « réalisme affectif » peut provenir aussi des pressions extérieures notamment médiatique et politique car le processus émotionnel a une part culturelle et collective. La réflexion sur le droit et l'émotion conduit en fin de compte à interroger la rationalité judiciaire et juridique et, sans doute, à y intégrer un processus émotionnel, non biaisé par le réalisme affectif, notamment au niveau de l'appréciation et de la qualification des faits.

---

<sup>13</sup> L. FELDMAN BARRETT, précit., chapitre sur le droit.

## Le consentement comme polarité dynamique, entre émotion et raison

**Emma BRETON**

*Doctorante en philosophie politique,  
Université de Paris*

Comment nouer, travailler, la question du droit avec celle de l'émotion, sujet du séminaire qui nous rassemble aujourd'hui ?

Voici deux termes que nous sommes peu habitués à conjuguer, tant ils nous paraissent de prime abord antagonistes. En effet, le droit se méfie des émotions, susceptibles d'interférer avec l'impartialité d'une justice dont l'allégorie demeure celle héritée de l'Antiquité grecque : une déesse aux yeux bandés. Pourtant, notre démocratie n'est pas habitée par des dieux, mais par des hommes, traversés par des émotions qui contribuent à définir ce que l'homme a d'humain.

Alors, quelle place pour les émotions dans le droit, et quelle place pour le droit dans les émotions, voici la question passionnante que ce séminaire se propose de filer tout au long de ses futures séances.

Pour surmonter cette apparente contradiction, nous choisissons de travailler cette problématique au travers de la notion de *consentement*, que nous allons aborder comme *interface* aux questions à la fois de l'intime et du collectif, du rationnel et de l'irrationnel, du corps et de l'esprit, du légal et du légitime, c'est-à-dire en concevant ces deux termes non plus comme des opposés, mais comme *polarité dynamique* (nous empruntons cette expression à Georges Canguilhem<sup>1</sup>).

Par ce biais, ce ne serait pas tant droit et émotion qu'il s'agirait d'interroger au moyen de la notion de consentement, mais plutôt en quoi la notion de consentement construit droit et émotion l'un par rapport à l'autre, opère une *fonction épistémique réciproque* pourrait-on dire alors.

Cette approche nous intéresse, parce qu'elle est constitutive d'un axe majeur de l'éthique contemporaine, qui tend à se fonder précisément sur cette notion de *consentement*. Débat contemporain<sup>2</sup>, certes, mais qui n'est pas entièrement nouveau,

---

<sup>1</sup> G. CANGUILHEM, *Le normal et le pathologique*, Paris, PUF, 1991.

<sup>2</sup> La philosophe Michela Marzano ouvre ainsi son essai *Je consens donc je suis* : « La modernité se flatte de n'avoir gardé, comme critère départageant les actes licites et illicites, que le consentement des individus. Mais qu'entend-on par consentement ? Suffit-il, à lui seul, pour déterminer la légitimité d'un acte ou d'une conduite ? Est-il toujours une expression de l'autonomie personnelle ? Quels liens existent entre les concepts d'autonomie, de liberté et de dignité de la personne ? », M. MARZANO, *Je consens donc je suis*, Paris, PUF, Paris, 2006, p. 1.

puisqu'il s'agit en fait d'interroger ce qu'il est raisonnablement permis de faire et d'accepter dans une société donnée, et ce qui est émotivement soutenable, au regard de notre liberté individuelle, de notre autonomie personnelle et de notre qualité de sujet, sans pour autant faire de tort aux autres, ni empiéter sur leur liberté. Cette tension, entre liberté, autonomie, respect de l'autre, de soi, mais aussi respect des autres en soi (la dignité humaine pourrait-on dire), anime des réflexions philosophiques depuis longtemps (que l'on pourrait résumer par exemple avec le philosophe américain Robert Walzer sous le terme d'opposition entre « morale maximale » et « morale minimale »<sup>3</sup>). Mais il est notable que la société s'en est fait le pouls battant ces derniers temps, en donnant une place centrale à la problématique du consentement, au travers de nombreuses affaires et de nombreux maux de notre société, ce qui témoigne à la fois de la complexité à trouver une définition définitive de ce que *consentir* veut dire, mais aussi à concevoir les limites de la parole à exprimer un consentement ou un non-consentement *total*. Dès lors un double questionnement s'impose : donner son consentement peut-il suffire à faire légalité, ainsi qu'à rendre légitime un geste ?

Nous allons tenter d'avancer dans ce questionnement en nous appuyant sur la lecture de divers théoriciens de la philosophie morale, afin de nous interroger sur la place du consentement, non pas entre émotion et raison, mais comme *polarité dynamique* entre émotion et raison.

*Le consentement comme contrat, entre raison et compassion.*

Le consentement interroge le droit, et le met souvent dans l'embarras. Son absence met en exergue que la liberté individuelle est entravée, mais sa présence ne suffit pas à justifier qu'il soit possible d'obtenir quelque chose, et défendable de le faire. Plus encore, il ne suffit pas toujours de ne pas consentir à quelque chose pour que la société ne nous l'impose pas. Bien que corrélatif de l'autonomie du sujet, le consentement s'insère dans un maillage légal, en ce qu'il a besoin d'être entendu, mais aussi dans un maillage légitime en ce qu'il a besoin d'être reconnu et soutenu par un discours public (souvent l'opinion publique).

Le consentement est bien sûr l'un des leviers du juriste au regard de la protection des libertés individuelles et de l'autonomie personnelle. Pour le dire avec les mots de Dominique Rousseau, « Le consentement est au cœur du Droit. Quelle que soit la discipline – droit constitutionnel, droit des finances publiques, droit pénal, droit civil, droit du travail... – le consentement est le principe sur lequel elle se construit »<sup>4</sup>. Si le consentement ne suffit pas toujours à déterminer une éthique et une dignité humaine, aptes à façonner un monde aux référentiels suffisamment communs pour qu'il soit possible d'y vivre ensemble, le juriste Dominique Rousseau nous rappelle qu'il est à la

<sup>3</sup> R. WALZER, *Morale maximale, morale minimale*, trad. C. FORT Paris, Bayard, 2004.

<sup>4</sup> D. ROUSSEAU, « Le consentement au regard du vice », in « Le consentement », revue *Ornicar*, p. 114.

base de notre volonté de faire société, au travers d'un contrat social, basé sur ce libre consentement : « *Ce qui fait agir une communauté quelconque, ce ne peut être que le consentement des individus qui la composent.* » Voilà ce qu'écrivait John Locke en 1690 dans son *Second traité du gouvernement civil* »<sup>5</sup>. Le consentement est intrinsèque de notre conception politique et morale du vivre ensemble, car il est le fondement de la première notion de *contrat*.

Ce consentement à entrer en société est d'abord le fruit d'une décision raisonnable, comme le philosophe anglais Thomas Hobbes s'en est fait le théoricien dès 1642 : « plusieurs personnes naturelles poussées par une crainte mutuelle et le désir de se conserver, se sont unies en une personne civile unique que nous avons appelée cité »<sup>6</sup>. Il note également : « chaque citoyen contractant avec un autre ceci : *je transfère mon droit à celui-ci, à condition que tu lui transfères aussi le tien.* Par ce moyen le droit que chacun avait d'user de ses forces pour son intérêt propre est transféré tout entier à un homme ou à un conseil pour l'intérêt commun »<sup>7</sup>.

Nous voyons ici comment les penseurs du XVII<sup>e</sup> siècle cherchent à dépasser la conception d'une politique jusqu'alors basée sur le transcendantalisme divin pour bâtir son assise sociétale sur un socle proprement humain : la concertation, la convention, et le consentement raisonnable, *individuel*, mais aussi et surtout *mutuel* (je consens à condition que tu consentes également) à entrer dans un projet qui vise la sécurité et le bien commun, pourvu que chacun soit prêt à sacrifier un peu de sa liberté sur toutes choses. Tous doivent ainsi adhérer au contrat, par un consentement certes libre, mais *éclairé* par la raison bien comprise des intérêts supérieurs du groupe face aux intérêts intenablement de l'individu.

Jean-Jacques Rousseau le dit également dans le *Contrat social* : « l'ordre social est un droit sacré qui sert de base à tous les autres. Cependant ce droit ne vient point de la nature : il est donc fondé sur des conventions [...] tous, étant nés égaux et libres, n'aliènent leur liberté que pour leur utilité »<sup>8</sup>.

Seulement la raison et le calcul des intérêts, s'ils sont bien constitutifs de ce consentement éclairé, n'en résument pas pour autant la globalité. Non, pour Rousseau, c'est en réalité une *émotion* qui est le terreau de cet élan vers la communauté et pour la contractualisation, il s'agit de la douleur que nous ressentons devant nos semblables en souffrance, et de la pitié qui en découle. Pitié envers nos semblables, compassion envers ceux en qui nous nous reconnaissons, et dont la vision de la détresse nous émeut au-delà de tout calcul, douleur partagée avec celui que nous voyons en peine. Dans son *Discours sur l'origine et les fondements de l'inégalité parmi les hommes*, Rousseau rappelle que la pitié et la compassion sont déjà les premières « lois » à l'état de nature, reliant ainsi intimement l'émotion à la notion de loi primaire : « Il est donc certain que

<sup>5</sup> *Ibid.*, p. 113.

<sup>6</sup> T. HOBBS, *Du citoyen*, Paris, Flammarion, 2010.

<sup>7</sup> *Ibid.*

<sup>8</sup> J.-J. ROUSSEAU, *Du contrat social*, Paris, Le livre de poche, 1996, p. 46.

la pitié est un sentiment naturel, qui, modérant dans chaque individu l'activité de l'amour de soi-même, concourt à la conservation mutuelle de toute l'espèce. C'est elle qui nous porte sans réflexion au secours de ceux que nous voyons souffrir : c'est elle qui, dans l'état de nature, tient lieu de lois, de mœurs, et de vertu »<sup>9</sup>.

La philosophe Myriam Revault d'Allones analyse la pitié chez Rousseau comme « une donnée originaire, constitutive du sens de l'humain : elle est un affect structurant qui nous dispose à rentrer en communauté »<sup>10</sup>.

Sans être un « pur sentiment altruiste », la pitié, comme composante d'un amour de soi, nous permet de nous projeter dans la souffrance de l'autre, de nous relier à lui, et contribue à *structurer* la communauté. Ce qui n'était qu'un calcul rationnel des intérêts pour sa survie propre se transforme, sous l'effet de l'émotion, en capacité à se projeter en l'autre, et donc à accepter l'établissement d'un ordre légal apte à créer des conditions supportables pour soi-même, mais aussi pour l'autre en lequel désormais on peut se reconnaître.

Cette polarisation de l'émotion et de la loi, nous pouvons également la retrouver dans la psychanalyse, au début du XX<sup>e</sup> siècle, chez Sigmund Freud, qui développe à son tour une théorie du mythe de l'état de nature, afin de retracer la vie pulsionnelle originaire de l'homme et les prémices de la vie en communauté. Il écrit : « la civilisation a été acquise par le renoncement à la satisfaction pulsionnelle et elle réclame de chaque nouveau-venu qu'il accomplisse le même renoncement pulsionnel [...] Des influences de la civilisation, il résulte qu'une part toujours plus grande des tendances égoïstes se transforme, grâce aux apports érotiques, en tendances altruistes et sociales »<sup>11</sup>. Il s'opère là aussi la *transformation* d'une émotion – ici la pulsion de haine – en lien social, un « retournement de l'égoïsme en altruisme »<sup>12</sup> sous l'effet de pulsions érotiques, ce en quoi consiste l'« aptitude à la civilisation ».

Dans *Totem et tabou*, abordant la question du père originaire de la horde primitive, Freud explique comment les pulsions de haines et de rivalité ayant conduit les frères à tuer le père tout-puissant (le seul étant demeuré à l'état de nature dans le sens hobbesien), se sont muées, sous l'effet de la forte culpabilité qu'ils en auraient ressentie, en une loi morale apte à façonner des interdits : le Surmoi<sup>13</sup>.

Cet effet civilisateur et structurant des émotions de pitié, de compassion, de culpabilité, sont à la base d'un besoin de légiférer, de rendre certaines choses possibles, pour en frapper d'autres d'interdit. La peur d'un monde de chaos permet désormais que nous nous interdisions que soient faites des choses.

<sup>9</sup> J.-J. ROUSSEAU, *Discours sur l'origine et les fondements de l'inégalité parmi les hommes*, Paris, Garnier-Flammarion, 1991, p. 214.

<sup>10</sup> M. REVAULT-D'ALLONES, *L'homme compassionnel*, Paris, Seuil, 2008, p. 9.

<sup>11</sup> S. FREUD, « Considérations actuelles sur la guerre et sur la mort », in *Essai de psychanalyse*, Paris, Payot, 2001, p. 21.

<sup>12</sup> *Ibid.*, p. 19.

<sup>13</sup> S. FREUD, *Totem et tabou*, Paris, Payot & Rivages, 2010.



L'émotion, loin de s'opposer à la loi, la pétrit.

Freud évoque également la peur de la mort et l'amour comme affects structurants : l'homme des origines était peu enclin à concevoir la mort de son rival comme source d'émotion, quant à la sienne, elle lui semblait trop abstraite. Mais celle de personnes pour qui il éprouvait de l'affection fut plus problématique : « Au-près du cadavre de la personne aimée prirent naissance non seulement la doctrine de l'âme, la croyance en l'immortalité, et l'une des puissantes racines de la conscience de la culpabilité chez l'homme, mais aussi les premiers commandements moraux. Le premier et le plus significatif des interdits venus de la conscience morale naissante fut : *Tu ne tueras point* »<sup>14</sup>. Dans le lit d'affects tels que la compassion, la peur de mourir, la culpabilité, s'insuffle un commandement, comme source morale, mais aussi légale.

Nous voyons que la pitié peut trouver un « usage » *démocratique* pour Rousseau, et *civilisateur* pour Freud, face à la crainte de faire à autrui ce que l'on ne voudrait pas nous voir imposé et par peur de voir les personnes auxquelles on s'attache souffrir.

Pour résumer, les philosophes du XVII<sup>e</sup> siècle perçoivent les émotions de haine, de pitié, de peur, d'amour ou de compassion, comme le terreau de la perception du consentement au contrat social. Ce consentement à l'entrée à la vie en société, et à l'acceptation de ses règles, est au croisement de facteurs aussi bien *raisonnés* qu'*émotionnels*.

Mais pour être efficace, et à terme, aboutir sur une civilisation que l'on juge juste, ce consentement doit être *éclairé*, c'est-à-dire qu'il doit reposer sur une bonne compréhension des conditions et circonstances au sein desquelles il sera prononcé. Car pour renoncer à sa liberté totale, et entrer en association, encore faut-il percevoir raisonnablement en quoi ce renoncement autorise une société qui soit propice à un cadre de vie que chacun estimera décent (Martha Nussbaum parle alors des « capacités »<sup>15</sup> essentielles que le gouvernement doit pouvoir octroyer à ses citoyens, John Rawls évoque quant à lui l'image d'un « voile d'ignorance », autre allégorie de l'impartialité, derrière lequel on doit pouvoir se trouver, au moment où l'on conçoit le fonctionnement d'un gouvernement dans lequel on pourrait estimer digne d'en occuper chaque place).

*Un consentement éclairé est-il possible ?*

Une fois l'état de nature dépassé, pourrait-on imaginer, dans une société devenue démocratique et juridiquement encadrée, dans laquelle les pulsions de haine sont transformées, sublimées, qu'un consentement parfaitement éclairé soit dès lors universellement raisonnable ? Comment légiférer de façon juste ? Autrement dit,

<sup>14</sup> S. FREUD, « Considérations actuelles sur la guerre et sur la mort », in *Essai de psychanalyse*, op. cit., p. 40.

<sup>15</sup> M. NUSSBAUM, *Capacités*, Paris, éditions Climats, 2011.

pourrait-on concevoir que les émotions ne puissent être que les premiers vecteurs de la civilisation, appelées ensuite à être dépassées par la force même de la civilisation et de la raison ? Le droit pourrait-il dès lors se passer des émotions en tant que le « reliquat » d'un peuple désormais éclairé ?

Le citoyen kantien est l'exemple de ce sujet autonome qui, grâce à l'usage de son entendement, suit la loi universelle de la raison à laquelle dès lors, il ne peut que *consentir*. La loi morale consisterait finalement à consentir à ce qui est raisonnable, et à ne pas consentir à ce qui est déraisonnable.

« *Sapere aude !* »<sup>16</sup>, « aie le courage de te servir de ton propre entendement », cette devise kantienne des Lumières, est le propre du citoyen rationnel et éthique, qui ne peut que consentir à ce qui est universellement prescrit.

Cette existence – cette exigence – de l'universel (qui pourrait se résumer par la célèbre maxime « je dois toujours me conduire de telle sorte *que je puisse aussi vouloir que ma maxime devienne une loi universelle* ») dans le sujet, et sa capacité à en juger en adéquation avec la raison, fonde ce qui sera la *dignité humaine* pour Kant, et qui demeure être un terme fort du débat sur le consentement. Cette dignité humaine, on ne peut la rabaisser en soi, fût-ce au nom de son propre plaisir, de sa pitié, de la passion, ou de tout autre émotion. Lisons Kant à nouveau : « L'homme, et en général tout être raisonnable, existe comme fin et en soi, *et non pas simplement comme moyen* dont telle ou telle volonté puisse user à son gré ; dans toutes ses actions, aussi bien dans celles le concernant lui-même que dans celles concernant d'autres êtres raisonnables, il doit toujours être considéré *en même temps comme fin* »<sup>17</sup>. Consentir à un comportement déraisonnable ne revient pas à aller à l'encontre de sa propre dignité, mais à celle de l'universel en soi.

Pour autant, Kant n'ignore pas l'existence des *émotions* dans son élaboration de la raison pratique, seulement celles-ci sont avant tout des « inclinations », ainsi : « je ne peux avoir de respect pour une inclination en général »<sup>18</sup>. Prenant l'exemple du commandement biblique « tu aimeras ton prochain comme ton ennemi », Kant commente au sujet de cette forme d'empathie « l'amour comme inclination ne peut pas se commander ; mais faire le bien précisément par devoir, alors qu'il n'y a pas d'inclination pour nous y pousser, et même qu'une aversion naturelle et invincible s'y oppose, c'est là un amour *pratique* et non *pathologique*, qui réside dans la volonté, et non dans le penchant de la sensibilité »<sup>19</sup>.

Les sentiments pour Kant doivent être d'ordre moral, et « le fait de la sensation de la dépendance de la volonté particulière vis-à-vis de la volonté universelle et des autres volontés »<sup>20</sup>. Pour le dire autrement, il n'y a pas de mérite à avoir des émotions et à les suivre, mais il y a de la dignité à s'efforcer d'avoir une bonne volonté. La morale

<sup>16</sup> E. KANT, *Qu'est-ce que les Lumières ?* Paris, Garnier Flammarion, 1991, p. 43.

<sup>17</sup> E. KANT, *Fondement de la métaphysique des mœurs*, Paris, Librairie Général Française, 1991.

<sup>18</sup> *Ibid.*, p. 66.

<sup>19</sup> *Ibid.*, p. 65.

<sup>20</sup> F. ALQUIÉ, *Leçons sur Kant*, Paris, éditions de la Table ronde, 2005, p. 27.

kantienne ne conçoit la polarité entre émotion et devoir que comme une tension, un effort de dépassement du singulier vers l'universel, que la loi juste doit venir borner.

Le consentement kantien serait le fait de cet être raisonnable, chez lequel chaque action poursuit une fin morale.

Cette définition se verra opposée à une certaine conception plus libérale et individualiste, où l'on constate bien que l'on ne donne pas toujours son consentement en se fondant sur le rationnel et le référentiel universel de la dignité humaine, si tant est qu'une définition univoque puisse en être donnée.

Le concept de *liberté* permet également d'interroger le couple droit et émotion au travers de la question du consentement. Pour Kant, la liberté est celle de se servir de son entendement, et d'accéder à sa majorité, en dépassant l'état de minorité de celui qui ne fait que suivre ce qu'on lui dit. Toutefois, cette liberté n'était possible que dans le cadre de l'universalité de la raison.

À l'inverse, pour tout un courant utilitariste anglo-saxon (avec John Stuart Mill notamment), on opposera que la liberté ne doit se borner qu'à ce qui empiète sur celle d'autrui, et que du moment qu'un sujet est librement consentant, le droit ne peut interférer, il doit se contenter de conseiller. Résumons avec la philosophe Michela Marzano : « selon la tradition anglo-saxonne, l'autonomie serait, comme la liberté, un droit de tout être humain, ce qui permet à chacun de choisir et de faire ce qu'il veut [...] Mais le fait que chacun puisse faire ce qu'il lui plaît ne signifie pas pour autant qu'il ne doive pas assumer les conséquences qui peuvent s'ensuivre, ni que quelqu'un d'autre ne puisse le convaincre des conséquences préjudiciables de son acte »<sup>21</sup>. Et citant directement le texte de 1859 de John Stuart Mill dans *De la liberté* : « le seul aspect de la conduite de quiconque pour laquelle il doive en répondre à la société est celle qui concerne autrui. En ce qui concerne simplement lui-même, son indépendance est de droit, absolue »<sup>22</sup>.

#### *Par-delà morale maximale et morale minimale ?*

Dominique Rousseau rappelle qu'en matière de droit, « le consentement doit être *libre* pour valoir consentement, obligeant à interroger la liberté qui fait consentement »<sup>23</sup>.

Liberté ou dignité universelle, comment le consentement peut-il être donné, et surtout, reçu ? Le courant de pensée d'influence kantienne est, dans le domaine de la philosophie morale, représentatif de ce qui a été décrit notamment avec le philosophe Michael Walzer comme « morale maximale », opposée à une morale dite « minimale ». Cette dernière, à l'inverse de cette ambition universelle d'autonomie, et dans le courant anglo-saxon de l'utilitarisme, est favorable à ce que le moins de choses possibles

<sup>21</sup> M. MARZANO, *op. cit.*, p. 62-63.

<sup>22</sup> J. S. MILL, *De la liberté*, Paris, Presses Pocket, 1990, p. 39, in M. MARZANO, *op. cit.*, p. 62.

<sup>23</sup> D. ROUSSEAU, « Le consentement au regard du vice », *op. cit.*, p. 116.

n'entravent la liberté individuelle, dans la mesure où cette liberté n'empiète pas sur celle d'autrui.

La difficulté de cette notion de consentement est bien qu'elle interroge entre ce qui est juste et ce qui est émotionnellement supportable, entre ce que la liberté de chacun peut assumer de faire et ce que la dignité humaine doit refuser. Qui peut dire « oui » ou « non » ? Peut-on consentir à tout ? Que faut-il refuser pour soi, mais aussi qu'est-ce que la loi doit refuser pour tous ? Tous les sujets sont-ils, à tout moment, en pleine capacité de déterminer mais aussi d'exprimer leur consentement ou leur non-consentement ? L'individu parvient-il à exprimer un consentement ou un non-consentement, si celui-ci n'est pas conforme à ce qui est socialement accepté ? Cette barrière n'est pas si simple à poser, et elle est encore moins étanche aux différentes interprétations qu'elle pourrait avoir la prétention de partager définitivement.

Tout consentement est, au-delà de la moralité et de la légalité, un acte de *confiance*. Confiance en une promesse, que ce soit en une société plus juste, plus pacifique dans le cadre du contrat social, en une parole donnée, dans le cadre de la relation subjective entre deux personnes, dans le cadre d'un geste médical, etc. Cet acte de consentir est tout à la fois un acte raisonnable, légal, mais aussi instinctivement relié aux émotions<sup>24</sup>. Je ne peux consentir que si je « ressens » que je peux le faire, comme l'écrit la psychanalyste et philosophe Clotilde Leguil, « c'est un engagement pris envers un autre reposant sur une foi dans la parole de l'autre, foi qui peut relever de l'amour, de l'admiration, de la reconnaissance, mais qui ne peut être totalement traduite en termes rationnels »<sup>25</sup>.

Avant de conclure, essayons, grâce au privilège de l'art et de la littérature, d'aller encore plus loin, et de tenter de séparer radicalement droit et émotion, pour en envisager les conséquences. C'est ce que fait un roman célèbre de science-fiction, *1984* de Georges Orwell. On constate que le droit en ayant tout prévu, tout cadré, en ayant purgé l'émotion au profit du seul rationnel, a stérilisé la vie : dans un espace social où l'on est privé d'expression de soi, on finit par consentir à n'importe quelle injustice et à l'accepter (le héros de *1984* finira par dire « oui » à Big Brother).

Le cinéma lui aussi, explore cet impossible. On pense dans cette veine au célèbre *Alphaville* de Jean-Luc Godard, où le logiciel Alpha60 gère la Cité qu'il doit rendre la plus juste possible, et pour cela l'a aseptisée de toute émotion, désormais proscrite. C'est une « société technique », où règne la « logique » des algorithmes. Pour cela, les mots jugés inutiles, ceux qui évoquent les émotions et les passions, sont bannis, alors que d'autres

---

<sup>24</sup> Comme en atteste le débat récent sur l'évolution de la loi relative au fait de considérer interdit un acte sexuel adulte / mineur dans la mesure où le mineur n'est pas en capacité de consentir car il n'est pas en capacité, face à un adulte, de procéder à un acte raisonnable, légal et lié à ses émotions.

<sup>25</sup> C. LEGUIL, *Céder n'est pas consentir*, Paris, PUF, 2021, p. 58.

sont sortis de leurs histoires pour coller davantage au réel (la « Bible » sera désormais le mot qui désigne... le dictionnaire, on ne dit plus « pourquoi ? » mais « parce que »). On pense ici bien sûr à la *nov'langue* de Georges Orwell, mais aussi, en quittant la fiction pour l'histoire, à l'essai de Viktor Klemperer *LTI, la langue du 3<sup>e</sup> Reich*, où le linguiste retrace la manière dont le nazisme a tenté de réduire la langue et ses nuances pour contrôler les pensées.

À cette cité dystopique et ses lois logiques, si on suit Kant, on ne peut que consentir...et pourtant, c'est bien l'émotion qui nous alerte du danger qu'il y aurait à s'en retrouver le citoyen.

Ainsi on voit bien que le droit sans les émotions, ou les émotions sans le droit, ne construisent pas un monde possible. Il y aurait en quelque sorte un : « pas l'un sans l'autre ».

Le consentement, en tant qu'il demeure un fait de langage, est un fait humain, qui ne pourra jamais se résumer en une sentence globale et finale. Pierre Legendre, dans *L'animal humain et les suites de sa blessure*<sup>26</sup>, rappelle que le langage de l'homme lui fait « traverser l'invisible frontière érigée entre l'individu et les choses, pour tomber sous le joug des mots, c'est-à-dire pour s'arrimer à l'ordre du langage ». Il s'agit là pour lui d'un « fait structurel de base », une différence, une séparation d'avec l'ordre animal, qui n'est pas tant une césure que le pied d'appel vers la « conscience réflexive ». Car « se savoir et se reconnaître existant est le propre de l'homme, son privilège et la blessure qui lui vient du langage – langage qui comporte, dans le même mouvement, la conscience de soi et la conscience d'être mortel [...] Exister, savoir qu'on participe de l'être du langage n'appartient qu'à l'homme ».

La *blessure*, ce mot fort, de l'homme quittant son être animal par le langage, interroge sur le consentement, et sur ses limites ; le langage est-il capable de donner un véritable consentement, le langage peut-il vraiment tout dire du *cum-sentire* ?

Dans *Alphaville*, c'est bien le langage et l'émotion qu'il suscite, par la poésie, qui permet à « ceux qui pleurent » de survivre, lorsque le héros parvient à mettre en défaut le logiciel, qui ne peut résoudre l'énigme de l'émotion du langage.

Face à l'impossible de condenser dans un « oui » ou un « non » le sujet et son désir, laissons le mot de la fin à la littérature, et à Marguerite Duras :

« Yes, peut-être »<sup>27</sup>.

<sup>26</sup> P. LEGENDRE, *L'animal humain et les suites de sa blessure, Conférence à Montpellier*, Paris, Fayard, 2016.

<sup>27</sup> M. DURAS, *Yes, peut-être*, Paris, Gallimard, 1968.

## Les ordalies à l'aune des émotions

Laura VIAUT

*Maître de conférences en histoire du droit  
Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne*

Prendre les émotions comme fil conducteur d'une étude sur l'ordalie semblerait, au premier regard, relever de la gageure. Et, pourtant, c'est par cette approche que le sens concret de l'ordalie peut se révéler.

Pour comprendre la logique du processus ordalique, il suffit de parcourir les quelques romans que la comtesse de Ségur rédigea pour les enfants du XIX<sup>e</sup> siècle. En 1862, elle fit paraître *Les bons enfants*, un roman qui met en lumière trois personnages de moins de dix ans, Sophie et ses deux frères Léonce et Arthur, qui invitent leurs nombreux cousins à faire le tour de leurs bêtises. Au chapitre du « Petit voleur », la comtesse de Ségur nous décrit une situation de toute première importance pour notre étude. Un jour de pluie, les enfants se sont installés dans le salon devant la bibliothèque pour regarder des beaux livres pleins d'images. Celui qui comportait de fines illustrations de la chasse au lion retint toute leur attention et ils y consacraient tout l'après-midi. En fin de journée, le soleil revint et les enfants purent aller dans le jardin. Après le dîner, ils décidèrent de reprendre le fil de leur lecture. Mais, hélas, ils s'aperçurent que des images venaient à manquer. L'un des enfants appela son père qui, tout de suite, comprit qu'un des enfants avait malhabilement découpé le précieux ouvrage. Personne ne se dénonça et le père fut bien en peine de trouver le coupable. Il demanda alors à ses enfants de l'attendre patiemment dans le salon. Une heure plus tard, il les appela dans la salle à manger où le processus destiné à désigner le coupable venait d'être installé. Il apporta un panier couvert d'une serviette et le posa sur la table. Le père s'avança et dit : « *Ce panier contient le moyen de me faire connaître le voleur d'images. Chacun va venir à son tour mettre la main dans ce panier sans dire une parole et retournera à sa place également sans parler et sans bouger ensuite, quelque merveilleuse que lui ait semblé la chose qu'il touchera dans le panier. Rien ne bougera pour tous ceux qui sont innocents ; mais, quand ce sera le voleur qui enfoncera sa main, il sortira du panier un vacarme épouvantable, et la main du voleur sera prise par le couvercle de façon à ne pouvoir la retirer. Mais il faut de l'obscurité pour cette opération. Emportez les lumières dans la chambre à côté et laissez-nous la porte à peine entrouverte, seulement pour voir la table et pouvoir trouver le panier.* » Les enfants s'avancèrent, plongèrent la main dans le panier et retournèrent à leur place. Les domestiques en firent autant chacun à leur tour. Le silence régnait dans la pièce. Une fois le processus terminé, le père demanda à ce que l'on rapporte les lumières et demanda à ce que toutes les mains qui ont été plongées dans le panier se lèvent. Toutes les mains se levèrent ; elles étaient toutes couvertes de farine. Toutes, sauf une. Le petit Michel avait la main propre comme auparavant. Le père dit alors à tout le

monde que Michel est le voleur. Ce dernier contesta et expliqua qu'il a retiré sa main comme les autres et que le panier n'a pas bougé. Le père expliqua alors : « *Parce que tu n'as pas osé, te sentant coupable, la plonger dans le panier ; tu as cru à ce que j'avais annoncé. Le panier contient simplement de la farine ; ceux qui n'avaient aucun sujet de crainte se sont couvert la main de farine ; toi, qui te sentais coupable, tu as craint d'être découvert et tu as laissé ta main sous la serviette sans ouvrir le panier*<sup>1</sup> ».

Le père avait bien compris que, par crainte, l'enfant fautif renoncerait à passer l'épreuve. Et c'est ainsi qu'il fut démasqué. Le lien entre l'ordalie et les émotions ne peut ici que retenir l'attention du juriste. Peut-être qu'en écrivant cette histoire pour enfants, la comtesse de Ségur ne savait pas qu'elle faisait appel à un mode de résolution des conflits bien connu des sociétés humaines. Les études anthropologiques, ethnologiques et historiques ont démontré l'existence des phénomènes ordaliques dans un grand nombre de sociétés qui n'avaient aucun contact entre elles. En effet, les ordalies se rencontrent, à des temps distincts, sur de nombreux continents<sup>2</sup>. Les sources historiques, et plus précisément celles du Moyen Âge occidental, nous amènent au cœur du sujet lorsqu'elles évoquent le jugement de Dieu.

Ce dernier est une épreuve que les juges font passer aux parties pour déterminer qui est responsable de quelque chose. Il correspond à la procédure médiévale qui semble la plus étonnante et la plus insaisissable, peut-être parce qu'elle consiste à solliciter une intervention transcendante, celle d'une divinité, pour éteindre un différend que les hommes ne sont pas parvenus à gérer. Pendant longtemps, le monde de la recherche a regardé le jugement de Dieu avec ses yeux modernes et n'en a retenu qu'une supposée brutalité. Cette approche restrictive a amusé des générations d'étudiants et égaré certains historiens et juristes sur les chemins du sensationnalisme...

Quoi qu'on ait tout dit sur les originalités du jugement de Dieu pour fasciner les chercheurs d'aujourd'hui, on l'a moins repensé au prisme des mentalités de l'époque qui y a eu recours. Car on ne peut pas évaluer la justice médiévale sur les critères de notre époque. La question de l'irrationnel n'est pas ce que la matière a de plus intéressant, chaque système ayant ses propres logiques de rationalité. Il faut donc appréhender ce système judiciaire, non pas de dehors, mais de dedans. Il faut comprendre les logiques qui le sous-tendent. Le Moyen Âge était trop pragmatique pour donner seulement à voir quelques procédures irrationnelles, gauchement jugées archaïques par les décennies de recherche qui précèdent. Il faut en cette hypothèse commencer par formuler une remarque terminologique. L'historien est avant tout un homme de l'écrit ; ses

<sup>1</sup> S. SÉGUR, COMTESSE DE, *Les bons enfants*, Paris, Hachette, 1893, p. 219-230.

<sup>2</sup> R. VERDIER, « L'épreuve de l'anneau et le verdict du feu : la justice divine en pays Kabiye », in P. BRAUN, *Anthropologies juridiques*, Limoges, Presses Universitaires de Limoges, 1998, p. 802-803 ; G. KATSENI, « Le jugement divin, variations byzantines. Duel judiciaire et épreuve du fer rouge dans la pratique judiciaire à Byzance (XIII<sup>e</sup>-XIV<sup>e</sup> siècles) », *Droit et cultures* [en ligne], 53 | 2007-1, mis en ligne le 31 mars 2009. [Consulté le 2 décembre 2020] Disponible sur Internet : <<http://droitcultures.revues.org/486>>.

informations, arrachées ici et là à la consistance du procès, ne sont que partielles<sup>3</sup>. Pour comprendre la société judiciaire du passé, il doit en pénétrer les rituels. À l'heure actuelle, il est de bon ton et de bonne méthode de se placer au centre de démarches comparatives, qui font coopérer les droits anciens et les droits modernes. Parmi les contextualisations possibles, la plus significative se rencontre aujourd'hui en cours d'assises. Ces procès, que l'appareil judiciaire d'État encadre en tout point, font surgir à un moment précis un procédé irrationnel ; lorsque vient le moment de choisir les jurés, la décision est abandonnée au tirage au sort. Aujourd'hui, personne ne s'en offusque parce que le procédé est efficace et paraît, au plus grand nombre, acceptablement juste. Ce serait s'abuser que d'affirmer que le Moyen Âge n'en pensait pas de même s'agissant du jugement de Dieu<sup>4</sup>. Il serait intéressant ici de démontrer qu'il était encadré par une série de principes qui ne le rendait pas aussi arbitraire et irrationnel qu'on l'a longtemps pensé.

Il existe au Moyen Âge une pluralité d'ordalies (I). L'étude des affectivités médiévales<sup>5</sup> est un terrain d'études riche<sup>6</sup> ; il permet, en outre, de démontrer que ces procédures étaient acceptées de tous et qu'elles participaient au défoulement commun du conflit<sup>7</sup>. Il semble que derrière la pratique de l'ordalie se laisse deviner une culture du défi, opposée à celle de la preuve destinée à déterminer la vérité<sup>8</sup>. On pourrait, si l'on veut, leur prêter des vertus cathartiques ; le cadre contraignant du jugement de Dieu permet d'éviter l'éclat de violence qui, sans lui, a toute chance de suivre. Plus étonnant encore, l'ordalie fait pleinement partie de la culture du compromis, ce qui rend son usage rationnel (II).

<sup>3</sup> Sur la difficulté générale du problème, N. KOBLE et M. SÉGUY, « L'audace d'être médiéviste », *Littérature*, 2044, n° 148, p. 3.

<sup>4</sup> Sur la permanence de l'irrationnel dans notre procédure, R. JACOB, *La grâce des juges*, Paris, Presses universitaires de France, 2014.

<sup>5</sup> B. ROSENWEIN, « Thinking Historically about Medieval Emotions », *History Compass*, 2010, n° 8, p. 828-842 et D. BOQUET et P. NAGY (dir.), *Le sujet des émotions au Moyen Âge*, Paris, Beauchesne, 2009. R. SCHNELL, « Historische Emotionsforschung. Eine mediävistische Standortbestimmung », *Frühmittelalterliche Studien*, 2004, n° 38, p. 173-276, et R. SCHNELL, « Emotionsdarstellungen im Mittelalter. Probleme und Aspekte der Referentialität », *Zeitschrift für deutsche Philologie*, 2008, n° 127, p. 79.

<sup>6</sup> Pour une application plus générale, M. CLARK et E. FINKEL, « Does Expressing Emotion Promote Well-Being? It Depends on Relationship Context », in C. LEOCH (dir.), *The Social Life of Emotions*, Cambridge, Cambridge University Press, 2004, p. 105.

<sup>7</sup> M. BOONE, « The Discourse on Emotion in the Urban Administration of Justice: Introduction », in E. LECUPRE-DESJARDINS et alii (dir.), *Emotions in the Heart of the City (14<sup>th</sup>-16<sup>th</sup> century)*, Turnhout, Brepols, 2005, p. 115. K. OSCEMA, « Toucher et être touché : gestes de conciliation et émotions dans les duels judiciaires », *Médiévales*, 2011, n° 61, p. 142 ; K. OSCEMA, *Freundschaft und Nähe im spätmittelalterlichen Burgund. Studien zum Spannungsfeld von Emotion und Institution*, Cologne, Weimar, 2006.

<sup>8</sup> B. LEMESLE, *Conflicts et justice au Moyen Âge*, op. cit., p. 155.



## I.- La culture des ordalies

La question à se poser est la suivante : dans quel cadre institutionnel et de quelle manière mettait-on en œuvre une épreuve ordalique ? Commençons par annoncer que le haut Moyen Âge a connu différentes sortes de procédures<sup>9</sup>. Il est certain en revanche qu'elles répondaient toutes à un rituel commun. On commençait par dire la messe. Puis, un officiant préparait l'accusé en l'aspergeant d'eau bénite et en vérifiant qu'il ne détenait pas d'amulettes. Le prêtre bénissait ensuite le matériel qui allait servir à passer l'épreuve, tout en faisant appel aux anges pour les protéger et ne pas laisser le diable s'immiscer. L'accusé passait ensuite l'épreuve et les juges rendaient leur décision<sup>10</sup>.

### Liste des ordalies

Nom	Type d'ordalie	Descriptif
Fer chaud	Unilatérale (1 partie)	L'accusé doit saisir de la main un fer préchauffé.
Eau froide	Unilatérale (1 partie)	L'accusé est jeté, ligoté, dans un lac ou une rivière.
Croix	Bilatérale (2 parties)	Les deux parties sont attachées à un poteau et se maintiennent les bras en croix.
Hostie	Unilatérale (1 partie)	L'accusé doit porter à sa bouche des hosties ou du pain avec du fromage et réussir à les avaler.
Chaudron	Unilatérale (1 partie)	L'accusé doit plonger sa main dans un chaudron d'eau bouillante pour y récupérer un anneau.

L'une des plus connues est l'ordalie au fer chaud. Nous disposons d'une reproduction, tirée d'un manuscrit bourguignon daté du XII<sup>e</sup> siècle.



Lambach. BM, Codex ms 73, fol. 72r (XII<sup>e</sup> siècle)

<sup>9</sup> Pour une typologie, D. BARTHÉLEMY, « Diversité des ordalies médiévales », *Revue historique*, 1988, n° 280, p. 3. P.-Y. LAMBERT, « Exempla bibliques comme précédents judiciaires : les sanctions dans les chartes "celtiques" », *Pecia*, 2007, n° 12, p. 45.

<sup>10</sup> B. LEMESLE, *La main sous le fer rouge. Le jugement de Dieu au Moyen Âge*, Dijon, Éditions universitaires de Dijon, 2016.

La cérémonie se déroule ici en plein air, devant une église. On y voit un prêtre (à gauche) qui supervise spirituellement l'épreuve et un exécutant qui préchauffe le fer. À droite l'accusée, une femme aux cheveux en tresse dans le dos, enserre de ses bras son champion, un homme chargé de subir l'épreuve à sa place. Ce contact corporel permet d'établir un lien direct entre l'accusée et le champion. L'exécutant tend le fer à ce dernier, lequel est fermement maintenu hors du sol, probablement pour éviter que le démon (qui vit sous terre) ne s'empare de lui. Les actes de la pratique rapportent que la main de l'accusé était ensuite bandée. Trois jours plus tard, il devait revenir à l'église devant les juges pour ôter le tissu et faire vérifier l'état de la main ; si elle était indemne, il était jugé hors de cause, si elle était brûlée, il était jugé responsable<sup>11</sup>.

Une variante réside dans l'eau froide. Le même manuscrit bourguignon en a donné une illustration particulièrement éclairante.



Lambach. BM, Codex ms 73, fol. 64r (XII<sup>e</sup> siècle)

Après la messe, les juges, l'accusé et les officiants montaient dans une barque et se rendaient à peu près au milieu d'un lac ou d'une rivière. L'auteur de l'illustration ci-dessus représente l'accusée tenant son champion, ligoté et prêt à être immergé. Un prêtre, avec les Évangiles à la main, bénissait l'épreuve, tandis que les juges regardaient ailleurs. Lorsque l'accusé est immergé dans l'eau, son corps va soit couler, auquel cas il sera innocenté, soit flotter, auquel cas il sera jugé responsable puisque les eaux ne l'ont pas accepté en elles<sup>12</sup>.

L'ordalie a moins pour objectif d'établir une culpabilité (avec toute la dimension subjective qui lui est aujourd'hui conférée), qu'une responsabilité ; elle désigne la personne qui doit répondre de l'accusation, d'où le fait qu'on puisse agir par champion.

Deux autres ordalies, particulièrement rares et peu documentées, pouvaient également être sollicitées. La première est, comme les précédentes, unilatérale ; elle consiste à faire avaler à l'accusé une importante quantité de nourriture (pain et fromage). S'il parvient à l'absorber, il sera innocenté, mais s'il s'étouffe, il sera jugé

<sup>11</sup> B. LEMESLE, *La main sous le fer rouge. Le jugement de Dieu au Moyen Âge*, op. cit., p. 19.

<sup>12</sup> *Ibid.*

coupable<sup>13</sup>. La deuxième épreuve est bilatérale ; les parties, ligotées à un poteau, doivent se tenir les bras en croix. Le premier qui cède est jugé responsable<sup>14</sup>.

S'il existe une variété d'ordalies, il ne faut pas oublier qu'elles sont toutes rattachées à une culture du défi et du compromis. Une fois replacée dans son contexte, on peut en mesurer toute la rationalité.

