



REVUE JURIDIQUE DE LA SORBONNE
SORBONNE LAW REVIEW



n° 8
décembre 2023

DOSSIER 1 :
LE DROIT EN SPECTACLE

DOSSIER 2 :
LA LIBERTÉ D'EXPRESSION
ET DE LA PRESSE

Revue Juridique de la Sorbonne – *Sorbonne Law Review*

Comité scientifique

Jean-Luc ALBERT, Professeur à Aix-Marseille Université

Mireille BACACHE, Professeur à l'Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne

Florence BELLIVIER, Professeur à l'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'Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne

Sabine CORNELOUP, Professeur à l'Université Paris II Panthéon-Assas

Vincent EGEA, Professeur à l'Université d'Aix-Marseille

Joachim ENGLISH, Professeur à l'Université de Münster

Etienne FARNOUX, Professeur à l'Université de Strasbourg

Norbert FOULQUIER, Professeur à l'Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne

Daniel GUTMANN, Professeur à l'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'Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne

Emmanuel JEULAND, Professeur à l'Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne

Xavier LAGARDE, Professeur à l'Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne

Pascal LOKIEC, Professeur à l'Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne

André LUCAS, Professeur à l'Université de Nantes

Vincent MALASSIGNÉ, Professeur à CY Cergy Paris Université

Arnaud MARTINON, Professeur à l'Université Paris II Panthéon-Assas

Anne-Catherine MULLER, Professeur à l'Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne

Etienne PATAUT, Professeur à l'Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne

Adalberto PERULLI, Professeur à l'Université de Venise

Laurent PFISTER, Professeur à l'Université Paris II Panthéon-Assas

Stéphanie PORCHY-SIMON, Professeur à l'Université Jean Moulin Lyon 3

Catherine PRIETO, Professeur à l'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'Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne

Directrice de la publication

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

Directrice de la revue

Anne-Marie LEROYER, Professeur à l'École de droit de la Sorbonne, Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne

Comité de rédaction

Nicolas BARGUE, Maître de conférences à l'Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne

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

Équipe éditoriale

- Volet édition :

Emile FLORIN-ROUQUETTE, Responsable des éditions

Paul LENAS, Assistant d'édition

- Volet communication et diffusion :

Nicolas ARMENGAUD, Chargé de communication et de l'événementiel

Kali STOLYPINE, Chargée de communication et de l'événementiel

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

Revue gratuite, en open access

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

Langues de publication : français, anglais.

crédit photo de couverture : Søren Laursen, Licence Pixabay.

IRJS éditions – Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne

12 place du Panthéon

75005 PARIS (France)

@ : irjs-editions@univ-paris1.fr / Tel : 01 44 07 78 21

ISSN : 2739-6649

Dépôt légal : décembre 2023, mise en ligne janvier 2024.

TABLE DES MATIÈRES

DOSSIER :

LE DROIT EN SPECTACLE _____ 9

PARTIE 1.

LE DROIT COMME OBJET DE SPECTACLE _____ 11

Avant-propos _____ 13

Julie DE GUILHEM, Tannaz GHOLIZADEH et Tatiana KOZLOVSKY

1. Le Droit peut-il être un spectacle ? _____ 15

Valérie Laure BENABOU

2. La justice en procès _____ 29

Maya ROS Y BLASCO

3. Réalisme et vraisemblance du procès dans le théâtre du premier âge classique (1640-1670) _____ 53

Romain DUBOS

4. Identification et mobilisation de la rhétorique shakespearienne du pouvoir au sein de l'appareil réflexif juridique _____ 71

Abraham LE GUEN

5. Droit et Théâtre : miroirs _____ 89

Sylvin BRANIER-RENAULT

6. Les procès fictifs : usages artistiques et sociaux du procès dans la cité _____ 109

Nathalie GOEDERT

Ninon MAILLARD

7. Le spectacle de la justice dans les séries judiciaires télévisées _____ 135

Barbara VILLEZ

PARTIE 2.