## II.- La rationalité des ordalies

Il fut longtemps dit que l'ordalie était utilisée pour résoudre des situations placées dans l'impasse<sup>15</sup>. La réalité, néanmoins, semblerait plus complexe<sup>16</sup>. Une argumentation très persuasive, venue de Bruno Lemesle et tirée de l'essai qu'il a récemment consacré aux ordalies, rejoint cet avis. S'attaquant, de manière diffuse, à l'historiographie ancienne, l'auteur a démontré que la procédure est assez rationnelle<sup>17</sup>. La logique qu'il peut être pertinent de démontrer ici doit être prise avec une extension que ne tolérait pas l'ancienne historiographie<sup>18</sup>. Prenons un exemple. Vers 1092, dans l'environnement de l'abbaye de Talmont. Urias de Parthenay réclamait une redevance de trois muids de blé aux moines qui lui ont alors résisté<sup>19</sup>. L'affaire a donc été portée devant la cour du seigneur Ebbon où siégeaient d'imminentes personnes. Après l'exposé des parties, il fut décidé de procéder à une ordalie<sup>20</sup>. Parce que l'homme que le moine y avait envoyé n'a montré aucun signe de brûlure après l'épreuve, Urias de Parthenay a dû abandonner sa revendication<sup>21</sup>. On pourrait croire évidemment que la voie surnaturelle a tranché le

<sup>13</sup> Sur cette procédure, D. BARTHELEMY, « Présence de l'aveu dans le déroulement des ordalies (IX<sup>e</sup>-XIII<sup>e</sup> siècle) », in ÉCOLE FRANÇAISE DE ROME (dir.), *L'aveu, Antiquité et Moyen Âge*, Palais Farnèse, École française de Rome, 1988, p. 194.

<sup>14</sup> B. LEMESLE, *La main sous le fer rouge. Le jugement de Dieu au Moyen Âge*, op. cit., p. 19-20.

<sup>15</sup> P. BROWN, « Society and the Supernatural: a Medieval Change », *Daedalus*, 1975, n° 104, p. 133

<sup>16</sup> R. BARLETT, *Trial by Fire and Water. The Medieval Judicial Ordeal*, Oxford, Oxford University Press, 1986.

<sup>17</sup> B. LEMESLE, *La main sous le fer rouge. Le jugement de Dieu au Moyen Âge*, op. cit. ; P. HAYMS, « Trial by Ordeal: the Key to Proof in the Early Common Law », in A. MORRIS et alii (dir.), *On the Laws and Customs of England*, Chapel Hill, 1981, p. 90 qui considère l'ordalie comme un procédé politique et non irrationnel.

<sup>18</sup> Par exemple L. DECLAREUIL, *La justice dans les coutumes primitives*, Paris, 1889, p. 122.

<sup>19</sup> L. BOUTELIÈRE (éd.), *Cartulaire de Talmond*, Poitiers, Duprès, 1873, n° CVIII : « [...] *Item, temporibus domni Abbatis, accidit ut Urias de Partiniaco inferret calumpniam Rainaldo monacho, nomine Crasso, dicens si inventi non fuerint tres modii de siligine, qui reddi solent tempore messis de decima S. Marie de la Perata, de aliis annonis persolveretur. Quod audiens predictus monachus huic calumpnie totis viribus renisus est [...]* ».

<sup>20</sup> *Ibid.* : « *Unde utriusque ad curiam domini Ebonis et omnium procerum ejus perrexerunt, ubique ille qui querebat suam querelam prior proposuit ; alter vero, id est Rainaldus monachus forte virtute contradixit. Quadpropter dominus Ebo atque barones ejus judicaverunt debere probare monachum falsum esse quod ille proposuerat.* »

<sup>21</sup> *Ibid.* : « *Unde monachus suum hominem fecit sigillare secundum consuetudinem. Cum vero prefixus dies advenisset portavit judicium ; qui ita salvus repertus est ut nulla signa cujusquam ustionis in eo apparent. Ursias vero dedit fidejussorem statim pro. XV solidis, sicut mos est pro illata calumpnia. [...]* »

conflit<sup>22</sup>. En vérité, il s'agit là d'une couverture<sup>23</sup> ; si l'épreuve a cette apparence, elle a aussi sa réalité qui est davantage une affaire d'adresse et de stratégie<sup>24</sup>. L'option d'y recourir intègre en son sein la possibilité d'anticiper une issue prévisible. L'ordalie, il faut le savoir, est à haut risque, et plus encore si l'eau est trop chauffée. Chacun peut imaginer que l'épreuve est incertaine. Aussi, on décèle dans la documentation plus de cas de renoncement que d'accomplissement<sup>25</sup>.

Un cas est connu vers 1100 dans l'environnement de l'abbaye Notre-Dame de Saintes ; André et ses amis revendiquaient un four appartenant aux moniales. La seigneure abbesse leur proposa alors d'affirmer le bien-fondé de leur contestation par un jugement divin. Ils prêtèrent serment de s'y soumettre. Le jour venu, devant les chaudrons qui avaient été préparés dans l'église et après que l'eau y avait été chauffée, les hommes n'osèrent pas se mettre en danger. Immobile devant elle, André a abandonné sa revendication<sup>26</sup>.

Certains protagonistes n'hésitent d'ailleurs pas à se couvrir d'une excuse de fortune pour abandonner ; en 1086, le jour prévu pour résoudre un litige foncier opposant un laïc aux moines de Saint-Maixent (en Poitou), une partie renonce à l'ordalie prétextant qu'il n'a pas les bonnes chaussures à ses pieds<sup>27</sup>.

L'ordalie, à n'en pas douter, est une forme de violence physique et verbale<sup>28</sup>. Elle est un mécanisme dissuasif de gestion des conflits. Elle va permettre soit de conduire les parties à l'échange, soit de donner une forme à la conviction des juges. Car les ordalies peuvent être manipulées. Le degré de chauffe de l'eau peut être variable. Cette marge de manœuvre dont disposent les autorités peut faire infléchir l'issue de l'épreuve.

<sup>22</sup> P. BROWN, *La société et le sacré dans l'Antiquité tardive*, Paris, Seuil, 1985 et S. WHITE, « Proposing the Ordeal and Avoiding it: Strategy and Power in Western French Litigation (1050-1110) », in T. BISSON (dir.), *Cultures of Power: Lordship, Status and Process in Twelfth-Century Europe*, Philadelphie, University of Pennsylvania Press, 1995, p. 89.

<sup>23</sup> R. JACOB, *La grâce des juges*, op. cit., p. 77.

<sup>24</sup> Agobard, lui-même, mettait en garde contre cette épreuve. *Liber adversus legem Gundobaldi*, chapitre 9 : « oportet mentem fidelem suspicari quod omnipotens Deus occulta hominum in presenti vita per aquam calidam aut ferrum revelari velit. Quanto minus per crudelia certamina ? ».

<sup>25</sup> D. BARTHÉLEMY, « Le renoncement aux ordalies », in J. DALARUN (dir.), *Robert d'Arbrissel et la vie religieuse*, Turnhout, Brepols, 2014, p. 173.

<sup>26</sup> T. GRASILIER (éd.), *Cartulaire de l'abbaye royale de Notre-Dame de Saintes*, Niort, Clouzot, 1881, n° CCXXVIII : « [...] Calafacta igitur aqua in duabus calidariis in ecclesia Sancti Marie, et preparatis hominibus Andree quasi ad portanda judicia, Andreas, videns animum abbatisse firmissimum ad judicia suscipienda, timuit, nec ausus est se mittere contra domnam suam in periculum judiciorum : et stans ante illam in presentia domni Arnulfi episcopi et Petri archidiaconi, ac aliarum venerabilium personarum tam canonicorum quam militum defecit et recusavit judicia, mittens se in misericordia abbatisse et relinquens illi furnum et terram [...] ».

<sup>27</sup> *Chartes et documents pour servir l'histoire de l'abbaye de Saint-Maixent*, Poitiers, Oudin, 1887, acte n° CLXIV.

<sup>28</sup> H. PLATELLE, « La violence et ses remèdes en Flandre au XI<sup>e</sup> siècle », *Sacris Erudiri*, 1971, n° 20, p. 101. H. PLATELLE, « Crime et châtement à Marchiennes. Étude sur la conception et le fonctionnement de la justice d'après les Miracles de sainte Rictrude (XII<sup>e</sup> siècle) », *Sacris Erudiri*, 1980, n° 24, p. 115 ; S. VECCHIO, « Légitimité et efficacité de la malédiction dans la réflexion théologique médiévale », in N. BERIOU et alii (dir.), *Le pouvoir des mots au Moyen Âge*, Turnhout, Brepols, 2014, p. 349.

Vers 1130, au nord du Poitou, Robert Savin tenait en fief une partie du moulin de Rezo et payait chaque année deux sous de servitude aux chanoines de Saint-Laon<sup>29</sup>. À sa mort, son fils Augustin revendiqua la propriété du fief. Les chanoines ont essayé de conclure un accord, mais Augustin refusa tout paiement supérieur à cinq sous en arguant qu'il s'agissait là d'un accord conclu entre les chanoines et son défunt père, et affirma être prêt à porter l'affaire en justice. Les chanoines l'ont conduit au procès pour qu'il prouve par le serment et l'épreuve de l'eau chaude l'existence de cet accord. Le jour du procès, devant les reliques, Augustin a craint le serment et l'eau bouillonnante et a approuvé, avec ses héritiers, l'accord proposé par les chanoines<sup>30</sup>. Augustin a refusé de se soumettre à l'ordalie de l'eau chaude. Nous traduisons l'acte :

« Nous voulons qu'il ne soit pas caché aux frères que, de son vivant, Robert Savin tenait en fief une partie du moulin de Rezo. Il payait, chaque année, deux sous de servitude aux chanoines de Saint-Laon<sup>31</sup>. Après la mort de Robert Savin, les chanoines ont recherché un accord sur ce fief auprès de son fils Augustin. Ce dernier, prêt à faire un procès, refusa tout paiement supérieur à cinq sous pour lesquels les chanoines et son père s'étaient auparavant accordés. Les chanoines l'ont conduit au procès pour qu'il prouve, par le serment et l'épreuve de l'eau chaude, qu'un accord de seulement cinq sous avait été conclu. Le jour du procès, devant les reliques, Augustin a craint le serment et l'eau bouillonnante et a approuvé, avec ses héritiers, l'accord proposé par les chanoines. L'abbé Geoffroy, le prieur Peregrin, Aimeric Jean, Pagan de la Pierre Rousse, André de Laalia y ont assisté. Lors de cet accord, Augustin a également donné aux chanoines la dîme de la partie du moulin qu'il possède. Longtemps après, Augustin, poussé par la nécessité, a vendu la troisième partie du moulin à André de Laye pour six livres. Après en avoir eu connaissance, les chanoines l'ont réclamée à André. Ce dernier voulait se rendre à Jérusalem. Mais pour qu'il consente à la donation, les chanoines lui interdirent le chemin. Finalement, André, son épouse Alaerde et ses fils Gautier et Raginaud ont donné, dans le chapitre et en présence de l'abbé Geoffroy, le moulin en contrepartie de six livres de monnaie et de leur réception dans le service de

<sup>29</sup> Vienne, arr. Châtelleraut c/ Loudun.

<sup>30</sup> H. IMBERT (éd.), *Cartulaire de l'abbaye Saint-Laon de Thouars*, Niort, Clouzot, 1875, n° LI : « *Illud etiam fratres nostros tam presentes quam futuros volumus non latere quod Robertus Savini dum viveret illam aprtem quam habebat in molendino de Rezo a chanonicis Sancti Launi in feodo habebat et de servicio in uno quoque anno duos solidos eis reddebat. Post obitum veri ipsius chanonici quesierunt Augustino predicti Roberti filio de feodo suo placitum quod convenieret. Ipse vero dixit quod non faceret eis placitum nisi tantummodo quinque solidorum ; sic enim concesserant chanonici autem facerunt sibi discernere iudicium tale scilicet quod Augustinus in die statuto iudicio ante reliquas venisset, timens iuramentum et aquam ferventem annuit se et heredes suos facere conveniens placitum chanonicis. Audiente Goffredo abbate, Peregrino priore, Aimerico Johannis, Pagano de Petra Rube, Andrea de Laaia ; et pro placito quod tunc temporis Augustinis chanonicis facere debebat decimam sue partis molendini eis in perpetuum habere concessit. Post aliquantum vero temporis Augustus necessitaret compulsus terciam partem sue partis mole, dini quam emerat ab Augustino eis dimitteret. At tandem Andreas in capitulum chanonicorum Sancti Launi cum uxore sua Alaerde et filiis suis Gauterio et Raginaudo in presentia abbatis Gauffredi, chanonicis molendinum reddidit, ita tamen ut VI libras nummorum sibi redderentur que et ipso die ei redde sunt. Unde etiam in beneficio ecclesie cum uxore et filiis receptus est ; audientibus istis chanonicis : Peregrino priore, Goffredo de Sancti Philiberto, Aimerico de Oronio cellerario, Airaudo. Hoc quoque concesserunt et audierunt : Gauterius et Raginaudus, quos ut diximus secum in capitulum adduxerat, filii ejus. Audivit etiam Aimericus prepositus : Iviatus, Pictavins, Raginaudus Jovinus, Gaudinus ».*

<sup>31</sup> Vienne, arr. Châtelleraut c/ Loudun.

l'église. Le prieur Peregrin, Goffroy de Saint Philibert, le cellérier Aimeric d'Oron et Airaud sont les chanoines qui y ont assisté. Ses fils, Gautier et Raginaud, qui l'ont accompagné au chapitre, comme nous l'avons dit, y ont assisté et y ont consenti. Le prévôt Aimeric, Iviave, Pictave, Raginaud Jovin et Gaudin y ont aussi assisté<sup>32</sup> ».

Dans cette affaire, les juges ont peut-être cherché à le forcer à accepter l'accord dont il ne voulait pas. La menace de l'ordalie permet ici de relancer le dialogue processuel.

Cette culture du défi n'est pas une culture du spectacle. Elle est directement issue de la culture du compromis dont le haut Moyen Âge est tout entier emprunt. La constatation élémentaire que la justice altimédiévale était fondée sur le compromis, et non sur le droit, doit servir de base à toute réflexion<sup>33</sup>. Sur l'ensemble de la période altimédiévale, la justice s'exerce selon des logiques restauratives, révélatrices d'une véritable culture du compromis dont le point culminant se situe au XI<sup>e</sup> siècle. Alors que le jugement entretient l'adversité entre les parties, l'échange favorise l'altérité en se fondant sur le principe du consensualisme. Ce modèle semble suivre la logique de « l'agir communicationnel » de Jürgen Habermas ; selon le philosophe, le consensus ne peut être obtenu qu'à l'appui d'une intercompréhension subjective entre les personnes<sup>34</sup>. Le

---

<sup>32</sup> H. IMBERT (éd.), *Cartulaire de l'abbaye Saint-Laon de Thouars*, Niort, Clouzot, 1875, n° LI : « *Illud etiam fratres nostros tam presentes quam futuros volumus non latere quod Robertus Savini dum viveret illam aprtem quam habebat in molendino de Rezo a chanonicis Sancti Launi in feodo habebat et de servicio in uno quoque anno duos solidos eis reddebat. Post obitum veri ipsius chanonici quesierunt Augustino predicti Roberti filio de feodo suo placitum quod convenieret. Ipse vero dixit quod non faceret eis placitum nisi tantummodo quinque solidorum ; sic enim concesserant chanonici autem facerunt sibi discernere iudicium tale scilicet quod Augustinus in die statuto iudicio ante reliquas venisset, timens iuramentum et aquam ferventem annuit se et heredes suos facere conveniens placitum chanonicis. Audiente Goffredo abbate, Peregrino priore, Aimerico Johannis, Pagano de Petra Rube, Andrea de Laaia ; et pro placito quod tunc temporis Augustinis chanonicis facere debebat decimam sue partis molendini eis in perpetuum habere concessit. Post aliquantum vero temporis Augustinus necessitatus compulsus terciam partem sue partis mole, dini quam emerat ab Augustino eis dimitteret. At tandem Andreas in capitulum chanonicorum Sancti Launi cum uxore sua Alaerde et filiis suis Gauterio et Raginaudo in presentia abbatis Gauffredi, chanonicis molendinum reddidit, ita tamen ut VI libras nummorum sibi redderentur que et ipso die ei redde sunt. Unde etiam in beneficio ecclesie cum uxore et filiis receptus est ; audientibus istis chanonicis : Peregrino priore, Goffredo de Sancti Philiberto, Aimerico de Oronio cellerario, Airaudo. Hoc quoque concesserunt et audierunt : Gauterius et Raginaudus, quos ut diximus secum in capitulum adduxerat, filii ejus. Audivit etiam Aimericus prepositus : Iviatus, Pictavins, Raginaudus Jovinus, Gaudinus ».*

<sup>33</sup> Au sens que lui donne M. TROPER, « L'histoire du droit et la théorie générale du droit », in B. SORDI (dir.), *Storia e diritto: esperienze a confronto. Atti dell'incontro internazionale di studi in occasione dei 40 anni dei quaderni fiorentini*, Milan, Giuffrè, 2012, p. 387 : « Les concepts juridiques n'ont pas d'histoire, si l'on entend par histoire la transformation d'une chose, qui conserve malgré tout son identité. Si un concept est bien cette classe des expressions synonymes parce qu'elles ont le même signifié, le mot peut bien changer de sens, le concept lui ne change pas. Il est seulement remplacé par un autre ». Voir aussi V. VILLA, *Costruttivismo e teorie del diritto*, Turin, Giappichelli, 1999 et A. PINTORE, *La teoria analitica dei concetti giuridici*, Naples, Jovene, 1990.

<sup>34</sup> Le conflit serait une tension qui initie la réflexion communicationnelle. Cette intercompréhension nécessite de prendre en compte la dimension émotionnelle du conflit, puisqu'elle repose, selon Jürgen Habermas, sur une authenticité subjective des acteurs communicationnels. Cette argumentation rationnelle, se distinguant de l'accord obtenu par simple calcul d'intérêt ou concordance des projets des acteurs, passe par un assentiment motivé de ces derniers. J. HABERMAS, *Théorie de l'agir communicationnel*,

processus restauratif est avant tout un instrument de guérison des personnes et de rétablissement de la paix sociale<sup>35</sup>.

Cette justice n'est pas tournée vers le passé puisqu'on ne s'interroge pas sur les causes du conflit et qu'on ne recherche pas qui est victime et qui est coupable. Elle est tournée vers le futur en ce sens qu'elle permet de reconstituer le lien social qui unit les parties. On parle parfois de « satisfaction émotionnelle des parties », et non pas de « satisfaction juridique »<sup>36</sup>. Il s'agit là d'une trace ancienne de la justice restaurative. Ce système sollicite directement les personnes impliquées dans le conflit. Fondée sur un dialogue respectueux entre ces différents acteurs, la logique restaurative vise à activer leur morale et à se tourner vers l'avenir<sup>37</sup>. Parce qu'ils n'avaient pas affaire à un système judiciaire rétributif, les hommes de l'an mil pouvaient aller au-devant de la consolidation de l'harmonie sociale. Alors que le procès entretient l'adversité entre les parties, la justice restaurative entretient la paix et le dialogue en se fondant sur le principe du consensualisme et en permettant aux parties de construire leur futur.

Il faut bien comprendre que le jugement, au haut Moyen Âge, est facultatif... il ne peut s'appliquer qu'à partir du moment où les deux parties l'acceptent, car il n'existe aucune force suffisamment opérationnelle pour le faire appliquer par la contrainte. Pour garantir la paix, les juges du haut Moyen Âge, qui géraient les affaires en tant que médiateurs, cherchaient essentiellement à conduire les parties à trouver un accord. Malgré sa fragilité, c'était là la seule garantie de paix... Et l'ordalie, en tant que menace dissuasive, visait à relancer le dialogue entre deux parties qui ne communiquaient plus. À partir du moment où le traitement de l'affaire entrainait dans l'impasse, le juge proposait aux parties de s'en remettre au chaudron, dans le but, généralement, qu'elles refusent cette procédure et acceptent de dialoguer pour trouver une solution. C'est la raison pour laquelle l'ordalie apparaît dans les sources comme étant à 99 % refusée par les parties. Il

---

Paris, Fayard, 1987, 2 t. Sur les liens entre la théorie de l'agir communicationnel et les normes, I. AUBERT, *Habermas, une théorie critique de la société*, Paris, CNRS Éditions, 2015. Sur les liens entre la théorie du philosophe et l'institution judiciaire à travers les actes de langage, É. CHALLE, « Jürgen Habermas et le fondement communicationnel du droit », *Le philosophe*, 1999, n° 6, p. 175 et M. DEFLEM, « La notion de droit dans la théorie de l'agir communicationnel de Jürgen Habermas », *Déviance et société*, 1994, vol. 18, p. 95, mais également A. SÖLLNER, « J. Habermas und die kritische Theorie des gegenwärtigen Rechtsstaates », *Leviathan. Berliner Zeitschrift für Sozialwissenschaft*, 1982, n° 10, p. 97 et P. COBBEN, « Die Rechtstheorie van Jürgen Habermas: ontwikkenling en receptie », *Netherlands journal for legal philosophy and jurisprudence*, 1991, t. 20, p. 107.

<sup>35</sup> Restorative justice « assumes that criminal offenses are first a violation of people and relationships and not just in the domain of the state », W. BRADSHAW et D. ROSEBOROUGH, « Restorative Justice Dialogue: The Impact of Mediation and Conferencing on Juvenile Recidivism », *Federal Probation*, 2005, n° 69, p. 15 ; S. SHARPE, *Restorative Justice: a Vision for Healing and Change*, Edmonton, MRJC, 1998.

<sup>36</sup> L. VERDON, « Émotions, justice et normes. La fabrique du lien social », *Critique*, 2007, n° 716, p. 47. B. ROSENWEIN (dir.), *Anger's Past. The Social Uses of an Emotion in the Middle Ages*, Cornell, Cornell University Press, 1998.

<sup>37</sup> M. UMBREIT, *Restorative Justice Dialogue. An Essential Guide for Research and Practice*, Berlin, Springer, 2011. T. TYLER, « Restorative Justice and Procedural Justice: Dealing with Rule Breaking », *Journal of Social Issues*, 2006, n° 62, p. 307 ; G. JOHNSTONE, « Restorative Justice and the Practice of Imprisonment », *Prison Service Journal*, 2007, n° 174, p. 15.

reste toujours un pour cent d'ordalies effectuées, probablement en raison du caractère particulièrement belliqueux des protagonistes. Chaque époque montre, en effet, qu'existent dans la société des personnes qui se plaisent dans le conflit et qui, en rien, ne cherchent à en sortir.

L'image populaire que l'on se fait de l'ordalie est erronée. On imagine volontiers que les esprits de l'an mil étaient bien préparés à accepter ces brutalités judiciaires. La réalité, décryptée à l'aune de la culture du compromis dont le haut Moyen Âge est empreint, semble bien différente de la légende. Si l'ordalie repose sur une croyance irrationnelle, son usage était en tous points rationnel et maîtrisé des acteurs du processus judiciaire.

Ce système restauratif est révélateur d'une véritable culture du compromis dont le point culminant se situe au XI<sup>e</sup> siècle. L'époque suivante fera renaître le système répressif fondé sur le jugement. À compter du XII<sup>e</sup> siècle, et plus encore du XIII<sup>e</sup> siècle, la consolidation du pouvoir central engendrera la juridictionnalisation (dissociation du contrat et du procès) visant à réduire considérablement le champ d'application des logiques restauratives et, avec elle, du recours à l'ordalie. Cette dernière sera interdite en 1215.



## Le droit de la preuve et l'émotion<sup>1</sup>

Pierre GAUTIER

*Doctorant à l'École doctorale de droit de la Sorbonne  
Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne*

Dans son roman intitulé *La Panne*, Friedrich Dürrenmatt nous gratifie d'une scène dans laquelle à la suite d'une panne de voiture, Alfredo Traps, un représentant de commerce, fait la rencontre d'un juge à la retraite qui lui propose de l'héberger pour la nuit. Pour le dîner, l'ancien magistrat a invité deux amis, un avocat et un procureur, afin d'y jouer le procès fictif de Traps où, au cours des débats, ce dernier admet sa culpabilité pour un crime qu'il n'a pas commis. L'œuvre se poursuit ainsi :

« L'espace d'un instant, il y eut de nouveau comme un silence de mort dans la pièce. Et brusquement ce fut un tumulte assourdissant, un véritable ouragan de rires, une tempête de jubilation, des cris, des hurlements, des gesticulations insensées. La tête chauve vint embrasser Traps sur les deux joues, le serrer à pleins bras ; le défenseur perdit son lognon à force de rire, clamant et hoquetant qu'avec un pareil accusé, on ne pouvait décidément pas se fâcher ! Une liesse délirante avait emporté le juge et le procureur en une folle sarabande autour de la pièce : ils tambourinaient sur les murs, ils cabriolaient sur leurs chaises, se congratulaient avec effusion, brisaient les bouteilles vides, ne savaient plus que faire pour exprimer l'intensité vertigineuse de leur plaisir. Grimpé sur une chaise au beau milieu de la pièce, le procureur glapissait de toute la force de ses poumons que l'accusé avait avoué, avoué, avoué, et bientôt, assis maintenant sur le haut dossier, il chanta les louanges de ce cher invité qui jouait le jeu à la perfection de la perfection ! »<sup>2</sup>

Ce passage illustre une situation imaginaire dans laquelle les acteurs du procès laissent libre cours à leurs émotions à l'occasion de l'affirmation d'une preuve. Le roman aborde ainsi un thème inhabituel pour un juriste de droit continental, celui du lien entre le droit, et plus spécialement le droit de la preuve, et l'émotion. Thème inhabituel car le droit et l'émotion paraissent réticents l'un à l'autre, si bien que cela peut justifier que l'on s'y intéresse davantage.

Bien qu'en France le droit de la preuve ne parvienne que difficilement à s'affirmer en tant que véritable discipline juridique autonome, celui-ci peut être perçu comme une véritable branche du droit regroupant l'ensemble des « règles qui gouvernent la manière de rechercher, de produire et d'apprécier les preuves à l'occasion d'une action en

---

<sup>1</sup> Je tiens à remercier vivement M. Fabrice DEFFERRARD pour sa bienveillante relecture et ses précieux conseils

<sup>2</sup> F. DÜRRENMATT, *La Panne*, in *Romans ; La Panne ; Le Juge et son bourreau ; Le Soupçon*, trad. A. GUERNE, Paris, Albin Michel, 1980, p. 49.

justice »<sup>3</sup>. Parmi la variété de règles qui le composent, certaines sont générales et communes à toutes les preuves, tandis que d'autres sont spécifiques à certains modes de preuve. Pour les besoins de nos développements, nous arrêterons notre attention sur les seules premières. L'Académie française définit l'émotion comme une « réaction affective brusque et momentanée, agréable ou pénible, souvent accompagnée de manifestation physiques »<sup>4</sup>. Cette définition reprend certains caractères de l'émotion, mais mériterait d'être complétée. Le professeur Jeuland, reprenant les travaux de Julien Deonna et Fabrice Teroni, nous apprend que l'émotion comprend cinq éléments : une durée relativement courte ; une réaction physique comme une rougeur ou une douleur ; un objet, c'est-à-dire que l'émotion porte sur quelqu'un ou quelque chose ; un élément de connaissance, ce qui signifie que l'émotion est un signal ; et la possibilité d'être corrigée, comme la peur d'un animal, par exemple. En somme, l'émotion est un processus<sup>5</sup>.

Comme cela a été précédemment esquissé, lier le droit et l'émotion n'est pas une évidence en droit continental. De prime abord, le droit paraît totalement imperméable à l'émotion. Cette dernière ne saurait effectivement lui appartenir car elle ne serait qu'un fait. L'entreprise consistant à concilier ces deux objets d'étude semble donc vaine. Cependant, cette présentation est très certainement inexacte. En effet, l'émotion est bien présente en droit et notamment dans le cadre du procès. Il suffit, pour s'en convaincre, d'assister à une audience, qu'elle soit civile ou pénale, pour remarquer que la comparution devant une juridiction n'est jamais dénuée d'émotion. Et pourtant, le droit, et spécialement le droit de la preuve, n'y fait jamais référence ; il semble tout simplement que cette branche du droit lui nie même toute existence.

Contrairement aux apparences, l'analyse montre que le droit de la preuve et l'émotion entretiennent bien un certain rapport qui n'est pas dénué d'ambiguïté. En effet, le droit de la preuve ne nie pas l'existence de l'émotion, mais il cherche à inhiber l'émotion du juge pour permettre aux parties d'entrevoir un renouvellement de la leur par la solution du litige (I). Cette ambiguïté s'explique par la prétendue incompatibilité de l'émotion avec la finalité de la preuve. L'émotion serait un obstacle à la découverte de la vérité. En réalité, il se pourrait bien que l'émotion soit, au contraire, un moyen d'y parvenir (II).

## I.- L'ambiguïté du rapport entre le droit de la preuve et l'émotion

Il semble que le droit de la preuve reconnaisse l'émotion mais qu'il entretienne une relation paradoxale avec celle-ci. En effet, les principes et règles du droit de la preuve tentent d'exclure ou d'inhiber les émotions du juge (A) tandis qu'ils contribuent à

<sup>3</sup> E. VERGÈS, G. VIAL et O. LECLERC, *Droit de la preuve*, Paris, PUF, 2015, n° 1.

<sup>4</sup> Académie française, *Dictionnaire de l'Académie française*, 9<sup>e</sup> éd., [en ligne]. [Consulté le 12 mars 2021] Disponible sur Internet : <<http://www.dictionnaire-academie.fr>>.

<sup>5</sup> E. JEULAND, « Le juge et l'émotion », document de travail, HAL [en ligne], 2020. [Consulté le 12 mars 2021] Disponible sur Internet : <<https://hal.archives-ouvertes.fr/hal-01790855v5/document>>, p. 3-4.

favoriser le renouvellement de l'émotion des justiciables et, spécialement, des parties (B).

### A.- L'inhibition de l'émotion du juge

Le juge n'est pas cet automate que souhaitait Montesquieu<sup>6</sup>. Comme tout être humain, chaque magistrat est traversé par un certain nombre d'émotions<sup>7</sup> que le droit cherche, semble-t-il, à écarter. Cela se manifeste à travers certains principes et règles du droit de la preuve. Ainsi, le système des preuves légales qui existe encore en France ne laisse aucune place au juge quant à l'appréciation de la preuve. Il en est ainsi en matière civile concernant l'établissement des actes juridiques d'une valeur supérieure à 1 500 euros<sup>8</sup> ou encore de la preuve par serment décisive<sup>9</sup>. En matière pénale, la preuve des contraventions suit également la même logique, lorsque, par exemple, le procès-verbal vaut jusqu'à inscription de faux<sup>10</sup>. Il en est également ainsi en cas de présomption légale. L'article 122-6 du Code pénal prévoit, par exemple, une présomption de légitime défense à l'encontre de celui qui accomplit un acte « pour repousser, de nuit, l'entrée par effraction, violence ou ruse dans un lieu habité »<sup>11</sup>. Il se peut donc que le juge soit restreint dans la faculté d'exprimer ses émotions et, *in fine*, ses convictions sur la preuve. Cependant, le droit contemporain n'est pas exclusivement fondé sur le système des preuves légales. Ce dernier est même plutôt en recul dans notre droit positif qui tend davantage à reposer sur celui de la libre appréciation des preuves par le juge.

Néanmoins, bien qu'elle soit fondée sur l'intime conviction du juge, ce qui laisse une place aux émotions<sup>12</sup>, la libre appréciation des preuves n'en favorise pas davantage l'expression car les principes du droit de la preuve contribuent, là encore, à les éloigner du magistrat. Il en est ainsi de l'exigence de motivation des décisions de justice qui « impose au juge d'exposer la rationalité de sa démarche intellectuelle »<sup>13</sup> qui sera soumise au contrôle des juridictions supérieures. De même, le principe du contradictoire semble jouer un rôle comparable en ce qu'il impose au juge de ne pas se laisser

<sup>6</sup> MONTESQUIEU, *De l'Esprit des lois*, t. 1, Paris, Gallimard, 1995.

<sup>7</sup> Sur le sujet, v. not. K. HOFFMANN-HOLLAND, « “Un juge ne pleure pas” – Réflexion sur les émotions et l'impartialité dans les procédures judiciaires » ; S. ROACH ANLEU et K. MACK, « Le quotidien des magistrats et le travail émotionnel » ; O. BARRAL, « L'émotion du juge » et J. DANET, « L'avocat, le juge et l'émotion », in « Les émotions dans le prétoire », *Cah. just.*, 2014/1, n° 1.

<sup>8</sup> C. civ., art. 1359.

<sup>9</sup> C. civ., art. 1385 et s.

<sup>10</sup> C. civ., art. 336 C. douanes ; E. VERGÈS, G. VIAL et O. LECLERC, *Droit de la preuve*, *op. cit.*, n° 399 et s.

<sup>11</sup> C. pén., art. 122-6.

<sup>12</sup> *Contra* : E. VERGÈS, G. VIAL et O. LECLERC, *Droit de la preuve*, *op. cit.*, n° 426.

<sup>13</sup> *Ibid.*, n° 432 6° ; dans le même sens : J. VAN MEERBEECK, « Quelques réflexions sur le rôle de l'intuition et des émotions dans la fonction de juger », in *Le droit malgré tout : hommage à François Ost* [en ligne] Bruxelles, Presses de l'Université Saint-Louis, 2018, spéc. n° 45. [Consulté le 12 mars 2021] Disponible sur Internet : <<https://books.openedition.org/pusl/23709>>.

immédiatement convaincre par le premier argument qui lui est soumis, notamment en raison de l'émotion que le discours peut lui procurer<sup>14</sup>.

Le juge est donc spécialement invité à se défaire de ses émotions pour éviter l'arbitraire et la partialité de la décision, encore qu'émotion et arbitraire ne soient pas forcément synonymes<sup>15</sup>. Or, il nous semble que la mise à l'écart de l'émotion du juge tende à favoriser la prise en compte de celle des parties, et ce, dans la perspective de la transformer.

### B.- Le renouvellement de l'émotion des parties

En ce qu'il demande, voire impose, au juge de se débarrasser de ses émotions, le droit contemporain de la preuve devrait contribuer à satisfaire les émotions des parties en permettant de les juguler.

L'émotion est très souvent vive chez les parties, notamment dans le contentieux familial et en matière pénale. Le droit cherche justement à canaliser ces émotions par l'intermédiaire du procès et l'intervention du tiers qu'est le juge. En séparant les parties, le juge les met à distance de l'émotion qui peut être au cœur de leur conflit. Cependant, pour qu'il en soit ainsi, il semble que le procès doive respecter certains principes comme le contradictoire et l'égalité des armes dans la mesure où ils contribuent à favoriser un sentiment de justice<sup>16</sup>. En conséquence, lorsque ces principes sont respectés, le procès peut permettre aux parties de sortir de la situation conflictuelle par laquelle elles sont liées. L'émotion qui se trouve alors au cœur du conflit qui les unit est modifiée, transformée. De la colère ou de la haine, les parties peuvent parfois revenir à une situation apaisée par le pardon ou, plus simplement, l'indifférence. L'intérêt tient à ce que le droit contemporain de la preuve favorise paradoxalement la transformation des émotions des parties par l'inhibition de l'émotion du juge.

On retrouve ainsi la même logique qui entoure celle de l'ordalie. Cette dernière reposait sur le principe du consensualisme et sur le dialogue, ce qui lui conférait une rationalité certaine<sup>17</sup>. Il semble que les principes de droit processuel véhiculent la même idée. En cherchant la « satisfaction émotionnelle des parties », l'ordalie peut être perçue comme une « trace ancienne de la justice restaurative »<sup>18</sup>. Il semble que les principes contemporains tendent vers la même fin, celle de l'apaisement du conflit, ce qui peut être la marque d'une manifestation de l'émotion en droit. De même, le développement

<sup>14</sup> J. VAN MEERBEECK, « Quelques réflexions sur le rôle de l'intuition et des émotions dans la fonction de juger », *loc. cit.*, n° 42 ; E. JEULAND, « Le juge et l'émotion », *loc. cit.*, conclusion.

<sup>15</sup> J. VAN MEERBEECK, « Quelques réflexions sur le rôle de l'intuition et des émotions dans la fonction de juger », *loc. cit.*, n° 46.

<sup>16</sup> *Ibid.*, n° 41-42.

<sup>17</sup> V. *supra*, L. VIAUT, « Les ordalies à l'aune des émotions ». Je tiens à remercier Laura Viaut d'avoir accepté de me communiquer son article avant sa publication.

<sup>18</sup> *Ibid.*, p. 11.

de la justice restaurative dans notre droit témoigne de cette prise en compte de l'émotion.

En définitive, le droit de la preuve paraît ainsi partagé entre sa reconnaissance de l'émotion et son refus de l'accepter. Une certaine duplicité entoure donc le rapport du droit de la preuve à l'émotion. Si l'on nous permettait de paraphraser l'une des plus célèbres citations de Molière, nous dirions « Couvrez cette émotion que je ne saurais voir »<sup>19</sup>. Et pour cause, l'émotion serait incompatible avec la finalité de la preuve, d'où sa mise à l'écart par le droit. En réalité, comme nous le verrons, cette incompatibilité n'est qu'apparente.

## II.- L'incompatibilité prétendue de l'émotion avec la finalité de la preuve

La mise à l'écart de l'émotion par le droit de la preuve paraît trouver sa cause dans son incapacité à permettre d'atteindre la vérité en raison de son caractère présumé irrationnel (A). Cependant, à rebours de cette conception, l'émotion peut être un moyen d'atteindre la vérité (B).

### A.- La vérité comme obstacle à l'émotion

On s'accorde généralement à considérer que la finalité principale du droit de la preuve est la recherche de la vérité<sup>20</sup>. Cette dernière paraît effectivement bien être l'un des points communs des différentes procédures de notre droit. Cependant, le juriste sait également que la vérité est inatteignable, qu'il peut seulement s'en rapprocher sans jamais la toucher. C'est pourquoi, d'ailleurs, il parle de vérité « judiciaire », adjectif qui, comme cela a déjà pu être écrit, « n'a pas pour effet de qualifier la vérité mais a plutôt tendance à la faire disparaître »<sup>21</sup>. Nonobstant, c'est bien parce que le droit de la preuve a conscience de la difficulté d'approcher la vérité qu'il repose sur différents moyens pour espérer y parvenir. Par ailleurs, le droit de la preuve poursuit également une fonction de légitimation de la décision judiciaire et, *in fine*, de son autorité<sup>22</sup>. Domat disait qu'« on appelle preuve ce qui persuade l'esprit d'une vérité »<sup>23</sup> et Lévy-Bruhl ajoutait « Prouver,

<sup>19</sup> MOLIÈRE, *Le Tartuffe*, Paris, Gallimard, 2012.

<sup>20</sup> M. MEKKI, « Preuve et vérité en France », in *La preuve*, Journées internationales de l'association Henri Capitant, Bruxelles, Bruylant, 2015 ; *Contra* : X. LAGARDE, *Réflexion critique sur le droit de la preuve*, préf. J. GHESTIN, Paris, LGDJ, 1994 ; v. égal. du même auteur : « Vérité et légitimité dans le droit de la preuve », *Droits*, 1993, n° 23, p. 31 et s. ; v. égal., Ph. THÉRY, « Les finalités du droit de la preuve en droit privé », *Droits*, 1993, n° 23, p. 46 et s.

<sup>21</sup> A. FABBRI et C. GUÉRY, « La vérité dans le procès pénal ou l'air du catalogue », *RSC*, 2009, p. 343 et s.

<sup>22</sup> X. LAGARDE, « Vérité et légitimité dans le droit de la preuve », *loc. cit.*, p. 35 et s. ; v. égal., Ph. THÉRY, « Les finalités du droit de la preuve en droit privé », *loc. cit.*, *spéc.*, p. 48.

<sup>23</sup> J. DOMAT, *Les lois civiles dans leur ordre naturel*, t. 6, 1<sup>re</sup> partie, livre 3, in *Œuvres complètes*, t. 2, Paris, Firmin-Didot père et fils, 1828-1830, p. 137.

c'est faire approuver »<sup>24</sup>. Cette fonction de la preuve n'est pas antinomique à celle de la vérité mais semble, au contraire, la compléter<sup>25</sup>. C'est d'ailleurs pour cette raison que la preuve judiciaire repose notamment sur la science. En effet, la vérité scientifique constitue justement « cet instrument de légitimation [pratique] de la décision judiciaire » comme l'a montré madame Deharo<sup>26</sup>. La science permet de conférer un caractère rationnel à la preuve et donc à la décision judiciaire. C'est cette rationalité de la preuve scientifique, perçue comme le seul moyen d'atteindre la vérité, qui explique probablement l'exclusion de l'émotion.

En effet, selon une conception classique héritée de Descartes, l'émotion est irrationnelle, contrairement à la science. Elle n'aurait donc pas sa place dans un domaine comme celui de la preuve. Émotion n'est pas raison comme le dit l'adage. C'est pour cela que certains modes de preuve comme l'ordalie ont été abandonnés par notre droit en ce qu'ils reposaient davantage sur l'émotion et les croyances ancestrales que sur la raison<sup>27</sup>. Cependant, il n'est pas sûr que le caractère absolu de la vérité scientifique ne soit pas exagéré<sup>28</sup>. En effet, la vérité scientifique est aussi relative et dépend « du cadre dans lequel elle est évaluée, cadre qui, lui-même, dépend des croyances et des présupposés d'un lieu et d'un temps »<sup>29</sup>. Autrement dit, la vérité scientifique dépend de nos croyances actuelles. Il est, dès lors, possible de se demander si, en définitive, l'expertise scientifique n'est pas la nouvelle ordalie de notre temps. Compte tenu de l'importance que notre société accorde à la science et à son caractère prétendument absolu, on ne saurait nier une certaine ressemblance avec l'ordalie d'autrefois, à ceci près que la vérité n'est plus donnée par Dieu, mais par le scientifique<sup>30</sup>. Or, la rationalité de la science n'est pas un gage de vérité absolue. Ainsi, la prétendue irrationnalité de l'émotion comme obstacle à la découverte de la vérité semble être un faux argument pour rejeter l'émotion du prétoire.

<sup>24</sup> H. LÉVY-BRUHL, *La preuve judiciaire : étude de sociologie juridique*, Paris, Marcel Rivière et Cie, 1964, p. 22 ; v. égal., E. CHEVREAU, F. AUDREN et R. VERDIER, *Henri Lévy-Bruhl : juriste-sociologue*, Paris, Mare & Martin, 2018, coll. « Grands personnages ».

<sup>25</sup> M. MEKKI, « Preuve et vérité en France », *loc. cit.*, n° 27.

<sup>26</sup> G. DALBIGNAT-DEHARO, *Vérité scientifique et vérité judiciaire en droit privé*, préf. L. CADIET, Paris, LGDJ, 2004, spéc. titre 1<sup>er</sup> de la 1<sup>re</sup> partie, p. 45 et s.

<sup>27</sup> V. cep. l'analyse de L. VIAUT, « Les ordalies à l'aune des émotions », *loc. cit.*

<sup>28</sup> A. BARRAU, *De la vérité dans les sciences*, 2<sup>e</sup> éd., Malakoff, Dunod, 2019, spéc. l'épilogue : « [La science] est cohérente et convaincante, elle est belle et rationnelle, mais n'entretient pas nécessairement de lien privilégié avec la vérité ou avec l'en-soi du réel » ; v. égal., M. MEKKI, « Preuve et vérité en France », *loc. cit.*, n° 13 où l'auteur s'appuie sur Allais et Popper pour contester le caractère absolu de la vérité scientifique.

<sup>29</sup> A. BARRAU, *De la vérité dans les sciences*, *op. cit.*, chap. 2, p. 11.

<sup>30</sup> V. la réflexion du professeur Francesco CAPRIOLI pour qui un « procès décidé par un avis d'expert, indéchiffrable et insensible de la part d'un juge est un procès qui ressemble dangereusement aux anciens rites ordaliques », trad. libre, cité par A. FARANO, « L'évaluation de la preuve scientifique », *Droit et Philosophie*, n° 11, *Preuve, droit de la preuve et démocratie* [en ligne], 2019, note 14. [Consulté le 12 mars 2021] Disponible sur Internet : <<http://www.droitphilosophie.com/article/lecture/l-evaluation-de-la-preuve-scientifique-260>>.

En définitive, l'irrationnalité de l'émotion est largement exagérée et il apparaît, au contraire de l'opinion classique, que l'émotion peut être un moyen d'atteindre la vérité.

### B.- L'émotion comme moyen d'atteindre la vérité

La conception classique de la distinction de l'émotion et de la raison paraît aujourd'hui dépassée. En effet, il a été récemment démontré que l'émotion et la raison sont liées<sup>31</sup> au point qu'il est désormais possible de parler d'« émotion rationnelle »<sup>32</sup>. Mieux encore, il a été prouvé que l'émotion, lorsqu'elle est conjuguée à la raison, permet de prendre de meilleures décisions<sup>33</sup>. En conséquence, cela permet de soutenir que l'émotion est un moyen d'atteindre la vérité. Il faut donc admettre que l'émotion n'est pas inutile à la preuve et à la solution d'un litige. Le juge et les parties devraient pouvoir utiliser leurs émotions pour la résolution du litige. Cependant, cela n'est-il pas déjà le cas en pratique ? Nous croyons, en effet, que le juge s'appuie parfois sur ses émotions pour exercer son office. L'orientation d'une procédure, le choix d'une mesure d'instruction plutôt qu'une autre et même le jugement au fond sont probablement en partie déterminés par l'émotion du juge. On ne peut s'empêcher de penser que « le bon juge Magnaud » incarne parfaitement l'exemple de la prise en compte par le juge de ses émotions dans l'acte de juger<sup>34</sup>. De même, les parties laissent-elles libre cours à leurs émotions dans l'exercice de leur action. Par exemple, la décision de transiger ne nous semble pas seulement reposer exclusivement sur la raison et un éventuel bilan coûts-avantages. Nous pensons que certaines émotions participent de cette prise de décision.

L'émotion peut donc contribuer à la détermination de la vérité et il ne faut pas douter de l'existence de celle-ci au sein du procès. Cependant, quelle place lui reconnaître en droit français ? Aux États-Unis, le courant *Law and Emotion* est devenu normatif et incite désormais le juge à utiliser ses émotions<sup>35</sup>.

Il n'est peut-être pas utile d'en arriver à cette solution dans notre droit. En effet, conférer une normativité à l'émotion risquerait de contrevenir aux engagements internationaux de la France comme la Convention européenne des droits de l'homme. Celle-ci garantit à tout justiciable le droit à un procès équitable, ce qui passe par le respect de certaines exigences comme l'impartialité, le contradictoire ou encore l'égalité des armes<sup>36</sup>. Or, reconnaître une normativité à l'émotion pourrait faire naître, chez le justiciable, un soupçon quant au respect de ces principes et mener à de nouveaux

<sup>31</sup> E. JEULAND, « Le juge et l'émotion », *loc. cit.*, p. 4 ; v. égal., du même auteur, *La justice des émotions*, Paris, IRJS Éditions, 2020, coll. « Les Humanités du droit ».

<sup>32</sup> E. JEULAND, « Le juge et l'émotion », *loc. cit.*, p. 12.

<sup>33</sup> Pour des développements, v. A. DAMASIO, *L'erreur de Descartes*, Paris, Odile Jacob, 2010 ; v. égal. E. JEULAND, « Le juge et l'émotion », *loc. cit.*, p. 5.

<sup>34</sup> M.-A. FRISON-ROCHE, « Le modèle du Bon Juge Magnaud », in *De Code en Code : mélanges en l'honneur du doyen Georges Wiederkehr*, Paris, Dalloz, 2009, p. 335 et s.

<sup>35</sup> E. JEULAND, « Le juge et l'émotion », *loc. cit.*, p. 6.

<sup>36</sup> Conv. EDH, art. 6.

problèmes juridiques. Ce sont ces écueils qu'il faut éviter en refusant un caractère normatif à l'émotion. Dès lors que l'existence de l'émotion est implicitement reconnue par le droit, il n'est donc pas nécessaire d'en prescrire l'utilisation.

Le juge doit trancher le litige en application des principes qui gouvernent le procès. Cependant, le droit offre un certain espace qui lui permet d'utiliser ses émotions pour déterminer l'issue du litige, sans pour autant dénaturer la décision. Ainsi, en matière pénale, le principe d'individualisation de la peine<sup>37</sup> permet cette prise en compte de l'émotion dans le choix d'une sanction pénale adaptée à la situation du délinquant. De même, en matière civile, l'indemnisation du préjudice<sup>38</sup> ou encore l'attribution de l'exercice de l'autorité parentale à l'un des parents<sup>39</sup> peuvent être en partie déterminées par l'émotion d'une situation.

En définitive, ces réflexions permettent éventuellement de comprendre un peu mieux l'ambiguïté du rapport entre l'émotion et le droit de la preuve. Il n'est pas question d'interdire toute émotion aux acteurs dans la conduite du procès mais de les canaliser, et ce, dans le but de mieux les appréhender et donc de leur faire produire des effets de droit.

---

<sup>37</sup> C. pén., art. 132-1, al. 2.

<sup>38</sup> C. civ., art. 1240.

<sup>39</sup> C. civ., art. 373-2-1.



## Propriété intellectuelle et émotion

**Tristan AZZI**

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

1. La propriété intellectuelle se compose, on le sait, de deux branches : d'une part, la propriété littéraire et artistique, qui correspond au droit d'auteur, à ses droits voisins et au droit *sui generis* des producteurs de bases de données ; d'autre part, la propriété industrielle, qui regroupe notamment le droit des brevets, le droit des marques et le droit des dessins et modèles. Nous allons axer l'essentiel de nos analyses sur la première branche, en insistant surtout sur le droit d'auteur. En d'autres termes, notre sujet sera plus « Propriété littéraire et artistique et émotion » et même « Droit d'auteur et émotion » que « Propriété intellectuelle et émotion ». La mise à l'écart de la propriété industrielle impose toutefois quelques explications en introduction.

2. Pour ce qui est du droit des brevets, il arrive certes que la personne qui réussit à mettre au point une invention ressente une véritable émotion au moment de parvenir à un tel résultat. Tout le monde connaît la légende prêtant à Archimède le fait d'avoir crié le mot « *Eurêka !* » (« J'ai trouvé ! ») en courant nu dans les rues de Syracuse après avoir eu l'intuition, en prenant un bain, du principe qui sera plus tard qualifié de « poussée d'Archimède »<sup>1</sup>. Certes encore, la personne qui constate le progrès – parfois vital – constitué par une invention peut, elle aussi, être gagnée par l'émotion. On pense en particulier au malade qui guérit grâce à un médicament ou à un vaccin brevetés. Cependant, ces différentes émotions sont plus liées à l'invention elle-même qu'au droit portant sur l'invention, c'est-à-dire le droit de brevet.

3. L'émotion ne joue pas vraiment plus en droit des marques. Il est vrai que les « marques » et plus particulièrement les « grandes marques », comme on les appelle parfois, cherchent souvent à jouer sur les émotions du public pour séduire et attirer à elles la clientèle. L'émotion est alors un élément central de leur stratégie de communication et, partant, de leur *marketing*. Mais, en réalité, le rapport avec le droit des marques est assez lointain. Quand on parle de « marques » ici, le terme est utilisé dans un sens large et non juridique, car il vise en réalité les entreprises qui détiennent des marques plus que les marques au sens strict c'est-à-dire les signes distinctifs – verbaux, figuratifs ou sonores – déposés par lesdites entreprises. Il est certes aussi possible que de tels signes suscitent, en tant que tels, une forme d'émotion auprès du public. On peut par exemple trouver très beau tel ou tel logo ou telle ou telle

---

<sup>1</sup> Si l'exemple est parlant, il concerne en réalité une théorie scientifique et non une véritable invention. Or les théories scientifiques sont exclues de la brevetabilité (art. L. 611-10, 2<sup>o</sup>, a, C. propr. intell.).

présentation graphique d'une marque verbale, ce qui pourra éventuellement conduire à un acte de consommation des produits ou des services marqués. À l'inverse, la laideur ou le ridicule d'un signe distinctif mal placé sur un objet ou sur un vêtement pourra, dans certains cas, conduire le consommateur à se tourner vers d'autres produits. Plus généralement, comme l'enseignait le célèbre graphiste et *designer* Raymond Loewy, « *la laideur se vend mal* »<sup>2</sup>. Toutefois, ces émotions, générées par un phénomène d'adhésion ou de rejet esthétique, viennent précisément du signe lui-même et non du signe envisagé en tant qu'objet du droit de marque. À la rigueur, cela peut provenir du signe considéré davantage comme une œuvre de l'esprit, ce qui nous ramène alors au droit d'auteur. Enfin, le point de vue du consommateur, personnage de référence en droit des marques, sert, entre autres, à savoir si un signe présente un caractère distinctif autonome, autrement dit s'il est effectivement perçu comme une marque – condition de validité du titre de propriété industrielle<sup>3</sup> –, ou s'il existe un risque de confusion – condition jouant lors de l'appréciation de certaines formes de contrefaçon<sup>4</sup>. Cependant, ces règles concernent bien plus le registre de la perception que celui de l'émotion, ce qui est très différent.

4. Des observations du même ordre s'imposent au sujet des dessins et modèles, lesquels protègent l'apparence des créations utilitaires. Certes, l'affirmation de Raymond Loewy s'applique aussi en la matière. Toutefois, si des objets aussi variés qu'un vêtement dessiné par un créateur de mode, un meuble conçu par un *designer*, la carrosserie d'une voiture ou le simple motif d'un tissu ou d'un papier peint peuvent susciter une émotion auprès du public en raison de leur dimension esthétique, c'est à première vue plus parce qu'il s'agit d'œuvres à part entière, lesquelles sont susceptibles d'être soumises au droit d'auteur, qu'en raison de leur protection en tant que dessins et modèles, étant rappelé que les deux droits de propriété intellectuelle peuvent se cumuler<sup>5</sup>. Ajoutons que, tout comme en droit des marques, il existe un personnage de référence fictif, l'« *observateur averti* », dont le regard est pris en considération lors de l'appréciation de la validité et de la contrefaçon des dessins et modèles. Ainsi, un dessin ou modèle doit, pour être protégé, avoir un « *caractère propre* », en ce sens qu'il est nécessaire que « *l'impression visuelle d'ensemble qu'il suscite chez l'observateur averti diffère de celle produite par tout dessin ou modèle divulgué avant la date de dépôt de la demande d'enregistrement ou avant la date de priorité revendiquée* »<sup>6</sup>. En outre, « *la protection conférée par l'enregistrement d'un dessin ou modèle s'étend à tout dessin ou modèle qui ne produit pas sur l'observateur averti une impression visuelle d'ensemble*

<sup>2</sup> R. LOEWY, *La laideur se vend mal*, trad. de l'anglais (États-Unis) par M. CENDRARS, Paris, Gallimard, 1990, coll. « Tel », n° 165 (1<sup>re</sup> éd. 1952).

<sup>3</sup> Art. L. 711-2, 2°, C. propr. intell.

<sup>4</sup> Art. L. 713-1, 2°, C. propr. intell.

<sup>5</sup> V. not. l'art. L. 513-2 C. propr. intell.

<sup>6</sup> Art. L. 511-4, al. 1<sup>er</sup>, C. propr. intell.

*différente* »<sup>7</sup>. Cependant, l'« *impression* » mentionnée dans ces dispositions ressortit, une fois de plus, davantage au domaine de la perception qu'à celui de l'émotion.

5. Tout en nous concentrant donc à partir de maintenant sur la propriété littéraire et artistique et, au sein de celle-ci, surtout sur le droit d'auteur, nous réduirons encore le périmètre de notre étude en écartant deux séries de questions.

6. En premier lieu, le rôle de l'émotion dans la création des normes ne sera pas spécialement analysé, car cette thématique n'est pas propre au droit de la propriété littéraire et artistique. De fait, de nombreuses évolutions du droit, toutes matières confondues, sont dues à l'émotion que certains évènements peuvent déclencher auprès de tout ou partie de la population, du législateur ou des juges. Il en existe de multiples illustrations en droit de la propriété littéraire et artistique comme ailleurs. Par exemple, la naissance du droit de suite en 1920, qui permet à l'auteur d'une œuvre d'art puis à ses héritiers, durant les soixante-dix ans qui suivent son décès, de percevoir un pourcentage sur le prix d'aliénation de l'œuvre, en particulier lorsque celle-ci est vendue aux enchères<sup>8</sup>, trouve notamment son origine dans l'émotion qu'avait suscitée l'adjudication pour un montant très élevé de *L'Angélu*s de MILLET alors que ce dernier l'avait cédé à très bas prix de son vivant et que, au moment de la vente aux enchères, ses héritiers étaient dans un grand dénuement<sup>9</sup>. Plus près de nous, l'adoption en 2019 de la directive dite « DAMUN » est liée à l'émotion que suscite depuis plusieurs années l'absence de « partage de la valeur » (« *value gap* ») par les grandes plateformes de l'Internet, lesquelles diffusent massivement des œuvres sans rémunérer de manière satisfaisante les auteurs, alors qu'elles perçoivent des revenus – publicitaires ou autres – singulièrement conséquents<sup>10</sup>.

7. En second lieu, seules les questions afférentes à l'existence du droit d'auteur seront examinées, à l'exclusion de celles se rapportant à son exercice. Certes, on pourrait être tenté de soutenir que c'est l'émotion qui conduit l'auteur à agir en contrefaçon lorsque ses droits sont violés, mais, une fois de plus, ce constat n'est pas propre à la matière : quelle que soit la branche du droit concernée, la volonté de déclencher un procès dépend toujours, pour partie, des émotions ressenties par le demandeur, qui décide alors de s'en remettre à la justice. D'aucuns pourraient toutefois avancer que l'émotion est plus présente qu'ailleurs lorsqu'un artiste se plaint d'une atteinte à ses droits moraux, et spécialement à l'intégrité de son œuvre (altération, modification,

<sup>7</sup> Art. L. 513-5 C. propr. intell.

<sup>8</sup> Loi du 20 mai 1920. V. aujourd'hui l'art. L. 122-8 C. propr. intell.

<sup>9</sup> Un dessin de Jean-Louis FORAIN est resté célèbre à cet égard. On y voit deux enfants en haillons montrer du doigt un tableau en salle des ventes en s'exclamant « Un tableau de papa ! ». On trouvera une autre manifestation de l'émotion suscitée par la spéculation dont *L'Angélu*s a été l'objet dans un article très critique de Paul GAUGUIN intitulé « Qui trompe-t-on ici ? », publié en 1889 dans la revue *Le Moderniste illustré*.

<sup>10</sup> Directive (UE) 2019/790 du Parlement européen et du Conseil du 17 avril 2019 sur le droit d'auteur et les droits voisins dans le marché unique numérique et modifiant les directives 96/9/CE et 2001/29/CE.

dénaturation, décontextualisation, etc.), car, en réalité, une telle atteinte revient à s'attaquer à la personnalité même de l'artiste, telle qu'elle s'exprime dans l'œuvre. La question est cependant liée en un sens à celle de l'originalité, envisagée comme l'empreinte de la personnalité de l'auteur. Or nous verrons que l'émotion ne joue pas réellement de rôle en la matière<sup>11</sup>.

8. Le champ de l'étude étant circonscrit, il convient de définir plus précisément ce que l'on entend par émotion.

La définition du dictionnaire *Larousse* est la suivante : « [1] *Trouble subit, agitation passagère causés par un sentiment vif de peur, de surprise, de joie, etc. Parler avec émotion de quelqu'un.* [2] *Réaction affective transitoire d'assez grande intensité, habituellement provoquée par une stimulation venue de l'environnement.* »

Le *Petit Robert* formule quant à lui trois propositions : « [1] *État affectif intense, caractérisé par des troubles divers (pâleur, accélération du pouls, etc.).* [2] *État affectif, plaisir ou douleur, nettement prononcé.* [3] *Sensibilité. Interpréter une œuvre avec émotion.* » (souligné par nous). Si les deux premières propositions rejoignent celle du *Larousse*, la troisième nous met davantage sur la piste des possibles liens existant entre droit d'auteur et émotion. La notion d'œuvre est, en effet, mentionnée comme exemple. Il ne s'agit toutefois pas de la création de l'œuvre, objet du droit d'auteur, mais de son interprétation, elle aussi objet d'un droit de propriété littéraire et artistique, le droit voisin de l'artiste-interprète (acteur, musicien, chanteur, danseur, etc.)<sup>12</sup>.

9. La définition du *Petit Robert* conforte la première impression que pourraient avoir les non-spécialistes : s'il est une discipline juridique dans laquelle l'émotion semble avoir un rôle à jouer, c'est bien, en apparence, le droit de la propriété littéraire et artistique. De fait, les œuvres de l'esprit paraissent littéralement pétries d'émotions. N'a-t-on pas tendance à considérer que les auteurs cherchent généralement à transmettre leurs émotions au travers de leurs œuvres, qu'il s'agisse de livres, de films, de morceaux de musique, de tableaux, de sculptures ou autres ? Ne dit-on pas également, en écho à l'exemple donné par le *Petit Robert*, qu'un bon interprète est un acteur, un chanteur ou un musicien qui exécute l'œuvre avec émotion ? Ne constate-t-on pas, enfin, qu'une œuvre peut procurer toutes sortes d'émotions au public ? La palette de celles-ci est très vaste : sentiment de satisfaction ou de bien-être, frissons liés à la beauté – les fameux « poils qui se dressent » à l'écoute d'un morceau de musique par exemple –, frissons liés à la peur, pleurs, rires, gêne ou dégoût, malaise intellectuel, trouble physique même. Tout le monde connaît à cet égard le syndrome de Stendhal. En 1817, l'écrivain visite la Basilique Santa Croce à Florence. Assis sur un prie-Dieu, il renverse la tête en arrière pour contempler les fresques de la coupole de la chapelle. Leur beauté génère chez lui un véritable malaise qu'il décrit ainsi : « *J'étais déjà dans une sorte d'extase, par l'idée d'être à Florence, et le voisinage des grands hommes dont je venais de voir les tombeaux.*

<sup>11</sup> *Infra*, n° 20.

<sup>12</sup> Art. L. 212-1 et s. C. propr. intell.

*Absorbé dans la contemplation de la beauté sublime, je la voyais de près, je la touchais pour ainsi dire. J'étais arrivé à ce point d'émotion où se rencontrent les sensations célestes données par les beaux-arts et les sentiments passionnés. En sortant de Santa Croce, j'avais un battement de cœur, ce qu'on appelle des nerfs, à Berlin ; la vie était épuisée chez moi, je marchais avec la crainte de tomber »<sup>13</sup> (souligné par nous). Sorti du bâtiment, il décide de lire un poème, une autre œuvre donc : « *Je me suis assis sur l'un des bancs de la place Santa Croce ; j'ai relu avec délices ces vers de Foscolo, que j'avais dans mon portefeuille ; je n'en voyais point les défauts ; j'avais besoin de la voix d'un ami partageant mon émotion* » (souligné par nous là encore). Les œuvres de l'esprit sont donc, à n'en pas douter, d'importants vecteurs d'émotions. Ces émotions sont susceptibles de passer de l'auteur à l'œuvre, puis, le cas échéant, de l'œuvre vers l'interprète, pour enfin gagner le public<sup>14</sup>.*

**10.** Si les liens entre œuvres de l'esprit et émotions sont forts, cela ne signifie pas nécessairement que le droit se rapportant à ces œuvres, autrement dit le droit d'auteur, en tient compte. L'examen des conditions d'existence du monopole intellectuel révèle en réalité une certaine indifférence de la propriété littéraire et artistique à l'égard des émotions. Ainsi, il n'est pas nécessaire qu'une œuvre de l'esprit traduise les émotions de l'auteur ni qu'elle produise des émotions dans le public pour qu'elle soit éligible à la protection par le droit d'auteur. On s'intéressera ainsi aux émotions que l'œuvre est à même de refléter (I), puis à celles qu'elle est de nature à susciter (II).

### I.- Les émotions que l'œuvre peut refléter

**11.** Nous partirons de deux éléments indispensables à l'existence du droit d'auteur : s'agissant en premier lieu du sujet de la protection, l'auteur, on se demandera s'il transmet toujours des émotions dans ses œuvres et s'il est le seul à avoir cette capacité (A) ; en ce qui concerne en second lieu l'objet de la protection, l'œuvre, la question se pose de savoir si elle recueille nécessairement les émotions du premier (B).

#### A.- Du côté du sujet protégé : auteur et émotions

**12.** Le droit d'auteur ne saurait porter que sur un objet immatériel créé par un auteur, lequel ne peut être qu'une personne physique ayant conscience du résultat de son activité créative<sup>15</sup>. Quelle est la place des émotions dans ces exigences et plus particulièrement dans celle tenant à la conscience ? La réponse est loin d'être évidente.

<sup>13</sup> M. DE STENDHAL, *Rome, Naples et Florence*, t. 2, 3<sup>e</sup> éd., Paris, Delaunay, 1826, p. 102.

<sup>14</sup> Parfois, l'émotion existe bien, mais elle change de nature en cours de transmission : par exemple, l'auteur aura voulu faire peur, mais son œuvre s'avèrera tellement maladroite qu'il ne recueillera que des rires de la part du public...

<sup>15</sup> A. LUCAS, A. LUCAS-SCHLOETTER et C. BERNAULT, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, 5<sup>e</sup> éd., Paris LexisNexis, 2017, n° 47 et s. ; C. CARON, *Droit d'auteur et droits voisins*, 6<sup>e</sup> éd., Paris, LexisNexis, 2020, n° 45 et s. ; M. VIVANT et J.-M. BRUGUIÈRE, *Droit d'auteur et droits voisins*, 4<sup>e</sup> éd., Paris, Dalloz, 2019, n° 109 et s. ; F. POLLAUD-DULIAN, *Le droit d'auteur*, 2<sup>e</sup> éd., Paris, Economica, 2014, n° 123 et s.

13. Une personne morale peut parfaitement être titulaire du droit d'auteur, soit à titre originaire, dans le schéma un peu particulier de l'œuvre collective<sup>16</sup>, soit à titre dérivé, dans l'hypothèse d'une cession<sup>17</sup>. En revanche, elle ne pourra jamais être qualifiée d'auteur<sup>18</sup>. Pour ne prendre qu'un exemple, une société a bien une existence juridique autonome, mais elle ne peut pas créer une œuvre de l'esprit. L'auteur ne peut donc être qu'une personne physique. Or, contrairement à une personne physique, une personne morale n'a pas d'émotions. Ces éléments pourraient laisser penser que l'aptitude à véhiculer des émotions permet de distinguer les auteurs des non-auteurs.

14. De même, un simple objet ou un simple outil, si sophistiqué soit-il, ne peut pas être considéré comme un auteur. Cela va de soi, entre autres, pour une feuille de papier, une toile, un crayon, un stylo, un pinceau, un instrument de musique, un appareil photo ou une caméra. Cela va aussi de soi, du moins aujourd'hui, pour un ordinateur, lequel peut servir à l'écriture littéraire, à la composition musicale, à la réalisation d'un film, etc. Certes, la machine simplifie considérablement le travail de création par sa puissance de calcul, son degré de précision et sa facilité d'utilisation, mais l'homme derrière la machine demeure seul auteur et, en principe, titulaire initial du droit d'auteur. Or l'émotion est bien présente chez l'homme, pas dans la machine. Là encore, le critère peut donc paraître pertinent.

15. Le raisonnement atteint toutefois ses limites dans le cas de l'intelligence artificielle. Certaines intelligences artificielles, une fois qu'elles ont moissonné suffisamment de données pour atteindre une réelle autonomie, sont à même de créer seules des œuvres, sans le concours des personnes physiques qui les ont conçues ou utilisées. Néanmoins, de telles œuvres, si réussies soient-elles, ne paraissent pas protégeables par le droit d'auteur pour l'heure<sup>19</sup> : d'un côté, lorsqu'une œuvre est réalisée par une intelligence artificielle, l'homme n'en est pas le créateur et, en conséquence, il ne peut pas être considéré comme auteur ; de l'autre, c'est bien la machine qui a créé l'œuvre, mais elle n'a pas la personnalité juridique, de sorte qu'elle ne peut se voir octroyer le droit d'auteur. En somme, on est en présence d'une œuvre et d'un auteur-machine, mais sans droit d'auteur. Est-ce lié, indépendamment de la question de la personnalité juridique, au fait que l'intelligence artificielle serait dépourvue d'émotions ? Il est difficile de le dire, car la capacité de la machine à avoir des émotions

<sup>16</sup> Art. L. 113-2, al. 3, et L. 113-5 C. propr. intell.

<sup>17</sup> Sur ce thème, v. plus généralement A. BENSAMOUN, « La personne morale en droit d'auteur : auteur contre-nature ou titulaire naturel ? », *D.*, 2013, 376.

<sup>18</sup> V. not. Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 15 janv. 2015, n° 13-23.556, *RIDA*, janv. 2016, n° 247, p. 297 et p. 219, obs. P. SIRINELLI ; *Prop. intell.*, 2015, n° 55, p. 195, obs. J.-M. BRUGUIÈRE, et p. 196, obs. A. LUCAS ; *D.*, 2015, 2215, obs. C. LE STANC ; *RTD com.*, 2015, 307, obs. Ph. GAUDRAT ; *Légipresse*, 2015, 223, note N. BINCTIN ; *Comm. com. électr.*, 2015, comm. 19, obs. C. CARON.

<sup>19</sup> Sur l'ensemble de la question, plus complexe en réalité que ce qui est présenté ici, v. not. M. VIVANT et J.-M. BRUGUIÈRE, *op. cit.*, n° 114 et s. ; A. BENSAMOUN, « Intelligence artificielle et propriété intellectuelle », in A. BENSAMOUN et G. LOISEAU, *Droit de l'intelligence artificielle*, Paris, LGDJ, 2019, coll. « Les intégrales », vol. 15, p. 235, spéc. n° 428 et s.

est sujette à interrogations : à ceux qui voient dans les émotions l'apanage des êtres vivants, s'opposent ceux qui répliquent que la machine peut, par l'apprentissage, ressentir de telles émotions ou à tout le moins les simuler<sup>20</sup>. La science-fiction et la science tout court se nourrissent de ce débat. Il n'est donc pas évident de soutenir que l'émotion serait un facteur à prendre en considération pour savoir si et comment le droit d'auteur doit s'appliquer en matière d'intelligence artificielle.

16. Reste la question des animaux. Les canulars et les anecdotes relatifs à des animaux prétendument auteurs sont nombreux. On citera l'exemple de l'âne Lolo de Montmartre, à la queue duquel avait été attaché un pinceau qui lui permit de peindre un tableau exposé au Salon des indépendants en 1910. Plus récemment, le singe Naruto a réalisé avec un appareil photo des *selfies* très réussis et largement diffusés sur l'Internet. Ces œuvres ne sont pas protégées faute de conscience de l'acte créatif de la part de l'animal<sup>21</sup>. Peut-on dire que cette absence de conscience de l'acte créatif, qui justifie l'exclusion du droit d'auteur, est due à une absence d'émotions ? Rien n'est moins sûr. De nombreux scientifiques contemporains affirment, en effet, que les animaux ont de véritables émotions<sup>22</sup>.

17. En définitive, il est assez délicat de rattacher la qualité d'auteur à la notion d'émotion.

### B.- Du côté de l'objet protégé : œuvre et émotions

18. Les résultats de l'analyse sont tout aussi incertains si l'on s'intéresse maintenant, non plus au sujet du droit d'auteur, mais à son objet, qui n'est autre que l'œuvre de l'esprit. Deux conditions sont requises pour qu'une œuvre, quelle que soit sa nature, soit protégée par le droit d'auteur : d'une part, l'œuvre doit s'incarner dans une forme tangible ; d'autre part, cette forme doit être originale.

19. La première condition, le caractère tangible de l'œuvre, ne pose pas réellement de difficulté ici. Il est certain que les seules émotions d'un auteur, tant qu'elles ne sont pas extériorisées, ne sont pas protégeables par le droit d'auteur. Il leur faut un support – oral, écrit, numérique, corporel, etc. – pour qu'elles puissent prétendre éventuellement à la protection. Dit autrement, ce qui reste dans le for intérieur de l'auteur n'est pas protégé. Et, en cas d'extériorisation, c'est bien l'œuvre, traduction le cas échéant des émotions de l'auteur, qui sera protégée, non les émotions en elles-mêmes, qui relèvent plus du registre des idées, lesquelles sont « *de libre parcours* » selon la fameuse formule

<sup>20</sup> Sur ce thème, v. par ex. M. TUAL, « Intelligence artificielle : une machine peut-elle ressentir de l'émotion ? », *Le Monde*, 11 oct. 2015.

<sup>21</sup> V. not. M. VIVANT et J.-M. BRUGUIÈRE, *op. cit.*, n° 112. V. aussi en droit américain, précisément à propos du singe Naruto, l'affaire *Naruto et al. v. Slater et al.* : Northern District of California, affaire n° 15-cv-04324-WHO, 28 janv. 2016, et United States Court of Appeals for the Ninth Circuit, 23 avr. 2018.

<sup>22</sup> Sur ce sujet, v. par ex. I. TAUBES, « Toutes ces émotions que les animaux ressentent comme nous », *Psychologies*, 26 juin 2020.

de Desbois<sup>23</sup>, ou appartiennent à tout le moins au fonds commun. De fait, il est inconcevable d'autoriser la constitution d'un monopole intellectuel sur une émotion brute, car cela permettrait à son titulaire d'interdire aux tiers d'exprimer la même émotion...

20. La seconde condition pour qu'une œuvre soit protégée tient à son originalité. Dans la conception française classique, une œuvre est originale si elle porte l'empreinte de la personnalité de l'auteur<sup>24</sup>. Faire passer des émotions dans une œuvre contribue-t-il à marquer celle-ci de sa personnalité et, partant, à la rendre originale au sens du droit d'auteur ? Rien n'est moins sûr.

En premier lieu, les juges ne raisonnent presque jamais en termes d'émotion, du moins explicitement, lorsqu'ils abordent la question de l'originalité. Il est permis de renvoyer sur ce sujet aux nombreuses décisions citées dans le récent rapport du Conseil supérieur de la propriété littéraire et artistique consacré à la preuve de l'originalité<sup>25</sup>.

En deuxième lieu, le droit d'auteur est loin de s'appliquer exclusivement aux œuvres par lesquelles des auteurs entendent transmettre – ou transmettent malgré eux – des émotions. Il est vrai que les émotions de l'auteur sont assez souvent perceptibles dans un roman, un morceau de musique, un tableau, une sculpture et, plus généralement, dans les arts que l'on peut qualifier à la fois de « purs » et de « classiques », deux termes singulièrement approximatifs à la vérité. Mais le droit d'auteur, qui est indifférent au genre, à la forme d'expression et à la destination de l'œuvre<sup>26</sup>, protège aussi l'art utilitaire<sup>27</sup>. Ressentons-nous encore les émotions d'un *designer* dans un tire-bouchon ou une boîte à œufs ? Que dire des hypothétiques émotions du graphiste dans le dessin d'un itinéraire ou d'une carte géographique ? Pourtant, tous ces objets peuvent être originaux et protégés par le droit d'auteur. Celui-ci s'est également ouvert à des œuvres plus techniques : quelle émotion un informaticien peut-il faire passer dans un logiciel<sup>28</sup> ? Que dire de l'émotion que chercherait à transmettre la personne qui a agencé une base de données<sup>29</sup> ? Le droit d'auteur peut aussi porter sur des œuvres scientifiques<sup>30</sup> : livrons-nous beaucoup d'émotions dans nos articles, nos commentaires de jurisprudence et nos ouvrages ? Assez rarement semble-t-il. Le droit d'auteur accueille enfin certaines formes

<sup>23</sup> H. DESBOIS, *Le droit d'auteur en France*, 3<sup>e</sup> éd., Paris, Dalloz, 1978, p. 22.

<sup>24</sup> Sur cette conception classique, v. not. A. LUCAS, A. LUCAS-SCHLOETTER et C. BERNAULT, *op. cit.*, n<sup>os</sup> 109 et s.

<sup>25</sup> J.-A. BÉNAZÉRAF et V. BARTHEZ, *Rapport de mission : la preuve de l'originalité*, Ministère de la Culture, Conseil supérieur de la propriété littéraire et artistique (CSPLA), déc. 2020. Le rapport peut être téléchargé sur le site internet du CSPLA.

<sup>26</sup> Art. L. 112-1 C. propr. intell.

<sup>27</sup> L'art. L. 112-2 C. propr. intell. donne une liste non limitative et assez désordonnée des œuvres susceptibles d'être protégées. Y figurent notamment les œuvres graphiques et typographiques (art. L. 112-2, 8<sup>o</sup>), les œuvres des arts appliqués (art. L. 112-2, 10<sup>o</sup>), les cartes géographiques (art. L. 112-2, 11<sup>o</sup>), les œuvres d'architecture (art. L. 112-2, 12<sup>o</sup>), les plans, croquis et ouvrages plastiques relatifs à la géographie et à la topographie (*ibid.*) ainsi que les créations de mode (art. L. 112-2, 14<sup>o</sup>).

<sup>28</sup> Art. L. 122-2, 13<sup>o</sup>, C. propr. intell.

<sup>29</sup> Art. L. 112-3 C. propr. intell.

<sup>30</sup> L'art. L. 112-2, 1<sup>o</sup>, C. propr. intell. vise ainsi « les livres, brochures et autres écrits [...] scientifiques » et l'art. L. 112-2, 12<sup>o</sup>, « les plans, croquis et ouvrages plastiques relatifs [...] aux sciences ».



d'art moderne qui ne laissent pas forcément de place à l'émotion : Duchamp a-t-il souhaité transmettre une émotion en créant ses *ready-mades*, c'est-à-dire en érigeant au rang d'œuvres d'art des objets du quotidien par la seule force de l'esprit ? Une réponse négative s'impose, sa démarche étant en réalité à l'exact opposé. L'artiste s'exprimait en ces termes : « *c'est très difficile de choisir un objet, parce qu'au bout de quinze jours, vous arrivez à l'aimer ou à le détester. Il faut parvenir à quelque chose d'une indifférence telle que vous n'avez pas d'émotion esthétique. Le choix des ready-mades est toujours basé sur l'indifférence visuelle en même temps que sur l'absence totale de bon ou de mauvais goût* » (souligné par nous)<sup>31</sup>. L'argument prouve peut-être cependant trop, car, l'idée prévalant en un sens sur la forme dans ce cas précis, l'application du droit d'auteur peut susciter des difficultés, bien que les *ready-mades* constituent à n'en pas douter des jalons très forts dans l'histoire de l'art<sup>32</sup>. Plus fondamentalement, le parti pris de certains artistes – conceptuels ou non – consiste à se débarrasser de toute forme d'émotion dans leurs œuvres (ce qui ne veut pas dire que le public, de son côté, ne développera pas des émotions au contact de celles-ci). De nombreuses œuvres ne portent donc pas en elles les émotions de leurs créateurs.

En troisième lieu, précisément parce que le droit d'auteur s'étend à de nombreux domaines, la conception subjective de l'originalité – l'empreinte de la personnalité – n'est plus la seule. Pour les logiciels, par exemple, le célèbre arrêt *Pachot* rendu en 1986 par l'assemblée plénière de la Cour de cassation a admis qu'un programme d'ordinateur était original dès lors qu'il traduisait un « *effort personnalisé* » et portait la marque d'un « *apport intellectuel* »<sup>33</sup>. Cette conception objective ne laisse aucune place à l'émotion. Quant à la Cour de justice de l'Union européenne, elle considère, toutes catégories d'œuvres confondues, que l'originalité se caractérise par l'existence d'une « *création intellectuelle propre à son auteur* »<sup>34</sup>. La doctrine ne parvient pas à s'entendre sur le point de savoir si cette définition est subjective, comme la définition française classique, ou objective, conception encore moins compatible avec la notion d'émotion<sup>35</sup>.

<sup>31</sup> M. DUCHAMP, *Ingénieur du temps perdu. Entretiens avec Pierre Cabanne*, Paris, Belfond, 1967, p. 80.

<sup>32</sup> La Cour de cassation a certes admis la protection d'une œuvre conceptuelle, mais celle-ci l'était nettement moins que les créations de Duchamp : Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 13 nov. 2008, n° 06-19021, *Paradis, D.*, 2008, 2933, obs. J. DALEAU ; *D.*, 2009, 263, note B. EDELMAN, et 266, note E. TREPPOZ ; *JCP G*, 2008, II, 10204, note G. LOISEAU ; *Comm. com. électr.*, 2009, comm. 1, obs. C. CARON ; *RTD com.*, 2009, 121, obs. F. POLLAUD-DULIAN ; *RIDA*, janv. 2009, n° 219, p. 353 et p. 193, obs. P. SIRINELLI ; *RIDA*, avr. 2009, n° 220, p. 5, chron. N. WALRAVENS-MARDARESCU, et p. 81, chron. Ph. GAUDRAT ; *Prop. intell.*, 2009, n° 31, p. 157, obs. J.-M. BRUGUIÈRE ; M. VIVANT (dir.), *Les grands arrêts de la propriété intellectuelle*, 3<sup>e</sup> éd., Paris, Dalloz, 2020, comm. n° 12, note M. CLÉMENT-FONTAINE.

<sup>33</sup> Cass. ass. plén., 7 mars 1986, n° 83-10.477, *Pachot, JCP E*, 1986, II, 14713, note J.-M. MOUSSERON, B. TEYSSIÉ et M. VIVANT, et I, 15791, n° 1, obs. M. VIVANT et A. LUCAS ; *D.*, 1986, 405, concl. CABANNES et note B. EDELMAN ; *RIDA*, juill. 1986, n° 129, p. 136, note A. LUCAS ; *RTD com.*, 1986, 399, obs. A. FRANÇON ; *Grands arrêts*, préc., comm. n° 45, note M. VIVANT.

<sup>34</sup> Depuis CJCE, 16 juill. 2009, aff. C-5/08, *Infopaq, Prop. intell.*, 2009, n° 33, p. 378, obs. V.-L. BENABOU ; *Comm. com. électr.*, 2009, comm. 97, obs. C. CARON ; *RTD com.*, 2009, 715, obs. F. POLLAUD-DULIAN ; *D.*, 2011, 2166, obs. P. SIRINELLI ; *RTD eur.*, 2010, 939, obs. E. TREPPOZ ; *Grands arrêts*, préc., comm. n° 41, note V.-L. BENABOU, et n° 46, note M. VIVANT.

<sup>35</sup> V. not. en faveur d'une lecture subjective, v. P. SIRINELLI, *loc. cit.*, et d'une lecture objective, A. LUCAS, A. LUCAS-SCHLOETTER et C. BERNAULT, *op. cit.*, n° 123.

En quatrième lieu, la propriété littéraire et artistique se compose d'autres droits que le droit d'auteur. S'agissant du droit voisin de l'artiste-interprète, déjà évoqué, la jurisprudence exige que l'interprétation ait un caractère « *personnel* » pour que le droit naisse<sup>36</sup>, critère qui n'est pas très éloigné du critère d'originalité utilisé en droit d'auteur. En revanche, les autres titulaires de droits – producteurs de disques, de films, chaînes de radio et de télévision, éditeurs et agences de presse, producteurs de bases de données – sont des entrepreneurs de la création qui sont avant tout protégés pour des raisons économiques. L'émotion n'a dès lors rien à voir avec les droits qui leur sont accordés.

En cinquième lieu, pour en revenir au droit d'auteur, certains objets peuvent refléter (et susciter) une émotion d'ordre esthétique et pourtant ne pas être protégés. On pense en particulier aux collections d'art qui, parce qu'elles résultent uniquement de choix de la part des collectionneurs – si éclairés, si réussis et si cohérents soient-ils –, ne sont pas protégées en tant que telles par le droit d'auteur<sup>37</sup>. On pense encore aux styles artistiques – le cubisme, le surréalisme, l'abstraction, etc. – qui, ressortissant avant tout au domaine des idées, ne donnent pas prise au droit d'auteur<sup>38</sup>.

21. Il s'agit à présent d'étudier, non plus les émotions de l'auteur telles qu'elles peuvent transparaître dans l'œuvre, mais, en aval, les émotions que l'œuvre est à même d'engendrer dans le public.

## II.- Les émotions que l'œuvre peut susciter

22. Les émotions ressenties par le public au contact de l'œuvre ont-elles des conséquences sur l'existence du droit d'auteur ? Une réponse négative s'impose. Les émotions du lecteur, du spectateur, de l'auditeur ne sont, en principe, pas prises en considération. Au sein du public, il est une personne qui compte plus que les autres. Il s'agit du juge, lequel doit s'abstenir de tout jugement esthétique (A) ou moral (B) sur l'œuvre.

### A.- L'exclusion de tout jugement esthétique sur l'œuvre

23. Le professeur Christophe Caron présente le droit d'auteur comme « *le droit des belles formes* », en soulignant que « *c'est la mission du droit d'auteur de protéger l'expression de la beauté sous toutes ses manifestations* »<sup>39</sup>. Toutefois, il apporte immédiatement une nuance à son propos. Sans doute justifiée sous l'empire des lois révolutionnaires, cette approche n'est plus de mise aujourd'hui, puisque, si les formes

<sup>36</sup> V. not. Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 24 avr. 2013, n° 11-20.900, *Les filles du Kawaï*, *Comm. com. électr.*, 2013, comm. 75, obs. C. CARON, et chron. 9, n° 7, obs. P. TAFFOREAU ; *Propri. intell.*, 2013, n° 48, p. 299, obs. J.-M. BRUGUIÈRE ; *Légipresse*, 2013, 418, note G. QUERZOLA.

<sup>37</sup> V. par ex. Paris, 13 oct. 1999, *JurisData* n° 1999-117105. Si la réunion d'œuvres par un collectionneur n'est pas protégée par le droit d'auteur, les éléments destinés à présenter une collection peuvent l'être en revanche, à condition d'être originaux (scénographie d'une exposition, ouvrage, etc.).

<sup>38</sup> V. par ex. TGI Paris, 3 juin 1998, *Picasso*, *JurisData* n° 1998-970583 ; *Gaz. Pal.*, 1998, 2, somm. 689.

<sup>39</sup> C. CARON, ouvrage préc., n° 1.

protégées « *sont parfois sublimes* », elles sont surtout « *souvent modestes et il arrive même, depuis l'avènement de l'informatique, qu'elles n'aient, avec la beauté, qu'un lien ténu* »<sup>40</sup>. Le droit d'auteur n'est donc finalement pas – ou plus – « *le droit des belles formes* ».

24. Une telle évolution repose principalement sur une règle qui, même si elle est parfois un peu malmenée par les tribunaux, constitue un véritable pilier de la matière. Il s'agit de la règle selon laquelle une œuvre est protégée indépendamment de tout mérite. Cette indifférence du mérite a été consacrée par la loi du 11 mars 1902, qui a étendu l'application du droit d'auteur « *aux sculpteurs et dessinateurs d'ornement, quels que soient le mérite et la destination de l'œuvre* »<sup>41</sup>. Elle était en réalité déjà admise à propos de toutes les œuvres de l'esprit avant sa reconnaissance légale. Depuis, elle a été explicitement généralisée par l'article 2 de la grande loi sur le droit d'auteur du 11 mars 1957. Elle figure désormais à l'article L. 112-1 du Code de la propriété intellectuelle, qui énonce que « *les dispositions du présent Code protègent les droits des auteurs sur toutes les œuvres de l'esprit, quels qu'en soient le genre, la forme d'expression, le mérite ou la destination* ».

25. L'indifférence du mérite interdit, entre autres et avant tout, de faire dépendre la protection au titre du droit d'auteur d'une appréciation portée sur la valeur esthétique de l'œuvre. Que celle-ci soit belle ou laide, qu'elle soit réussie ou ratée, ces jugements sont profondément subjectifs et ne comptent pas en propriété littéraire et artistique. Le proverbe est bien connu : « *des goûts et des couleurs, on ne discute pas* ». Seules sont donc prises en considération, pour décider de l'existence du monopole intellectuel, l'exigence d'une forme tangible et la condition d'originalité<sup>42</sup>. Marcel Duchamp évoque à sa manière l'indifférence du mérite, qu'il lie du reste à l'émotion mais dans une perspective différente de la nôtre : « *Je veux dire, tout simplement, que l'art peut être bon, mauvais ou indifférent mais que, quelle que soit l'épithète employée, nous devons l'appeler art : un mauvais art est quand même de l'art comme une mauvaise émotion est encore une émotion* »<sup>43</sup>.