LE DROIT COMME SOURCE DE SPECTACLE _____ 149

8. Le costume et le droit _____ 151

Julie MATTIUSSI

9. Transparence de la justice et spectacle _____	163
Emmanuel JEULAND et Kenneth KPONOU	
I.- L'absence des acteurs du procès civil_____	167
Kenneth KPONOU	
II.- La diffusion des audiences et la question du spectacle_____	179
Par Emmanuel JEULAND	
10. Le Tribunal international Monsanto : une tribune à l'appel de l'évolution du droit _____	193
Joris FONTAINE	
11. Entre République et religion, une approche politique des cérémonies familiales _____	205
Martin BAUX DUPUY	
Rébecca DEMOULE	
12. JOP 2024 : ne pas gâcher la fête ? _____	217
Florence BELLIVIER	
Antonin GUILLARD	
13. La loi relative aux influenceurs : spectacle(s) et réseaux sociaux _____	233
Tatiana KOZLOVSKY	
Robin PLIQUE	

DOSSIER :

LA LIBERTÉ D'EXPRESSION ET DE LA PRESSE____**253**

La liberté d'expression et de la presse _____	255
Jonas KNETSCH	
La liberté d'expression, un droit constitutionnel _____	257
Khalil FENDRI	
La liberté d'expression de l'universitaire _____	269
Xavier DUPRÉ DE BOULOIS	
Liberté d'expression et responsabilité civile _____	281
Patrice JOURDAIN	
Les abus de la liberté d'expression et la responsabilité civile ____	291
Sami JERBI	

Liberté d'expression et cessation de l'illicite _____	319
Jonas KNETSCH	
La protection de la liberté d'expression dans le domaine de l'art : l'exemple du <i>street art</i> _____	331
Marine RANOUIL	
Réflexions sur la liberté d'expression à partir de l'arrêt rendu par la Cour de cassation tunisienne n° 6096 du 4 décembre 2014 _____	339
Salma ABID-MNIF	
La liberté d'expression en droit international privé _____	357
Salma TRIKI	

DOSSIER :
LE DROIT EN SPECTACLE

SÉMINAIRE IRJS 2023

PARTIE 1.
LE DROIT COMME OBJET
DE SPECTACLE

« *Le droit en spectacle* »

Avant-propos

**Julie DE GUILHEM, Tannaz GHOLIZADEH
et Tatiana KOZLOVSKY**

*Membres de l'équipe organisatrice du cycle de
séminaires « Le droit en spectacle »*

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

Que ce soit au théâtre, au cinéma, ou encore dans la littérature, le droit fait l'objet de représentations qui donnent à voir le regard que portent les non-juristes sur lui. Mais le droit n'est pas seulement un objet du spectacle ; il peut en être la source. Il se met effectivement en scène au travers de rituels ou de cérémonies. L'étude du droit en spectacle implique donc une approche à la fois externe et interne au droit. Le cycle annuel de séminaires de l'Institut de Recherche Juridique de la Sorbonne (IRJS) a exploré ces deux dimensions de façon pluridisciplinaire durant plusieurs mois. Le résultat de ces discussions s'apprécie à la lecture des contributions publiées au sein de ce numéro de la revue juridique de la Sorbonne.

Le droit comme objet de spectacle. L'existence d'une dimension spectaculaire du droit est une question préalable et nécessaire abordée par Madame la Professeure Valérie Laure Benabou (1). Ses propos ouvrent la voie à l'étude de représentations du droit qui reflètent au fond la perception du droit par la société. L'étude de peintures et caricatures du XIX^e siècle menée par Madame Maya Ros y Blasco démontre ainsi que le développement d'une imagerie permet de restituer la vision de la justice à une époque donnée (2). Le procès semble être un objet particulièrement prisé dans ces représentations, mais celles-ci sont parfois éloignées de la réalité des tribunaux. Monsieur Romain Dubos explore ainsi le caractère vraisemblable de sa représentation par le théâtre classique du XVII^e siècle (3). Monsieur Abraham Le Guen propose lui aussi d'analyser la représentation du droit au théâtre, par le prisme de l'œuvre de Shakespeare où la matière juridique est prégnante (4). Droit et théâtre entretiennent des liens finalement plus étroits qu'il ne semble de prime abord, si bien que Monsieur Sylvain Branier-Renault les identifie comme des « miroirs » l'un

de l'autre (5). Les représentations du droit se retrouvent aussi à l'écran. Mesdames Nathalie Goedert et Ninon Maillard expliquent comment le cinéma s'est illustré en la matière en abordant les usages artistiques et sociaux autour des procès fictifs (6). Le petit écran n'est pas en reste, puisque les séries judiciaires télévisées se font aussi l'écho du spectacle de la justice, comme le démontre Madame la Professeure Barbara Villez (7).