26. La raison d'être de l'indifférence du mérite est simple. C'est le juge qui, en cas de litige, décide en définitive de l'application ou de la non-application du droit d'auteur. L'autoriser à se prononcer en fonction de critères esthétiques reviendrait à l'ériger en critique d'art, ce qu'il n'est pas ou, du moins, ce qu'il n'est pas censé être. La

---

<sup>40</sup> *Ibid.*

<sup>41</sup> Art. 2 de la loi du 11 mars 1902 étendant aux œuvres de sculpture l'application de la loi des 19-24 juillet 1793 sur la propriété littéraire et artistique.

<sup>42</sup> *Supra* n° 18 et s.

<sup>43</sup> M. DUCHAMP, « *The Creativ Act* », allocution prononcée devant la Fédération américaine des arts, Houston, Texas, avr. 1957. Ce texte, rédigé en anglais, a été publié dans *Art News*, New York, 1957, vol. 56, n° 4. L'auteur l'a traduit la même année en français afin qu'il paraisse in R. LEBEL, *Sur Marcel Duchamp*, Paris, Trianon Press, 1959. Il est reproduit in M. DUCHAMP, *Duchamp du signe*, Paris, Flammarion, 1994, p. 187 et s.

jurisprudence serait alors chaotique, puisque la reconnaissance du droit d'auteur serait liée aux goûts et à la sensibilité personnels, par hypothèse extrêmement variables, des magistrats.

27. L'indifférence du mérite traduit dès lors un véritable refoulement des émotions ressenties par le public. Que les uns trouvent une œuvre bonne, que d'autres la jugent médiocre, que d'aucuns la trouvent franchement mauvaise ou qu'elle laisse certaines personnes totalement indifférentes, les émotions liées à ces diverses appréciations n'ont aucune espèce d'importance en droit d'auteur.

### B.- L'exclusion de tout jugement moral sur l'œuvre

28. Suivant un même mouvement, on peut rattacher à l'indifférence du mérite la question de l'indifférence des considérations morales<sup>44</sup> et, partant, la mise à l'écart des différentes émotions que celles-ci peuvent générer.

29. Il en résulte, par exemple, qu'une œuvre que d'aucuns peuvent considérer comme choquante ou, selon un anglicisme en vogue, « inappropriée », sera protégée par le droit d'auteur à la condition, comme toujours, d'épouser une forme tangible et originale<sup>45</sup>. C'est ainsi que la chambre criminelle de la Cour de cassation a, à plusieurs reprises, notamment dans des arrêts rendus en 1986 et 1999, décidé que le caractère pornographique d'une œuvre audiovisuelle n'empêchait pas le jeu du droit d'auteur<sup>46</sup>. La solution devrait aussi trouver à s'appliquer aux œuvres violentes, subversives, transgressives, etc.

Certes, l'exploitation de ces œuvres peut être limitée de différentes manières si l'ordre public est en cause. On pense en particulier aux interdictions à destination de la jeunesse (interdiction aux moins de 18 ans, etc.) et aux différents avertissements qui peuvent accompagner la diffusion de telles œuvres. Cependant, ces restrictions sont issues de disciplines autres que la propriété intellectuelle : droit de l'audiovisuel, droit de la presse, etc. Elles n'affectent pas la protection de l'œuvre, qui demeure pleinement soumise au droit d'auteur.

Plusieurs raisons expliquent que le droit d'auteur ne prenne pas en considération le caractère choquant de l'œuvre. Dans la logique de l'indifférence du mérite, qui interdit au juge de s'élever au rang de critique d'art, ce dernier ne peut pas non plus se comporter comme un censeur en mettant en avant ses propres conceptions de la morale et les émotions qui en découlent, lesquelles s'avèrent tout aussi subjectives que ses jugements esthétiques. La morale évolue par ailleurs avec le temps : bien souvent, une œuvre perçue comme choquante à une époque ne le sera plus quelques années après. Le droit

<sup>44</sup> A. LUCAS, A. LUCAS-SCHLOETTER et C. BERNAULT, *op. cit.*, n° 87.

<sup>45</sup> *Supra* n° 18 et s.

<sup>46</sup> Cass. crim., 6 mai 1986, n° 84-93.696, *RIDA*, avr. 1986, n° 128, p. 149 ; *D.*, 1987, somm. p. 151, obs. C. COLOMBET. Cass. crim., 28 sept. 1999, n° 98-83.675, *Comm. com. électr.*, 2000, comm. 4, obs. C. CARON ; *Légipresse*, 1999, n° 171, III, p. 66, note E. DREYER ; *Grands arrêts*, préc., comm. n° 14, note J.-M. BRUGUIÈRE.

d'auteur ne peut pas être tributaire de tels changements. La solution repose également sur la liberté d'expression, laquelle se décline dans le domaine des arts en une liberté de création, garantie désormais de manière autonome par la loi du 7 juillet 2016 sur la liberté de la création, l'architecture et le patrimoine. L'article 1<sup>er</sup> de la loi énonce : « *La création artistique est libre* ». L'article 2 ajoute : « *La diffusion de la création artistique est libre. Elle s'exerce dans le respect des principes encadrant la liberté d'expression et conformément à la première partie du Code de la propriété intellectuelle* ». Plus fondamentalement, l'art est là, en grande partie, pour nous bousculer, et il serait particulièrement malvenu que le droit d'auteur, censé protéger les artistes, contrarie cette vocation.

30. Au-delà des œuvres simplement choquantes, *quid*, pour finir, des œuvres radicalement illicites, qui suscitent une plus grande émotion encore dans le public ? Une œuvre raciste, antisémite, négationniste, odieuse, dégradante, injurieuse, diffamatoire ou qui incite à toutes sortes de délits ou de crimes est-elle protégée par le droit d'auteur ? Les avis divergent sur ce point.

Interprétée *a contrario*, la jurisprudence précitée de la chambre criminelle oriente plutôt vers une exclusion du droit d'auteur en présence d'une œuvre illicite. Dans l'arrêt de 1986, les juges ont certes admis l'application du droit d'auteur, mais en relevant que la production des films pornographiques en cause « *n'[était] pas illicite* », car il n'y avait pas d'« *étalage délibéré de violences et de perversions sexuelles dégradantes pour la personne humaine qui serait susceptible d'exclure de la permission légale ces réalisations* »<sup>47</sup>. De même, l'arrêt de 1999 énonce qu'« *une œuvre pornographique bénéficie de la protection accordée par la loi sur la propriété littéraire et artistique* », mais en précisant que c'est « *en l'absence de preuve de son caractère illicite* »<sup>48</sup>.

La doctrine, quant à elle, a plutôt tendance à militer pour l'application du droit d'auteur en pareil cas, en partant là encore du principe qu'il revient à d'autres matières – droit pénal, droit de la presse, droits de la personnalité ou autres – de prévoir des mécanismes de contrôle et de censure<sup>49</sup>. En ce sens, un ouvrage comme *Mein Kampf* a, par exemple, été protégé par le droit d'auteur jusqu'à ce qu'il entre dans le domaine public en 2016, soixante-dix ans à compter du 1<sup>er</sup> janvier qui a suivi la mort d'Hitler<sup>50</sup>. Précisons que les Alliés avaient confié le droit d'auteur au Land de Bavière qui l'exerçait d'une manière tout à fait conforme à l'intérêt général, en délivrant des autorisations d'exploitation avec une grande parcimonie et à des conditions très strictes.

<sup>47</sup> Cass. crim., 6 mai 1986, préc.

<sup>48</sup> Cass. crim., 28 sept. 1999, préc.

<sup>49</sup> A. LUCAS, A. LUCAS-SCHLOETTER et C. BERNAULT, *op. cit.*, n° 87. M. VIVANT et J.-M. BRUGUIÈRE, *op. cit.*, n° 249 et s. F. POLLAUD-DULIAN, ouvrage préc., n° 208 et s. C. CARON, ouvrage préc., n° 106. V. aussi le rapport du groupe spécial de l'OMC du 26 janv. 1999 rendu dans une affaire opposant les États-Unis à la Chine (WT/DS362/R), qui a jugé contraire aux traités internationaux relatifs au droit d'auteur une disposition de la loi chinoise excluant le droit d'auteur en cas d'illégalité de l'œuvre : JCP E, 2010, 1070, n° 9, obs. H. LE THI THIEN ; JDI, 2009, chron. 5, n° 67 et s., obs. H. RUIZ FABRI et P. MONNIER.

<sup>50</sup> Sur la durée de protection du droit d'auteur, uniformisée au sein de l'Union européenne, v. en France les art. L. 123-1 et s. C. propr. intell.

Quoi qu'il en soit, ces éléments montrent que l'émotion ne permet pas, du moins à elle seule, d'empêcher la diffusion et l'exploitation des œuvres illicites : il faut en passer par la loi et le juge.

**31.** En conclusion, on peut résumer l'émotion à une sorte de victoire des sens sur la raison ou, dit autrement, du subjectif sur l'objectif. Cependant, le droit d'auteur est – et reste – du droit. Peut-être parce que l'écueil dans lequel il pourrait sans doute plus facilement tomber que les autres disciplines juridiques est celui qui consisterait à faire prévaloir les sens sur la raison, il a choisi de refouler assez largement l'émotion.

## Propriété littéraire et artistique et émotion

Clara GAVELLI

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

1. Dans le prolongement de l'exposé du professeur Tristan Azzi, nous envisagerons le refoulement des émotions par la propriété littéraire et artistique comme motif du désordre dont souffre actuellement la matière.

2. **L'art et le droit.** La propriété littéraire et artistique semble être la branche de la propriété intellectuelle la plus exposée aux émotions. Cela s'explique par sa fonction : assurer un statut juridique protecteur aux auteurs et œuvres de l'esprit. Le droit d'auteur est ainsi le lieu de rencontre de l'art et du droit, deux domaines a priori étrangers l'un à l'autre, antinomiques sur le plan émotionnel. Tandis que l'art trouve son origine dans la sensibilité et la recherche de l'exaltation du sentiment esthétique, le droit se présente quant à lui comme l'expression d'une rationalité, en recherche permanente d'objectivité<sup>1</sup>.

3. **Le juste et le beau.** Malgré cette opposition – au mieux cartésienne, au pire caricaturale<sup>2</sup> – l'art et le droit présentent de fortes ressemblances. Ces deux domaines de connaissance rencontrent sur leur route les mêmes obstacles épistémologiques : ils sont deux objets fortement contextualisés, qu'historiens de l'art ou juristes sont tentés de regarder de l'extérieur, par le prisme de la morale, de l'économie, de la sociopolitique, etc. Autant de facteurs externes qui fragilisent leur autonomie<sup>3</sup>. Aussi, se fondent-ils originellement sur des idéaux, le *beau* pour l'art et le *juste* pour le droit, et sont-ils historiquement liés, en ce qu'ils ont chacun su s'émanciper de ces valeurs à l'époque moderne – les questions de valeurs étant, du point de vue wébérien, des « produits de l'émotion »<sup>4</sup>. Ce changement de paradigme fut impulsé par l'esthétique kantienne pour l'art et les théories positivistes pour le droit<sup>5</sup>. Ces révolutions de pensée sont à l'origine

---

<sup>1</sup> B. OPPETT, « Philosophie de l'art et droit de l'art », *Archives de philosophie du droit*, t. 40, Paris, Sirey, 1995, p. 194-205.

<sup>2</sup> La dichotomie cartésienne entre le domaine de la rationalité et celui de la sensibilité joue comme argument classique d'opposition entre le droit et l'esthétique – en ce sens, J. MAKOWIAK, *Esthétique et droit*, thèse : droit public, Limoges, Université de Limoges, 2000, p. 53.

<sup>3</sup> F. COLONNA D'ISTRIA, « Contre le réalisme : les apports de l'esthétique au savoir juridique », *RTD civ.*, 2012, p. 1.

<sup>4</sup> A. VIALA, « Le positivisme juridique : Kelsen et l'héritage kantien », *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, février 2011, vol. 67, p. 95.

<sup>5</sup> F. TERRÉ, « Sociologie du droit et sociologie de l'art », *Archives de philosophie du droit*, t. 40, Paris, Sirey, 1995, p. 295.

de l'avènement de deux disciplines autonomes : l'esthétique (libérée de l'imitation de la nature et du dogme du beau<sup>6</sup>) et le droit (libéré des tutelles morales et religieuses<sup>7</sup>).

**4. Le jugement esthétique et la règle juridique.** Pour s'autonomiser, esthétique et droit ont cependant emprunté un chemin différent. La conception moderne de l'art advient par un mouvement de subjectivation : le beau ne pouvant se définir objectivement, l'esthétique s'érige en discipline de la perception et du sentiment subjectif que le beau fait naître en nous. À l'inverse, l'autonomie de la discipline juridique se traduit par un mouvement d'objectivation. Il s'ensuit que le jugement esthétique face à l'art est nécessairement subjectif, tandis que la subjectivité est *a priori* vécue comme un obstacle à l'application de la règle juridique. Comment le droit d'auteur peut-il alors se saisir des objets qu'il protège ? Si l'histoire de l'art et l'esthétique nous ont montré qu'une critériologie du *beau* est illusoire, comment à son tour la propriété littéraire et artistique peut-elle concevoir un régime de protection des œuvres reposant sur un concept normatif et non esthétique ?

**5. Le prisme des émotions.** Le concept d'*émotion* se présente comme un possible angle d'approche pour éclairer cette difficile appréhension de l'art par le droit d'auteur. L'émotion n'est peut-être (et probablement) pas la propriété ontologique commune à toute œuvre de l'esprit<sup>8</sup>. Cependant, elle reste, au pire un prétexte pour se rapprocher de l'élément irréductible à toute création, au mieux une piste à explorer pour tenter de le saisir. Mais il convient au préalable de rappeler que le droit d'auteur n'est pas une « réalité immuable atemporelle »<sup>9</sup>. Il est un droit récent, né au lendemain de la Révolution française et le concept d'art dont il entend faire son objet n'a pas toujours désigné ce qu'il désigne aujourd'hui.

**6. L'avènement de l'esthétique.** Pendant l'Antiquité, l'art se confond avec la technique, désignant un savoir-faire pour tendre à une fin : l'artiste est artisan, aussi bien peintre que menuisier ou orfèvre<sup>10</sup>. Quant au beau, il est un attribut des choses, appréhendé de manière objective. La période médiévale fait apparaître une première distinction entre les *arts libéraux* par lesquels l'esprit travaille les idées, et les *arts mécaniques* par lesquels la main travaille la matière<sup>11</sup>. La Renaissance voit l'art s'affranchir progressivement du religieux et la personne du créateur prendre de l'importance, mais peintres et sculpteurs demeurent des artisans dépendant des

<sup>6</sup> J. MAKOWIAK, *Esthétique et droit*, op. cit., p. 3-4.

<sup>7</sup> M. TROPER, *La philosophie du droit*, 4<sup>e</sup> éd., Paris, PUF, 2015, p. 15.

<sup>8</sup> L'art conceptuel de Duchamp et ses suiveurs vise l'émotionnellement neutre. Les *ready-mades* incarnent un refoulement de toute subjectivité et référence au goût ; ce sont des œuvres non plus formelles et sensibles, mais idéelles et intellectuelles – cf. § 33.

<sup>9</sup> J.-M. BRUGUIÈRE et M. VIVANT, *Droit d'auteur et droits voisins*, 3<sup>e</sup> éd., Paris, Dalloz, 2015, n° 1.

<sup>10</sup> F. FÉDIER, *L'art en liberté*, Paris, Pocket, 2006, p. 83 : la formule d'Aristote selon laquelle l'art (*technè*) imite la nature « concerne non seulement la poésie ou la sculpture, mais aussi la cordonnerie, la menuiserie, l'architecture, la médecine, etc. ».

<sup>11</sup> C. TALON-HUGON, *L'esthétique*, Paris, PUF, 2013, p. 11-32.



corporations<sup>12</sup>. Le beau est toujours appréhendé de manière objective, ce dont témoigne le succès des théories sur la perspective de Léonard de Vinci qui conduisent à une « mathématisation de l'art »<sup>13</sup>. Ce n'est qu'au XVII<sup>e</sup> siècle en France qu'apparaît le terme *beaux-arts*, dessinant les prémices d'une nouvelle frontière entre l'art et la technique. Ce terme transitoire signale, d'une part, le passage du statut d'artisan à celui d'artiste et, d'autre part, le glissement de la dimension technique à la dimension esthétique de l'art. Le XVIII<sup>e</sup> siècle marque un tournant dans la pensée sur l'art. L'esthétique, définie par Alexander Gottlieb Baumgarten comme science du sensible<sup>14</sup>, s'érige en discipline philosophique autonome : le beau n'étant plus un attribut des choses, mais une qualité que l'on attribue aux choses, il n'est plus question de s'intéresser à l'objet, mais au rapport entre l'objet et le sujet. L'esthétique kantienne sonne ensuite le glas de la pensée dogmatique du beau, au profit d'une conception moderne de l'art. L'art est une création libre et désintéressée – qui répond à la formule devenue célèbre de « finalité sans fin »<sup>15</sup> – et le jugement esthétique qu'il suscite est radicalement subjectif<sup>16</sup>.

**7. Naissance et évolution du droit d'auteur.** C'est dans ce contexte que naît le droit d'auteur français, consacré par les lois du droit intermédiaire de 1791 et 1793, à une période de l'histoire où l'acception de l'art se subjective. Nourrie de la pensée des philosophes des Lumières, la dimension humaniste du droit d'auteur prend de l'ampleur au XIX<sup>e</sup> siècle : elle repose sur une vision *in favorem auctoris*, tournée vers la personne de l'auteur. Mais, depuis ses origines, le droit d'auteur a bien évolué : du théâtre qui fut son premier objet, il protège aujourd'hui aussi bien un emballage du Pont-Neuf<sup>17</sup>, qu'un boulon<sup>18</sup> ou un jeu vidéo<sup>19</sup>. En parallèle, l'art s'est aussi métamorphosé : les *ready-mades* de Marcel Duchamp et l'avènement de l'art conceptuel marquent une rupture avec la conception idéalisante de l'art<sup>20</sup>. Le processus « d'artification »<sup>21</sup> (passage du non-art à l'art) s'accélère avec l'entrée de nouveaux objets dans le royaume de l'art – de l'art brut, ethnographique ou vernaculaire, aux photographies, performances, *street art*, expositions, graphisme et mode, en passant par la parfumerie ou la gastronomie. Alors certes, il existe des discordances entre le monde de l'art et le droit d'auteur<sup>22</sup>, mais ce

<sup>12</sup> A. TALLON, « Arts et artistes à la Renaissance », *L'Europe de la Renaissance*, Paris, PUF, 2013, coll. « Que sais-je ? », p. 69-84.

<sup>13</sup> J. MAKOWIAK, *Esthétique et droit*, op. cit., p. 3.

<sup>14</sup> A. G. BAUMGARTEN, *Æsthetica* [1750], trad. J.-Y. PRANCHÈRE, Paris, L'Herne, 1988.

<sup>15</sup> E. KANT, *Critique de la faculté de juger* [1790], trad. J. BARNI, Paris, Ladrance, 1846, p. 107.

<sup>16</sup> *Ibid.*, p. 150.

<sup>17</sup> CA Paris, 13 mars 1986, *D.*, 1987, somm. p. 150, obs. C. COLOMBET.

<sup>18</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ., 11 févr. 1997, *JCP*, 1997, II, 22973, note DAVERAT.

<sup>19</sup> Cass. ass. plén., 7 mars 1986, *D.*, 1986, 405, note EDELMAN, *RIDA*, 1986, n° 136, note LUCAS.

<sup>20</sup> À l'ère duchampienne, pour accéder au royaume de l'art, l'objet doit désormais être légitimé par les instances artistiques, c'est-à-dire être propulsé sur le marché de l'art, validé par les institutions, exposé dans des galeries et musées et faire parler les critiques. Le prisme pour qualifier un objet d'artistique se déplace, passant de l'objet à l'artiste : lorsque l'objet artistique devient le « *n'importe quoi* », celui-ci ne peut plus être produit par « *n'importe qui* » – R. MOULIN, « La genèse de la rareté artistique », *Ethnologie française*, Paris, PUF, 1978, p. 247.

<sup>21</sup> N. HEINICH et R. SHAPIRO, *De l'artification. Enquêtes sur le passage à l'art*, Paris, EHESS, 2012.

<sup>22</sup> N. WALRAVENS, *L'œuvre d'art en droit d'auteur*, Paris, Economica, 2005, n° 129.

dernier n'est pas totalement insensible à l'approche esthétique et au marché de l'art. La plasticité et l'hétérogénéité du « label artistique »<sup>23</sup> invitent le droit d'auteur à sans cesse réenvisager ses frontières. Sa capacité d'adaptation aux évolutions de l'art et de la technique est sans doute sa grande qualité ; mais d'extensions en distorsions, elle est parfois son écueil.

8. Pour tenter de cerner les mutations que traverse la matière, la conception personaliste du droit d'auteur sera envisagée sous le prisme des émotions (I), afin de mettre en lumière son risque de dévoiement lorsqu'elle s'éloigne trop de celles-ci (II).

## I.- La conception personaliste du droit d'auteur empreinte d'émotions

9. L'art est à la fois porteur et vecteur d'émotions : d'un côté, selon la conception personaliste, un lien particulier unit l'œuvre à son auteur (A) ; de l'autre, un lien émotionnel s'établit aussi entre l'œuvre et son public, ce qui impose au droit d'auteur d'échafauder une neutralité esthétique (B).

### A.- La reconnaissance d'un lien sensible unissant l'œuvre à son auteur

10. **Une propriété spécifique.** *A priori*, la nature du rapport qu'entreprendrait l'auteur à son œuvre serait purement propriétaire. C'est la conception suivie par le système anglo-saxon du *copyright*, pour laquelle l'œuvre est un objet de propriété, que l'auteur, en tant que propriétaire peut céder à tout moment. Le *copyright* est ainsi exclusivement économique, ce qui fait de l'œuvre un bien comme un autre, une simple marchandise<sup>24</sup>. Le droit d'auteur français a cependant pris un chemin différent, incommode à l'idée de concevoir l'œuvre comme un objet quelconque et de réduire la nature du lien avec son auteur en simple droit réel. Il demeure certes un droit de propriété<sup>25</sup>, mais un droit de propriété tout à fait original. L'origine de sa spécificité repose sur la volonté de préserver l'œuvre de toute dénaturation par celui qui se l'approprie. Pour extraire l'œuvre du statut de simple objet appropriable, le droit d'auteur a ainsi dû rompre avec la conception classique de la propriété. Cette dernière repose sur un rapport d'extranéité entre le sujet et l'objet – le propriétaire ne se confond pas à son bien. C'est ce rapport que le droit d'auteur est venu briser : l'œuvre d'art incarne l'identité du sujet et serait finalement le sujet lui-même<sup>26</sup> – de la même manière que Flaubert aurait dit « *Madame Bovary, c'est moi* »<sup>27</sup>.

<sup>23</sup> R. MOULIN, « La genèse de la rareté artistique », *op. cit.*, p. 248.

<sup>24</sup> B. EDELMAN, *La propriété littéraire et artistique*, Paris, PUF, 1989, coll. « Que sais-je ? », p. 26.

<sup>25</sup> Le Conseil constitutionnel français s'est expressément prononcé dans ce sens : Cons. const., déc. n° 2006-540 DC, 27 juill. 2006 – v. V.-L. BÉNABOU, « À propos de la décision du Conseil constitutionnel... », *Prop. intell.*, 2006, n° 20, p. 240.

<sup>26</sup> B. OPPETIT, *Philosophie du droit*, Paris, Dalloz, 1999, n° 123.

<sup>27</sup> Qui serait en réalité, selon Gérard Genette, une citation apocryphe attribuée à l'auteur par la critique flaubertiste – G. GENETTE, *Bardadrac*, Paris, Seuil, 2006.

**11. Une conception personnaliste.** La naissance du droit d'auteur s'explique par le constat d'une inadaptabilité du concept de propriété à l'œuvre, combiné avec la découverte du concept de personne. En proclamant l'indivisibilité entre l'auteur et son œuvre, le droit d'auteur consacre une conception radicalement personnaliste. Il n'est dès lors pas étonnant que Michel Foucault considère la reconnaissance du statut d'auteur comme un catalyseur de la montée de l'individualisme dans l'histoire de la philosophie et des sciences<sup>28</sup>. Ce lien sensible et intime, ce « cordon ombilical »<sup>29</sup> entre l'auteur et l'œuvre, démontre que la subjectivité est au cœur de la conception française du droit d'auteur. Chaque auteur exprime dans son œuvre, à un degré plus ou moins élevé, « ses goûts, sa sensibilité, son intelligence, son expérience, aussi bien que ses convictions, ses *a priori*, ses fantasmes et son inconscient »<sup>30</sup>. La jurisprudence a ainsi pu considérer que « les œuvres de l'esprit participent intimement à la personnalité de l'auteur, dont elles ne sont qu'une émanation »<sup>31</sup>.

**12. L'œuvre comme « objet-personne ».** Cette homologie auteur / œuvre fait finalement entrer l'objet protégé par le droit d'auteur dans la « mouvance de la personne »<sup>32</sup>. Dans le même sens, la sociologue Nathalie Heinich, en s'intéressant à la dichotomie juridique personne / chose, qualifie les œuvres d'art d'« objet-personne »<sup>33</sup>. Si l'œuvre enferme l'âme de son auteur, la maltraiter reviendrait donc à maltraiter la personne qui l'a créée. Le lien personnel justifie ainsi la protection toute particulière de l'œuvre. Du point de vue des émotions, cette personnification juridique des œuvres fait écho avec le statut des animaux. Juridiquement, les animaux sont des choses qui tendent à se rapprocher de la sphère des personnes : le droit s'oblige à les traiter différemment dès lors qu'ils sont doués de sensibilité. On constate cependant, en pratique, que les animaux domestiques nouent un lien affectif avec les humains – lequel lien leur vaut d'être considérés autrement que le bétail traité comme une marchandise. Cela laisse penser que, pour les œuvres d'art comme pour les animaux domestiques, les émotions humaines induisent une plus grande protection. Autrement dit, ce que le droit cherche à protéger à travers la prise en compte du statut spécifique de ces objets, ce sont les émotions que les personnes leur attachent.

**13. Le droit moral de l'auteur.** Le droit moral (fondamental en droit d'auteur français et secondaire dans le *copyright*) permet de concrétiser ce lien indivisible entre l'auteur et son œuvre<sup>34</sup>. Perpétuel et inaliénable contrairement aux droits patrimoniaux,

<sup>28</sup> M. FOUCAULT, « Qu'est-ce qu'un auteur ? » [1969], *Dits et écrits, I, 1954-1975*, Paris, Gallimard, 2001, coll. « Quarto », p. 817.

<sup>29</sup> A. BENSAMOUN, « Portrait d'un droit d'auteur en crise », *RIDA*, janv. 2009, n° 219, p. 12.

<sup>30</sup> F. POLLAUD-DULIAN, *Le droit d'auteur*, 2<sup>e</sup> éd., Paris, Economica, n° 719.

<sup>31</sup> Trib. civ. Seine, 1<sup>er</sup> avr. 1936, DP, 1936, 2, 65, note NAST.

<sup>32</sup> B. EDELMAN, *La propriété littéraire et artistique*, op. cit., p. 36.

<sup>33</sup> N. HEINICH et B. EDELMAN, *L'art en conflit*, Paris, La Découverte, 2002, p. 102.

<sup>34</sup> Le droit moral peut se définir comme « le lien juridiquement protégé, unissant le créateur à son œuvre et lui conférant des prérogatives souveraines à l'égard des usagers, l'œuvre fut-elle entrée dans le circuit

le droit moral sert d'instrument à l'auteur pour défendre sa personne à travers son œuvre. Pour reprendre la formule de Claude Colombet, « par opposition aux droits pécuniaires qui ont vocation à se détacher, le droit moral s'attache à l'auteur comme la lueur au phosphore »<sup>35</sup>. Parmi les diverses prérogatives que recouvre le droit moral<sup>36</sup>, le droit au respect est un bon exemple de cette personnification de l'objet, puisqu'il permet à l'auteur ou ses ayants droit de s'opposer à toute atteinte portée à l'intégrité physique ou spirituelle de l'œuvre. La cour d'appel de Paris a ainsi pu juger, au sujet du film *Le Kid*, que l'ajout d'une musique sans le consentement de Charlie Chaplin « agit de façon certaine et directe sur la sensibilité du spectateur dont elle est susceptible de transformer profondément les impressions » et caractérise ainsi une atteinte au droit moral de l'auteur<sup>37</sup>.

14. Rainer Rochlitz écrit que « l'œuvre d'art est le partage intersubjectif d'un monde subjectif »<sup>38</sup>. La subjectivité qui entoure l'œuvre, en effet, ne réside pas que du côté de celui qui la crée, mais aussi du côté de celui qui la perçoit. Si le droit d'auteur ne s'intéresse pas directement aux émotions ressenties par le public face à une œuvre, il se préoccupe toutefois de celles du juge en s'efforçant de les neutraliser.

## B.- La neutralisation de la sensibilité du juge

15. **Œuvres et perceptions sensorielles.** Le législateur n'a pas défini la notion d'œuvre, mais celle-ci est considérée en doctrine comme une forme véhiculant des émotions et des idées par le truchement des sens<sup>39</sup>. La forme est ainsi la manière dont l'idée ou le sentiment s'exprime, et les sens jouent comme vecteurs pour s'adresser à l'intelligence et la sensibilité humaine : « le lecteur voit les scènes, sent les odeurs, entend parler les personnages ; il s'investit dans leur devenir parce qu'il leur prête ses propres sentiments »<sup>40</sup>. La neurophysiologie distingue à cet égard les sens mécaniques (toucher, vue, et ouïe) et les sens chimiques (goût et odorat). En l'état actuel, le droit d'auteur ne reconnaît que les œuvres qui s'adressent aux sens mécaniques, de sorte que les parfums et les saveurs sont exclus de sa protection<sup>41</sup>. Cette exclusion repose sur le fait

---

économique » – P.-Y. GAUTIER, *Propriété littéraire et artistique*, 9<sup>e</sup> édition, Paris, PUF, 2015, coll. « Droit fondamental », n° 123.

<sup>35</sup> C. COLOMBET, *Propriété littéraire et artistique et droits voisins*, 9<sup>e</sup> édition, Paris, Dalloz, n° 129.

<sup>36</sup> Le droit de divulgation (seul l'auteur peut décider de divulguer son œuvre au public), le droit de paternité (l'auteur peut revendiquer que son nom apparaisse à la diffusion de son œuvre, ou exiger l'anonymat), le droit au respect de l'œuvre (s'opposer à une atteinte à l'intégrité matérielle ou spirituelle de l'œuvre) et le droit de retrait (exiger que son œuvre cesse d'être diffusée).

<sup>37</sup> CA Paris, 29 avril 1959, *D.*, 1959, 402. note LYON-CAEN et LAVIGNE.

<sup>38</sup> R. ROCHLITZ, *Subversion et subvention*, Paris, Gallimard, 1994, p. 103.

<sup>39</sup> F. POLLAUD-DULIAN, *Le droit d'auteur*, 2<sup>e</sup> éd., Paris, Economica, n° 127.

<sup>40</sup> P. GAUDRAT, « Objet du droit d'auteur, Œuvres protégées. Notion d'œuvres », *J.-Cl. PLA*, Fasc. 1134, 1995, n° 52.

<sup>41</sup> Du côté de l'esthétique, dans *l'Hippias majeur*, Platon considère que le beau se limite aux sens de la vue et de l'ouïe, qu'une sensation gustative ou olfactive ne peut être belle. Kant, lui, distingue le beau de l'agréable : le beau est ce qui plaît, sans concept et de manière désintéressée, alors que l'agréable est ce qui fait plaisir aux sens – le parfum d'une rose ou le goût d'une épice (E. KANT, *Critique de la faculté de*

que le goût et l'odorat seraient des sens indescriptibles et purement subjectifs<sup>42</sup>. Mais ne peut-on pas considérer, comme a pu le faire le Tribunal de Paris, que la fugacité de la forme olfactive importe peu « dès lors que toutes les perceptions sensorielles dépendent plus ou moins de la personne qui les reçoit »<sup>43</sup> ?

**16. L'indifférence du mérite.** Dans son *Traité des passions*, Descartes écrit que « ce qui vient à l'âme par les sens la touche plus fort que ce qui lui est représenté par sa raison ». Que le juge soit touché face à une œuvre est inévitable, mais que ses émotions jouent en faveur ou en défaveur de la protection demandée par l'auteur est inacceptable. L'art étant le terrain d'élection des jugements affectifs, tout l'effort du droit d'auteur va alors consister à cantonner l'office du juge à une neutralité esthétique : celui-ci n'est ni critique d'art ni censeur. Le premier principe permettant de chasser les émotions du juge est celui de l'indifférence du mérite, posé par l'article L. 112-1 du Code de la propriété intellectuelle. En interdisant au juge d'envisager le mérite comme critère de protection, le législateur met de côté sa subjectivité et bannit ainsi tout jugement de valeur. Ce refus d'une immixtion du juge dans le domaine esthétique se comprend aisément : nous préserver du risque d'un art officiel et assurer l'égalité des auteurs devant la loi. Pour les mêmes raisons de neutralité, le droit d'auteur ne peut prendre en compte le genre d'une œuvre. Au sujet d'un film pornographique, la Cour de cassation a ainsi énoncé que la loi « interdit aux juges de subordonner son application à des considérations relatives à une morale essentiellement variable selon les lieux et les époques »<sup>44</sup>.

**17. La théorie de l'unité de l'art.** Si, au départ, le droit d'auteur se référait explicitement aux « beaux-arts »<sup>45</sup>, le législateur a posé le principe de l'indifférence de la destination de l'œuvre en 1902. Exclure une œuvre de la protection en considération de sa finalité – contemplative, décorative, ludique ou fonctionnelle – reviendrait en effet, par voie détournée, à prendre en compte le mérite. Ce principe s'exprime juridiquement dans la théorie dite de « l'unité de l'art », née sous l'impulsion d'Eugène Pouillet. Ses fondements reposent sur le constat d'une incapacité du droit à tracer une frontière entre « arts purs » et « arts appliqués », et ne peuvent s'expliquer qu'en considération de

---

*juger, op. cit.*, p. 130). En ce sens, le terme *esthétique*, qui porte sur la forme, se distinguerait de *l'esthétique* qui active les sens instinctivement, de manière primitive.

<sup>42</sup> Cass. com., 10 déc. 2013, n° 11-19.872, *Comm. com. électr.*, 2014, comm. 13, note C. CARON, *Propri. intell.*, 2014, n° 51, obs. J.-M. BRUGUIÈRE. Plus récemment, la Cour de justice de l'Union européenne s'est opposée à la protection de la saveur d'un produit alimentaire en l'absence d'une forme identifiable suffisamment précise et objective : CJUE, 13 nov. 2018, aff. C-310/17, *Levola Hengelo, D.*, 2018, act. 2181 ; *Comm. com. électr.*, 2019, comm. 1, obs. C. CARON ; *Propri. intell.*, 2019, n° 70, p. 18, obs. BRUGUIÈRE et n° 71, p. 116, obs. VIVANT ; *RIDA*, 2019, n° 259, 139, obs. P. SIRINELLI et A. BENSAMOUN.

<sup>43</sup> TGI Paris, 3<sup>e</sup> ch., 1<sup>re</sup> sect., 26 mai 2004.

<sup>44</sup> Crim., 6 mai 1986, *Rev. intr. dr. aut.*, oct. 1986, p. 149.

<sup>45</sup> L'article 7 du Décret des 19-24 juillet 1793 énonce que : « Les héritiers de l'auteur d'un ouvrage de littérature ou de gravure, ou de toute autre production de l'esprit ou du génie, qui appartient aux beaux-arts, en auront la propriété exclusive pendant dix années ».

l'histoire de l'art<sup>46</sup>. Balayant la conception puriste de l'art, ce principe fait ainsi entrer le *design*, souvent qualifié de « petite monnaie du droit d'auteur » ou d'art pauvre, dans le champ de la propriété artistique. Un papier peint<sup>47</sup>, un vêtement<sup>48</sup> ou un panier à salade<sup>49</sup> sont protégés tout autant qu'une peinture.

**18. Le droit d'auteur, un droit de l'anti-émotion ?** Si l'on s'en tient à ce principe d'indifférence du mérite, du genre et de la destination, qui ceinture l'office du juge, le droit d'auteur semble imperméable aux émotions. Toutefois, ces conditions négatives ne suffisent pas à définir juridiquement ce qu'est une œuvre de l'esprit. Il a en effet fallu s'accorder sur un critère positif de protection qui soit à la fois suffisamment opératoire afin de distinguer les objets nécessitant protection des objets quelconques, tout en restant un critère assez souple qui puisse s'adapter au concept fuyant d'art. Le critère juridique choisi a été celui de l'originalité. Peut-on dès lors, sans contradiction, énoncer que le juge est neutre face aux œuvres, mais qu'il doit néanmoins en apprécier l'originalité<sup>50</sup> ? Face à la rébellion de l'art à toute définition, juridique ou non, le choix de l'originalité révèle l'incapacité (ou la sagesse ?) du droit à déterminer un critère objectif et précis.

**19. L'originalité, un critère subjectif.** L'originalité, « pierre angulaire »<sup>51</sup> ou « ADN »<sup>52</sup> du droit d'auteur, était pourtant absente des textes révolutionnaires et aujourd'hui le Code de la propriété intellectuelle n'en donne aucune définition. Elle fait son apparition progressive au XIX<sup>e</sup> siècle en jurisprudence<sup>53</sup> et c'est au XX<sup>e</sup> siècle que Henri Desbois la systématise, en la présentant comme une notion matricielle du droit d'auteur : « Il suffit, pour qu'une œuvre donne prise au droit d'auteur, qu'elle soit originale, au sens subjectif du mot : point n'est besoin qu'elle soit nouvelle, au sens

---

<sup>46</sup> La question du rapport de l'art à la vie quotidienne émerge dans l'Angleterre victorienne sous l'égide de William Morris avec le mouvement des Arts & Crafts, qui allie art et technique. Celle-ci atteint son apogée avec le Bauhaus et l'idée d'un art total à la portée de tous. En France, on rencontre cette volonté d'abolir les frontières traditionnelles entre les « arts majeurs » et les « arts mineurs », dès 1880, avec le mouvement des Nabis. Leur volonté est d'introduire le beau dans le quotidien et d'imposer les arts décoratifs comme le fondement de l'unité de la création. L'art doit être partout, peu importe son support de médiation : « *Plus de tableau de chevalet ! À bas les meubles inutiles ! Il n'y a pas de tableaux, il n'y a que des décorations* » – S. FLOUQUET, « Des Nabis à l'Art nouveau, la révolution du décor », *Beaux-Arts Magazine*, 27 mars 2019.

<sup>47</sup> Cass. com., 18 mars 1970, Bull. civ. IV, p. 108.

<sup>48</sup> CA Paris, 30 juin 2009, n° 09/01538, *SARL Maje c/ Isabel Marant*.

<sup>49</sup> Cass. crim., 30 oct. 1963, *D.*, 1964, 678, note FRANÇON.

<sup>50</sup> Selon Pierre-Yves Gautier, le critère d'originalité sous-entend celui du mérite dès lors que l'appréciation esthétique est inéluctable en matière d'œuvres intellectuelles. Par conséquent, l'auteur propose de réintroduire une référence aux *beaux-arts* dans sa définition : « *tout effort d'innovation de l'esprit humain, conduisant à une production intellectuelle, qui peut tendre vers un but pratique, mais doit comporter un minimum d'effet esthétique, la rattachant d'une quelconque façon à l'ordre des beaux-arts* » – P.-Y. GAUTIER, *Propriété littéraire et artistique*, 9<sup>e</sup> édition, Paris, PUF, 2015, coll. « Droit fondamental », n° 52.

<sup>51</sup> A. LUCAS et P. SIRINELLI, « L'originalité en droit d'auteur », *JCP*, 1993. I. 3681, n° 1.

<sup>52</sup> C. CARON, *Droit d'auteur et droits voisins*, 6<sup>e</sup> éd., Paris, LexisNexis, 2020, n° 83.

<sup>53</sup> A. MAFFRE-BAUGÉ, *L'œuvre de l'esprit, empreinte de la personnalité de l'auteur ?*, thèse : droit privé, Montpellier, Université Montpellier I, 1997, p. 43.

objectif »<sup>54</sup>. L'œuvre est protégée parce qu'elle est la manifestation de l'individualité, du for intérieur de son auteur. En ce sens, doctrine et jurisprudence s'accordent à définir cette notion par la formule devenue canonique d'« empreinte de la personnalité de l'auteur ». Un jugement rendu par le Tribunal de Nanterre en 1993 parle même d'« empreinte émotionnelle personnelle »<sup>55</sup>. Ce critère qui assume sa subjectivité est ainsi en parfaite harmonie avec la conception personnaliste du droit d'auteur français<sup>56</sup>. Contrairement au critère de nouveauté, qui s'intéresse à l'objet, celui d'originalité se réfère à l'auteur : il assure le lien indéfectible entre l'auteur et son œuvre et justifie ainsi l'existence d'un droit moral.

**20. L'insaisissable originalité.** Mais l'originalité est loin de faire l'unanimité. Souvent qualifiée de notion insaisissable<sup>57</sup> ou à contenu variable<sup>58</sup>, son imprécision dérange ceux qui envisagent le droit comme une science exacte. Du fait de sa ductilité, l'originalité a pu dans certaines décisions masquer des jugements de valeur<sup>59</sup> : c'est notamment le cas lorsque le juge se réfère à la notoriété<sup>60</sup> ou au talent<sup>61</sup> de l'auteur. On lui reproche aussi d'être une notion teintée de dogmatisme<sup>62</sup>, symptomatique d'une vision romantique<sup>63</sup> du droit d'auteur et inadaptée aux œuvres utilitaires. La diversité d'objets modestes que couvre le droit d'auteur joue en effet comme argument pour démontrer le caractère artificiel de l'originalité : « l'auteur du boulon peut-il sérieusement dire : *Ce boulon c'est moi ?* »<sup>64</sup>. Dans le même sens, André Lucas et Pierre Sirinelli considèrent que la notion serait plus adaptée aux « arts purs » pour lesquels l'originalité « ne prête généralement pas à discussion dans la mesure où ces œuvres s'adressent plus au sentiment qu'à la raison »<sup>65</sup>.

**21.** Face aux critiques se pose la question de savoir si le désir d'objectivité peut être assouvi sans que la matière s'en trouve dévoyée ? On constate que l'originalité est depuis un certain temps en voie d'objectivation<sup>66</sup>, ce qui est loin de rendre la matière plus cohérente.

<sup>54</sup> H. DESBOIS, *Le droit d'auteur en France*, 3<sup>e</sup> éd., Paris, Dalloz, 1978, n° 3.

<sup>55</sup> TGI Nanterre, 10 mars 1993, *RIDA*, 1993, n° 157, 343, note GAUBIAC.

<sup>56</sup> J. MESNARD, « Le paradoxe de l'originalité », *Le Monde*, 27 octobre 1999, p. 16 : « Toute œuvre dans laquelle s'exprime le moi authentique et profond du créateur déclenche chez celui qui la reçoit une réaction d'amour parce qu'il y trouve un écho de lui-même. Loin d'éloigner les hommes les uns des autres, l'originalité vraie les rapproche ».

<sup>57</sup> J.-M. BRUGUIÈRE et M. VIVANT, *op. cit.*, n° 258.

<sup>58</sup> C. CASTETS-RENARD, *Notions à contenu variable et droit d'auteur*, Paris, L'Harmattan, 2003.

<sup>59</sup> C. CARREAU, *Mérite et droit d'auteur*, thèse : droit privé, Paris, Université Paris II, 1979.

<sup>60</sup> De la réplique de cinéma « *T'as de beaux yeux tu sais* » : Paris, 3 juin 1991, n° 1991-045428.

<sup>61</sup> Celui d'un photographe : Paris, 20 sept. 1994, *RIDA*, avr. 1995, p. 367.

<sup>62</sup> J.-M. BRUGUIÈRE et M. VIVANT, *op. cit.*, n° 264.

<sup>63</sup> A. LUCAS, A. LUCAS-SCHLOETTER et C. BERNAULT, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, 5<sup>e</sup> éd., Paris, Litec, 2017, p. 94.

<sup>64</sup> J.-M. BRUGUIÈRE et M. VIVANT, *op. cit.*, n° 264.

<sup>65</sup> A. LUCAS et P. SIRINELLI, « L'originalité en droit d'auteur », *JCP*, 1993, I, 3681, n° 12.

<sup>66</sup> A. LUCAS, A. LUCAS-SCHLOETTER, C. BERNAULT, *op. cit.*, p. 127.

## II.- Vers un droit d'auteur détourné des émotions

22. Sous prétexte d'objectivité, l'efficacité du droit d'auteur a fait naître la tentation de le faire déborder hors de son cadre (A). Mais à trop vouloir chasser l'insaisissable, le droit d'auteur s'égaré (B).

### A.- La protection des « œuvres sans esprit »

23. Les industries culturelles et les avancées technologiques ont bouleversé le droit d'auteur. La fin du XX<sup>e</sup> siècle marque un changement de paradigme : le droit d'auteur accueille en son ancre les logiciels et les bases de données, deux objets informatique et informationnel qui se démarquent clairement des œuvres jusqu'alors protégées<sup>67</sup>. Non sans humour, le juriste et philosophe Bernard Edelman les qualifie d'« œuvres sans esprit »<sup>68</sup>.

24. **La protection des logiciels.** Les logiciels, « ces objets, moins artistiques qu'utilitaires, moins créatifs que techniques »<sup>69</sup>, sont protégeables par le droit d'auteur depuis la loi du 3 juillet 1985<sup>70</sup>. Cette protection spéciale couvre trois éléments du programme d'ordinateur : l'organigramme (schéma fonctionnel du logiciel), le code source (suites algorithmiques et formules mathématiques intelligibles par les informaticiens) et le code objet du programme (traduction du code source en langage binaire lisible uniquement par l'ordinateur)<sup>71</sup>. Or, nous l'avons vu, en principe le droit d'auteur ne protège que les formes qui s'adressent à l'humain, perceptibles par les sens. Le code objet du logiciel s'adresse à une machine et n'est intelligible que par le truchement de celle-ci. Si ses interfaces graphiques peuvent être originales et ainsi protégées par le droit commun du droit d'auteur, le logiciel en lui-même ne cherche pas à émouvoir, il ne vise qu'à fonctionner. Sa protection est une fiction juridique.

25. **Une décision de repli.** L'assimilation contre nature des logiciels aux œuvres a été en réalité une décision d'opportunité, animée par un souci de pragmatisme : celui de protéger rapidement et efficacement un objet à forte valeur économique d'un secteur

<sup>67</sup> E. ULMER, « La protection par le droit d'auteur des œuvres scientifiques en général et des programmes d'ordinateur en particulier », *RIDA*, oct. 1972, n° 69 : « les œuvres relevant du droit d'auteur, telles qu'on les connaissait jusqu'à présent, étaient telles que la signification de leur contenu était destinée à être perçue par les sens et par l'esprit de l'homme ».

<sup>68</sup> B. EDELMAN, *op. cit.*, p. 66.

<sup>69</sup> F. POLLAUD-DULIAN, *op. cit.*, n° 277.

<sup>70</sup> Ce choix fut confirmé par la directive 91/250 du 14 mai 1991, transposée par la loi n° 94-361 du 10 mai 1994, venue étendre la protection des logiciels par le droit d'auteur à tous les pays européens.

<sup>71</sup> La Cour de justice est venue l'affirmer : « le code source et le code objet d'un programme d'ordinateur sont des formes d'expression de celui-ci, qui méritent, par conséquent, la protection par le droit d'auteur des programmes d'ordinateur » – CJUE, 22 décembre 2010, aff. C-393/09, *Bezpečnostní softwarová asociace – Svaz softwarové ochrany c/ Ministerstvo kultury : Propr. industr.*, 2011, comm. 37, J. LARRIEU : *RIDA*, janv. 2011, p. 417, et p. 213, obs. P. SIRINELLI ; *Comm. com. électr.*, 2011, comm. 42, note C. CARON ; *Propr. intell.*, 2011, p. 205, obs. V.-L. BENABOU ; *LEPI*, mars 2011, n° 35, obs. A. LUCAS.



industriel en plein essor. Le droit des brevets, qui couvre les inventions (objets techniques, novateurs et d'application industrielle), paraissait la voie la plus cohérente. Mais plusieurs objections se sont élevées contre ce type de protection : la difficulté à prouver l'activité inventive à propos d'un logiciel et le désavantage de devoir effectuer un dépôt impliquant une divulgation du code source du programme. Le droit d'auteur, qui avait l'avantage d'offrir un monopole exclusif sans dépôt et une protection internationale via la Convention de Berne<sup>72</sup>, a donc été choisi. Sous la pression de l'industrie du logiciel et la crainte de se faire dépasser par les États-Unis<sup>73</sup>, ce corps étranger fut ainsi introduit dans le droit d'auteur.

**26. Un droit d'auteur travesti.** L'entrée du logiciel « au Pays des Merveilles »<sup>74</sup> ne s'est pas faite sans remous. Tout d'abord, il faut reconnaître qu'il n'est pas aisé de déceler l'empreinte de la personnalité de l'auteur dans un programme d'ordinateur. La conséquence a été celle d'une altération de la notion d'originalité : le célèbre arrêt *Pachot* de 1986 réduit en effet le critère à la « marque d'un apport intellectuel »<sup>75</sup>. Ensuite, il faut admettre que le régime personnaliste du droit d'auteur s'adapte difficilement à la logique industrielle de ces œuvres informatiques. Le législateur a ainsi opté pour une protection fortement dérogoratoire au droit commun du droit d'auteur : l'ensemble des droits sont dévolus à l'employeur et le droit moral de l'auteur du logiciel est réduit à peau de chagrin – se résumant dans la pratique à un droit de paternité. Face à un objet essentiellement industriel et technique, on ne peut s'étonner que la logique humaniste du droit d'auteur soit détrônée par une logique économique qui induit un effacement de la personne<sup>76</sup>.

**27. La protection des bases de données.** La protection des logiciels a accrédité l'idée que le droit de la propriété littéraire et artistique serait accueillant envers tout type d'objet nécessitant protection : la dilution de la conception personnaliste ne s'est donc pas arrêtée là. En 1996, le législateur européen impose l'institution d'un droit *sui generis* au profit des producteurs de bases de données, qui n'est certes pas un droit d'auteur, mais qui relève tout de même de la propriété littéraire et artistique<sup>77</sup>. Est ainsi octroyé un droit privatif au producteur sur sa base de données en récompense « d'un investissement financier, matériel ou humain substantiel » (art. L. 341-1 du Code de la

<sup>72</sup> V. E. TREPPOZ, *La protection du logiciel en droit international privé*, thèse : droit privé, Paris, Université Paris 1, 2001.

<sup>73</sup> F. POLLAUD-DULIAN, *op. cit.*, n° 279.

<sup>74</sup> M. VIVANT, « Le logiciel au Pays des Merveilles », *JCP*, E 1985, I, 3208, et G II, 14269.

<sup>75</sup> Cass. ass. plén., 7 mars 1986, n° 83-10.477 ; *JCP* G, 1986, II, 20631, note J.-M. MOUSSERON, B. TEYSSIÉ et M. VIVANT ; *D.*, 1986, jurispr. p. 405, note B. EDELMAN ; *RIDA*, mars 1986, p. 136, note A. LUCAS ; *RTD com.*, 1986, p. 399, obs. A. FRANÇON.

<sup>76</sup> Selon l'expression du sénateur Jolibois, la protection des logiciels ne pouvait pas se soumettre au régime commun du droit d'auteur, autrement « à chaque fois qu'un employé aurait inventé un logiciel, des problèmes absolument insurmontables se poseraient pour le règlement, alors que l'entreprise de logiciels, par définition, loue le travail d'un certain nombre d'ingénieurs qualifiés pour faire des logiciels qui, à l'évidence, doivent appartenir à l'entreprise de logiciels » – C. JOLIBOIS, Sénat, séance du 17 juin 1985.

<sup>77</sup> Directive européenne 96/9 du 11 mars 1996 transposée par la loi n° 98-536 du 1<sup>er</sup> juillet 1998 (CPI, art. L. 342-1 et s.).

propriété intellectuelle). Il n'est donc plus question de protéger une personne, mais des investissements. La légitimité d'une telle démarche interroge<sup>78</sup> : s'il est nécessaire de protéger des investissements, les mécanismes de droit commun, à savoir l'action en concurrence déloyale ou en parasitisme, existent à cette fin<sup>79</sup>. En réalité, cette logique avait déjà été amorcée par l'institution de droits voisins du droit d'auteur visant à protéger, outre les artistes-interprètes, les investissements des « entrepreneurs de la création »<sup>80</sup> – producteurs de phonogrammes et de vidéogrammes, entreprises de communication audiovisuelle, auxquels sont venus s'ajouter, en 2019, les éditeurs de publication de presse<sup>81</sup>. Cependant, les objets protégés au titre des droits voisins intègrent généralement des œuvres – musique, films ou articles de presse. C'est moins souvent le cas pour les bases de données, dont l'objet est parfois un recueil d'informations, exclusivement fonctionnel<sup>82</sup>. L'émotion n'est pas au rendez-vous et l'esprit personnaliste du droit d'auteur non plus. En outre, cette nouvelle protection assimile dangereusement information et œuvre de l'esprit. L'information n'est pourtant qu'une donnée, un fait brut non susceptible d'appropriation. La Vénus de Milo n'est-elle pas elle aussi un bien informationnel, s'interroge dans un sens provocateur André Lucas<sup>83</sup>. Certes, comme toute œuvre elle apporte des connaissances sur l'histoire de l'humanité, mais la réduire à une information occulterait son « aspect émotionnel »<sup>84</sup>.

**28.** En accueillant ces objets informatiques et informationnels, le droit de la propriété littéraire et artistique s'éloigne des émotions. L'hostilité à l'intrusion de ces objets ne serait que de pur principe si la matière ne s'en trouvait pas pour autant tourmentée. En protégeant des objets qui ne sont pas de son ressort, ce que la propriété littéraire et artistique gagne en superficie, elle le perd en cohérence et légitimité<sup>85</sup>.

<sup>78</sup> F. POLLAUD-DULIAN, *op. cit.*, n° 2537.

<sup>79</sup> C. CARON, *op. cit.*, n° 669 : *Ce droit sui generis* donne l'impression « d'une mutation du parasitisme en un droit réel subjectif ».

<sup>80</sup> T. AZZI, *Recherche sur la loi applicable aux droits voisins du droit d'auteur en droit international privé*, préf. H. GAUDEMET-TALLON, Paris, LGDJ, 2005, coll. « Bibliothèque de droit privé ».

<sup>81</sup> T. AZZI, « Les droits accordés aux éditeurs dans la proposition de directive sur le droit d'auteur dans le marché numérique », *JAC*, 2017, n° 47, p. 26.

<sup>82</sup> Il convient de préciser qu'outre cette protection, la base de données dont l'agencement est original est également protégée par le droit d'auteur (CPI, art. L. 112-3). Sur l'articulation des différents droits en matière de bases de données, v. T. AZZI, « Les créations multimédias (bases de données, jeux vidéo, etc.) », in J.-M. BRUGUIÈRE (dir.), *L'articulation des droits de propriété intellectuelle*, Paris, Dalloz, 2011, coll. « Thèmes & commentaires », p. 31.

<sup>83</sup> A. LUCAS, *Le droit de l'informatique*, Paris, PUF, 1987, n° 304.

<sup>84</sup> C. GEIGER, « La privatisation de l'information par le droit d'auteur », *Revue internationale de droit économique*, 2006, p. 396.

<sup>85</sup> Pour reprendre la métaphore d'André Kérever, « étendre abusivement cette protection équivaut à ce qui se passe en économie lorsque la monnaie est émise en quantité excessive : l'inflation apparaît et affaiblit la valeur de la monnaie » – A. KÉREVER, « Le droit d'auteur est-il anachronique ? », *Dr. auteur*, 1983, p. 368.

## B.- Un droit d'auteur en quête de sens

29. Pour reprendre la formule de Christophe Caron, « *le droit d'auteur est le droit des belles formes. Ces formes sont parfois sublimes, parfois modestes et il arrive même depuis l'avènement de l'informatique, qu'elles n'aient, avec la beauté, qu'un lien ténu* »<sup>86</sup>.

30. **L'objectivation de l'originalité.** Il est vrai qu'avant l'arrivée du logiciel, la jurisprudence a pu mélanger originalité et nouveauté en matière d'arts appliqués<sup>87</sup>. La source de cette confusion résidait dans le possible cumul induit par la théorie de l'unité de l'art : ces œuvres sont en effet protégeables également par le droit des dessins et modèles sous condition de nouveauté<sup>88</sup>. Cependant, plus grave fut la dérive enclenchée par la jurisprudence *Pachot*<sup>89</sup> qui, pour accommoder le droit d'auteur au logiciel, signa l'abandon de l'approche subjective de l'originalité, remettant ainsi en cause les fondements mêmes du droit d'auteur français<sup>90</sup>. Le constat est celui d'un droit d'auteur à double vitesse, « l'un resté centré sur une vision personnaliste et l'autre ayant évolué vers une acception affairiste »<sup>91</sup>. Pour certains auteurs, le retour en arrière étant exclu, il faudrait en tirer les conséquences : cesser de se référer à l'empreinte de la personnalité de l'auteur et s'aligner sur le *copyright*<sup>92</sup>.

31. **Comparaison avec les arts utilitaires.** Que l'originalité se manifeste à des degrés différents est une chose – il existe des œuvres moins personnelles que d'autres. Mais que l'originalité change de nature en est une autre. Pour ce qui est des arts utilitaires, le critère d'originalité ne s'évanouit pas totalement. Certes, la forme obéit à des règles extérieures à la personne du créateur qui est contrainte à la rendre utile. Toutefois, peut s'ajouter à la dimension fonctionnelle une dimension esthétique, dès lors que l'auteur exprime des choix libres et personnels, non dictés par la fonction. C'est dans cet espace de liberté que se loge l'empreinte de sa personnalité<sup>93</sup>. Que celle-ci soit plus

<sup>86</sup> C. CARON, *op. cit.*, n° 1.

<sup>87</sup> À titre d'exemple, une chaise longue signée Le Corbusier a été protégée pour le « *système d'inclinaison innovateur de son dossier* » (TGI de Nanterre, 17 juin 1992, *RIDA*, 1992, n° 154, p. 180).

<sup>88</sup> T. AZZI, « La propriété artistique », *RIDA*, avr. 2018, n° 256, p. 191.

<sup>89</sup> Cass. ass. plén., 7 mars 1986, n° 83-10.477 ; *JCP G*, 1986, II, 20631, note J.-M. MOUSSERON, B. TEYSSIÉ et M. VIVANT ; *D.*, 1986, jurispr. p. 405, note B. EDELMAN ; *RIDA*, 3/1986, p. 136, note A. LUCAS ; *RTD com.*, 1986, p. 399, obs. A. FRANÇON.

<sup>90</sup> A. LUCAS et P. SIRINELLI, « L'originalité en droit d'auteur », *op. cit.*, n° 18.

<sup>91</sup> A. BENSAMOUN, « La protection de l'œuvre de l'esprit par le droit d'auteur : qui trop embrasse mal étreint », *D.*, 2010, 2919.

<sup>92</sup> A. LUCAS, A. LUCAS-SCHLOETTER, C. BERNAULT, *op. cit.*, p. 145.

<sup>93</sup> Nous pouvons citer en ce sens des arrêts récents de la Cour de justice de l'Union européenne, notamment l'arrêt *Cofemel* qui énonce que les œuvres d'art appliqué, comme toutes les œuvres, sont protégées par le droit d'auteur dès lors qu'elles répondent à la seule condition d'originalité. Plus récemment, l'arrêt *Brompton* rappelle qu'une forme technique est protégeable par le droit d'auteur si « *son auteur a exprimé sa capacité créative de manière originale en effectuant des choix libres et créatifs et a modelé le produit de sorte qu'il reflète sa personnalité* » (pt 34) – CJUE, 3<sup>e</sup> ch., 12 sept. 2019, aff. C-683/17, *Cofemel* : *Comm. com. électr.*, 2019, comm. 65, C. CARON et CJUE, 11 juin 2020, aff. C-833/18, *Brompton* : *Comm. com. électr.*, 2020, comm. 61, P. KAMINA.

difficilement décelable que dans une œuvre qui n'a pour finalité que la contemplation, cela ne fait nul doute. Que le caractère insaisissable de l'originalité pose des difficultés pratiques en matière d'arts appliqués, non plus. Cependant, dire qu'il est artificiel de qualifier d'original une chaise, une chemise ou un bijou, ne correspond pas à la réalité. Du côté du public, certaines formes utiles, par leurs courbes, leurs matériaux et leurs couleurs, procurent parfois de fortes émotions. Le *design* concentre en effet technique et esthétique au sein d'un objet du quotidien, dans l'optique de répandre la beauté dans le monde pratique. Il arrive aussi que l'esthétique industrielle soit purement mercatique, s'apparentant alors à du *marketing* émotionnel pour séduire le consommateur<sup>94</sup> – pour Raymond Loewy, la plus belle courbe est celle de la progression ventes<sup>95</sup>.

**32. La disparition de l'auteur.** En acceptant une protection plus objective, le droit d'auteur accueille des objets impersonnels pour lesquels un droit moral ne se justifie plus : « aux œuvres sans esprit fait écho un auteur dépossédé »<sup>96</sup>. L'introduction du logiciel dans le giron du droit d'auteur en témoigne. Le droit moral, ce bouclier protégeant l'auteur contre les intentions commerciales des exploitants, est pourtant la clef de voûte de la conception *in favorem auctoris* du droit d'auteur français. Sans droit moral, la dénomination même de la matière devient déceptive : le droit d'auteur devient un droit des exploitants<sup>97</sup>. Il mute vers un *copyright*<sup>98</sup>, vers un droit d'auteur sans auteur<sup>99</sup>. La pensée déconstructiviste, de Michel Foucault à Roland Barthes, ne l'avait-elle pas pressenti en anticipant « la disparition »<sup>100</sup> ou « la mort »<sup>101</sup> de l'auteur ?

**33. Un droit d'auteur fragilisé.** Certes, le droit d'auteur doit être appréhendé dans sa réalité économique et le fait qu'il évolue dans un univers mercantile est indéniable. En revanche, il est aussi regrettable que dangereux qu'il se laisse mener par des logiques de marché, sous le poids de l'industrie et jusqu'à en perdre de vue ses fondements. Ces dérives nourrissent en effet les critiques à son égard<sup>102</sup> et, l'édifice étant fragilisé, le droit d'auteur devient plus vulnérable aux attaques. Le droit d'auteur serait un frein à la connaissance, trop contraignant ou tout simplement illégitime – d'aucuns ont souligné

<sup>94</sup> G. LIPOVETSKY, J. SERROY, *L'esthétisation du monde. Vivre à l'âge du capitalisme artiste*, Paris, Gallimard, 2013 : les auteurs définissent l'esthétique contemporaine de « *transesthétique* », une esthétique émotionnelle hypermoderne, qui suit une logique d'esthétisation généralisée au sein de la consommation marchande et d'hybridation des secteurs de l'art et du marketing.

<sup>95</sup> La citation exacte étant « *The most beautiful curve is a rising sales graph* » dans la revue *Times*, octobre 1931, vol. 56, n° 18, avec comme titre de couverture « *Designer Raymond Loewy. He streamlines de sales curve* ».

<sup>96</sup> B. EDELMAN, *op. cit.*, p. 66.

<sup>97</sup> C. CARON, *Droit d'auteur et droits voisins*, *op. cit.*, n° 1.

<sup>98</sup> Le *copyright* américain fonctionne sur le système des « *works made for hire* » : par principe, l'auteur salarié est dépossédé de sa création au profit de l'employeur. Par l'effet d'une fiction juridique, l'employeur est donc réputé être l'auteur de l'œuvre créée par son employé.

<sup>99</sup> A. LATREILLE, « L'avènement d'un droit d'auteur sans auteur », *Droit et patrimoine*, sept. 2007, p. 32 ; J.- C. GINSBURG, « L'avenir du droit d'auteur : un droit sans auteur ? », *Comm. com. électr.*, 2009, étude 10.

<sup>100</sup> M. FOUCAULT, « Qu'est-ce qu'un auteur ? », *op. cit.*

<sup>101</sup> R. BARTHES, « La mort de l'auteur », *Le bruissement de la langue* [1968], Paris, Seuil, 1984.

<sup>102</sup> S. KINSELLA, « Against Intellectual Property », *Journal of Libertarian Studies*, 2001, vol. 5.

dans la presse que « la propriété intellectuelle, c'est le vol ! »<sup>103</sup>. Le droit d'auteur est pourtant à l'origine un droit des auteurs participant au soutien de la création. Comme le disait Beaumarchais, « pour pouvoir créer, encore faut-il au préalable dîner ». La conception personnaliste – qui a pour épïcêtre l'auteur, la protection de sa personne et la rétribution de son travail intellectuel – justifie l'existence du droit d'auteur. À l'inverse, l'approche objective et utilitariste, qui délaisse l'aspect subjectif et émotionnel, fait perdre au droit d'auteur sa légitimité.

**34. Le paradoxe de l'Art conceptuel.** L'art conceptuel oblige à nuancer le propos. Quelle espèce d'émotion un urinoir retourné peut-il transmettre ?<sup>104</sup> Pour Sol LeWitt, « l'artiste dont l'art est conceptuel [...] aimerait en règle générale que cet art devienne émotionnellement sec »<sup>105</sup>. Avec ses *ready-mades*, Marcel Duchamp voulait en effet créer un état d'indifférence esthétique envers l'objet pour laisser place à une idée réflexive sur la nature de l'art. Les *ready-mades*, en se présentant comme art, rendent futile toute définition de l'art, ce que le droit peine à admettre dans sa discipline. Ce type de création, exposé dans les galeries et musées, n'est pas pour autant considéré comme œuvre de l'esprit : le droit d'auteur ne protège que les formes originales, et non les idées, quand bien même seraient-elles originales<sup>106</sup>, ce qui rend très incertain l'accès à la protection de certaines œuvres d'art contemporaines. Il est ainsi paradoxal de constater que tout un pan de la création moderne et contemporaine est rejeté du droit d'auteur, tandis que des objets industriels – qui n'ont pas cette finalité désintéressée qu'a *l'art pour l'art* – bénéficient de sa protection. Ce décalage entre le droit et le monde de l'art, s'il n'est pas étonnant face à des créations qui défient la notion d'art, n'est pas moins incommode. N'est-il pas attendu du droit d'auteur qu'il protège et fasse vivre les artistes ?<sup>107</sup>.

**35. Sensibilité et interdisciplinarité.** Dans son œuvre *Le gai savoir*, Nietzsche écrit « Qu'est-ce que l'originalité ? Voir quelque chose qui ne porte encore aucun nom, qui ne peut pas encore être nommé quoique tout le monde l'ait sous les yeux »<sup>108</sup>. La discipline juridique ne doit-elle pas accepter qu'il est des choses qui ne s'objectivent

<sup>103</sup> D. COHEN, « La propriété intellectuelle, c'est le vol », *Le Monde*, 8 avril 2001.

<sup>104</sup> Le jugement esthétique n'est absolument pas ce que recherchait Marcel Duchamp ; il s'inquiètera d'ailleurs que des spectateurs éprouvent un plaisir esthétique devant ses *ready-mades* – C. STRUMEYER et P. GUEDJ, *Propos sur l'art d'aujourd'hui*, Arles, L'art-Dit, 2016, p. 98.

<sup>105</sup> S. LEWITT, « Paragraphs on Conceptual Art », *L'art conceptuel, une perspective*, Catalogue d'exposition, Musée d'art moderne de la ville de Paris, 1989, p. 199.

<sup>106</sup> À titre d'exemple, le concept d'emballer un monument, marque de fabrique du couple Christo et Jeanne-Claude, n'est pas protégeable par le droit d'auteur (TGI Paris, 26 mai 1987, *Dalloz*, 1988, somm. comm. p. 201, obs. COLOMBET) ; en revanche, l'emballage du Pont-Neuf est protégé par le droit d'auteur puisqu'il y a une concrétisation de l'idée dans une forme originale (CA Paris, 13 mars 1986, *Dalloz*, 1987, somm. comm. p. 150, obs. COLOMBET).

<sup>107</sup> V. la thèse de Nadia Walravens qui propose un élargissement des concepts de forme et d'originalité afin d'ouvrir l'accès à la protection à l'ensemble des œuvres d'art contemporaines, sans pour autant dénaturer l'esprit personnaliste du droit d'auteur – N. WALRAVENS, *Les notions de forme et d'originalité appliquées aux œuvres d'art contemporaines*, thèse : droit privé, Paris, Université Paris-Saclay, 2002.

<sup>108</sup> F. NIETZSCHE, *Le gai savoir* [1882], trad. H. ALBERT, Paris, Société du Mercure de France, 1901, p. 226-227.

pas ? Cela ne veut pas dire pour autant qu'il faille rester passif face à ce « désordre »<sup>109</sup>. Les difficultés pratiques que provoque l'originalité, cette « anguille juridique »<sup>110</sup> pour reprendre l'expression de Valérie-Laure Benabou, ne peuvent être niées – le récent rapport du CSPLA sur la preuve de l'originalité en témoigne<sup>111</sup>. Cependant, le droit ne devrait pas autant craindre l'insaisissable au point d'abdiquer en qualifiant l'approche subjective d'« irréaliste » et l'approche objective d'« inévitable »<sup>112</sup>. Les solutions viennent peut-être d'ailleurs<sup>113</sup>. Patricia Signorile explique que « nous avons appris, par notre éducation, à séparer les disciplines et notre aptitude à les relier s'est atrophiée »<sup>114</sup>. La révolution kantienne a, en effet, non seulement introduit une conception moderne de l'esthétique, mais est aussi à l'origine d'une cassure épistémologique entre la philosophie, le droit et l'esthétique<sup>115</sup> ayant conduit à un isolement des savoirs<sup>116</sup>. L'ouverture à d'autres disciplines ne peut qu'aider le droit d'auteur à sortir de l'impasse et à recouvrer du sens. L'esthétique, en tant que discipline de la connaissance du sensible, place la sensibilité comme source du connaître ; elle est un savoir qui cherche à produire un discours théorique cohérent sur l'art, en rendant compte rationnellement de données issues des sens et de l'imaginaire. Certes, les règles de l'art ne sont pas les règles du droit<sup>117</sup>, mais la rencontre épistémologique des deux disciplines, le fait qu'elles se « construisent en normativité parallèle »<sup>118</sup>, invite d'autant plus le juriste à reconsidérer les discours théoriques sur l'art. C'est précisément cette voie que Bernard Edelman suggère d'emprunter lorsqu'il énonce que le droit d'auteur s'est élaboré sur quelques concepts, apparemment évidents, mais que leurs articulations « dessinent une conception tout à fait originale de l'art et de la littérature, qui n'a rien à

<sup>109</sup> A. BENSAMOUN, « Portrait d'un droit d'auteur en crise », *RIDA*, janv. 2009, n° 219, p. 12.

<sup>110</sup> V.-L. BÉNABOU, « L'originalité, un Janus juridique : regards sur la naissance d'une notion autonome de droit de l'Union », *Mélanges en l'honneur du professeur André Lucas*, Paris, LexisNexis, 2014, p. 19.

<sup>111</sup> J.-A. BÉNAZÉRAF et V. BARTHEZ, Rapport de mission « La preuve de l'originalité », déc. 2020 : présenté le 15 décembre au Conseil supérieur de la propriété littéraire et artistique, il retrace l'évolution jurisprudentielle de la preuve de l'originalité d'une œuvre et propose des solutions visant « à rétablir la bonne foi au coeur du procès en contrefaçon, afin d'éviter les contestations d'originalité formées de manière systématique et dilatoire, sans éluder pour autant, lorsqu'il a lieu d'être, le débat sur l'originalité » (p. 6).

<sup>112</sup> A. LUCAS, A. LUCAS-SCHLOETTER et C. BERNAULT, *op. cit.*, n° 125.

<sup>113</sup> P. MASSOT, « Droit des dessins et modèles », *Prop. intell.*, oct. 2020, n° 77, p. 81 : « la jurisprudence n'a d'ailleurs pas reculé en matière de brevet lorsqu'il s'est agi de définir la notion d'activité inventive, qui est pourtant une notion tout aussi fuyante et difficile à cerner que la créativité ».

<sup>114</sup> P. SIGNORILE, « Des liens du droit et de la musique à travers le prisme de la philosophie », in P. SIGNORILE (dir.), *Entre normes et sensibilité : droit et musique*, Aix-en-Provence, Presses universitaires Aix-Marseille, 2017, p. 19.

<sup>115</sup> Kant dissocie les compétences du philosophe de celles du juriste : selon lui, le juriste doit s'en tenir à une recherche du juste dans le droit positif, alors qu'il appartiendrait au philosophe de critiquer le droit préexistant. La démarche kantienne a d'ailleurs nourri la pensée de Hans Kelsen sur l'élaboration d'une « science objective du droit » – S. GOYARD-FABRE, « L'inspiration kantienne de Hans Kelsen », *Revue de métaphysique et de morale*, avr. 1978, p. 203.

<sup>116</sup> J.-P. CHAZAL, « Philosophie du droit et théorie du droit, ou l'illusion scientifique », *Archives de philosophie du droit*, t. 45, Paris, Dalloz, 2001, p. 303-333.

<sup>117</sup> Cf. § 33.

<sup>118</sup> Cf. § 3 et 4. – G. CORNU, « Droit et esthétique », *Arch. philo. droit*, t. 40, Paris, Sirey, 1995, p. 194-205.

*envier aux théories les plus subtiles de l'esthétique, de la critique littéraire ou de la sociologie de l'art. Qu'il faille, un jour, unifier ces différents points de vue en un ensemble cohérent ne fait pour moi aucun doute. Mais cela est un autre travail »<sup>119</sup>.*

---

<sup>119</sup> B. EDELMAN, *op. cit.*, p. 5.

## Droit des entreprises en difficulté et émotions

David LEMBERG

Doctorant à l'École de droit de la Sorbonne  
Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne

S'il est souvent question de l'appréhension des émotions par le droit, le droit des entreprises en difficulté invite à changer de perspective. Dans cette présentation, il sera question d'analyser les émotions que ce droit cherche à susciter de la part du débiteur en proie à des difficultés économiques. Selon les périodes de l'histoire, les émotions qu'inspire la confrontation au droit des procédures collectives ont changé au gré des objectifs politiques et économiques poursuivis. Retracer la variation des émotions provoquées par l'échec que constitue un dépôt de bilan permet de rendre compte de l'évolution de ces objectifs.

Historiquement, l'échec commercial devait créer, chez le débiteur, une peur des sanctions subies par le failli. Au cours de la seconde moitié du XX<sup>e</sup> siècle, le législateur s'est progressivement converti à l'objectif de sauvetage des entreprises. La procédure collective est ainsi devenue un outil de traitement des difficultés qui, pour être efficace, commandait de neutraliser la peur que pouvait engendrer l'ouverture d'une procédure de faillite à la suite d'un échec d'un débiteur honnête. Aujourd'hui, le droit des entreprises en difficulté va encore plus loin car, par certains aspects, la dédramatisation est telle que l'échec semble pouvoir désormais être associé à une émotion positive. Autrement dit, la confrontation à l'échec économique a d'abord suscité de la peur (I). Afin de sauver certaines entreprises, le droit a ensuite cherché à neutraliser cette peur (II). Avec le droit au rebond, le droit des entreprises en difficulté a poursuivi ce mouvement, y compris en cas de liquidation de l'activité. Il en résulte que, désormais, la confrontation à l'échec peut provoquer parfois, chez la personne qui le subit, une émotion positive (III).

### I.- La peur

Le droit romain de la faillite témoigne de la peur que peut inspirer l'échec. Dans la procédure de *manus injectio*, lorsque le débiteur ne pouvait pas payer ses créanciers, ces derniers avaient le droit de le réduire en esclavage voire de le tuer afin de les désintéresser<sup>1</sup>.

S'il s'agissait ici de solutions extrêmes et rares, les sanctions auxquelles s'exposait le débiteur devaient manifestement avoir pour effet de générer une peur de l'échec chez ce

---

<sup>1</sup> R. SZRAMEKIEWICZ et O. DESCAMPS, *Histoire du droit des affaires*, 3<sup>e</sup> éd., Paris, LGDJ, 2019, n° 82, p. 71.



dernier. Plus tard, le droit est passé de l'exécution sur le débiteur à l'exécution sur ses biens. Demeurait la peur que suscitait l'infamie atteignant le débiteur qui ne payait pas ses dettes<sup>2</sup>. L'idée s'est perpétuée au Moyen Âge où l'échec économique du débiteur entraînait sa banqueroute. L'étymologie du terme se référant au banc du commerçant rompu en cas de faillite signifiait son expulsion de l'assemblée des marchands. Du reste, la procédure comportait parfois son lot d'humiliations comme l'obligation de porter un bonnet vert de nature à ce que le débiteur ressente de la honte<sup>3</sup>.

La logique à l'œuvre ici ne fait à nouveau guère de doute. La peur suscitée par la faillite devait conduire le débiteur à respecter ses engagements et payer ses dettes. En revanche, avec l'Ordonnance de Colbert de 1673 et les lettres de répit que le roi pouvait donner émerge l'idée selon laquelle la raison économique commande parfois de sauver certains débiteurs<sup>4</sup>. Par ailleurs, la volonté d'adoucir le sort du failli malheureux a aussi commencé à s'affirmer dans l'Ancien droit<sup>5</sup>. L'adoption du Code de commerce de 1807 sera toutefois empreinte de la volonté de rétablir une grande sévérité à l'encontre des débiteurs faillis<sup>6</sup>.

Néanmoins, à trop vouloir produire de la peur, le droit des faillites manquait parfois son objectif et encourageait surtout les débiteurs à s'entendre avec leurs créanciers en mettant en œuvre, loin des tribunaux, des procédures amiables de liquidation<sup>7</sup>. À partir de la loi de 1838, le sort du débiteur va être radouci<sup>8</sup>. En effet, la peur causée par la faillite peut aussi pousser les débiteurs à retarder l'ouverture de la procédure, engendrant une aggravation contreproductive du passif.

L'histoire du droit moderne des faillites a ainsi été parcourue par cette recherche d'un savant dosage destiné à ce que la peur de l'échec assure le respect des engagements sans pour autant susciter des comportements de fuite en avant préjudiciables aux créanciers.

## II.- La neutralisation de la peur

À la seconde moitié du XX<sup>e</sup> siècle, la nécessité de distinguer le sort du débiteur de l'entreprise s'impose<sup>9</sup>. Il est vrai que le fait qu'un débiteur soit en échec et criblé de dettes

---

<sup>2</sup> *Ibid.*, n° 85, p. 73.

<sup>3</sup> *Ibid.*, n° 457, p. 244.

<sup>4</sup> *Ibid.*, n° 787, p. 395.

<sup>5</sup> *Ibid.*, n° 487, p. 255.

<sup>6</sup> *Ibid.*, n° 791, p. 397.

<sup>7</sup> *Ibid.*, n° 793, p. 398.

<sup>8</sup> *Ibid.*, n° 797, p. 401.

<sup>9</sup> R. HOUIN, « Permanence de l'entreprise à travers la faillite », in *Liber amicorum Baron Louis Frédéricq*, Faculteit der rechtsgeleerdheid te Gent, 1965, p. 609 ; A. BRUNET, « De la distinction de l'homme et de l'entreprise », in *Études dédiées à R. Roblot*, Paris, LGDJ, 1984, p. 471 ; J. PAILLUSSEAU, « Du droit des faillites au droit des entreprises en difficulté », in *Études offertes à Roger Houin : problèmes d'actualité posés par*

ne signifie pas que son activité économique ne soit pas viable en tant que telle. En ce sens, la loi du 13 juillet 1967 et l'ordonnance du 23 septembre 1967 ont cherché à sauver l'entreprise indépendamment du sort réservé au débiteur. Afin d'atteindre pleinement cet objectif, le législateur a été amené à dédramatiser davantage l'ouverture d'une procédure collective.

En effet, le sauvetage de l'activité économique, alors même que le débiteur est en échec, n'est possible qu'à la condition que ce dernier sollicite suffisamment tôt l'ouverture de la procédure. Ainsi, la loi du 25 janvier 1985 a cherché à évacuer la peur engendrée par la faillite en repensant le régime des sanctions<sup>10</sup>. Se fait jour l'idée selon laquelle l'échec est désormais admis et ne doit plus susciter de peur dans la mesure où seuls les débiteurs malhonnêtes seront sanctionnés.

La peur n'est plus recherchée par le droit des procédures collectives. Cette neutralisation des émotions occasionnées par l'ouverture d'une procédure tend alors à faciliter un traitement économique objectif des difficultés<sup>11</sup>.

Ce mouvement sera continué avec la loi du 26 juillet 2005 introduisant la procédure de sauvegarde en droit français. La recherche d'un traitement efficace des difficultés a donc conduit à créer une procédure volontaire de traitement des difficultés avant même la cessation des paiements. Cette procédure se distingue de celle du redressement judiciaire en ce que le débiteur ne craint plus d'être entièrement dessaisi de l'administration de l'entreprise<sup>12</sup> et ne risque pas davantage la cession totale de son entreprise<sup>13</sup>. Le législateur a ainsi cherché à dédramatiser encore davantage l'ouverture d'une procédure collective<sup>14</sup>. Par conséquent, c'est exempt de toute peur que le débiteur peut se présenter devant le tribunal pour solliciter l'ouverture d'une procédure.

À cette étape de la présentation, la place de la peur dans le droit des procédures collectives semble en net recul. Toutefois, la dédramatisation était destinée au sauvetage des entreprises encore viables de sorte que la liquidation judiciaire emportait toujours une forme de stigmatisation tenant à l'échec qu'elle sanctionnait. Il n'est plus certain que cela soit encore le cas aujourd'hui.

---

*les entreprises*, Paris, Dalloz, 1985, p. 109 ; P.-M. LE CORRE, « 1807-2007 : 200 ans pour passer du droit de la faillite du débiteur au droit de sauvegarde de l'entreprise », *Gaz. Pal.*, 21 juill. 2007, p. 3.

<sup>10</sup> R. BADINTER, « Les ambitions du législateur », in « Les innovations de la loi sur le redressement judiciaire des entreprises », *RTD com.*, 1986, n° spéc, p. 6.

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

<sup>12</sup> C. com., art. L. 622-1.

<sup>13</sup> C. com., art. L. 626-1.

<sup>14</sup> P.-M. LE CORRE, « Premiers regards sur la loi de sauvegarde des entreprises », *D.*, 2005, p. 2297 ; C. SAINT-ALARY-HOUIN, « Le projet de loi sur la sauvegarde des entreprises : continuité, rupture ou retour en arrière ? », *Dr. & patr. Mensuel*, 2005, p. 24.

### III.- De la neutralisation de la peur à l'émotion positive

L'échec semble avoir aujourd'hui perdu son caractère infamant et l'ouverture d'une liquidation judiciaire, non seulement ne suscite plus la peur ou la honte, mais semble même parfois être associée à une émotion positive.

La neutralisation des émotions a ainsi été poursuivie par l'introduction en droit français, à la suite du droit européen lui-même inspiré pour partie du droit étatsunien, d'un droit au rebond<sup>15</sup>. Cela signifie qu'à la suite d'un échec conduisant à la liquidation judiciaire d'une entreprise, la situation du débiteur personne physique ou du dirigeant d'une personne morale de bonne foi doit être traitée rapidement afin de permettre la reprise d'une nouvelle activité.

La dédramatisation de l'échec s'étend alors aux liquidations judiciaires. Les débiteurs personnes physiques qui exercent une activité en leur nom propre bénéficient désormais de procédures de liquidations simplifiées qui permettent de mettre rapidement un terme à leur activité (liquidation judiciaire simplifiée<sup>16</sup>, rétablissement professionnel<sup>17</sup>). Ces procédures tendent du reste à se confondre avec celles de surendettement. Cette simplification de la liquidation des très petites entreprises contribue à relativiser l'échec des entrepreneurs individuels. Cette neutralisation de la peur de l'échec s'explique cette fois, peut-être, par le fait que, face à un chômage structurel élevé, les individus sont de plus en plus encouragés à développer leur propre activité, créant ainsi leur propre emploi. Soumis à un statut d'indépendants, ces personnes sont de fait en dépendance totale envers quelques partenaires économiques ou plateformes numériques infiniment plus puissants qu'elles. En contrepartie de l'absence de la protection du droit du travail, ces débiteurs ont-ils donc au moins la possibilité de bénéficier d'un traitement rapide en cas de difficultés économiques insurmontables.

La dédramatisation de la liquidation tend même, dans d'autres situations, à susciter ce qui s'apparente à une émotion positive. En effet, la liquidation d'une entreprise s'accompagne aujourd'hui d'un discours sur les vertus de l'échec qui semble, dans certains cas, aller jusqu'à associer cet échec à ce qui semble être une émotion joyeuse. Il est ici fait référence au discours tenu par les acteurs du monde des *start-up*. Dans ce secteur d'activité, l'échec est valorisé dans le processus de création d'entreprises à fort

---

<sup>15</sup> C. SAINT-ALARY-HOUIN, « Le "rebond" du débiteur en liquidation : vrai ou faux départ ? », in *Mélanges en l'honneur de Daniel Tricot ; professeur, avocat, juge au service du droit des affaires*, Paris, Dalloz-Litec, 2011, p. 579 ; P. ROUSSEL-GALLE, « Le rétablissement professionnel : de l'effacement des dettes au rebond », *Gaz. Pal.*, 8 avril 2014, n° 174c5.

<sup>16</sup> C. com., art. L. 644-1 et s.

<sup>17</sup> C. com., art. L. 645-1 et s.

potentiel de développement et apparaît comme une étape d'apprentissage<sup>18</sup>. Toutefois, il faut aussi souligner que le modèle économique des *start-up* repose sur le calcul selon lequel les investisseurs peuvent parier sur plusieurs entreprises en développement, quand bien même seule une faible minorité survivra, car la valorisation de ces dernières suffira à rentabiliser les investissements. Un tel modèle économique n'est possible qu'à la condition que les entrepreneurs, qui dirigent une société dont la viabilité est par essence incertaine, ne soient pas freinés par la crainte des conséquences de l'échec. Le resserrement des fautes de nature à engager la responsabilité du dirigeant pour insuffisance d'actif semble faire écho à cette idée<sup>19</sup>. Le modèle économique des *start-up* explique alors peut-être pourquoi, chez certaines personnes, le récit de l'échec peut en définitive sembler prendre sa place dans un discours joyeux ou, à tout le moins, positif.

---

<sup>18</sup> V. par ex. B. GOLDEN, « Osciller entre succès et échec : la trajectoire d'une start-up innovante », *Le journal de l'école de Paris du management*, 2013/5, n° 103, p. 37 ; Y. ROBERT, *Comment j'ai planté ma startup : Plus de 100 leçons entrepreneuriales et plus de 100 solutions*, Paris, Nos conseils atypiques, 2016.

<sup>19</sup> L'article 146 de la loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique a ainsi exclu la responsabilité du dirigeant en cas de simple négligence.