Le droit comme source de spectacle. Le droit est par ailleurs lui-même mis en scène. Ses acteurs portent en effet des tenues bien particulières et spécifiques à leurs rôles. Le poids du costume en droit est ainsi l'objet de l'analyse de Madame Julie Mattiussi (8). Le symbolique occupe une place importante en droit, comme l'illustre notamment le déroulement du procès. La justice est un spectacle dont la visibilité est aujourd'hui facilitée par les nouvelles technologies de la communication judiciaire. Cette « transparence de la justice » est traitée par Monsieur le Professeur Emmanuel Jeuland et Monsieur Kenneth Kponou, qui étudient plus spécifiquement le cas de la diffusion des audiences ainsi que celui de la visioconférence (9). Les rituels du procès peuvent en outre être mobilisés en dehors du droit, pour leur portée symbolique. Monsieur Joris Fontaine explore dans cette optique le spectacle de la justice d'opinion à travers le cas du Tribunal international Monsanto (10). Le spectacle du droit s'exprime non seulement par ces rituels, mais aussi par le biais des cérémonies. Monsieur Martin Baux Dupuy et Madame Rébecca Demoule abordent l'investissement politique des cérémonies familiales, telles que le mariage et le baptême, mettant en exergue les liens de l'État aux religions (11). Le droit est ainsi le reflet des faits sociaux. Il répond à l'actualité et un agenda politique. L'intervention du législateur est abordée par Madame la Professeure Florence Bellivier et Monsieur Antonin Guillard au travers de l'étude de la loi relative aux Jeux Olympiques et Paralympiques (12), ainsi que par Madame Tatiana Kozlovsky et Monsieur Robin Plique dont l'analyse porte sur la loi relative aux influenceurs (13).

L'ensemble de ces contributions rendent compte de la variété des sujets abordés lors de ce riche cycle de séminaires. La lecture croisée des deux approches met finalement en exergue ce que dit le spectacle du droit sur le droit lui-même et sur la société dans laquelle il s'inscrit.

Nous tenons à remercier l'ensemble des intervenants et des auditeurs, dont la qualité du propos et des échanges a fondé le succès de ce cycle de séminaires. Nous remercions également les équipes de l'Institut de Recherche Juridique de la Sorbonne pour l'organisation du cycle de séminaires, des éditions de l'IRJS pour sa publication, et celle du média Images & Droit pour sa captation et sa diffusion en ligne.

Bon spectacle.

Le Droit peut-il être un spectacle ?

Valérie Laure BENABOU

*Professeuse de Droit
Université de Paris-Saclay*

La question de la dimension spectaculaire du Droit pose, entre autres, celle des limites entre fiction et réalité, celle de la difficulté à démêler le discours du Droit et la mise en scène de celui-ci. Je voudrais ici rapporter en exergue deux anecdotes relatives à cette ligne fine qui sépare le fait du droit et sa relation par des auteurs qui, par leur travail de création, en proposent une forme artistique de restitution et le trouble que cette mise à distance suscite.

La première est relative à un documentaire intitulé *Délits flagrants* réalisé en 1994 par Raymond Depardon et tourné dans les bureaux de la 8^e section du Palais de justice de Paris. À travers une longue série d'interrogatoires filmés en plan fixe, Raymond Depardon y montre des prévenus d'actes de petite délinquance confrontés au juge de la flagrance. Il y avait parmi les « personnages » de ce film un joueur de bonneteau, ce jeu où un passant est sollicité pour choisir une carte rouge, généralement la dame de cœur, mélangée avec deux cartes noires qui est retournée et rapidement manipulée afin de la retrouver à l'issue de son trajet rapide. Si le passant fait retourner la bonne carte, il gagne le double de sa mise et la perd sinon. Cette arnaque multiséculaire consiste à appâter le chaland grâce à un complice, appelé baron, qui fait le badaud et qui gagne au jeu, pour que les autres se risquent, sûrs de leur fait, à reconnaître la carte. Mais le jeu est truqué de sorte qu'ils sont assurés de perdre. Le bonneteau est interdit en tant que jeu de hasard sur la voie publique dont l'enjeu est l'argent (article L. 324-1 du Code de la sécurité intérieure) et les auteurs peuvent également être poursuivis du délit d'escroquerie (article L. 313-1 du Code pénal). Le charlatan avait été attrapé par la police et son entretien avec le juge était filmé par Depardon. Il s'avère qu'en me promenant plusieurs mois après avoir vu ce documentaire très édifiant, j'identifiai un visage sur le boulevard Barbès. Je n'arrivais pourtant pas à savoir où j'avais vu cette personne, quand tout à coup je reconnus le joueur de bonneteau et, naïvement m'approchai de lui pour lui signifier que je l'avais vu dans le film. Évidemment, la réaction de l'homme ne fut pas très amène

et il m'insulta copieusement pour me faire partir, moi qui risquais de détourner les clients potentiels de son petit commerce frauduleux. Je fus extrêmement troublée par ma réaction, qui montrait que je n'avais pas véritablement fait le départ entre la réalité et la fiction puisque j'identifiais cet homme dont la vie réelle était celle d'un arnaqueur d'habitude avec un personnage de cinéma dont il aurait été l'incarnation.

Le même trouble s'empara de moi à la sortie de la projection d'un autre film documentaire intitulé *Ni juge, ni soumise*. Ce film, sorti en 2017 de Jean Libon et Yves Hinant, qui font partie des équipes de *Striptease* une série documentaire télévisuelle fameuse, relate le quotidien d'Anne Gruwez une juge d'instruction bruxelloise, très haute en couleur et au verbe franc. Bien que le ton général du film soit assez léger, il y a une scène très éprouvante dans laquelle la juge interroge une mère à propos de l'infanticide de son jeune fils. La mère souffre d'hallucinations paranoïaques qui l'ont conduite à assassiner son propre enfant qu'elle percevait dans ses délires comme une manifestation du diable. Écoutant les réactions du public à l'issue du film dans le corridor de sortie, j'entendis une femme dire que la mère « en faisait un peu trop », comme si la comédienne sonnait faux dans ses outrances. Malheureusement, cette mère n'était pas actrice, l'enfant vraiment mort. Mais le fait que la situation soit exposée de cette manière contribuait à sa déréalisation.

Ces deux anecdotes m'interpellent sur notre capacité ou plutôt, ici, notre incapacité à faire le distinguo entre le Droit qui se déroule – un interrogatoire d'un prévenu par un magistrat dans le cadre d'une procédure pénale – et la forme cinématographique (pourtant ici documentaire) et sur les effets de confusion qui en résultent ; sur ce qui tient au réel et le décalage que l'intervention de la caméra d'un tiers produit sur la perception de ce qui se « joue ». Elles traduisent le malaise qui est le mien de faire de certaines scènes de Droit un spectacle. Mais avant d'en venir à la conclusion...

Définissons comme il se doit les termes du sujet. On épargnera ici les auditeurs sur la définition du terme Droit, qui en soi, requerrait un séminaire entier pour s'en tenir à une approche approximative de la notion, envisagé comme un système normatif destiné à régir les comportements en société et à produire des effets pouvant aller jusqu'à la contrainte. Le mot qui nous retient ici davantage est celui de spectacle, lequel est polymorphe.

Au terme d'une rapide recherche dans Légifrance, le terme « spectacle » apparaît dans 1 220 articles trouvés dans 29 codes. En parcourant rapidement (et de manière non exhaustive) ces occurrences, il ne m'est pas apparu de définition juridique du terme, lequel est repris sous diverses déclinaisons (entrepreneur de spectacles, lieux de spectacles, spectacles utilisant des animaux...) sans être spécifiquement précisé. Il renvoie donc à une notion extérieure au Droit que ce dernier ne fait que constater. Il faut, dès lors, s'en remettre au dictionnaire, et particulièrement au site du *CNRTL* (ma bible) selon lequel, dans une première acception, le spectacle est « ce qui se présente au regard ; vue d'ensemble qui attire l'attention et/ou éveille

des réactions ». En anglais, spectacle signifie aussi lunettes, ce qui permet de voir. D'après le dictionnaire, le spectacle est « ce qui se révèle au sens humain de la vision peut être naturel : la contemplation d'un phénomène, d'un simple coucher de soleil, d'une falaise ou d'une tempête ». Le spectacle a donc d'abord trait *au regard*.