## Quelle place pour les émotions dans l'activité de travail, le droit social et le contentieux social ?

**Pierre-Yves VERKINDT**

*Professeur émérite de l'Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne*

Selon le philosophe et économiste F. Lordon<sup>1</sup>, les sciences sociales ont amorcé, après les tournants linguistique, structuraliste, herméneutique ou pragmatique, un nouveau virage qualifié cette fois d'émotionnel<sup>2</sup>. Ce tournant est sans doute à mettre en lien avec un fait qu'E. Illouz décrit comme le passage des « sentiments du royaume de la vie intérieure pour les mettre au centre du moi et de la sociabilité sous la forme d'un modèle culturel dominant : le modèle de la communication »<sup>3</sup>. Le monde du travail n'échappe pas au phénomène ce qui « encourage à laisser entrer les émotions à l'intérieur des théories sociologiques du travail »<sup>4</sup>. Pour A. Jeantet, l'analyse du travail et la clinique du travail offrent de la pénétration de l'*affective turn* dans le travail, une illustration aussi pertinente qu'« heuristique »<sup>5</sup>. L'attention portée aux émotions, dans leurs dimensions négative et positive, conduit, selon elle, à « renouveler nos façons de penser trois modalités du rapport au travail »<sup>6</sup>. En premier lieu, elle nous aide à mieux comprendre ce que le travail nous fait (par exemple ce qu'il mobilise en nous), en deuxième lieu, elle nous permet d'« affiner l'analyse des processus collectifs et des normes, des hiérarchies et des rapports de domination »<sup>7</sup>. En troisième lieu, elle nous conduit à prendre en compte les valeurs et les catégories qui structurent notre vision du monde et pas seulement celle du monde du travail. Cet état de fait contemporain est le produit d'une histoire sur laquelle il faut nécessairement s'arrêter un moment. Cette précaution méthodologique est d'importance pour ne pas sombrer dans une lecture trop essentialiste du travail.

Le travail industriel tel qu'il se diffuse en Europe à partir des années 1830 et surtout dans la période qui couvre la seconde moitié du XIX<sup>e</sup> siècle et la première moitié du XX<sup>e</sup> a longtemps été perçu comme la terre d'élection de logiques instrumentales et

---

<sup>1</sup> F. LORDON, *La société des affects*, Paris, Seuil, 2013.

<sup>2</sup> La question de l'attention portée par les sciences sociales aux émotions doit cependant être distinguée de la place reconnue aux émotions dans un système économique et idéologique donné. Comme le relève Eva Illouz, la formation du capitalisme s'est ainsi accompagnée « d'une culture des sentiments » (E. ILLOUZ, *Les sentiments du capitalisme*, Paris, Seuil 2006, p. 17 ; *adde* sous la direction d'E. ILLOUZ, *Les marchandises émotionnelles*, Paris, Premier parallèle, 2019).

<sup>3</sup> E. ILLOUZ, *Les sentiments...*, *op. cit.*, p. 72.

<sup>4</sup> A. JEANTET, *Les émotions au travail*, Paris, CNRS éditions, 2018. L'auteure se réfère dès le préambule de son ouvrage à E. Illouz ; A. JEANTET, « Quels statuts des émotions dans le travail ? », in A. CKIER (dir.), *Travail vivant et théorie critique*, Paris, PUF, 2017, p. 85.

<sup>5</sup> A. JEANTET, *Les émotions au travail*, *ibid.*

<sup>6</sup> *Ibid.*

<sup>7</sup> *Ibid.*

rationnelles. L'étude du travail est alors avant tout une affaire d'ingénieurs. Taylor pour le monde industriel, Fayol pour le monde administratif représentent les figures archétypales d'une conception du travail modelée par des procédures rationalisées à l'extrême, détachées de toute subjectivité, celle-ci n'étant vue que comme le grain de sable susceptible d'enrayer le fonctionnement de la machine. Cette dernière donne le tempo à l'activité de l'homme au travail. Malgré cette volonté de ne laisser aucune place à l'expression de la subjectivité ou de l'émotion, celles-ci reviennent toujours simplement parce que l'homme au travail reste un être humain. Ce qu'il est, ce qu'il sent, ce qu'il pense trouvent à s'infiltrer dans les interstices des procédures les plus rationalisées que l'on puisse imaginer. Ce que montre à l'envi dans les années trente, *Les Temps modernes* de Chaplin<sup>8</sup> ou ce que décrit S. Weil dans son *Journal d'usine* qui relate et analyse son expérience ouvrière de 1934<sup>9</sup>. C'est à la même époque qu'émerge aux États-Unis l'École de Relations Humaines de Mayo, Lewin et Maslow<sup>10</sup>, qui cherche à réhabiliter, contre les dérives du taylorisme, la dimension subjective (et donc émotionnelle) des rapports de travail<sup>11</sup>. L'emblématique expérience de la *Western Electric Company* montre alors qu'au-delà de l'amélioration des conditions matérielles d'exécution du travail, le fait que l'observateur s'intéresse aux conditions de travail engendre une amélioration de la productivité des travailleurs et dans le cas présent des travailleuses. C'est encore au cours de la même période que le russe Vigotski développe sa théorie sur les rapports de la pensée et du langage. Ses thèses, quoiqu'éloignées de la question du travail, vont exercer une forte influence sur certains auteurs contemporains du champ de la clinique du travail et de l'activité. Y. Clot est de ceux-là<sup>12</sup>.

Il faut ensuite attendre les années quatre-vingt pour voir poser les bases de la psychopathologie du travail avec C. Dejours<sup>13</sup> et déplacer le regard vers le travailleur dans toutes les composantes de sa personnalité. La réinscription de la question des émotions dans l'analyse du travail sera le fait de psychologues du travail, de sociologues mais aussi de philosophes. Tels E. Renaut s'inscrivant dans les perspectives ouvertes par A. Honneth sur la Reconnaissance, A. Cukier ou F. Fischbach dans une approche marxiste rénovée.

Ce contexte théorique rencontre la montée en puissance de l'impératif de protection de la santé physique et mentale des travailleurs et l'irruption des problématiques de

---

<sup>8</sup> *Les Temps modernes*, de et avec Charles Chaplin (1936).

<sup>9</sup> S WEIL, *La condition ouvrière*, Paris, Gallimard, 2002, coll. « Folio essais » (l'ouvrage est publié pour la première fois chez Gallimard en 1951 dans une collection dirigée par Camus) ; A. SUPLOT, « Simone Weil, juriste du travail », *Cahiers S. Weil*, 2010 ; P.-Y. VERKINDT, « L'épreuve du réel. Variation autour de *La condition ouvrière* de Simone Weil », in *Mélanges en l'honneur de J. Mestre*, Paris, LGDJ, 2019, p. 897.

<sup>10</sup> Pour ne citer les protagonistes les plus connus.

<sup>11</sup> Parmi de très nombreuses références, v. E. ILLOUZ, *Les sentiments du capitalisme*, op. cit., p. 31 et s.

<sup>12</sup> Y. CLOT, *Travail et pouvoir d'agir*, Paris, PUF, 2008, p. 50.

<sup>13</sup> C. DEJOURS, *Travail, usure mentale. Essai de psychopathologie du travail* [1980], Paris, Bayard, nouvelle édition 2000 ; *Travail vivant*, Paris, Payot (deux volumes), 2009.

souffrance au travail<sup>14</sup>, via la prise de conscience des phénomènes de harcèlement et de suicide au travail.

C'est en ce point que s'opère la jonction entre l'analyse du travail et le droit social. Sans doute convient-il de ne pas trop exagérer le particularisme de ce dernier dans ses rapports avec l'émotion mais certaines caractéristiques de la discipline conduisent malgré tout à poser l'hypothèse de sa perméabilité particulière aux affects. Il est d'abord un ensemble de normes de protection de la partie faible au contrat qui sert de base juridique au travail. Le droit social est encore un droit organisateur de la subordination consubstantielle à la relation de travail et ne peut donc être pensé en dehors de l'asymétrie fondamentale d'information et de pouvoir qui caractérise le rapport entre l'employeur et le salarié. De plus, la diversité de ses sources alliant les sources hétéronomes étatiques et autonomes parce que produites par les acteurs des mondes du travail, ouvre des espaces permettant la pénétration des émotions individuelles et collectives. Cette particulière porosité du droit social aux émotions peut être constatée à la fois dans les rapports de travail abordés dans leur dimension individuelle et dans leur dimension collective, et à la fois dans les pratiques du juge.

### **I.- La place des émotions dans l'organisation juridique des relations de travail**

Le travail, qu'on le voit comme l'étymologie le suggère comme une souffrance ou au moins comme une contrainte pesant sur l'individu, qu'on l'analyse comme le comblement de la distance entre un réel qui résiste et l'activité humaine comme le présente parfois la psychopathologie du travail ou qu'on le considère comme la source de l'estime de soi dans le processus de la reconnaissance<sup>15</sup> ne peut se concevoir comme une simple marchandise à échanger sur un marché<sup>16</sup>. L'engagement de la personne humaine dans sa complétude, corps et esprit mêlés, dans l'action de travail introduit un fort élément de subjectivité dans la relation de travail elle-même. Les émotions traversent de part en part le travail et l'organisation *lato sensu* du travail<sup>17</sup>. Plusieurs questions viennent alors immédiatement à l'esprit. Si les émotions ont une place dans la « boîte noire » du travail, les règles de droit qui s'appliquent au travail et au(x) travailleur(s) sont-elles, elles aussi, perméables à ces émotions ? Et l'étude du droit du travail requiert-elle de la même manière la prise en considération des émotions ? La première question est du ressort de la dogmatique juridique. La seconde s'apparente plus à une épistémologie en ce qu'elle conduit le juriste à s'interroger sur les périmètres de son objet d'investigation mais aussi sur sa propre implication émotionnelle dans le choix de son objet et dans la manière de l'aborder.

---

<sup>14</sup> A. JEANTET, *op. cit.*, p. 8.

<sup>15</sup> A. HONNETH, *La lutte pour la reconnaissance* [1992], Paris, Cerf, 2010.

<sup>16</sup> A. SUPLOT, *Le travail n'est pas une marchandise*, Paris, Collège de France, 2019.

<sup>17</sup> A. JEANTET, « Quels statuts des émotions dans le travail », in *Travail vivant et théorie critique*, Paris, PUF, 2017, « Souffrances et théorie », p. 86.

Si l'on considère la relation que l'individu entretient avec *le* travail<sup>18</sup> ou *son* travail<sup>19</sup>, les relations interindividuelles dans lesquelles s'insère son activité ou encore les relations collectives de travail qui naissent de son appartenance à un métier<sup>20</sup>, à une catégorie<sup>21</sup> ou à un ou plusieurs groupes sociaux<sup>22</sup>, il n'est pas difficile de se convaincre de la présence tantôt explicite tantôt implicite des affects à tous les stades de ces relations. L'envoi d'une lettre de licenciement, l'accident qui survient au travail, et, pour le salarié, l'entretien préalable à une rupture, la soumission aux directives du chef d'atelier ou de service, ou de l'employeur, la négociation individuelle d'une augmentation de salaire sont autant d'actes qui engagent peu ou prou affectivement leur auteur. La réception d'informations sur une restructuration envisagée, un conflit collectif sont tout autant générateurs d'émotions. C'est déjà prendre conscience que l'irruption de l'émotion affecte les relations individuelles autant que les relations qualifiées de collectives.

Le quotidien du travail sollicite le corps et la subjectivité, il est imprégné d'imprévisibilité<sup>23</sup>, elle-même génératrice d'émotions. Tout autre est la question de la place des émotions dans les *normes* du travail et dans le processus de leur application.

#### A.- Le contrat de travail au prisme des affects

La subordination inhérente au contrat de travail, à la fois cause de sa qualification juridique et conséquence de sa conclusion impose d'intégrer dans tout rapprochement du travail et des émotions la question du pouvoir et de sa justification. Par ailleurs, l'asymétrie de pouvoir consubstantielle au contrat de travail entraîne une asymétrie émotionnelle que renforce le fait que si le salarié est nécessairement une personne physique, l'employeur est souvent une personne morale dont on a vu qu'elle n'était guère accessible à l'émotion<sup>24</sup>. Au surplus, un autre phénomène, particulièrement important en droit social, vient durcir l'asymétrie. On connaît en effet l'importance des seuils d'effectifs dans la mise en œuvre des normes de droit social. Or, la taille de l'entreprise n'a pas seulement une portée sur les droits individuels et collectifs des travailleurs, elle

<sup>18</sup> On pense ici aux représentations du travail qui sont les siennes mais qui se sont construites dans les interactions sociales qui ont été les siennes depuis l'enfance.

<sup>19</sup> C'est l'épreuve du réel et la résistance qu'il oppose à l'action de l'homme qui fait le travail. Comme l'écrit C. DEJOURS, « Travailler, c'est combler l'écart entre le prescrit et l'effectif », *L'évaluation du travail à l'épreuve du réel*, INRA éd., 2003, p. 14.

<sup>20</sup> « Le métier évoque tout à la fois une qualité attachée à une personne (la maîtrise d'un art), l'inscription dans une filiation dépassant l'individu et l'inscrivant dans un collectif d'appartenance (transmission et évaluation professionnelle) mais aussi un ensemble de règles régissant les relations entre les membres du métier et avec son environnement » (F. OSTY, *Dictionnaire du travail*, Paris, PUF, 2012, v<sup>o</sup> « Métier »).

<sup>21</sup> Par exemple celle de « cadre », v. L. BOLTANSKI, *Les cadres. La formation d'un groupe social*, Paris, éd. de Minuit, 1982.

<sup>22</sup> Syndicats, associations, club sportif (on se souviendra ici que certains clubs sportifs ont pour origine l'appartenance à une entreprise : Michelin à Clermont Ferrand, Peugeot à Sochaux etc.) ou tout autre cercle d'amis.

<sup>23</sup> A. JEANTET, *Les émotions au travail*, loc. cit.

<sup>24</sup> B. DONDERO, dans la communication qu'il a présentée dans le cadre du séminaire « Droit et émotion ».



influence aussi l'intensité des émotions ressenties notamment par l'employeur. Il n'est guère difficile d'imaginer que le chef d'une très petite entreprise (TPE) ne comportant que quelques salariés est plus sensible à un événement qui sollicite sa subjectivité, que le chef d'une grande entreprise dont les affects sont protégés par la distance avec le travail réel, par l'écran de la personne morale et la sophistication des procédures et des *process* de décision.

Les affects peuvent surtout intervenir à toutes les étapes de la vie du contrat de travail. Au stade de l'embauche, les situations sont d'une grande diversité. Il est permis de penser que les particularités du métier du salarié, l'objet de l'entreprise et sa culture exerceront une influence sur l'intensité de l'émotion au cœur de la décision d'embauche. Il suffit pour s'en convaincre de penser aux entreprises dites de tendance<sup>25</sup> ou à celles opérant dans certains secteurs d'activité dont l'objet est précisément la production d'émotions (secteurs du spectacle, industries culturelles, etc.). Hors ces cas particuliers, il faut cependant reconnaître que les tensions sur l'emploi et le maintien du chômage à un haut niveau auraient plutôt tendance à effacer la place de l'émotion dans l'embauche.

Au stade de l'exécution du contrat et selon l'objet de la prestation de travail, les affects vont réapparaître comme on l'a vu *supra* de façon relativement imprévisible. Certaines normes relatives à l'exécution du contrat intègrent le paramètre émotionnel. Le premier exemple et peut-être le plus immédiatement perceptible est celui du harcèlement, des risques psychosociaux et de la souffrance au travail. Le second exemple est celui du droit du salarié de se retirer d'une situation qu'il perçoit comme dangereuse pour lui.

S'agissant du premier et sans entrer dans le détail de son régime juridique, le harcèlement moral est le fait pour un salarié de subir des « *agissements répétés [...] qui ont pour objet ou pour effet une dégradation de ses conditions de travail susceptible de porter atteinte à ses droits et à sa dignité, d'altérer sa santé physique ou mentale ou de compromettre son avenir professionnel* »<sup>26</sup>. Le harcèlement sexuel est défini à l'article L 1153-1 du Code du travail et peut s'exprimer de deux manières. Il pourra s'agir soit de propos ou comportements à connotation sexuelle répétés qui soit portent atteinte à sa dignité en raison de leur caractère dégradant ou humiliant, soit créent à son encontre une situation intimidante, hostile ou offensante, soit de toute forme de pression grave, même non répétée, exercée dans le but réel ou apparent d'obtenir un acte de nature sexuelle, que celui-ci soit recherché au profit de l'auteur des faits ou au profit d'un tiers.

---

<sup>25</sup> L'entreprise est dite de tendance moins en considération de son objet (qui peut être commercial ou à but non lucratif) qu'en fonction des orientations doctrinales qui guident son action. Ces orientations peuvent être philosophiques, religieuses, politiques ou encore syndicales.

<sup>26</sup> C. trav., art. L 1152-1.

Les harcèlements sont donc à la fois une atteinte à la dignité de la personne et une atteinte à sa santé. Les comportements incriminés sont dotés d'une forte charge émotionnelle atteignant la victime dans ce qu'elle a de plus intime. Par ailleurs, sans aller jusqu'à des faits de harcèlement caractérisés, certaines organisations du travail et certains modes de management ont pour objectif ou pour effet de jouer sur les ressorts de l'émotion pour renforcer la domination juridique (le pouvoir de donner des ordres, d'en contrôler l'exécution et d'en sanctionner la violation) par une pénétration au plus profond de la subjectivité de la personne. Ce harcèlement managérial, générateur de risques psychosociaux et de souffrance au travail retient désormais l'attention. Que l'employeur soit personnellement l'auteur des actes de harcèlement, qu'il en soit le facilitateur par ses choix organisationnels ou qu'il les ait tolérés en ne sanctionnant pas l'auteur, il y a là selon la jurisprudence une violation de son obligation de sécurité<sup>27</sup>.

S'agissant du droit de retrait du salarié placé dans une situation de travail dont il a « un motif raisonnable de penser qu'elle présente un danger grave et imminent pour sa vie »<sup>28</sup>, la jurisprudence reste assez peu développée<sup>29</sup> mais fait preuve d'un réel pragmatisme permettant de donner à cette faculté du salarié son plein effet. C'est ainsi que la référence au « motif raisonnable » laisse au salarié la possibilité d'établir que *pour lui* en considération par exemple de son propre état de santé, le sentiment que se maintenir au poste engendrait des risques importants peut être suffisant indépendamment de l'objectivité du danger. De même, l'absence de confiance dans les mesures de prévention prises par l'employeur est de nature à intensifier la perception du danger par le salarié. Les circonstances de fait seront ici déterminantes pour le juge et sans pour autant admettre une appréciation totalement subjective, l'émotion ressentie par le salarié fait partie des éléments dont le juge tiendra compte dans son appréciation de la légitimité du retrait.

Les règles et leurs applications relatives à la rupture du contrat offrent, dans leur rapport à l'émotion, une image moins homogène qui oscille entre flux et reflux. L'abandon de la perte de confiance comme motif de rupture du contrat tout comme la réticence du juge à admettre la mésentente entre salariés comme cause réelle et sérieuse de licenciement traduisent une mise à distance de l'émotion dans l'appréciation de la légitimité de la rupture. En revanche, la jurisprudence qui admet la requalification d'une démission donnée sous l'emprise de la peur, du stress ou même d'une dépression<sup>30</sup>, en licenciement, tout comme l'invalidation d'une rupture conventionnelle acceptée sous contrainte<sup>31</sup>, laissent une place au paramètre émotionnel dans le champ de la rupture du

<sup>27</sup> Sur l'emblématique procès France Télécom, v. Sem soc Lamy, 2020, n° 1895.

<sup>28</sup> C. trav. art. L 4131-1.

<sup>29</sup> P.-Y. VERKINDT, « Controverse : quels usages du droit de retrait ? », *Revue de droit du travail*, 2020, 721.

<sup>30</sup> Pour un exemple topique d'une démission donnée dans un état de stress et de fatigue provoqués par le comportement de l'employeur et requalifiée pour ces raisons en licenciement, Cass. soc., 23 janv. 2019, n° 17-26794.

<sup>31</sup> Cass. soc., 6 janv. 2021, n° 19-18549.

contrat. Sur ces différents points, le renvoi de l'appréciation du caractère réel et sérieux de la rupture au pouvoir souverain du juge du fond permet de considérer que non seulement les circonstances émotionnelles de la rupture sont prises en compte mais qu'au surplus la nécessaire recherche d'objectivité du juge n'exclut nullement l'intégration de paramètres émotionnels dans la qualification juridique de la rupture ou dans l'appréciation de l'indemnisation<sup>32</sup>.

## B.- La puissance des émotions dans les relations collectives de travail

Comme toute personne, le travailleur s'inscrit dans un tissu de relations parmi lesquelles celles qui s'instaurent dans le milieu de travail. Cette inscription dans des collectifs de travail ou une collectivité de travail conduit à relever qu'en lien avec un droit individuel du travail arbuté sur le contrat, s'est constitué un droit des relations collectives. Traditionnellement ce dernier rassemble les règles relatives à la représentation du personnel, celles organisant la place et l'action des organisations syndicales, celles applicables à la négociation collective et à la convention collective et enfin l'organisation juridique du fait social que constituent les conflits collectifs du travail. Même si l'on ne peut exclure que la mise en place et le fonctionnement du comité social et économique d'une part, ou que l'action syndicale dans et hors de l'entreprise d'autre part puissent être imprégnées d'émotions<sup>33</sup>, on s'arrêtera ici sur deux situations où les affects sont susceptibles d'exercer une influence déterminante sur la mise en œuvre du droit en cause. La première est celle du conflit collectif, la seconde concerne la négociation collective<sup>34</sup>.

On sait depuis G. Le Bon que l'éclosion des émotions collectives est tout autre chose que la somme des émotions individuelles<sup>35</sup> avec lesquelles elles cohabitent. Les exemples abondent en littérature de la description de ces phénomènes où l'on voit des individus poser des actes dont ils s'abstiendraient (et condamneraient même) s'ils étaient dans un colloque singulier avec la victime de leurs actes<sup>36</sup>. Pour s'en tenir ici aux seuls aspects juridiques du *fait* de grève, il faut rappeler que le régime de la grève ne se déclenche qu'à trois conditions. La première est que l'événement soit caractérisé par une cessation du travail peu importante sa durée. La deuxième est que cette cessation doit être collective, cette exigence n'étant écartée que si l'entreprise ne comporte qu'un seul salarié ou que

<sup>32</sup> Ce qui est considéré parfois comme la source d'une insécurité juridique qu'il faudrait conjurer par l'instauration d'un barème. Sur ce point, v. *infra*.

<sup>33</sup> Difficile d'imaginer par exemple que les élections professionnelles qui conduisent à la mise en place du comité social et économique soient commandées par une sorte de rationalité exclusive de tout sentiment ou ressentiment. Impossible de considérer que l'adhésion à un syndicat soit le pur produit d'un calcul dénué de toute sensibilité.

<sup>34</sup> M. DESLOOVERE met en valeur dans sa contribution sur la négociation collective en matière de télétravail ce que l'émotion provoquée par le contexte pandémique a engendré dans le recours au télétravail (jusqu'à peu développé en France) et dans le choix des modalités de sa mise en place, v. *infra* M. DESLOOVERE, *L'impact des émotions liées à la pandémie sur le traitement du télétravail*.

<sup>35</sup> G. LE BON, *Psychologie des foules* [1895], Paris, PUF, 2013, coll. « Quadrige ».

<sup>36</sup> Que l'on se souvienne ici de certaines scènes du *Germinal* de ZOLA.

si le salarié, seul gréviste de l'entreprise répond à un mot d'ordre de grève plus étendu. Enfin, il n'y a « grève » qu'en présence de revendications professionnelles, la jurisprudence n'exigeant pas que ces revendications aient été préalablement refusées par l'employeur. Il suffit qu'il ait été mis en situation de les connaître. Il y a dans tout mouvement de grève une dimension émotionnelle. Parfois, c'est le mouvement lui-même qui l'engendre par la fusion du collectif qu'il engage. Nous avons tous l'image de ces grèves avec occupation des locaux ou celle plus ancienne et festive des grandes grèves de 1936. Parfois, l'émotion est à l'origine du mouvement lui-même : ainsi à l'occasion de l'annonce d'une délocalisation des activités, de la fermeture de l'entreprise ou de plans de licenciement. L'étincelle procède d'une émotion et la poursuite du mouvement alimente une dynamique émotionnelle que la satisfaction des revendications, la fatigue et l'usure des grévistes pourra ralentir jusqu'à l'éteindre. Deux types de grève manifestent un rapport encore plus net avec la question de l'émotion ou des affects. Le premier est celui de la grève « réactionnelle », le second est celui de la grève de « solidarité ». La première naît comme l'indique l'adjectif d'une émotion collective frappant une collectivité de travail à l'occasion d'un événement qui la touche ou touche violemment un de ses membres. La seconde est une variété de la première en ce que le groupe réagit à une situation qu'il considère comme résultant d'une injustice produite par le comportement de l'employeur ou de tout autre autorité décisionnaire. Dans les deux cas, le lien avec les « revendications professionnelles » peut apparaître comme particulièrement distendu mais la jurisprudence accepte assez facilement de se contenter d'un lien faible. C'est ainsi qu'elle légitimera la grève résultant d'une menace de licenciement d'un délégué syndical<sup>37</sup>, ou celle provoquée par la menace de sanction contre les salariés grévistes lors d'un précédent mouvement<sup>38</sup>. De même, bien que la frontière avec l'exercice du droit de retrait soit parfois délicate à tracer, la grève d'une catégorie de travailleurs suite à l'agression dont a été victime l'un des leurs est-elle considérée comme légitime.

La question de la place des émotions dans l'organisation juridique des relations de travail appartient pleinement à la dogmatique juridique. Celle des raisons qui poussent un scientifique à s'intéresser au droit social est tout autre. La question est peu étudiée en tant que telle et mériterait sans doute d'autres investigations, qu'il n'est pas possible d'engager ici. Au moins peut-on avancer de façon nécessairement sommaire, une intention, une idée et une interrogation. L'intuition est qu'on ne vient vraisemblablement pas au droit social par hasard. L'idée est que le travail d'analyse du droit légiféré et de la jurisprudence n'est pas seulement l'affaire des universitaires ou des « gens de justice » (avocats ou magistrats). Il laisse une place non négligeable à la pensée syndicale sur le droit social. Celle-ci une longue histoire<sup>39</sup>, s'appuie sur des publications et des revues, certaines très anciennes<sup>40</sup> et a su concevoir des modèles théoriques servant

<sup>37</sup> Cass. soc., 5 janv. 2011, n° 10-10685.

<sup>38</sup> Cass. soc., 7 juill. 2014, n° 13-12562.

<sup>39</sup> P. BANCE, *Les fondateurs de la CGT à l'épreuve du droit*, Claix, La pensée sauvage, 1978.

<sup>40</sup> Ainsi de la revue *Le droit ouvrier* (CGT) fondée en 1920.

de base aux stratégies judiciaires de l'organisation<sup>41</sup>. L'interrogation proprement épistémologique porte alors sur la simple possibilité d'une neutralité axiologique dans la façon d'aborder la discipline.

Reste que le rôle central joué par la jurisprudence dans la construction du droit social conduit nécessairement à interroger la place des émotions dans le contentieux social.

## II.- La place des émotions dans le contentieux social

Le droit du travail et le droit social qui l'englobe, ont longtemps été perçus et présentés comme l'expression la plus nette de l'intervention de l'État dans le social, voire comme l'archétype de la réglementation issue d'un État interventionniste. Cette lecture n'est pas fautive, mais elle a pour effet d'édulcorer le rôle joué par les rapports de force entre les groupes sociaux ainsi que leur inventivité dans la construction normative. Pour ne prendre qu'un exemple, les chambres syndicales et autres regroupements de solidarité se sont constitués alors même que le Code pénal de 1810 les interdisait sous peine de sanctions pénales, et bien avant leur « légalisation » résultant de la loi du 21 mars 1884. Illustration de la révolte des faits contre le Code pour reprendre le titre de l'ouvrage éponyme de Morin<sup>42</sup>.

Cette présentation d'un droit social, pur produit de l'État social, que l'on pourrait qualifier de « réglementariste », a encore pour effet d'occulter le rôle du juge. Celui-ci, parallèlement à la promotion de la jurisprudence comme source du droit, assure en effet le passage de la question sociale dans le système juridique, au moins autant que ne le ferait le législateur<sup>43</sup>. Il est, par fonction, placé au point de contact de la réalité sociale qui constitue l'assise du litige qu'il doit trancher et d'une norme juridique qui s'impose à lui.

C'est dans les interstices de cette confrontation nécessaire que se glissent les émotions de l'homme-juge, dont on peut légitimement penser qu'elles ont été et demeurent à l'origine d'inflexions jurisprudentielles quand ce n'est pas de pure forme elles ne sont pas à la source de créations purement prétoriennes.

---

<sup>41</sup> Ainsi du modèle du « Conflit des logiques » défendu par la CFDT dans les années soixante-dix. Sur cette doctrine juridique syndicale, v. J.-C. JAVILLIER, *Droit du travail*, Paris, LGDJ, 1981, n° 14.

<sup>42</sup> G. MORIN, *La révolte des faits contre le Code*, Paris, Grasset, 1920.

<sup>43</sup> Ainsi de l'apparition et des usages de la notion d'abus de droit (P. ANCEL, CL. DIDRY, « L'abus de droit : une notion sans histoire ? », in *L'abus de droit. Comparaisons franco-suisses*, Saint-Étienne, Presses Universitaires Saint-Étienne, 2001, p. 51) ou des transformations du droit de la responsabilité (S. CARVAL, *La construction de la responsabilité civile*, Paris, PUF, 2001 ; F. EWALD, *L'État-providence*, Paris, Grasset, 1986) ...

Conscience prise du fait que les affects sont en lien avec le contexte culturel dans lequel ils se déploient<sup>44</sup>, il nous semble dès lors possible de poser l'hypothèse que l'émotion du juge et en arrière-fond l'émotion suscitée dans la collectivité par le fait social en cause est à l'origine de dynamiques jurisprudentielles. Cette capacité du juge à créer « du droit » pour répondre à la réalité sociale et culturelle a alimenté nombre de controverses autant politiques que doctrinales. Dans leurs versions les plus anciennes, ces disputes se sont construites autour du spectre du « gouvernement des juges » selon l'expression de Lambert<sup>45</sup>. Elles n'ont pas totalement disparu mais les craintes s'expriment aujourd'hui dans un discours plus technique en apparence, sur les effets dissolvants de l'insécurité juridique. Le changement de vocabulaire ne saurait cependant faire illusion. La question de la place du juge dans le règlement des conflits individuels et collectifs du travail demeure une question fondamentalement politique. Il suffit pour s'en convaincre de la prolonger en s'interrogeant sur l'attributaire des effets de la sécurité revendiquée. Parle-t-on de la sécurité (juridique) du salarié ou de celle de l'employeur ?

La jurisprudence (en tant que collationnement des décisions des juges) serait, selon ses critiques, disqualifiée comme source de droit en raison de l'imprévisibilité qui la caractériserait. De là à imaginer que cette imprévisibilité résulterait de la sollicitation par le juge de ses affects face à la situation juridique à trancher, il n'y a qu'un pas. L'idée que l'émotion du juge serait génératrice d'aléa pour les plaideurs et avant cela d'incertitude pour les acteurs juridiques, a dans certains cas conduit le législateur à écarter le juge de la production de normes ou à limiter sa marge de manœuvre spécialement dans l'allocation de dommages-intérêts. Il est clair que si le juge ne devait être que la bouche de la loi, ce dont semble-t-il certains rêvent encore, alors la question de ses émotions n'aurait aucun intérêt. Pourtant, l'histoire du droit social montre que des évolutions normatives significatives ont été produites par une dynamique jurisprudentielle elle-même portée par une sensibilité émotionnelle du juge à certaines questions.

### **A.- Les émotions du juge au principe d'évolutions jurisprudentielles en droit social**

Lorsqu'en 2002, le juge français en charge de la réparation des accidents du travail et des maladies professionnelles<sup>46</sup> « redécouvre » dans le contrat de travail une obligation de sécurité de résultat, il le fait parce qu'il est confronté au « scandale de l'amiante ». C'est-à-dire à des salariés gravement malades ou à des ayants droit de salariés décédés pour avoir été exposés à l'inhalation de fibres d'amiante, alors même

---

<sup>44</sup> Pour ne prendre qu'un exemple, on imagine sans peine combien le droit de la responsabilité peut être perméable.

<sup>45</sup> E. LAMBERT, *Le gouvernement des juges* [1921], Paris, réédit. Dalloz, 2015.

<sup>46</sup> C'est alors la Chambre sociale de la Cour de cassation. Ce contentieux a été transféré depuis lors à la deuxième Chambre civile.

que la nocivité du matériau était établie depuis la fin du XIX<sup>e</sup> siècle<sup>47</sup>. Il est difficile d'imaginer que le juge du fond d'abord et le juge de cassation ensuite, aient pu être insensibles à cette situation plaçant le salarié face à la détresse respiratoire et à un risque de mort en raison de la négation du risque par l'employeur et de la pression exercée par le secteur économique de la transformation de l'amiante. La Cour de cassation, afin d'assurer une plus complète réparation de la pathologie professionnelle, modifie alors, en mobilisant la référence à une obligation contractuelle de sécurité de résultat, sa définition de la faute inexcusable. Elle le fait par une salve d'arrêts du même jour (certains de rejet, d'autres de cassation) qui retiennent l'idée selon laquelle la conclusion du contrat de travail emporte pour l'employeur une obligation de sécurité de résultat dont la violation présente le caractère d'une faute inexcusable<sup>48</sup>.

L'option ainsi prise par la Cour de cassation n'est nouvelle qu'en apparence. Elle s'inscrit dans une longue tradition qui voit le juge dégager des solutions qu'il veut en accord d'un point de vue rationnel avec la fonction protectrice de la discipline, et d'un point de vue émotionnel avec la philosophie sociale qui s'en dégage. L'histoire et le droit contemporain nous en offrent de nombreux exemples. L'un des plus significatifs dans l'histoire est sans doute la façon dont s'est construite la loi du 9 avril 1898 sur la réparation des accidents du travail. Confrontées à l'impossibilité du travailleur victime d'un accident d'établir la faute de l'employeur pour obtenir réparation de son préjudice, l'accident étant en quelque sorte anonymisé par l'effet du machinisme, les plus hautes juridictions françaises ont dû faire preuve d'inventivité pour lire les textes fondant la responsabilité, à la lumière des circonstances nouvelles nées de la révolution industrielle. On ne reviendra pas ici sur l'histoire de cette jurisprudence à laquelle de nombreux travaux ont été consacrés<sup>49</sup> sauf pour relever sur ces questions, l'interaction du juge et de la doctrine<sup>50</sup> et noter l'émergence d'une sensibilité des juges à la question

---

<sup>47</sup> S. FOULON, F. CHAMPEAUX, *Dernier recours*, Paris, Seuil, 2012 ; parmi de nombreuses références, M. KEIM-BAGOT, *De l'accident du travail à la maladie professionnelle*, Paris, Dalloz, 2015, n° 221 et s.

<sup>48</sup> Vingt-neuf arrêts sont rendus le 28 février 2002 par la Cour de cassation (ainsi pourvoi n° 00-11 793 : « Mais attendu qu'en vertu du contrat de travail le liant à son salarié, l'employeur est tenu envers celui-ci d'une obligation de sécurité de résultat, notamment en ce qui concerne les maladies professionnelles contractées par ce salarié du fait des produits fabriqués ou utilisés par l'entreprise ; que le manquement à cette obligation a le caractère d'une faute inexcusable, au sens de l'article L. 452-1 du Code de la sécurité sociale, lorsque l'employeur avait ou aurait dû avoir conscience du danger auquel était exposé le salarié, et qu'il n'a pas pris les mesures nécessaires pour l'en préserver ». Dans son dernier état, la Chambre sociale a abandonné l'expression « obligation de sécurité de résultat » au profit de celle d'« obligation de sécurité », autre façon de nommer l'obligation générale de prévention pesant sur tout employeur en application des articles L 4121-1 et L 4121-2 du Code du travail. Jusqu'en 2020, la deuxième Chambre civile avait maintenu la référence au fondement contractuel. Elle a désormais aligné sa formulation sur celle de la Chambre sociale.

<sup>49</sup> F. EWALD, *L'État-providence*, Paris, Grasset, 1988 ; S. CARVAL, *La construction de la responsabilité civile*, Paris, PUF, 2001 ; pour une présentation synthétique de la jurisprudence installant la théorie du risque dans le paysage juridique, v. D. DEROUSSIN, *Histoire du droit des obligations*, Paris, Economica, 2007, p. 829.

<sup>50</sup> Les noms de Saleilles, de Sainctelette, de Lyon Caen s'imposent ici.

sociale que confirmeront, en droit social, les grandes évolutions jurisprudentielles ultérieures<sup>51</sup>.

D'autres exemples, plus récents, illustrent la créativité jurisprudentielle en matière sociale. On a déjà évoqué l'évolution de la notion de faute inexcusable en matière de maladie professionnelle et la redécouverte de l'obligation de sécurité pesant sur l'employeur. La qualification en accident du travail du suicide du salarié (alors même qu'il est intervenu en dehors de l'entreprise) dès l'instant où un lien, même faible, est établi avec le travail, participe de la même démarche<sup>52</sup>, autant que la protection particulière du lanceur d'alerte<sup>53</sup>. La liste s'allonge des situations dans lesquelles le juge social a su déployer son pouvoir créateur. Mais c'est sans doute dans le domaine des indemnisations (licenciements sans cause réelle et sérieuse, violation de l'obligation de sécurité, utilisation illégitime du pouvoir disciplinaire...) que, sur la base de son pouvoir souverain d'appréciation, il peut manifester son attention à la situation des salariés.

Il n'en demeure pas moins qu'en laissant au juge une réelle marge de manœuvre dans la qualification d'un fait (tel que la grève), la requalification d'un acte juridique (telle une démission requalifiée en licenciement...) ou encore dans le niveau de l'indemnisation, le système juridique s'accorde une certaine souplesse pour appréhender le réel. Mais si la souplesse dans l'interprétation est gage d'adaptabilité de la norme, elle est aussi inéluctablement source d'insécurité. Or, le discours sur et de la « sécurité juridique » s'est fait plus prégnant au fil du temps et le législateur contemporain a opté pour la mise en place de mécanismes destinés à tenir à distance la capacité réactive et créative du juge ainsi que ses potentielles réactions émotionnelles face aux situations qui lui sont soumises.

## B.- Le cantonnement des émotions : la pratique des barèmes

L'installation de délais préfix, le raccourcissement des délais de prescription des actions, la complexification des modes de saisine du juge social (particulièrement du juge prud'homal), le recul *de fait* parfois *de droit* de l'oralité sont autant de traductions d'une volonté de limiter le contentieux social et de cantonner le rôle du juge social. L'évitement du juge est renforcé, toujours dans l'objectif affiché de réduction de l'aléa

---

<sup>51</sup> Que l'on songe à l'extension de l'action syndicale à la défense de l'intérêt collectif de la profession par la décision des Chambres réunies du 5 avr. 1913 (*D.*, 1914, I, 65 rapp. FALCIMAIGNE, concl. SARRUT), prélude à la loi du 12 mars 1920.

<sup>52</sup> Cass. civ. 2, 22 févr. 2007, n° 05-13771, Bull. civ. II, n° 54.

<sup>53</sup> Cass. soc., 8 juill. 2020, n° 18-13593 visant l'article L 1132-3 dans sa rédaction de 2013 (« Attendu selon ce texte qu'aucun salarié ne peut être sanctionné, licencié ou faire l'objet d'une mesure discriminatoire, directe ou indirecte, pour avoir relaté ou témoigné, de bonne foi, de faits constitutifs d'un délit ou d'un crime dont il aurait eu connaissance dans l'exercice de ses fonctions ; qu'il s'en déduit que le salarié ne peut être licencié pour ce motif sauf mauvaise foi, laquelle ne peut résulter que de la connaissance par le salarié de la fausseté des faits qu'il dénonce et non de la seule circonstance que les faits dénoncés ne sont pas établis »).



propre au procès, par une mise sous contrôle de toute réaction émotionnelle grâce à l'institution de barèmes réduisant sa marge de manœuvre dans l'appréciation de l'indemnisation.

Il y a en droit social français deux grandes catégories de barèmes qui n'ont pas le même effet sur le cantonnement de la mission (et de l'émotion) du juge. La première catégorie comporte deux variétés d'une « barémisation » indicative. La seconde catégorie issue d'une ordonnance du 22 septembre 2017 met en place un barème impératif et a fait couler beaucoup d'encre dans la doctrine tout en provoquant une certaine fronde des juges du fond toujours à l'œuvre.

Au sein de la première catégorie, il faut distinguer d'une part le barème « accident du travail et maladie professionnelle » (Code de la sécurité sociale) et d'autre part, le barème de conciliation prud'homale (Code du travail). En matière d'accident du travail ou de maladie professionnelle, la rente (ou le capital) versée à la victime est déterminée par la caisse de sécurité sociale à partir de son salaire antérieur et d'un taux d'incapacité réelle résultant lui-même de la nature de l'infirmité, de l'état général, de l'âge, des facultés et des aptitudes de la victime, de sa qualification, ainsi que des données d'un barème indicatif<sup>54</sup>. Ce dernier, annexé à l'article R 432-2 du Code de la sécurité sociale est actualisé par un comité d'experts constitué auprès du ministre en charge de la sécurité sociale. Il est actuellement en cours de révision. Il fournit des indications sur le taux médical d'incapacité (ainsi le blocage d'une épaule dominante, c'est-à-dire l'épaule droite pour un droitier, avec blocage de l'omoplate, donne-t-il un taux d'incapacité médiale de 55 %. Le blocage de l'épaule non dominante donne un taux d'incapacité de 45 %, etc.). Ce barème indicatif participe donc du calcul du montant de la rente ou du capital mais le juge dispose d'autres paramètres pour ajuster la réparation. Le barème de conciliation prud'homale a, quant à lui, été introduit à l'article L 1235-1 du Code du travail par la loi n° 14, juin 2013. Il tend à s'apparenter à une mesure d'administration judiciaire destinée à désengorger le conseil de prud'hommes qu'à une mesure de cantonnement du rôle du juge. Il reste totalement optionnel. Le texte prévoit ainsi qu'en matière de licenciement, une conciliation pourra intervenir devant le bureau de conciliation et d'orientation (BCO) sur la base d'un barème établi par le décret n° 2016-1582 du 23 novembre 2016. Ce barème forfaitaire est défini en fonction de la seule ancienneté du salarié (deux mois de salaire pour une ancienneté inférieure à un an jusqu'à 24 mois de salaire pour une ancienneté d'au moins trente ans). La mise en œuvre du barème fait l'objet d'un accord particulier devant le BCO mais ne s'impose nullement aux parties concernées.

Tout autre est la logique du barème obligatoire d'indemnisation du licenciement injustifié issu de l'ordonnance n° 2017-1387 du 22 septembre 2017 et de la loi n° 2018-217

---

<sup>54</sup> C. sec. soc., art. L 434-2. La détermination du taux d'incapacité entre dans le champ de compétence du pôle social du Tribunal judiciaire, la décision de la caisse pouvant être contestée par la victime.

du 29 mars 2018. Ces textes mettent en place un barème obligatoire pour le juge lorsqu'il estime que le licenciement du salarié est sans cause réelle et sérieuse. Figurant dans l'article L 1235-3 du Code du travail, il fait varier l'indemnité entre un plancher et un plafond en fonction de l'ancienneté du salarié et pour les salariés jusqu'à dix ans d'ancienneté, avec un plancher variable en fonction de la taille de l'entreprise (moins de onze ou au moins onze salariés). Ainsi, un salarié qui est licencié sans cause réelle ou sérieuse alors qu'il justifie de trois ans d'ancienneté verra son indemnisation susceptible de varier entre trois et quatre mois de salaire brut. S'il travaillait dans une entreprise de moins de onze salariés, l'indemnisation variera d'un à quatre mois de salaire. Toutes autres considérations telles que l'âge du salarié, son état de santé, sa formation ou encore les circonstances particulièrement vexatoires de la rupture sont inopérantes. Des chiffres, rien que des chiffres.