Cette définition comporte une exigence qui ne se limite pas à l'exposition d'un sujet au regard, puisqu'elle suppose encore que cette vision suscite une réaction de la part de celui ou de celle qui regarde. Il s'en infère que le spectacle tient non seulement au regard mais aussi à l'émotion que suscite chez le sujet ce qui est regardé par lui. En cela, le séminaire se situe dans la continuité du cycle de réflexion précédent de l'IRJS, Droit et Émotion, puisque la réaction est indissociable de l'objet regardé. *Le spectacle est cet entre-deux entre ce qui est exposé et l'impression qui en résulte.*

Une seconde acception, bien que plus limitée dans son champ d'application, s'avère n'être qu'une déclinaison de la première et tend à restreindre le sens à une « représentation de théâtre, de danse, de cinéma, d'opéra, de numéros de variétés qui est donnée en public. Où l'on déploie une mise en scène, des effets impressionnants, importants. » Dans cette perspective, la réaction est alors provoquée par l'intervention humaine, laquelle cherche à « impressionner » le public, le cas échéant en amplifiant artificiellement certaines dimensions pour attirer l'attention. La traduction idoine anglaise du terme est celle de « *show* » qui signifie également montrer. Il s'agit de conduire le regard sur ce que l'on veut qui soit regardé. Intervient alors dans le processus un tiers qui s'introduit entre l'objet et le regardant pour jouer le rôle du prisme, aiguillonner ou décider par quel moyen et selon quel angle l'objet devrait être regardé. Cette seconde définition renvoie également à la notion de « représentation », laquelle s'entend de l'action de rendre quelque chose présent à quelqu'un en montrant, en faisant savoir, éventuellement « sous la forme d'un substitut ou en recourant à un artifice ». Il y a donc, selon cette acception, une action sous-jacente au spectacle qui procède de la volonté d'une personne d'établir un lien entre l'objet du regard et le spectateur. Cette présence peut être réelle ou fictionnelle.

Au demeurant, dans le sens courant, une spectatrice s'entend d'une personne passive, qui n'intervient nullement dans le déroulement des phénomènes dont elle est témoin, tandis que le spectacle procède d'une mise en scène, d'une organisation souhaitée par un ordonnateur qui place, déplace ou replace les objets regardés ajoutant ainsi au réel en orientant le regard du spectateur pour amener une certaine forme de perception. S'ajoutent à ces compléments de définition deux nouvelles dimensions qui enrichissent l'analyse : l'existence d'un public et l'expérience de la présence.

Ces termes résonnent en droit de la propriété littéraire et artistique où le droit de représentation s'entend de la communication d'une œuvre à un public et part initialement de l'expérience théâtrale qui suppose la co-présence des spectateurs et des acteurs dans un même lieu à un même moment. On n'ignore pas que le dévelop-

pement des techniques de diffusion a progressivement élargi le champ d'application de ce droit de représentation à des expériences distantes (la télévision, la radio) voire à des expériences décalées (la possibilité de consulter sur internet des sites au moment que l'on souhaite et de l'endroit où l'on se trouve). Rendre présent la chose peut par conséquent s'entendre d'une impression ressentie par le spectateur qui vit une expérience individuelle à partir d'une reconstitution de l'existant et non de la réalité d'une présence simultanée en même lieu. En même temps que se perd la co-présence avec les acteurs, cette possibilité d'expérience individuelle rompt avec la notion de « public » envisagée comme un ensemble de personnes réunies – même de manière fugace – par le fait de regarder la même chose. L'essor de la technologie permet de varier tant les formes que les modalités d'accès au spectacle.