L'application du barème est écartée par l'effet de l'article L 1235-3-1 du Code du travail dans certains hypothèses : violation par l'employeur d'une liberté fondamentale, exercice du droit de grève ou encore violation de procédures spécifiques à certaines catégories de salariés protégés, etc.

La question a été posée de la conformité du nouveau dispositif avec l'article 6 § 1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et avec la Convention n° 158 de l'OIT. L'avis rendu par la Cour de cassation le 17 juillet 2019 concluant que les textes nouveaux n'entraient pas dans le champ d'application de l'article 6 § 1 de la Convention EDH et n'étaient pas incompatibles avec la Convention n° 158 (les dispositions de la Charte sociale européenne n'ayant par ailleurs pas d'effet direct en droit interne dans un litige entre particuliers) n'a pas mis fin à la résistance des juridictions du fond et à leur réticence à appliquer le barème<sup>55</sup>. Emblématique sur ce point est la décision rendue par la cour d'appel de Bourges en novembre 2020<sup>56</sup>. La juridiction du fond considère qu'en présence d'un licenciement injustifié, « le contrôle de conventionnalité ne dispense pas, en présence d'un dispositif jugé conventionnel [par la Cour de cassation, le Conseil d'État et le Conseil constitutionnel], d'apprécier s'il ne porte pas une atteinte disproportionnée aux droits du salarié concerné en lui imposant des charges démesurées par rapport au résultat recherché, en l'occurrence l'indemnisation intégrale du préjudice qu'il a subi ». Or les faits de l'espèce montrent que ce salarié âgé de cinquante-neuf ans avait intensivement recherché sans succès un nouvel emploi après un licenciement survenu au surplus dans les conditions vexatoires. En réintroduisant le double paramètre de l'âge du salarié (totalement absent du barème) et de l'énergie déployée par le salarié pour retrouver un emploi, le juge du fond replace dans le litige, les éléments d'humanité que le barème s'était évertué à écarter au nom d'une appréciation supposée objectivée et sécurisée... pour l'employeur.

---

<sup>55</sup> Parmi de nombreux commentaires, v. C. RADE, « Licenciement et barème », *Dr. social*, 2019, 280.

<sup>56</sup> CA Bourges, ch. soc., 6 nov. 2020, n° 19/00585, JS Lamy, n° 518, avril 2021, n° 518-6.

Réintroduire l'humanité au cœur de la règle de droit, tel est le rôle du juge social et de tout juge. C'est de la mission de justice dont on parle. Il ne s'agit pas ici de se contenter de faire confiance aux émotions « comme si elles étaient nécessairement de bonnes intuitions »<sup>57</sup>, ni de tomber dans un sentimentalisme béat et de bon aloi<sup>58</sup>, il s'agit de rendre, comme l'écrit encore A. Jeantet à propos du travail, aux mondes du droit la part d'affect « qui caractérise toute vie sociale »<sup>59</sup>. Parce qu'il s'agit bien de le rendre plus « juste » au double sens de « justesse » et de « justice ».

---

<sup>57</sup> Comme l'écrit A. JEANTET (*Les émotions au travail*, *op. cit.*, p. 296).

<sup>58</sup> *Ibid.*, p. 297.

<sup>59</sup> *Ibid.*, p. 298.

## L'impact des émotions liées à la pandémie sur le traitement du télétravail

**Mathilde DE SLOOVERE**

*Doctorante en droit privée à l'École de droit de la Sorbonne  
Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne, IRJS*

Voilà maintenant plus d'un an que notre vie est dictée par la pandémie et son évolution. Le talent des scientifiques a permis l'élaboration d'un vaccin contre la COVID-19 dès janvier 2021. Cependant, avec l'apparition de nouveaux variants et l'approvisionnement chaotique en vaccins, la situation perdure. Le retour à une vie normale demeure une vague espérance.

La pandémie a été incontestablement une source d'émotions. Avec les confinements successifs, le monde du travail a été particulièrement touché. Aucun acteur n'a été épargné : ni les employeurs, ni les travailleurs.

Les émotions étaient diverses, propres à chacun, et ont évolué au cours de l'année. Elles ont été particulièrement intenses en mars 2020, lors du premier confinement.

L'année 2020 nous a fourni de nombreux exemples du lien entre le droit du travail et le contexte de crise sanitaire. On pense à la transformation du recours à l'activité partielle, aux modifications du rôle dévolu à la médecine du travail, ou encore à la pratique du télétravail. Ces exemples traduisent aussi à des degrés divers l'impact des émotions sur les règles de droit et leur agencement. Le plus topique me paraît être celui du télétravail.

Il ne faut pourtant pas oublier l'avant 2020. Le télétravail était alors rejeté par la majorité des entreprises. Cette récente modalité d'organisation du travail, permise grâce au développement des nouvelles technologies, était souvent considérée comme contre-productive. Voire, pour certaines entreprises, synonyme d'oisiveté et de fainéantise des salariés. Cette année aura, sur cette question, marqué un tournant. En l'espace de quelques semaines, voire de quelques jours, le télétravail a été imposé à plus de 40 % des salariés<sup>1</sup>. Cela a engendré plusieurs craintes, tant pour les salariés que pour les employeurs, renforçant les liens entre cette pratique et le droit du travail.

Le droit du travail en vigueur en mars 2020 a dans un premier temps encadré ces émotions en permettant le recours au télétravail. Grâce à un cadre juridique minimum, il a également limité les diverses interrogations quant à cette pratique nouvelle pour nombre de salariés (I).

---

<sup>1</sup> « Baromètre annuel Télétravail 2021 », Malakoff Humanis, 9 févr. 2021.

Puis, dans un second temps, ces émotions ont été créatrices d'un droit du travail conventionnel. De nombreux accords télétravail ont été négociés, signés et appliqués en moins d'un an (II).

### I.- Émotions, télétravail et droit légiféré

Lors de l'annonce du premier confinement, en mars 2020, la quasi-totalité des entreprises françaises ont dû brutalement fermer leurs locaux. La mesure était temporaire mais sa durée était indéterminée. Seuls les commerces de première nécessité, dont la liste était très courte à l'époque, pouvaient rester ouverts.

L'année écoulée a marqué un tournant pour la pratique du télétravail. En l'espace de quelques jours, la perception que les entreprises et les salariés en avaient a radicalement évolué. Cette perception n'aurait pas été imaginable deux ans plus tôt. On ne sait d'ailleurs pas si celle-ci perdurera à l'issue de l'épidémie. Les raisons de ce revirement dans la perception et le recours au télétravail sont multiples. La première, bien entendu, s'explique par les recommandations gouvernementales. Ce n'est cependant pas la principale. En effet, à cette époque, les entreprises n'étaient pas équipées pour imposer cette organisation du travail. Plus encore, les salariés n'étaient pas formés et ne maîtrisaient pas les codes de cette pratique. Le manque de préparation n'était ainsi pas propice à l'acceptation du télétravail.

La principale explication se trouve dans un processus bien différent. Il s'agit de nos émotions. En mars 2020, un flou scientifique planait sur la progression exponentielle d'un nouveau virus dont la contagiosité et la dangerosité étaient inconnues. Un virus mondial dont les conséquences étaient massivement mortelles. Face à l'incertitude scientifique et aux manques de moyens de protection, une crainte mondiale s'est développée. Cette crainte portait dans un premier temps sur le risque sanitaire et biologique. Se déplacer pour se rendre sur son lieu de travail devenait impossible pour nombre de travailleurs car source de stress et d'anxiété. Suite à la fermeture de la plupart des entreprises, sans préavis, beaucoup d'employeurs ont également exprimé de nouvelles craintes. L'arrêt brutal de l'activité a conduit à d'importantes pertes financières pour beaucoup de sociétés. Maintenir plus longtemps l'activité à l'arrêt signifiait conduire leur structure à une faillite certaine. D'autant plus que la durée du confinement était inconnue à l'époque. Cette peur a été également retrouvée chez les travailleurs. Nombre de salariés avaient peur de perdre leur emploi. La situation désastreuse du marché de l'emploi, particulièrement tendue, a contribué à renforcer l'intensité de cette émotion. Face à ces craintes, un consensus s'est naturellement imposé : l'activité devait se poursuivre à distance quand la nature de celle-ci le permettait.

Le Code du travail a permis de canaliser ces craintes en offrant une issue de secours immédiate : le télétravail. En effet, l'article L1222-11 du Code du travail prévoit la

possibilité d'imposer le recours au travail à distance sans formalité préalable<sup>2</sup>. Cela a ainsi permis aux employeurs de développer cette organisation immédiatement, sans perte de temps. Nombre d'entreprises ont sollicité cet article pour poursuivre leur activité. Cela permettait ainsi aux salariés de garder leur emploi, sans devoir se rendre sur leur lieu de travail. Le Code du travail encadrait également la pratique du télétravail. L'efficacité de ce cadre juridique était cependant à nuancer. Son contenu était en effet particulièrement sommaire ! Le droit légiféré fixait uniquement des principes généraux en matière de télétravail. Par exemple, le principe d'égalité de traitement entre les salariés sur site et ceux en télétravail. Le droit du travail permettait ainsi de régir certaines incertitudes juridiques, source de questionnements pour employeurs et salariés. Cela était suffisant avant le 16 mars 2020 car cette pratique était inconnue et non pratiquée par la plupart des salariés. Inconnue par choix, car inenvisageable du fait du domicile exigü par exemple. Ou, inconnue car toujours refusée par l'employeur.

La nouvelle donne résultant de la pandémie allait obliger à reconsidérer le cadre normatif du télétravail, d'où l'appel à la négociation collective.

## II.- Émotions, télétravail et droit conventionnel

Les émotions contextuelles liées à la pandémie ont également eu un rôle créateur de droit du travail, et plus particulièrement de droit conventionnel du travail. L'élaboration de ces normes conventionnelles a été rapide, *boostée* par le sentiment d'urgence véhiculé au printemps 2020.

Le 17 mars 2020, sans information préalable, le télétravail s'est imposé à des milliers de salariés. Cette nouvelle organisation du travail a été un bouleversement pour le travail et la vie de nombreux travailleurs. Il a été une source de nouvelles émotions, et notamment de nouvelles craintes. Dans un premier temps, une crainte face à l'isolement. Les premières restrictions gouvernementales pour faire face à l'épidémie ont conduit à supprimer les relations sociales d'ordre privé. Le travail en présentiel était la dernière source de lien social. Le recours au télétravail est venu restreindre ces liens professionnels, accroissant ainsi l'isolement des travailleurs. Une peur s'était également développée face à l'absence d'organisation de cette nouvelle pratique. Cela a conduit à plusieurs dérives telles que l'impossibilité d'user de son droit à la déconnexion, ou à des difficultés à articuler la vie professionnelle et la vie privée. Enfin, l'absence d'équipements adaptés à la pratique du télétravail a également été source d'angoisse et de questionnements. De nombreux salariés ont dû travailler assis sur un tabouret ou sur le coin d'une table. Or, travailler dans de mauvaises conditions peut causer des troubles musculosquelettiques. Côté employeurs, les émotions étaient diverses mais également

---

<sup>2</sup> « En cas de circonstances exceptionnelles, notamment de menace d'épidémie, ou en cas de force majeure, la mise en œuvre du télétravail peut être considérée comme un aménagement du poste de travail rendu nécessaire pour permettre la continuité de l'activité de l'entreprise et garantir la protection des salariés », C. trav., art. L1222-11.

bien présentes. La mise en place inopinée du télétravail a fait naître des craintes d'ordre opérationnel : comment équiper les salariés ? Comment encadrer le télétravail ? Comment faire en sorte que la pratique soit bien accueillie par les salariés ? Puis, à l'issue du premier confinement, concernant l'encadrement des modalités du télétravail pour le futur. Toutes ces craintes ont été décuplées par un sentiment de doute et d'urgence général. Nous n'avions aucune certitude quant aux risques sanitaires réels, ni quant à la durée de l'épidémie. La seule certitude était que de nouvelles mesures radicales devaient être prises très rapidement pour organiser cette nouvelle vie en cohabitation avec le virus.

Ce contexte générateur d'émotions a ainsi été la source d'un nouveau consensus : un cadre juridique devait encadrer la pratique du télétravail immédiatement, et pour le futur. Cela s'est matérialisé en pratique par l'élaboration de normes conventionnelles. Entre la fin du premier confinement et octobre 2020, plus de 860 accords collectifs portant sur le télétravail ont été signés<sup>3</sup>. Ce phénomène continue de prospérer avec de nombreux accords en cours de négociation actuellement. Outre ces accords collectifs, un accord national interprofessionnel sur le sujet a été signé le 26 novembre dernier. L'influence des émotions sur le droit conventionnel ici est particulièrement marquante. En effet, l'encadrement du télétravail ne requiert pas la mise en place d'un accord collectif<sup>4</sup>. Une charte de l'employeur ou encore un simple accord avec le ou les salariés concernés sont parfaitement suffisants. Or, nombre d'entreprises ont privilégié le recours à la négociation collective, processus davantage chronophage et onéreux. Les raisons de ce choix sont multiples. Dans un premier temps, le processus de négociation a été une première réponse en tant que telle à la situation pandémique. Une négociation collective a une valeur propre qui est en partie indépendante de son contenu. Elle a ainsi permis de maintenir du lien social, puis de créer une nouvelle dynamique au sein des entreprises malgré l'éloignement. Le processus de négociation a conduit ensuite à l'élaboration d'un droit conventionnel adapté aux problématiques de la structure et légitime auprès des salariés. La mise en place de mesures opportunes a ainsi permis de limiter les craintes et autres émotions. Cela a été visible au début de la pandémie. Les émotions étaient particulièrement moins intenses dans les entreprises déjà dotées d'un ou plusieurs accords télétravail, illustrant ainsi parfaitement le lien entre le droit du travail conventionnel et les émotions.

L'influence des émotions liées au contexte de crise sanitaire sur le droit du travail conventionnel n'a cependant pas été un gage de pertinence et d'efficacité des normes élaborées. En pratique, le lien si étroit entre les émotions et le droit conventionnel du travail a présenté des failles. L'intensité des émotions, alliée au sentiment d'urgence, a conduit à la mise en place d'accords très rapidement. Ils étaient toutefois très sommaires et peu innovants. Il s'agissait souvent de « réactions » aux émotions, prises à la hâte.

---

<sup>3</sup> Base de données Légifrance.

<sup>4</sup> C. trav., art. L1222-9.

L'insuffisance de ces accords, couplée à l'application du nouvel accord national interprofessionnel du 26 novembre 2020, a conduit de nombreuses entreprises à ouvrir de nouvelles négociations sur le télétravail dès la fin de l'année 2020.



## Nationalité française : des émotions aux sentiments

Étienne PATAUT et Apolline SCHAAAL

*Professeur et doctorante à l'École de droit de la Sorbonne  
Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne, IRJS*

S'intéresser à la nationalité, c'est immédiatement se faire envahir par une foule d'émotions : joie d'appartenir à une population, tristesse de ne pas appartenir à cette même population, colère de se voir refuser l'accès à cette population, ferveur collective de l'indépendance de la population, déchirement en cas de guerre de l'appartenance à deux populations. On peut comme cela multiplier les exemples.

Reste à savoir quoi faire de ces exemples.

Si on essaye, en juriste peu émotif et épris de catégorisation, d'en faire une typologie, on peut essayer, en première analyse, d'en distinguer grossièrement trois.

La première, c'est l'émotion collective qui saisit le pays lorsqu'il s'agit de débattre du droit de la nationalité. Le plus saisissant exemple est évidemment l'immense émotion qui a précédé et suivi l'annonce, après les attentats de 2015, d'une modification du droit de la nationalité. Ce projet de réforme constitutionnelle, avorté devant le tollé et les difficultés juridiques qu'il a suscitées, apparaît en effet comme un projet de loi « émotionnel » dans le sens où il a été initié, mené et abandonné dans l'émotion.

Initié dans l'émotion, évidemment, car il a été proposé dans une France en émoi, deux jours seulement après des événements dramatiques, qualifiés d'« abomination » par le président Hollande dans le discours prononcé devant le Congrès réuni à Versailles le 16 novembre 2015<sup>1</sup>. Le projet d'extension de la déchéance de nationalité s'est voulu réfléchi et teinté de « détermination froide » pour répondre au terrorisme, selon les termes employés par le président de la République, mais il apparaît néanmoins comme un projet de réforme né au contraire sous le coup des émotions suscitées par les attentats. Ce projet a également été mené par les passions tout au long des débats parlementaires. La présence des émotions dans le processus législatif n'est évidemment pas inhabituelle<sup>2</sup>, mais celles-ci ont été particulièrement vives et perceptibles s'agissant du projet de réforme de la déchéance de nationalité. Lors des travaux préparatoires, les

<sup>1</sup> Déclaration de M. François Hollande, Président de la République, devant le Parlement réuni en Congrès à la suite des attaques terroristes perpétrées à Paris et en Seine-Saint-Denis, Versailles le 16 novembre 2015, disponible en ligne : <https://www.vie-publique.fr/discours/196856-declaration-de-m-francois-hollande-president-de-la-republique-devant>.

<sup>2</sup> B. LANGE, « The emotional dimension in Legal Regulation », *Journal of Law and Society*, vol. 29, n° 1, 2002, p. 197-225, spéc. p. 207-208.

mots « émotion(s) » ou « émotionnel.le(s) » ont ainsi retenti près de soixante fois dans les hémicycles de l'Assemblée nationale et du Sénat<sup>3</sup>. Dans son discours de présentation au Palais Bourbon, le Premier ministre Valls a cultivé une émotion particulière, la peur, en se référant à neuf reprises à une « menace » terroriste pour la France, et en répétant une vingtaine de fois le mot « guerre » durant la seule journée du 5 février<sup>4</sup>. Quinze jours plus tard, le discours du Premier ministre devant le Sénat apparaît encore plus agressif, et ce n'est plus simplement de la peur, mais une véritable terreur que l'on peut alors ressentir face à une menace dite « plus forte que jamais », face à des ennemis « qui pillent, violent, tuent », face à des « ressortissants français radicalisés, imbibés de propagande, prêts à prendre les armes pour frapper d'autres Français »<sup>5</sup>. Pourtant, malgré la pression émotionnelle exercée sur les législateurs, le gouvernement s'est heurté à un « impossible consensus » entre les deux chambres<sup>6</sup>, et c'est ainsi l'histoire même de ce projet de réforme du droit de la nationalité qui s'est terminée dans l'émotion : le président Hollande confiera plus tard, dans son livre intitulé *Les leçons du pouvoir*, que ce projet constitue le « premier regret » de son quinquennat<sup>7</sup>. La réforme de la déchéance de nationalité de 2015, née dans les émotions, a ainsi été abandonnée dans l'émotion. Et on arrive ici à une première idée qui est qu'en matière de nationalité, l'émotion n'est peut-être pas très bonne conseillère.

Un deuxième type d'émotion collective semble différent : celle qui est liée non pas spécifiquement au droit de la nationalité, mais à des moments importants de l'histoire de France. C'est ici qu'il faut faire une place à cette fameuse citation de Marc Bloch, aussi souvent citée que déformée. Marc Bloch disait en effet :

« Il est deux catégories de Français qui ne comprendront jamais l'histoire de France : ceux qui refusent de vibrer au souvenir du sacre de Reims ; ceux qui lisent sans émotion le récit de la fête de la fédération ». (Marc Bloch, *L'étrange défaite*)

Cette phrase est très souvent reprise dans le débat politique pour insister sur l'idée d'intégration et sous-entendre que si l'on n'est pas ému par les grandes pages de l'histoire de France, on n'est peut-être pas digne d'être français. C'est en tout cas le sens qu'ont pu lui donner Jean-Marie, Marine ou désormais Marion Le Pen, ou même Nicolas Sarkozy au moment du débat sur l'identité française, qui s'était vue confier un ministère<sup>8</sup>.

<sup>3</sup> Trente-huit fois devant l'Assemblée nationale lors des séances du 5 au 10 février (JO n° 14, 15, 16 et 17 A.N. (C.R.) des 6, 9, 10 et 11 février 2016), et vingt fois devant le Sénat lors des séances des 16, 17 et 22 février (JO n° 27, 28 et 29 S. (C.R.) des 17, 18 et 23 mars 2016).

<sup>4</sup> Assemblée nationale, première et deuxième séances du 5 février 2016 (JO n° 14 A.N. (C.R.) du 6 février 2016).

<sup>5</sup> Sénat, séance du mercredi 16 mars 2016 (JO n° 27 S. (C.R.) du 17 mars 2016).

<sup>6</sup> J. LEPOUTRE, « L'impasse de la déchéance de la nationalité », *Plein droit*, 2018, n° 117, p. 20-23, spéc. p. 22.

<sup>7</sup> F. HOLLANDE, *Les leçons du pouvoir*, Paris, Stock, 2018, p. 263.

<sup>8</sup> C'est d'ailleurs, littéralement, la citation qui est utilisée par Jean-Marie, Marine ou Marion Le Pen : « qui n'a pas vibré au sacre de Reims et à la fête de la Fédération n'est pas vraiment français », tronquant gravement, ce faisant, l'original, au point de lui faire dire tout à fait autre chose. V. J.-M. POTTIER, « L'incessante récupération de Marc Bloch par le Front national », *Slate.fr* [en ligne], 2 décembre 2015.

Rien n'est pourtant plus étranger à la pensée de Marc Bloch pour qui se donne la peine d'aller la lire. L'idée défendue et, dans le texte, rapprochée de la vive émotion populaire qui a suivi l'arrivée du Front populaire au pouvoir en 1936, était bien plutôt de souligner la particularité du peuple français, prompt à céder à de puissantes émotions collectives, toutes opinions politiques confondues (le sacre du roi et la fête révolutionnaire de la fédération). De ce point de vue, chacun peut avoir ses grandes références de soulèvement, de rassemblements populaires et, dès lors, comprendre la mentalité française, ce serait comprendre la puissance historique de ces émotions collectives.

L'idée est évidemment très intéressante. Mais cette émotion-là, pour puissante qu'elle soit, que peut en faire le juriste ? À notre avis pas grand-chose, en tout cas en droit de la nationalité. Évidemment, ressentir ces émotions, c'est peut-être l'un des gages de l'intégration auquel le droit de la nationalité accorde tant d'importance. Mais elles ne sont à ce titre qu'un symptôme, une manifestation extérieure d'une question plus vaste. Plus directement ces émotions se traduisent par des évolutions institutionnelles et, à ce titre intéresseront peut-être plutôt les spécialistes de droit constitutionnel. Le droit de la nationalité, en revanche, n'a pas grand-chose à en dire. Mauvaise conseillère, l'émotion ne serait donc pas non plus très utile au spécialiste du droit de la nationalité.

La quête, toutefois, n'est pas totalement vaine. Il y a beaucoup à dire, en effet, sur l'émotion individuelle. Il va de soi que la nationalité, en tant qu'elle touche à une part très intime de l'identité de chacun, va déclencher des émotions individuelles fortes. Les cérémonies de naturalisation, dont le législateur a d'ailleurs renforcé la symbolique en 2011<sup>9</sup>, en sont la manifestation la plus classique. Les films, les romans regorgent de scènes émouvantes où héros et héroïnes, après un long périple plein de rebondissements prètent un serment plus ou moins fantaisiste pour faire partie d'une collectivité, symbolisée par une assistance aux yeux attendris et aux applaudissements nourris. Encore tout récemment, Twitter débordait de photos de Britanniques exhibant leur toute nouvelle carte d'identité française (ou allemande ou espagnole) après un Brexit contre lequel ils s'étaient vigoureusement élevés<sup>10</sup>.

---

[Consulté le 12 mai 2021] Disponible sur Internet : <<http://www.slate.fr/story/110927/marc-bloch-front-national>>. On soulignera non sans ironie que Marc Bloch avait proposé une première version de la même phrase dans un article de 1917, « Pourquoi je ne suis pas conservateur ». Sur l'histoire de cette citation, on pourra écouter avec profit l'émission consacrée à Marc Bloch le 3 août 2017 sur France Culture : P. SCHOTTLER, C. INGRAO, « L'étrange défaite », in E. LAURENTIN, « Avoir raison avec Marc Bloch », émission *France Culture* [en ligne], 3 août 2017. [Consulté le 12 mai 2021] Disponible sur Internet : <<https://www.franceculture.fr/emissions/avoir-raison-avec-marc-bloch/letrange-defaite>>.

<sup>9</sup> Loi no 2011-672 du 16 juin 2011 relative à l'immigration, à l'intégration et à la nationalité, sur laquelle v. not. H. FULCHIRON, « La nationalité française entre identité et appartenance », *D.*, 2011, 1915.

<sup>10</sup> Sur l'incontestable « effet Brexit » sur les naturalisations dans de nombreux pays de l'Union, v. H. U. JESSURUN D'OLIVEIRA, « Brexit, Nationality and Union Citizenship : Bottom Up and Top Down », *Liber Amicorum Christian Kohler*, Bielefeld, Gieseking Verlag, 2018, p. 201.

Ce troisième type d'émotions semble beaucoup plus fécond, en tout cas du point de vue de l'analyse juridique. Le droit de la nationalité, en effet, est tout entier pétri de ces émotions qui sont propres à la définition de l'identité de chacun.

Mais il reste qu'il faut peut-être distinguer entre les émotions et les sentiments, étroitement liés, mais pas toujours nettement délimités<sup>11</sup>. Chez Aristote ou Descartes, la haine, la colère ou encore le désir sont ainsi assimilés à des émotions<sup>12</sup>. Mais si l'on considère, comme nous y invite Emmanuel Jeuland<sup>13</sup>, que les premières se distinguent par leur vivacité et leur brièveté, alors elles ont toute leur place dans la *question* de la nationalité, on vient de le voir, mais pas tellement dans le *droit* de la nationalité. Le droit de la nationalité se méfie plutôt des émotions et laisse peu de place à la brièveté. Il est, au contraire, un droit du temps long, un droit de la cristallisation progressive. Un droit, en d'autres termes, du passage de l'émotion au sentiment. Autrement dit, si le droit de la nationalité n'est pas un droit émotif, il est en revanche un droit sentimental.

C'est en ce sens que l'approche par les émotions (et les sentiments, donc) qui fait l'objet du séminaire nous paraît féconde et que nous la suivrons.

À cet égard, l'approche nous paraît avoir deux avantages.

Tout d'abord, rapprocher sentiment et droit de la nationalité permet de tordre le cou à une idée qui est déjà contestée depuis longtemps par les juristes, mais qui reste largement répandue, selon laquelle le droit de la nationalité serait la traduction d'une certaine idée de la Nation. Cette idée est fautive et contraire à toute la construction du droit français (I).

Ensuite, si on rentre plus dans le détail, il est évident au point d'en être presque banal d'affirmer que le droit de nationalité a pour objectif de faire coïncider le *sentiment d'identité* et la *réalité juridique* de cette identité. Tout le droit de la nationalité peut être lu à cette aune : comment donner une traduction juridique à un sentiment d'appartenance. Bien sûr, il n'est pas très facile de savoir comment, concrètement, se traduit ce sentiment. Il y a donc toute une série de règles, de présomptions, de mécanismes subtils visant à objectiver le plus possible ce sentiment d'appartenance. Ces règles sont fixées par l'État, de façon *a priori* totalement libre. Il y aurait donc un déséquilibre inattendu entre un droit qui dit être fondé sur des sentiments d'attachement et un État qui détermine unilatéralement la nature et la qualité de cet attachement. Le point le plus intéressant ici réside alors peut-être dans l'étude de ces relations entre les pouvoirs de l'État et ceux de l'individu. Une opposition, pourrait-on

<sup>11</sup> G. BERTHOUD, « Socialité et émotions », *Revue européenne des sciences sociales*, tome XLVII, no 144, 2009, p. 57-71, spéc. p. 58.

<sup>12</sup> V. E. JEULAND, « Le juge et l'émotion », document de travail, version 9, HAL : <https://hal.archives-ouvertes.fr/hal-01790855v9/document>, 2020, p. 8 ; *supra* E. JEULAND, *Présentation du cycle de séminaires*.

<sup>13</sup> V. *supra* E. JEULAND, *Présentation du cycle de séminaires*.

penser, du pot de fer contre le pot de terre. La réalité, pourtant, est bien plus complexe et témoigne plutôt d'une dialectique entre l'État et l'individu (II).

## I.- La dialectique de la Nation et de la nationalité

Le terme même de nationalité est trompeur. Il semble en effet traduire l'idée que la nationalité serait le fidèle reflet d'une certaine conception de la Nation. Il n'en est pourtant rien (A), comme le montrent, en creux, les discussions profondément erronées qui ont abouti à cette soi-disant conception « élective » de la nationalité française dans la loi de 1993 (B).

### A.- La nationalité ne traduit pas l'idée de Nation

Malgré les dénégations de l'ensemble des juristes<sup>14</sup>, l'idée selon laquelle la nationalité serait une traduction d'une certaine conception de la nation française fait partie des mythes les plus tenaces du droit de la nationalité. À cet égard, donc, le mot même de « nationalité » est trompeur. Les Allemands parlent, de façon beaucoup plus convaincante, de « *Staatsangehörigkeit* », soit « l'Étatialité ». C'est un mot qui d'ailleurs avait été proposé sans succès en langue française par Pierre Louis-Lucas dans les années 30<sup>15</sup>.

Il s'agit bien sûr d'un mythe utile, parce qu'en général, lorsqu'il est véhiculé, c'est pour défendre telle ou telle orientation, le plus souvent restrictive, du droit de la nationalité. En ce sens, la loi de 1993, dont il sera question dans un instant, en est un exemple particulièrement topique. Mais il ne s'agit pas moins d'un mythe en ce sens que cette vision ne correspond pas à la réalité du droit positif de la nationalité, qui est divers, fractionné et fondé sur la réalité du lien d'attachement d'une personne particulière.

Témoigne par exemple de ce mythe la fausse opposition entre droit français et droit allemand de la nationalité. Selon une certaine vision, le premier serait fondé sur une certaine idée, plus inclusive et plus propice à l'immigration et aurait donc favorisé le *jus soli* alors que le second, fondé sur une conception plus ethnique de la nation, aurait au contraire été beaucoup plus favorable au *jus sanguinis*. P. Weil, pourtant, a magistralement montré combien cette opposition était en réalité complètement fautive<sup>16</sup>. Les lois allemandes et notamment la loi prussienne de 1842 sont largement inspirées d'un modèle français et si la loi prussienne, en particulier, rejoint le modèle de la nationalité fondée sur la filiation, la justification profonde en est l'idée d'une nation comme famille, à l'époque opposée à un droit du sol symbole d'une allégeance féodale, et non d'une introuvable conception « ethnique ». Et si les droits ont ensuite divergé,

<sup>14</sup> V. p. ex. P. LAGARDE, *La nationalité française*, Paris, Dalloz, 2011, no 00.02 ; F. JAULT-SESEKE, S. CORNELOUP et S. BARBOU DES PLACES, *Droit de la nationalité et des étrangers*, Paris, PUF, 2015, no 38 et s. V. toutefois Y. LEQUETTE, « Réflexions sur la nationalité française », *Cah. cons. const.*, 2008, no 23.

<sup>15</sup> P. LOUIS-LUCAS, *La nationalité française, droits positifs et conflits de lois*, Paris, Sirey, 1929, p. 1 ; cité par P. LAGARDE, *La nationalité française*, Paris, Dalloz, 2011, no 00.04.

<sup>16</sup> P. WEIL, *Qu'est-ce qu'un Français ? Histoire de la nationalité française depuis la Révolution*, Paris, Grasset, 2002, p. 187 et s.

cela est dû à l'évolution historique et politique propre à chacun des pays, et non à une soi-disant conception essentialiste française ou allemande.

L'histoire du droit de la nationalité<sup>17</sup> témoigne au contraire de tous les enrichissements du droit français qui ont bien sûr un peu varié en fonction des époques et des régimes politiques, mais dont la caractéristique principale est au contraire sa remarquable stabilité. Pour le dire autrement, il n'y a pas de grand dessein unificateur derrière le droit de la nationalité. Celui-ci ne fait pas découler de grands principes abstraits les règles concrètes et techniques du droit de la nationalité. Bien au contraire : il s'agit d'un droit touffu et complexe parce qu'en réalité, s'il y a un principe, c'est bien plutôt celui de tenir compte de tous les types de liens qui peuvent exister entre une personne et la France. On tiendra compte de la famille (filiation, mariage), de la naissance, de la résidence (*jus soli*), des liens historiques (réintégration), des liens nouveaux (naturalisation), etc. Chacun de ces liens, et bien d'autres encore, se traduit par une ou plusieurs règles du droit de la nationalité. Le sentiment est bien présent, à aucun moment il n'est unique. C'est la grande erreur du législateur de 1993.

### **B.- La conception française de la nationalité n'est pas purement élective**

Il faut, tout particulièrement, tordre le cou à une idée particulière, qui a pris beaucoup d'importance dans les années 90 : celle d'une conception « élective » de la nationalité française.

Cette idée a été au cœur du rapport « être Français aujourd'hui et demain »<sup>18</sup>, qui a lui-même largement nourri la loi de 1993<sup>19</sup> qui contenait en son cœur la fameuse déclaration de volonté qui était censée renforcer l'appartenance à la communauté des citoyens des personnes nées en France de parents étrangers nés à l'étranger.

La généalogie de cette catastrophe, qui aujourd'hui appartient à l'histoire, reste intéressante dans la perspective du séminaire d'aujourd'hui, parce qu'elle montre bien comment une approche purement abstraite, largement fondée sur un mythe et, au final, extrêmement sentimentale, peut conduire à un résultat qui, juridiquement, était très contestable.

L'un des points de départ était cette fameuse phrase de Renan, selon laquelle la nation serait « un plébiscite de tous les jours », issue de sa célèbre conférence au Collège de France, *Qu'est-ce qu'une nation ?*<sup>20</sup>. Ce texte, qui ne dit pas un mot de droit de la nationalité, vise, par élimination successive, à essayer de déterminer ce qui est au cœur

<sup>17</sup> Sur laquelle, outre l'indispensable P. WEIL, *op. cit.*, v. P. LÉGIER, *Histoire du droit de la nationalité française*, Aix-en-Provence, PUAM, 2014.

<sup>18</sup> « Être Français aujourd'hui et demain, Rapport de la commission Marceau Long », *La Doc. fr.*, 2 tomes, 1988.

<sup>19</sup> Sur laquelle v. part. le commentaire très critique de P. LAGARDE, « La nationalité française rétrécie (commentaire critique de la loi du 22 juillet 1993 réformant le droit français de la nationalité) », *Rev. crit. DIP.*, 1993, 535.

<sup>20</sup> E. RENAN, *Qu'est-ce qu'une nation ?* [1882], Paris, éd. Mille et une nuits, 1997, p. 32.

de la nation. Après avoir exclu la race, la langue, la religion, la communauté d'intérêt et la géographie, il propose donc « le consentement, le désir clairement exprimé de continuer la vie commune »<sup>21</sup>.

Tout cela est évidemment passionnant et a donné lieu à une littérature d'autant plus abondante que la question continue à susciter un vif intérêt<sup>22</sup>. Mais ce texte ne concerne pas la nationalité. À aucun moment.

Il est pourtant régulièrement question de traduire cette vision de la nation en principe opérationnel du droit de la nationalité, le dernier exemple étant celui de la loi de 1993. Le saut conceptuel, de la nation à la nationalité n'est pourtant pas mince.

Il supposait d'une part de faire abstraction complète de l'histoire du droit de la nationalité, qui n'a jamais correspondu à cette idée et certainement pas à l'époque de Renan qui distinguait nettement nation et nationalité<sup>23</sup>. D'autre part, il supposait une reconstruction théorique et pratique complète du droit de la nationalité, en reconstruisant la transmission *jure soli* autour de cette idée de volonté qui, pourtant, n'y prenait qu'une très faible part. La volonté venait abstraitement et a posteriori justifier des règles d'acquisition de la nationalité qui n'en avaient nul besoin et qui, bien au contraire, avait été inventées en 1889 pour faire face aux exigences de la conscription, expliquant la célèbre formule de Niboyet selon laquelle « l'ombre du bureau de recrutement plane sur tous les textes » du droit français de la nationalité<sup>24</sup>.

Tel était le véritable enjeu de la loi, d'ailleurs : la remise en cause d'un *jus soli* considéré comme insuffisant pour garantir l'intégration. Il était certes possible de rayer d'un trait de plume presque tout le droit du sol, ce qui fut d'ailleurs un temps envisagé<sup>25</sup> ; mais la solution était tout de même un peu radicale. Aussi finalement la mesure phare de la loi de 1993 a-t-elle consisté en l'introduction d'une déclaration de volonté particulière pour les enfants nés en France de parent étrangers qui n'y sont eux-mêmes pas nés. La catégorie de Français visée était donc extrêmement étroite ; on admit que c'est un peu insuffisant pour défendre une conception qui serait « élective » de la nation française.

---

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

<sup>22</sup> V., encore récemment, l'important ouvrage de P. ORY, *Qu'est-ce qu'une nation ?*, Paris, Gallimard, 2020, coll. « Bibliothèque des histoires ».

<sup>23</sup> P. WEIL, *op. cit.*, p. 199 et s. V. toutefois, à l'époque, l'analyse de A. WEISS de la nationalité comme contrat synallagmatique : *Traité élémentaire de droit international privé*, 1885, p. 4, cité et critiqué par H. FULCHIRON, « La place de la volonté individuelle dans le droit français de la nationalité », *Trav. com. français de DIP*, 1998-2000, p. 175, spéc. p. 177.

<sup>24</sup> J.-P. NIBOYET, *Traité de droit international privé français*, Paris, Sirey, 1938, t. 1, p. 54.

<sup>25</sup> Sur les tous premiers projets, portés l'un par J.-M. Le Pen et l'autre par P. Mazeaud, qui supprimaient presque entièrement les règles d'attribution ou d'acquisition fondées sur la naissance en France, v. P. LAGARDE, *op. cit.*, no 12-41.

Elle s'est d'ailleurs traduite, dans les faits, par une réalité aussi peu sentimentale et éloignée que possible de cette idée grandiose de l'adhésion volontaire et spontanée à la nation française : un formulaire bureaucratique. Difficile de faire moins émotif.

L'erreur du législateur de 1993, rapidement abandonnée<sup>26</sup>, a été de défendre une vision abstraite et théorique du droit de la nationalité, supposée découler d'un grand principe unificateur. En réalité, le droit de la nationalité est l'inverse de cela. Il est un droit des liens étroits et des sentiments d'attachements, sentiments qui se mesurent difficilement, à l'aide d'indices, de présomptions et, mais uniquement occasionnellement, de volonté<sup>27</sup>. L'avis des intéressés pourra parfois être demandé, pour déclencher l'acquisition<sup>28</sup> ou pour couper définitivement un lien un peu faible<sup>29</sup>. Mais en soi, la volonté n'est qu'un indice peu significatif. Et ce, précisément parce qu'il ne faut pas confondre émotion et sentiment. Une violente mais brève émotion (de haine ou d'amour, peu importe) n'a aucune importance. On peut aimer passionnément la France le lundi, et la détester le mardi. Le droit de la nationalité regarde toutes ces manifestations émotives avec le même détachement et, pour tout dire, la même indifférence.

Ce qui compte, ce sont les sentiments profonds, établis par des indices particuliers et, le plus souvent, objectifs, supposant le déroulement du temps, parfois même plusieurs générations.

Il y a donc une manière de paradoxe, puisque le lien sentimental et individuel d'attachement est déduit de circonstances établies par la loi étatique et sans que l'intéressé soit réellement consulté. Plus qu'un paradoxe, toutefois, il y a là le plus net témoignage de la dialectique subtile entre les pouvoirs de l'État et ceux de l'individu dont fait preuve le droit de la nationalité.

## II.- La dialectique de l'État et de l'individu

La nationalité est un lien de droit entre un État et un individu. Il s'agit d'un lien de droit chargé de souveraineté : la nationalité définit la population d'un État, est essentielle à son existence même. C'est donc un domaine où la liberté étatique est presque absolue : il revient à l'État de déterminer librement et avec les critères qu'il met en place unilatéralement qui sont ses nationaux.

---

<sup>26</sup> Loi du 16 mars 1998 ; sur laquelle v. part. P. LAGARDE, « La loi du 16 mars 1998 sur la nationalité : une réforme incertaine », *Rev. crit. DIP*, 1998, 380.

<sup>27</sup> Sur l'ensemble, v. part. H. FULCHIRON, « La place de la volonté individuelle dans le droit français de la nationalité », *Trav. com. français de DIP*, 1998-2000, p. 175.

<sup>28</sup> Ainsi de l'acquisition par déclaration (art. 21-12 et s. du Code civil) ou, bien entendu, de la naturalisation (art. 21-15 et s.).

<sup>29</sup> Ainsi des facultés de répudiation, celle par exemple de l'enfant né à l'étranger d'un seul parent français (article 18-1 du Code civil).



On arrive à une sorte de paradoxe un peu étrange, puisque d'un côté il est affirmé que le droit de la nationalité serait un droit des sentiments, visant à faire coïncider le ressenti de l'appartenance et une réalité juridique et, de l'autre, on confie à l'État seul le soin de définir ce ressenti. Témoigne de ce paradoxe la difficulté de faire du droit à la nationalité un droit de l'homme dont pourraient se prévaloir les individus, y compris à l'encontre des États<sup>30</sup>. La Cour européenne des droits de l'homme, pour l'instant, n'est jamais allée aussi loin.

Le sentiment serait-il entièrement subordonné à la seule et froide raison d'État ?

La réponse, bien entendu, doit être nuancée. Susceptibles de produire leurs effets sur de très longues années, parfois sur plusieurs générations, les règles de droit de la nationalité obligent les États qui les ont posées, y compris de très nombreuses années après avoir été abandonnées. Surtout, la situation a beaucoup évolué ces dernières années. Les règles du droit de la nationalité n'ont en effet pas échappé à la tendance au développement des droits individuels et, de plus en plus, ceux-ci peuvent être opposés à l'État, y compris devant la Cour européenne des droits de l'homme<sup>31</sup>, y compris contre des règles anciennes et désormais abandonnées<sup>32</sup>.

Le recul de la souveraineté étatique en matière de nationalité est évident, une importante thèse l'a démontré avec brio<sup>33</sup> et certains plaident parfois pour une nouvelle conception de la nationalité<sup>34</sup>, qui viendrait consacrer des liens objectifs entre État et individu, en minimisant le plus possible la part de l'État.

On n'en est peut-être pas encore là. Il reste que, incontestablement, les pouvoirs de l'État en la matière reculent, au profit, précisément, des sentiments individuels. Les exemples abondent. Les deux meilleurs pour traiter de cette subtile dialectique entre l'individu et l'État sont peut-être ceux dans lesquels, à première vue, les aspects de souveraineté de l'État sont les plus puissants : la naturalisation, d'une part (A), la déchéance de nationalité, d'autre part (B).

### A.- La naturalisation

La naturalisation est un élément très important, très symbolique et chargé d'émotion du droit de la nationalité. La cérémonie de naturalisation, dont le caractère

<sup>30</sup> P. LAGARDE, « Le droit à une nationalité », in R. CABRILLAC (dir.), *Liberté et droits fondamentaux*, Paris, Dalloz, 2020, p. 368.

<sup>31</sup> V. not. F. MARCHADIER, « L'attribution de la nationalité à l'épreuve de la Convention européenne des droits de l'homme. Réflexions à partir de l'arrêt *Genovese c/ Malte* », *Rev. crit. DIP*, 2012, 61.