En somme, et pour tenter une synthèse, on peut dire que le spectacle exprime un rapport entre l'objet regardé et le « regardant », lequel est parfois intermédié par l'intervention d'une autre personne qui fixe les conditions de sa représentation. Cette mise en forme peut conduire à un déplacement du réel vers l'espace fictionnel et la technologie permet de donner une expérience différée et distante de la présence. Si donc il faut confronter le Droit à l'idée de spectacle, je propose que nous passions en revue les éléments constitutifs des différentes déclinaisons de la notion pour envisager une réponse à donner à la question inaugurale de ce séminaire : le Droit peut-il être un spectacle ? Le Droit est d'abord un objet de regard pour les spectateurs (I.) ; il est aussi le produit d'une mise en scène (II).

I.- Le Droit objet d'un regard pour des spectateurs

Si on considère que le spectacle du Droit est cet entre-deux entre le Droit et ceux qui le contemplent, on peut légitimement se demander ce qui dans le Droit est l'objet d'un regard, ce qui peut ou, peut-être, doit être contemplé (1). De manière indissociable, il convient d'envisager la qualité des personnes spectatrices qui portent ce regard sur le Droit (2).

1.- Qu'est-ce qui peut ou doit être regardé dans le Droit ?

Le Droit ne peut être l'objet d'un regard que s'il est visible. L'affirmation est, à la fois tautologique et provocatrice tant est courante l'idée que « nul ne doit ignorer la loi », ce qui présuppose qu'elle soit susceptible d'être connue et rendue publique. Une logique de transparence semble s'imposer car sa connaissance est une condition de l'espace démocratique. Le Droit aurait-il vocation à être caché ? Opaque ? La norme doit, en principe, être publiquement débattue, faire l'objet d'une publication qui assure son opposabilité ; le litige qui est susceptible de surgir à propos de l'application du droit fait l'objet d'audiences où le principe de publicité des débats participe des garanties procédurales fondamentales etc. En d'autres

termes, la norme doit être vue ou entendue, cette exigence étant performative car cette perception est une condition de la réalisation de sa dimension normative. De manière très quotidienne, le droit s'expose à nous par toute une série de signes destinés au regard : les affichages, les panneaux de signalisation, les étiquetages, les labels, les marques... Les sollicitations sensorielles peuvent aussi se produire par des discours, des appels, des sommations, qui s'adressent à nos oreilles. *Le Droit s'exprime par des modes de perception sensorielle, qui sont également des conditions de sa réalisation.*

On notera d'ailleurs que les sens sollicités dans la perception du Droit sont essentiellement la vue et l'ouïe. Les dimensions olfactives sont plus rarement sollicitées, hormis certaines formes de « *nudge* », le Droit se goûte ou se sent plus difficilement. Il peut éventuellement arriver qu'il se produise par le toucher – de la poignée de main qui scelle l'accord à la contrainte par corps exercé par la force publique – mais si le Droit est objet de spectacle c'est essentiellement parce qu'il est, comme on l'a défini plus haut, un point d'attention du regard ou de l'ouïe.

Cette manière de percevoir le Droit permet d'en développer une perception spatiale, le Droit étant alors un paysage, une géographie avec ses reliefs, ses plaines, ses espaces vides... Sa visibilité n'est donc pas univoque dans la mesure où les lieux que visite le Droit peuvent être plus ou moins « exposés » (comme les sons du Droit peuvent être plus ou moins audibles).

Les lieux les plus exposés au « public »

Certains lieux du Droit sont en pleine lumière et destinés à être vus. Comme on l'a dit plus haut, le principe de publicité de la loi participe de son accomplissement. Il constitue également une assurance de l'application de droits fondamentaux comme le principe d'égalité. On ne reviendra pas ici sur les conséquences multiples de cette nécessité, si ce n'est pour souligner que cette visibilité est néanmoins gouvernée par deux mouvements exactement contraires : d'une part l'accroissement des moyens d'accès technologiques qui permettent à chacun de prendre connaissance de la loi comme jamais à l'échelle de l'humanité, depuis chez soi avec un degré inégalé de précision dans les capacités de recherche ; d'autre part, la complexification croissante du maillage normatif et de sa lisibilité qui laisse parfois sur l'insuccès chronique de l'objectif de simplification du droit, sorte de Graal jamais atteint. Le constat en est qu'en dépit des efforts d'éclairage sur la norme, la visibilité en est toujours limitée à un nombre restreint de spectateurs, à rebours du paradigme d'intelligibilité et de clarté du Droit.