<sup>32</sup> Ainsi de la condamnation des règles consacrant une discrimination entre hommes et femmes : v. not. Cons. Const. QPC, 5 octobre 2018, no 2018-737 ; *AJ Famille*, 10 nov. 2018, 612, obs. L. CARAYON ; *LEFP*, 1er nov. 2018, no 10, 7, obs. C.-A. CHASSIN ; *D.*, 2019, 347, obs. O. BOSKOVIC ; *LPA*, 28 nov. 2019, no 237, 5, obs. A. DIONISI-PEYRUSSE ; *RTD civ.*, 2019, 82, obs. A.-M. LEROYER.

<sup>33</sup> J. LEPOUTRE, *Nationalité et souveraineté*, Paris, Dalloz, 2020.

<sup>34</sup> A. DIONISI-PEYRUSSE, *Essai sur une nouvelle conception de la nationalité*, Paris, Defrénois, 2008.

solennel a peu à peu été renforcé<sup>35</sup> est vue comme le moment symbolique de l'entrée dans la communauté des Français.

Mais il reste que la naturalisation est, par essence, le domaine du pouvoir régalién de l'État. Comme l'affirme de la façon la plus claire P. Lagarde :

« La naturalisation est l'octroi discrétionnaire par un État de la nationalité de cet État à un étranger qui la demande. Cette source d'acquisition de la nationalité française [...] réside essentiellement dans une décision discrétionnaire du gouvernement »<sup>36</sup>.

En ce sens, la naturalisation est bien, comme l'affirme parfois le Conseil d'État :

« une faveur accordée par l'État français à un ressortissant étranger »<sup>37</sup>.

Les choses, pourtant, évoluent et il est frappant de voir combien les pouvoirs a priori purement régaliens de l'État évoluent progressivement vers un encadrement, certes limité, mais néanmoins non négligeable. Cet encadrement, pour l'essentiel des décisions de refus, vise à prendre en compte les sentiments des individus (1). Les décisions d'octroi, en revanche, sont peut-être le plus éclatant exemple de la prise en compte juridique de l'émotion (2).

## 1.- Du côté des décisions de refus : l'État prééminent

### a.- *Le contrôle juridictionnel*

C'est un aspect bien connu du droit en matière de naturalisation : l'évolution du contrôle juridictionnel. Pendant de longues années, les décisions de naturalisation n'avaient pas à être motivées<sup>38</sup>. Cette solution est désormais abandonnée, c'est l'un des points positifs de la loi de 1993 et la motivation est désormais exigée par l'article 27 du Code civil.

L'encadrement progressif des pouvoirs de l'État se comprend dès lors en raison de la structure même du contentieux en matière de naturalisation. Le contrôle vise avant tout à protéger les intéressés contre un éventuel arbitraire d'État. C'est ce qui justifie que soit désormais régulièrement invoquée la Convention européenne des droits de l'homme. Ce n'est qu'en l'absence de violation de celle-ci, en effet, que peut être rapporté un décret de naturalisation. Le contrôle du Conseil est donc aussi un contrôle de proportionnalité, par lequel sera vérifié que la décision négative ne porte pas une atteinte disproportionnée à un droit fondamental du requérant.

Un tel contrôle est désormais bien acquis, au point d'avoir donné lieu à un véritable standard jurisprudentiel, régulièrement répété par le Conseil d'État :

<sup>35</sup> Loi no 2011-672 du 16 juin 2011 relative à l'immigration, à l'intégration et à la nationalité, sur laquelle v. not. H. FULCHIRON, « La nationalité française entre identité et appartenance », *D.*, 2011, 1915.

<sup>36</sup> P. LAGARDE, *La nationalité française*, 4e éd., Paris, Dalloz, 2011, no 34.01.

<sup>37</sup> V. p. ex. : CE, 15 mars 1995, no 148768 ou encore CE, 21 février 1996, no 145231.

<sup>38</sup> Article 110 de l'ancien Code de la nationalité ; v. p. ex. CE, 16 février 1977, no 01244.

« un tel décret affecte un élément constitutif de l'identité de la personne concernée et est ainsi susceptible de porter atteinte au droit au respect de sa vie privée ; qu'en l'espèce, toutefois, eu égard à la date à laquelle il est intervenu et aux motifs qui le fondent, le décret attaqué ne peut être regardé comme ayant porté une atteinte disproportionnée au droit au respect de la vie privée de Mme B... garanti par l'article 8 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales »<sup>39</sup>.

C'est bien cette considération de protection des droits individuels qui constitue la justification la plus pertinente du contrôle juridictionnel exercé par les juridictions administratives.

Bien sûr, l'étendue limitée du contrôle est directement tributaire du caractère discrétionnaire de la procédure de naturalisation. Les conditions de naturalisation pourront faire l'objet d'un contrôle du Conseil d'État, mais d'un contrôle limité à l'inexactitude matérielle et à l'erreur de droit<sup>40</sup>. Comme l'affirme P. Lagarde :

« La décision de rejet n'en reste pas moins une décision discrétionnaire et ce caractère se manifeste par un contrôle minimum exercé sur elle par la juridiction administrative (inexactitude matérielle des faits, erreur manifeste d'appréciation, détournement de pouvoir ) »<sup>41</sup>.

On voit donc que seule une erreur grossière de qualification ou d'analyse de la part de l'administration serait susceptible de remettre en cause la validité de l'octroi de la nationalité.

Mais il reste que cette limite elle-même évolue, précisément pour tenir compte de la protection des individus.

Rien n'en témoigne mieux que l'évolution qui a frappé une condition, progressivement tombée en désuétude et solennellement abandonnée en 2016, relative à l'état de santé du requérant.

Traditionnellement, l'état de santé était en effet susceptible d'être pris en compte dans l'appréciation du gouvernement, notamment en lien avec la condition de ressources lorsque celui-ci affectait la capacité économique du demandeur ou lorsque la maladie ou le handicap étaient un obstacle à l'intégration de l'intéressé<sup>42</sup>. Cette position a pourtant fait l'objet d'un important revirement de jurisprudence en 2016.

---

<sup>39</sup> CE, 31 décembre 2018, no 419832. Dans le même sens, v. aussi, du même jour, les arrêts no 419636 ; no 410001 ainsi que CE, 22 octobre 2018, no 416674 ; CE, 24 septembre 2018, no 415136 ; CE, 7 mars 2018, no 412507 ; CE, 8 février 2019, no 419939.

<sup>40</sup> F. JAULT-SESEKE, S. CORNELOUP, S. BARBOU DES PLACES, *Droit de la nationalité et des étrangers*, Paris, PUF, 2015, p. no 257.

<sup>41</sup> P. LAGARDE, *op. cit.*, no 34-162.

<sup>42</sup> CE, 26 septembre 2001, no 206486 ; sur cet arrêt, v. la position du Commissaire du gouvernement ayant présenté des conclusions dans cette affaire : I. DE SILVA, « Naturalisation et handicap », *Petites Affiches*, 2001, no 255, p. 20.

Dans deux arrêts, concernant respectivement la réintégration et la naturalisation, le Conseil d'État a en effet pu affirmer que :

« l'autorité administrative dispose, en matière de naturalisation ou de réintégration dans la nationalité française, d'un large pouvoir d'appréciation ; qu'elle peut, dans l'exercice de ce pouvoir, prendre en considération notamment, pour apprécier l'intérêt que présenterait l'octroi de la nationalité française, l'intégration de l'intéressé dans la société française, son insertion sociale et professionnelle et le fait qu'il dispose de ressources lui permettant de subvenir durablement à ses besoins en France ; que l'autorité administrative ne peut, en revanche, se fonder exclusivement ni sur l'existence d'une maladie ou d'un handicap ni sur le fait que les ressources dont dispose l'intéressé ont le caractère d'une allocation accordée en compensation d'un handicap pour rejeter une demande de naturalisation ou de réintégration dans la nationalité française »<sup>43</sup>.

Le contrôle exercé par les juridictions administratives témoigne incontestablement d'un recul du pouvoir discrétionnaire de l'État : est ici condamnée la possibilité de rejeter une demande de naturalisation sur le seul motif de l'état de santé, qui est donc désormais écarté des conditions de recevabilité. Il y aurait une erreur de droit, désormais, à se fonder sur ce seul motif.

Ce bref panorama est ici assez frappant : le pouvoir de l'État a bien reculé, au profit d'un contrôle, bien sûr limité, mais tout de même non négligeable, de la réalité des motifs sur lequel se fonde l'État. Il s'agit là d'une application particulière au droit de la nationalité de la tendance plus générale du recul de l'arbitraire de l'État au profit de la protection des droits fondamentaux.

Il n'en reste pas moins, bien entendu, que les pouvoirs de l'État restent largement discrétionnaires au fond, notamment parce qu'ils s'articulent autour d'une notion aussi vague que compliquée : l'intégration.

### ***b.- Le contrôle de l'intégration***

L'intégration est une notion extrêmement difficile à saisir, qui vise précisément à identifier et à faire produire des effets juridiques à ce sentiment d'appartenance. Au-delà des différentes conditions objectives (résidence, ressources, bonnes mœurs), le cœur de la naturalisation va être le contrôle par l'administration de cette condition d'intégration, parfois transformée en assimilation.

Celle-ci se loge désormais à l'article 21-24 du Code civil :

« Nul ne peut être naturalisé s'il ne justifie de son assimilation à la communauté française, notamment par une connaissance suffisante, selon sa condition, de la langue, de l'histoire, de la culture et de la société françaises, dont le niveau et les modalités d'évaluation sont

---

<sup>43</sup> CE, 11 mai 2016, no 388836 et no 389399.

fixés par décret en Conseil d'État, et des droits et devoirs conférés par la nationalité française ainsi que par l'adhésion aux principes et aux valeurs essentiels de la République.

À l'issue du contrôle de son assimilation, l'intéressé signe la charte des droits et devoirs du citoyen français. Cette charte, approuvée par décret en Conseil d'État, rappelle les principes, valeurs et symboles essentiels de la République française. »

Il y a là une évolution importante et largement discutée dans le grand public, selon laquelle il faudrait que les intéressés fassent leurs preuves en matière d'assimilation. Les liens objectifs ne suffiraient plus, il faudrait, en plus, une véritable démonstration subjective de la volonté du candidat à l'intégration à la société française et à ses valeurs, telles que formulées dans une charte. Là résulterait la différence entre intégration et assimilation<sup>44</sup>.

Cette évolution, qui est diversement appréciée, prend évidemment place dans un débat politique extraordinairement émotif sur l'intégration des étrangers en France. Elle est tout de même très spécifique au droit de la naturalisation. Demander un engagement de volonté n'est pas absurde en matière de naturalisation : celle-ci résulte nécessairement d'une démarche positive de l'intéressé. Il n'y a pas de naturalisation sans demande de naturalisation.

La crainte ici est que le contrôle de l'État aille trop loin, jusqu'à un contrôle intrusif du mode de vie ou des opinions des intéressés<sup>45</sup>. Cette crainte n'est nullement infondée. Mais il reste qu'elle doit être relativisée en matière de naturalisation qui reste une procédure fondamentalement discrétionnaire. Malgré ces critères, qui ne sont objectivés qu'en apparence, l'État garde très largement la main.

En réalité, ce dont semble témoigner l'article 21-24, c'est surtout d'une certaine époque, de crainte, de méfiance et de réaffirmation perpétuelle d'un idéal républicain qui serait en danger. Mais juridiquement, il ne change pas tant : la procédure de naturalisation reste celle par laquelle l'État va contrôler étroitement le sentiment particulier d'attachement d'un individu à la France. Dans ce contexte, l'article 21-24 est donc, très largement, une norme narrative, visant avant tout à expliciter et à rendre public ce contrôle de l'intime que suppose la naturalisation.

---

<sup>44</sup> Sur ce point, v. notamment les débats parlementaires au moment de l'adoption de la loi de 2011, cités par H. FULCHIRON, art. préc., p. 1919 et 1921.

<sup>45</sup> Comparer, en matière d'acquisition par mariage, Civ. 1, 4 nov. 2020, *JCP G*, 1er fév. 2021, 118. Note C. REITZER, *D.*, 2021, 257, obs. O. BOSKOVIC selon lequel la situation de bigamie est exclusive de la communauté de vie nécessaire à l'acquisition de la nationalité par le mariage.

## 2.- Du côté des décisions d'octroi : l'État émotif

La quasi-totalité du contentieux de la naturalisation porte sur la *contestation des décisions de refus*. Ainsi, par exemple, les arrêts du Conseil d'État rendus en 2018 et 2019 sur la naturalisation portent tous sur des décisions déniaut au requérant ou à ses enfants la nationalité française. Tel est notamment le cas dans le contentieux, très largement majoritaire, par lequel un requérant conteste que le décret de naturalisation le visant ait été rapporté<sup>46</sup>.

En revanche, le contentieux est extrêmement marginal pour les décisions *favorables à la naturalisation*. Celles-ci sont très rarement contestées, pour d'évidentes raisons : d'une part, sauf exception strictement appréciée par le Conseil d'État<sup>47</sup>, celui qui en a bénéficié n'agira évidemment pas contre le décret qui lui accorde ce qu'il demande<sup>48</sup> ; d'autre part, les tiers ne pourront que très rarement agir en contestation de la validité du décret de naturalisation, faute d'intérêt à agir<sup>49</sup>. C'est d'ailleurs pour cette raison que l'obligation de motivation de l'article 27 du Code civil ne concerne que les décisions de refus.

Cette absence de contrôle, couplée au caractère discrétionnaire de la naturalisation, fait que l'État garde une large marge de manœuvre, y compris quant aux conditions de recevabilité même de la demande de naturalisation.

Parfois, cette marge de manœuvre est explicite dans le Code civil. Ainsi, par exemple de la condition dite de stage, soit de résidence d'une certaine durée, en principe de cinq ans (article 21-17).

La condition de stage de l'article 21-17 est susceptible de diverses dérogations qui tournent souvent autour de l'idée que l'on peut la réduire si l'on a rendu des services à la France. Ainsi de l'article 21-19, 6° du Code civil, qui dispense de la condition de stage en cas de « services exceptionnels » rendus à la France. Ainsi encore de la simple

---

<sup>46</sup> V. par ex. pour l'année 2018 : CE, 31 décembre 2018, no 419832 ; CE, 31 décembre 2018, no 418535 ; CE, 31 décembre 2018, no 418006 ; CE, 31 décembre, no 419636, no 410001, no 417720 ; CE, 26 décembre 2018, no 415370 ; CE, 7 décembre 2018, no 415435 ; CE, 7 décembre 2018, no 415936, CE, 7 décembre 2018, no 420326 ; CE, 22 octobre 2018, no 416674 ; CE, 5 octobre 2018, no 416358 ; CE, 24 septembre 2018, no 415136 ; CE, 26 juillet 2018, no 412882 ; CE, 26 juillet 2018, no 413131 ; CE, 18 juillet 2018, no 415967 ; CE, 7 mars 2018, no 412507 ; CE, 8 février 2018, no 411557 ; CE, 15 janvier 2018, no 410701.

<sup>47</sup> Ainsi notamment lorsque c'est le requérant lui-même qui a sollicité la décision dont il conteste finalement la légalité : CE, 26 avril 2006, no 278730 ; CE, 1er décembre 1993, no 120781 (absence d'erreur de l'administration) ou, pour l'acte de francisation d'un nom : CE, 9 juin 2017, no 406062 ; CE, 23 juin 1999, no 185616. En matière de nom de famille, v. encore CE, 8 mars 2012, no 350259 où a été dénié l'intérêt à agir du requérant en opposition à un décret portant changement de nom de son fils dès lors que ce décret a accordé au fils l'autorisation de porter un nom que le père lui-même avait demandée.

<sup>48</sup> V. toutefois, admettant l'intérêt à agir d'un enfant ayant bénéficié de l'effet collectif de la nationalité : CE, 1er décembre 2010, no 332663.

<sup>49</sup> CE, 10 mars 1995, no 152266 et 159509, *Association « L'éthique du dimanche »*, déclarant irrecevable une action visant à contester une naturalisation obtenue par un sportif.

réduction de stage de l'article 21-18, 2<sup>o</sup>, qui la réduit à deux ans pour celui qui « a rendu ou qui peut rendre par ses capacités et ses talents des services importants à la France ». En l'occurrence, la distinction entre les « services importants » et les « services exceptionnels » – dont il est parfois noté qu'elle « peut faire sourire »<sup>50</sup> – relève bien de la seule appréciation du gouvernement. En pratique, ces appréciations ne peuvent pas être contestées en justice, faute d'intérêt à agir et faute, au fond, de possibilité réelle de contrôle.

On est ici au cœur de la raison d'État, mais avec tout de même la traduction juridique d'un sentiment fort : la gratitude.

Mais parfois, l'émotion peut faire perdre à l'État toute mesure et le conduire à oublier toutes les conditions pourtant posées par le Code civil lui-même : assimilation, revenus, résidence surtout, alors même que l'article 21-16 affirme avec force que :

« nul ne peut être naturalisé s'il n'a en France sa résidence au moment de la signature du décret de naturalisation. »

Aucune exception ne semble admise. Et pourtant, témoigne avec éclat du contraire, la naturalisation de MM. Anthony Sadler, Alek Skarlatos et Spencer Stone, plus connus sous leur sobriquet de « Héros du Thalys »<sup>51</sup>. Ces trois individus, en raison de leur conduite héroïque le 21 août 2015 ayant conduit à l'arrestation d'un terroriste, ont reçu les honneurs de la République. Après la légion d'honneur, accordée en 2015, ils ont fait l'objet d'une décision de naturalisation le 18 septembre 2018<sup>52</sup>. Le décret prend la forme habituelle d'une longue liste de noms des personnes faisant l'objet d'une naturalisation. Il ne fait bien sûr aucun doute que les trois personnes visées ont bien bénéficié d'une naturalisation en raison des services exceptionnels rendus à la France.

Mais il reste que, juridiquement, la naturalisation ne paraît pas avoir été faite conformément aux règles classiques.

La voie procédurale spécifique de l'article 21-19, 6<sup>o</sup> ne semble pas avoir été suivie, puisqu'aucune mention n'est faite de l'avis du Conseil d'État, pourtant obligatoire.

Surtout, les conditions de recevabilité ont fait l'objet d'une appréciation particulièrement souple, pour ne pas dire inexistante, de la part du gouvernement. Le domicile à l'étranger des intéressés n'était nullement contesté, au point d'ailleurs que la

<sup>50</sup> P. LAGARDE, *op. cit.*, no 34.53.

<sup>51</sup> Sur l'ensemble, v. l'article Wikipédia sur l'attentat du train Thalys : « Attentat du train Thalys le 21 août 2015 », *Wikipédia* [en ligne], mis à jour le 9 janvier 2021. [Consulté le 12 mai 2021] Disponible sur Internet : <[https://fr.wikipedia.org/wiki/Attentat\\_du\\_train\\_Thalys\\_le\\_21\\_aout%3%BBt\\_2015](https://fr.wikipedia.org/wiki/Attentat_du_train_Thalys_le_21_aout%3%BBt_2015)>.

<sup>52</sup> Décret du 18 septembre 2018 portant naturalisation, réintégration, mention d'enfants mineurs bénéficiant de l'effet collectif attaché à l'acquisition de la nationalité française par leurs parents, francisation de noms et de prénoms et libération de l'allégeance française, NOR : *INTN1824196D*, JO du 20 septembre 2018.

cérémonie symbolique de remise du certificat de naturalisation a eu lieu le 31 janvier 2019 à Sacramento (Californie) et a été menée par le consul général de France à San Francisco. De la même façon et de l'avis des intéressés eux-mêmes<sup>53</sup>, leur connaissance de la langue française est rudimentaire, laissant craindre que la condition d'assimilation ne soit pas remplie avec l'habituelle rigueur. Rien ne laisse supposer, enfin, que les intéressés aient le moindre revenu en France. Autant dire que la loi a été quasiment explicitement violée en la matière, et par l'État français lui-même.

Nul ne s'en plaindra, bien sûr. Mais il est difficile de faire apparaître plus clairement que l'appréciation des conditions de naturalisation est ici laissée totalement à la discrétion de l'État qui offre ni plus ni moins sa nationalité à trois personnes pour les remercier de leur conduite héroïque.

Ici, n'est-ce pas l'État qui est sentimental ?

### B.- La perte et la déchéance de la nationalité française

Le sentiment d'appartenir à la communauté nationale, même s'il ne suffit pas à lui seul en l'absence de la réunion de certaines conditions objectives, peut contribuer à créer un lien de nationalité entre une personne et l'État français<sup>54</sup>. Inversement, l'absence de sentiment d'appartenance, voire l'hostilité ou le ressentiment à l'égard de la communauté nationale, peuvent conduire à détruire un lien de nationalité. Cette dernière distinction, entre l'absence de sentiment d'appartenance et l'hostilité, qui peut devenir un véritable ressentiment, se traduit, il nous semble, en droit français de la nationalité à travers la distinction opérée par le Code civil entre les cas de *perte de la nationalité française*<sup>55</sup>, et les cas de *déchéance de la nationalité française*<sup>56</sup>. Tous marquent « le passage de la qualité de Français à celle de non-Français »<sup>57</sup>, mais les cas de perte de nationalité entérinent l'absence d'effectivité du lien de nationalité, alors que les cas de déchéance viennent sanctionner des actes d'une particulière gravité et offrent, selon nous, une matière de réflexion plus riche au regard du thème du séminaire.

En effet, à travers les cas de perte de nationalité, le droit français appréhende l'absence de sentiment d'appartenance à la communauté nationale, et par là-même le non-sentiment. L'idée, très simplifiée, en matière de perte de la nationalité française est

<sup>53</sup> « Anthony Sadler, Alek Skarlatos et Spencer Stone, les 3 héros du Thalys, reçoivent la nationalité française », *Le Monde* [en ligne], 1<sup>er</sup> février 2019. [Consulté le 12 mai 2021] Disponible sur Internet : <[https://www.lemonde.fr/societe/article/2019/02/01/les-trois-heros-americains-du-thalys-ont-recu-la-nationalite-francaise\\_5417428\\_3224.html](https://www.lemonde.fr/societe/article/2019/02/01/les-trois-heros-americains-du-thalys-ont-recu-la-nationalite-francaise_5417428_3224.html)>.

<sup>54</sup> H. FULCHIRON, « La nationalité française entre identité et appartenance », *D.*, 2011, p. 1915, spéc. p. 1916 : « Les enjeux liés à l'appartenance se traduisent en droit français de la nationalité par la place donnée à l'intégration. [...] une attention croissante est accordée aux éléments les plus subjectifs de l'intégration : ceux qui sont liés à la personne elle-même, à ses efforts personnels d'intégration [...] ».

<sup>55</sup> Articles 23 à 23-9 du Code civil [Section 1 : De la perte de la nationalité française].

<sup>56</sup> Articles 25 et 25-1 du Code civil [Section 3 : De la déchéance de la nationalité française].

<sup>57</sup> P. LAGARDE, « La nationalité », *Répertoire du droit civil*, Dalloz, juin 2013, § 334.



qu'à partir du moment où il n'y a plus de sentiment d'appartenance, il n'y a plus de nationalité. Il s'agit d'une idée simplifiée, en ce sens qu'elle peut paraître évidente en matière de perte *volontaire* de nationalité, mais reste plus discutable en ce qui concerne les pertes *involontaires* de nationalité, qui résultent d'un jugement ou d'une décision de l'autorité publique. Ainsi, lorsque l'individu sollicite la perte de sa nationalité, il manifeste lui-même son absence de sentiment d'appartenance à la communauté nationale, qui n'est finalement que constatée par le droit<sup>58</sup>. En revanche, s'agissant des cas de perte involontaire de nationalité, le droit suppose l'absence de sentiment d'appartenance. Il la déduit de conditions objectives qui manifestent, selon lui, un lien de nationalité non effectif, mais qui pourraient ne pas refléter le sentiment réel de l'individu à l'égard de la communauté nationale<sup>59</sup>.

Au contraire, en matière de déchéance de nationalité, le droit français ne s'attache pas à tirer les conséquences d'une absence de sentiment, réelle ou supposée, mais est amené à se saisir de la manifestation d'émotions et de sentiments extrêmement forts.

À la lumière des débats suscités par le projet d'extension de la déchéance de nationalité en 2015<sup>60</sup>, il n'est pas exagéré d'affirmer que cette question déchaîne les passions. Ce déferlement d'émotions peut s'expliquer, il nous semble, par le fait que la déchéance de nationalité touche à la « mystique de la nation » française<sup>61</sup>, à ce symbole d'une communauté d'appartenance unie et fondée sur des valeurs, des principes ou encore une histoire partagés. Mais, si « la nation, c'est d'abord une émotion », comme a pu l'écrire le sociologue Pierre Fougeyrollas<sup>62</sup>, le droit de la nationalité et, par-là même, la déchéance de nationalité, reposent en revanche sur des sentiments. En ce sens, la déchéance de nationalité peut tout d'abord s'apparenter, dans certains cas, à une réaction du corps social face à un sentiment bien précis de l'individu, à savoir son ressentiment (1). Il apparaît également que cette pratique révèle une conception inégalitaire du sentiment d'appartenance, mettant ainsi à l'épreuve la conception française de l'appartenance à la communauté nationale (2).

<sup>58</sup> Par exemples, articles 23-3, 23-4 ou 23-5 du Code civil.

<sup>59</sup> Par exemples, articles 23-7 et 23-8 du Code civil. Un exemple particulièrement frappant de la distorsion possible entre la conception légale de l'effectivité du lien de nationalité, d'une part, et le sentiment d'appartenance de l'individu, d'autre part, se trouve dans l'affaire *Tjebbes* et l'article 15 § 1 c) de la loi sur la nationalité néerlandaise (CJUE, gr. ch., 12 mars 2019, *M. G. Tjebbes e.a. contre Minister van Buitenlandse Zaken*, aff. C-221-17 ; *RTD eur.*, 2019, p. 709, note E. PATAUT ; *D.*, 2019, p. 875, note J. LEPOUTRE).

<sup>60</sup> *V. supra.*

<sup>61</sup> H. FULCHIRON, « Les enjeux contemporains du droit français de la nationalité à la lumière de son histoire », *Pouvoirs*, 2017, no 160, p. 7-17, spéc. p. 15-16.

<sup>62</sup> P. FOUGEYROLLAS, *La nation. Essor et déclin des sociétés modernes*, Paris, Fayard, 1987, coll. « Essai », p. 7.

## 1.- La déchéance de la nationalité française en matière de terrorisme, une réaction du corps social face au ressentiment

En droit français, la déchéance de nationalité s'apparente tout d'abord à une réaction, en ce sens qu'elle n'est, pour le moment du moins<sup>63</sup>, pas préventive. Il s'agit d'une sanction « réactive », faisant suite à la commission d'actes d'une grande gravité, dont la liste limitative figure à l'article 25 du Code civil :

« L'individu qui a acquis la qualité de Français peut, par décret pris après avis conforme du Conseil d'État, être déchu de la nationalité française, sauf si la déchéance a pour résultat de le rendre apatride :

10 S'il est condamné pour un acte qualifié de crime ou délit constituant une atteinte aux intérêts fondamentaux de la Nation ou pour un crime ou un délit constituant un acte de terrorisme ;

20 S'il est condamné pour un acte qualifié de crime ou délit prévu et réprimé par le chapitre II du titre III du livre IV du Code pénal ;

30 S'il est condamné pour s'être soustrait aux obligations résultant pour lui du Code du service national ;

40 S'il s'est livré au profit d'un État étranger à des actes incompatibles avec la qualité de Français et préjudiciables aux intérêts de la France. »

À notre connaissance<sup>64</sup>, depuis 2002, dix-neuf déchéances de la nationalité française pour terrorisme ont été prononcées par l'administration. C'est dire l'importance pratique de ce motif de déchéance, ajouté par le législateur en 1996<sup>65</sup> et s'inscrivant dans le cadre d'une loi tendant à appréhender « un terrorisme interne violent composé [désormais] essentiellement de ressortissants français »<sup>66</sup>.

Ce motif semble également particulièrement intéressant pour le présent séminaire en raison des sentiments qu'il appréhende. En effet, le deuxième motif de déchéance

<sup>63</sup> Proposition de loi no 2946 visant à étendre la déchéance de la nationalité française à tout individu portant les armes ou assistance aux côtés de terroristes, présentée par M. le député J.-C. Lagarde et enregistrée le 12 mai 2020 : il s'agit, selon le député, de faire face à « un enjeu particulièrement grave qui menace la sécurité de notre pays : celui du rapatriement des ressortissants français ayant rejoint les rangs des organisations terroristes ». Si cette proposition devait être adoptée, la déchéance de nationalité deviendrait « préventive » en ce qu'elle ne viserait plus seulement à réprimer des actes terroristes, mais à les prévenir.

<sup>64</sup> Treize déchéances de la nationalité française pour terrorisme ont été prononcées de 2002 à 2015 (J. LEPOUTRE, « Le bannissement des nationaux. Comparaison (France-Royaume-Uni) au regard de la lutte contre le terrorisme », *Rev. crit. DIP*, 2016, p. 107, spéc. p. 109). Deux ont été prononcées en 2019 (décret du 22 octobre 2019, JO no 0248 du 24 octobre 2019 ; décret du 27 mai 2019, JO no 0124 du 29 mai 2019), et quatre en 2020 (décret du 26 septembre 2020, JO no 0240 du 2 octobre 2020 ; décret du 20 novembre 2020, JO no 0283 du 22 novembre 2020 ; décret du 8 décembre 2020, JO no 0298 du 10 décembre 2020 ; décret du 23 décembre 2020, JO no 0001 du 1er janvier 2021).

<sup>65</sup> Loi no 96-697 du 22 juillet 1996 tendant à renforcer la répression du terrorisme.

<sup>66</sup> Sénat, rapport no 178 (1995-1996) de M. Paul Masson fait au nom de la commission des lois [en ligne], 24 janvier 1996. [Consulté le 12 mai 2021] Disponible sur Internet : <<https://www.senat.fr/rap/195-178/195-178.html>>.

répond vraisemblablement à une certaine malveillance à l'égard de l'administration publique (art. 25, 20), tandis que les deux derniers peuvent certainement être vus comme des réactions à l'opposition, voire à l'hostilité d'un individu vis-à-vis des intérêts de la France (art. 25, 30 et 40). En revanche, l'article 25, 10 appréhende des sentiments extrêmement violents qui relèvent davantage du registre de la haine.

Plutôt que de sentiments, il est permis de se demander si le droit ne saisit pas, à travers la déchéance pour terrorisme, des émotions, violentes mais brèves. La manifestation publique de la haine que l'on peut facilement prêter à celui qui se rend coupable d'un acte de terrorisme est en effet parfois d'une extrême brièveté. Néanmoins, nombreux sont aujourd'hui les travaux en matière de terrorisme qui montrent que le basculement dans la violence naît, généralement, d'un ressentiment qui n'a rien de bref<sup>67</sup>. Ce ressentiment consiste à « revivre une *ré-action* émotionnelle »<sup>68</sup>, à ruminer une blessure ou une expérience vécue comme une injustice. L'individu nourrit ainsi un désir de vengeance « jusqu'à finir [selon les mots de l'historien Marc Ferro] par exploser »<sup>69</sup>. Ces mots sont d'une réalité cruelle, mais ils montrent que la déchéance de nationalité pour terrorisme vient saisir des sentiments durables, et non des émotions éphémères. Finalement, la condamnation pour un acte de terrorisme traduit un ressentiment si profond chez l'individu qu'elle peut entraîner une réaction de l'État, et cette réaction consiste à expulser l'individu de la communauté nationale. Expulsé *symboliquement* par la déchéance de sa nationalité, voire expulsé *littéralement* lorsque la déchéance est suivie d'une mesure d'éloignement du territoire français.

L'on peut noter, toutefois, que la déchéance pour terrorisme ne vient pas sanctionner uniquement la manifestation d'un ressentiment à l'égard de la communauté française, mais qu'elle vient parfois sanctionner la participation à des attentats commis à l'étranger. En ce sens, les cinq déchéances prononcées en 2015 l'ont été à l'égard d'individus ayant apporté leur soutien à un groupe terroriste auteur des attentats de Casablanca du 16 mai 2003<sup>70</sup>.

Par ailleurs, toutes les personnes qui concrétisent leur ressentiment par la commission d'actes terroristes ne sont pas obligatoirement déchues de leur nationalité. Déjà, si la déchéance ne peut être prononcée que dans l'un des quatre cas énumérés par l'article 25 du Code civil, « elle ne doit pas nécessairement l'être »<sup>71</sup> et reste à la discrétion de l'autorité publique. Ensuite, une déchéance ne peut concerner que les bi- ou

<sup>67</sup> M. GUIDÈRE, « Psychologie des terroristes solitaires », in M. GUIDÈRE (dir.), *Les nouveaux terroristes*, Paris, Autrement, 2010, p. 83-92, spéc. p. 18 et s. ; M. BENRAAD, « État islamique : une idéologie du ressentiment », tribune, *Libération*, 4 novembre 2019.

<sup>68</sup> C. FLEURY, *Ci-gît l'amer. Guérir du ressentiment*, Paris, Gallimard, 2020, p. 19. Sur les liens entre le ressentiment individuel et la « santé démocratique » d'une société, v. p. 268 et s.

<sup>69</sup> M. FERRO, *Le ressentiment dans l'histoire. Comprendre notre temps*, Paris, Odile Jacob, 2008, p. 35.

<sup>70</sup> CEDH, 25 juin 2020, *Ghoumid et a. c/ France*, no 52273/16 ; *J.D.I.*, 2021 p. 242, note J. LEPOUTRE, *RFDA*, 2020 p. 1107, note J. ANDRIANTSIMBAZOVINA.

<sup>71</sup> P. LAGARDE, « La nationalité », *Répertoire du droit civil*, Dalloz, juin 2013, § 389.

plurinationaux, afin d'éviter les cas d'apatridie<sup>72</sup>. Enfin, seuls les Français qui ont acquis la nationalité française<sup>73</sup> peuvent être déchus, par opposition aux Français qui se sont vus attribuer la nationalité française à leur naissance<sup>74</sup>. Cette différence entre Français « d'acquisition » et Français « d'origine » éprouve, il nous semble, la conception française de l'appartenance à la communauté nationale en révélant une conception inégalitaire du sentiment d'appartenance.

## **2.- La déchéance de la nationalité française, une sanction révélatrice d'une conception inégalitaire du sentiment d'appartenance**

La façon dont le droit réagit aux événements graves listés à l'article 25 du Code civil, par la déchéance, est révélatrice des conditions d'appartenance à la communauté nationale. Or, si la conception française de la nationalité n'est pas purement « élective », elle n'en repose pas moins sur un fort sentiment d'appartenance. Comme l'affirme Hugues Fulchiron, « la nationalité française est le symbole d'appartenance à une communauté fondée sur le partage d'un certain nombre de principes et de valeurs »<sup>75</sup>.

De prime abord, la déchéance de nationalité semble cohérente avec cette conception de la nationalité fondée sur le sentiment d'appartenance des individus, puisqu'en commettant l'un des actes dont la liste figure à l'article 25 du Code civil, l'individu rejeterait les principes et valeurs partagés par le corps social. Il matérialiserait l'anéantissement de son sentiment d'appartenance, et marquerait par-là même le rejet de la communauté française. Par la déchéance, l'État viendrait alors sanctionner symboliquement la rupture, par l'individu, du lien qui l'unissait à la communauté nationale. L'on retrouve ici l'argument avancé par l'État français pour justifier de la conventionnalité des mesures de déchéance au regard de l'article 4 du Protocole no 7 de la Convention EDH, et admis par la Cour de Strasbourg dans l'affaire *Ghoumid* : la déchéance vise, selon la Cour, « à tirer conséquence du fait qu'une personne ayant bénéficié d'une mesure d'acquisition de la nationalité française a par la suite brisé son lien de loyauté envers la France en commettant des actes particulièrement graves qui, s'agissant d'actes de terrorisme, sapent le fondement même de la démocratie. Elle tend ainsi avant tout à prendre solennellement acte de la rupture de ce lien entre eux et la France. »<sup>76</sup>

Mais, si « la nationalité française est moins un inné qu'un acquis, en ce sens qu'elle ne repose pas sur des caractères inhérents à un individu ou à un groupe [...], mais sur l'adhésion individuelle et collective à un ensemble de principes et de valeurs »<sup>77</sup>,

<sup>72</sup> Précision ajoutée par l'article 23 de la loi no 98-170 du 16 mars 1998 relative à la nationalité.

<sup>73</sup> Articles 18 à 20-5 du Code civil [Chapitre II : De la nationalité française d'origine].

<sup>74</sup> Articles 21 à 22-3 du Code civil [Chapitre III : De l'acquisition de la nationalité française].

<sup>75</sup> H. FULCHIRON, « Nationalité », *JCl. Droit international*, Synthèse, 2020, § 24.

<sup>76</sup> CEDH, 25 juin 2020, *Ghoumid*..., préc., point 71.

<sup>77</sup> H. FULCHIRON, « La nationalité française entre identité et appartenance », préc., p. 1915-1916.

comment justifier la distinction opérée entre les Français d'origine et les Français d'acquisition ? Par cette distinction, l'État forge une présomption d'appartenance de certains Français, et suppose que le sentiment d'appartenance des Français qui ont acquis la nationalité française est moins fort que celui des Français qui sont nés avec cette nationalité. Par l'absurde, cela revient à considérer qu'une personne née française par filiation<sup>78</sup>, mais qui aurait vécu plus de la moitié de sa vie à l'étranger, est « plus française » qu'une personne qui aurait acquis la nationalité française par sa naissance et sa résidence en France<sup>79</sup>, et qui y aurait vécu toute sa vie.

Au-delà de sa logique discutable, cette distinction révèle surtout une différence de traitement entre Français d'origine et Français d'acquisition qui pourrait s'apparenter à une discrimination indirecte illégale au sens de l'article 14 de la Convention EDH<sup>80</sup>. Dans une résolution adoptée en janvier 2019, l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe s'est dite « préoccupée par le fait que certains États considèrent la nationalité comme un privilège, et non comme un droit »<sup>81</sup>. Une inquiétude supplémentaire s'ajoute lorsque la nationalité française est perçue comme un droit pour certains Français, et seulement comme un privilège pour d'autres.

Le Conseil constitutionnel a jugé à deux reprises que cette distinction n'était pas contraire au principe d'égalité des citoyens devant la loi « compte tenu de l'objectif tendant à renforcer la lutte contre le terrorisme »<sup>82</sup>. Il y a donc bien différence de traitement, mais celle-ci est justifiée selon les Sages de la République française.

La Cour de Strasbourg ne s'est pas encore prononcée sur la conventionnalité de cette différence de traitement opérée par la France, mais aussi par d'autres États européens<sup>83</sup>, en matière de déchéance de nationalité. Dans l'arrêt *Ghoumid et a. c/ France* rendu le 25 juin 2020, elle a en revanche pu se prononcer sur la conformité du régime français au regard de l'article 8 de la Convention, puisqu'en tant qu'élément de l'identité des personnes, la nationalité relève du droit au respect à la vie privée<sup>84</sup>. Par le biais de cet

<sup>78</sup> Article 18 du Code civil.

<sup>79</sup> Article 21-7 du Code civil.

<sup>80</sup> En ce sens, v. le rapport de la Commission des questions juridiques et des droits de l'homme de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe (APCE), « La déchéance de nationalité comme mesure de lutte contre le terrorisme : une approche compatible avec les droits de l'Homme ? », Rapporteur T. STRIK, doc. 14790, 7 janvier 2019, § 2, 18, 28 et 47.

<sup>81</sup> Résolution 2263 (2019) de l'APCE, « La déchéance de nationalité comme mesure de lutte contre le terrorisme : une approche compatible avec les droits de l'homme ? », adoptée le 25 janvier 2019.

<sup>82</sup> Cons. const., 16 juillet 1996, no 96-377, § 23 ; Cons. const., 23 janvier 2015, QPC no 2014-439, § 13, *Rev. crit. DIP*, 2015, p. 115, note P. LAGARDE.

<sup>83</sup> Selon le rapport de la Commission des questions juridiques et des droits de l'homme de l'APCE précité, la Belgique, l'Estonie et le Luxembourg opèrent une différence de traitement similaire, sans la justifier (§ 28). La Cour EDH a toutefois pu juger que la distinction opérée par la législation danoise en matière de regroupement familial, entre ressortissants danois de souche et ressortissants danois d'origine ethnique étrangère, est une discrimination indirecte illégale au regard de l'article 14 de la Convention (CEDH, 24 mai 2016, *Biao c/ Danemark*, req. no 38590/10).

<sup>84</sup> CEDH, 25 juin 2020, *Ghoumid...*, préc., point 43.

article, la Cour peut examiner les conséquences de la déchéance de nationalité sur la vie privée des requérants. Elle peut ainsi – ou, en tous cas, *aurait pu* – réintroduire les sentiments et le vécu de l'individu déchu de sa nationalité. Mais, dans l'arrêt *Ghoumid*, le grief fondé sur l'article 8 est balayé par le contexte terroriste, et les conséquences de la déchéance sur la vie privée des requérants sont minimisées. La Cour relève d'entrée de jeu que « la violence terroriste constitue en elle-même une grave menace pour les droits de l'homme » et que « les condamnations pénales des intéressés révèlent des allégeances qui montrent le peu d'importance qu'a eu leur attachement à la France et à ses valeurs dans la construction de leur identité personnelle »<sup>85</sup>.

Ainsi que l'a relevé Jules Lepoutre, cette affaire « montre que, loin de ne plus seulement progresser, l'intensité du contrôle en droit de la nationalité recule »<sup>86</sup>. Dans un domaine où l'arbitraire de l'État avait perdu du terrain au profit de la protection des droits fondamentaux<sup>87</sup>, les considérations de souveraineté resurgissent à la faveur d'un contexte troublé par la lutte contre le terrorisme, alors même que les déchéances de nationalité sont des mesures radicales qui peuvent s'accompagner « d'une forme de mort sociale »<sup>88</sup>, et qui peuvent aller à l'encontre de l'objectif de lutte contre le terrorisme. En tant que processus d'exclusion et de marginalisation, ces mesures nourrissent en effet le ressentiment qu'elles sanctionnent et qui est à l'origine des passages à l'acte terroristes.

L'instrumentalisation du droit de la nationalité a déjà pu être analysée en doctrine comme un signe de « déclin du droit »<sup>89</sup>. Et, si la « hantise de l'immigration frauduleuse » vicie déjà grandement le droit de la nationalité<sup>90</sup>, les discours qui véhiculent une terreur irraisonnée du terrorisme le pervertissent certainement tout autant. Se confirme ainsi l'idée que, en matière de nationalité, non seulement l'émotion n'est certainement pas la meilleure conseillère mais, plus encore, qu'un excès de passions recèle bien des dangers<sup>91</sup>.

---

<sup>85</sup> *Ibid.*, point 50.

<sup>86</sup> J. LEPOUTRE, note sous l'arrêt, *J.D.I.*, 2021 p. 242, spéc. p. 246.

<sup>87</sup> *V. supra.*

<sup>88</sup> C. ZALC, « La naturalisation, acte ou vecteur d'intégration ? Retour sur l'histoire du débat dans le premier XXe siècle », *Pouvoirs*, 2017, no 160, p. 47-60, spéc. p. 59.

<sup>89</sup> P. LAGARDE, « La déchéance de nationalité », *D.*, 2010, p. 1992.

<sup>90</sup> *Ibid.*

<sup>91</sup> V. d'ailleurs sur ce point J. LEPOUTRE, « La déchéance de la nationalité, un outil pertinent ? », *Esprit*, 2015, p. 118-120, spéc. p. 120 : « [...] la prudence est de rigueur en matière de nationalité. Comme Hannah Arendt et Earl Warren l'ont démontré, la nationalité n'est rien d'autre que "le droit d'avoir des droits". Le retour de certaines formes de bannissement des individus jugés indignes ou déloyaux est une atteinte forte aux droits fondamentaux qui se concilie peu avec l'engagement libéral des démocraties modernes. L'exil des individus accusés de terrorisme ne tend d'ailleurs qu'à déplacer le problème : un individu dangereux ne le sera pas moins hors de son pays d'origine ; la gestion commune, globalisée et responsable des risques s'accommode mal d'une telle démonstration d'unilatéralité. »