Le dogme de la transparence ne se limite pas à la loi, il se décline sur l'action publique. Dans les travaux parlementaires de la loi n° 78-753 du 17 juillet 1978 dite loi CADA on revient à plusieurs reprises sur l'image d'une « maison de verre » que devrait être la démocratie. Dans une telle bâtisse, aux traits futuristes, la trans-

parence est la règle, l'opacité l'exception. Il y est précisé que la « vie intérieure » d'une personne publique ne saurait être privée, secrète. Là encore, l'objectif se doit d'être nuancé par les réalités pratiques notamment de la réutilisation des informations publiques. J'avais commis il y a quelques années un article intitulé le Droit « courbe », dont le point de départ était le fait qu'à une certaine époque l'Institut National de Géographie mettait à dessein à disposition du public en général des cartes légèrement inexactes en faussant les angles afin de conserver le bénéfice des « bonnes » cartes aux clients commerciaux payant un argent sonnante et trébuchant, lequel contribuait au financement des missions de l'Institut. Les objectifs ont changé depuis mais la variabilité des politiques sur la mise à disposition ouverte ou non des données publiques montre qu'en la matière, la visibilité est à géométrie variable.

On peut encore décliner cet objectif de visibilité au niveau, non plus de normes ou de données déjà produites, mais de leur genèse à travers la promotion de la publicité large des débats parlementaires et son extension à d'autres cénacles. En vertu de l'article 33 de la Constitution, les séances de l'Assemblée nationale et du Sénat sont publiques, ce qui n'était pas le cas dans l'histoire constitutionnelle française lointaine et les débats même sont désormais retransmis en direct via les moyens de communication audiovisuelle. La publicité s'étend aux travaux des commissions, qui, si elle existe de longue date, était assurée traditionnellement par la publication d'un simple compte rendu lequel, sans être intégral, devait cependant être suffisamment précis pour satisfaire « aux exigences de clarté et de sincérité du débat parlementaire ». Cette pratique des comptes-rendus écrits demeure mais elle s'accompagne désormais d'autres formes de communication au public, notamment la retransmission audiovisuelle de certaines auditions auxquelles la commission parlementaire procède. Les règles de publicité ont été progressivement renforcées jusqu'à ce que la réforme du Règlement du 28 novembre 2014 fasse de la publicité la règle de droit, sauf délibération contraire et motivée du bureau de la commission concernée. La pratique la plus courante est désormais d'ouvrir les auditions à la presse ou au public et de produire un compte rendu audiovisuel des travaux. Certes, alors qu'il peut assister aux séances dans l'hémicycle, le public n'est pas admis en salle de la commission mais le processus même de fabrication de la loi s'expose désormais au jugement des citoyens à travers ces retransmissions.

Le principe de publicité des séances s'étend encore aux délibérations du conseil municipal, posé par l'article L. 2121-18 § 1 du Code Général des Collectivités Territoriales, qui permet la retransmission des séances par les moyens de communication audiovisuelle. Cela fonde le droit des conseillers municipaux, comme des membres de l'assistance, d'enregistrer les débats. Tout conseiller municipal peut ainsi enregistrer une séance du conseil municipal et le règlement intérieur d'un conseil municipal ne peut soumettre à une autorisation préalable l'utilisation, par ses membres, d'appareils d'enregistrement audiovisuel durant les séances publiques du conseil.

Des lieux conciliant l'ombre et la lumière

La publicité des débats judiciaires vise cette même exposition mais tente de la concilier avec d'autres intérêts qui en réduisent la portée. La Constitution du 5 fructidor An III posait ainsi dans son article 208 que « les séances des tribunaux sont publiques, les juges délibèrent en secret, les jugements sont prononcés à haute voix ». Désormais, le principe de publicité des débats est reconnu comme principe général du droit tant par le Conseil d'État (CE, 4 octobre 1974, *Dame David*) que par le juge constitutionnel (CC, n° 2004-492 DC, 2 mars 2004, Décision dite « Perben II »). Plus récemment la loi sur la confiance dans l'institution judiciaire a autorisé la captation et la retransmission audiovisuelle de certains procès mais a finalement limité leur finalité afin de « servir un motif d'intérêt public d'ordre pédagogique, informatif, culturel ou scientifique » (décret d'application du 1^{er} avril 2022). Il n'est donc pas question de faire de la justice un simple spectacle de divertissement.

Même si la tendance est à l'élargissement du principe de publicité des débats judiciaires, celui-ci comporte toujours des limites qui tiennent, par exemple à la préservation de la vie privée, ou à celle de l'ordre public. Ainsi « les débats sont publics sauf les cas où la loi exige qu'ils aient lieu en chambre du Conseil » (article 433 du nouveau Code de procédure civile). En outre, « le juge peut décider que les débats auront lieu ou se poursuivront en chambre du Conseil s'il doit résulter de leur publicité une atteinte à l'intimité de la vie privée, ou si toutes les parties le demandent, ou s'il survient des désordres de nature à troubler la sérénité de la justice » (article 435 du nouveau Code de procédure civile). Le Code de procédure pénale pose le principe de publicité des débats dans ses articles 306 et 400, qui prévoient que les juges peuvent, par une décision rendue en audience publique décider de siéger à huis clos lorsque « la publicité est dangereuse pour l'ordre ou les mœurs ». De plus, la victime d'un attentat à la pudeur de nature criminelle ou d'un viol qui s'est régulièrement constituée partie civile est en droit d'exiger le huis clos (article 306 alinéa 3 du Code de procédure pénale). Devant les juridictions disciplinaires et administratives, « la publicité des audiences n'est exigée qu'à la condition qu'un texte législatif ou réglementaire impose l'observation de cette règle de procédure » (CE, 25 juin 1948, *Brillaud*, CE, 4 octobre 1967, *Wattebled*). Par conséquent, un certain nombre de motifs d'intérêt général ou privé limitent l'exposition des discussions qui ont lieu dans les prétoires. La réserve peut même aller jusqu'à la complète occultation des débats judiciaires.

Les lieux occultes ou peu exposés

Le Droit est souvent adverse à la lumière. Si la tendance à la transparence a envahi les salles d'audience, elle trouve sa limite dans le secret du délibéré qui préserve du regard d'autrui les processus qui guident l'adoption d'un jugement entre ceux qui en prennent la responsabilité. Plus généralement nombreux sont les lieux du Droit qui affectionnent le secret : secret des affaires, secret de fabrique,

secret de l'instruction, secret professionnel. Il est alors question de rester à l'abri du regard des tiers et de ne pas donner le Droit en spectacle pour préférer une forme de confidentialité. Il s'agit parfois de préserver des personnes vulnérables d'une exposition qui pourrait leur porter préjudice – les mineurs – ou encore des champs de la vie qui relèvent de l'intime, de la vie « privée ». Les relations diplomatiques affectionnent également la discrétion et la négociation des traités se déroule en principe à l'abri de la lumière pour que les États puissent développer certaines stratégies, tractations, pressions sans qu'une trace de ces comportements ne soit connue du public et ne soit visible dans le résultat final. Le contrat de droit privé est aussi un endroit dans lequel les parties entendent limiter les effets des obligations à ceux qui s'engagent et privent, sauf exception, les tiers d'un droit de regard sur cette relation, à moins qu'elle ne devienne conflictuelle. Quand le conflit surgit d'ailleurs, cette envie de limiter l'exposition du litige au regard des tiers peut encourager les parties à se tourner vers l'arbitrage plutôt que vers la justice publique, de sorte que l'arrangement auquel parvient l'arbitre demeure confidentiel. Il n'y a alors aucune possibilité pour le public de connaître le dénouement de la relation juridique et le Droit ne peut alors être objet d'un spectacle, car les protagonistes disposent de la faculté de choisir le degré d'exposition de leurs relations juridiques. Dans tous ces cas de figure, le Droit permet de préférer les interstices de l'ombre et de réduire le nombre potentiel des spectateurs.

2.- Par qui le droit doit-il être regardé ? Quel est le rôle occupé par le spectateur ?

Quel est le rayonnement escompté ?

Lorsque le Droit se donne en public, il est loisible de se demander quel est le rayonnement escompté de cette luminosité. Doit-il être visible par tous, au nom d'un argument démocratique ou par certains qui, par leur expertise, seraient seuls autorisés ou capables de jouir de ce spectacle ? La connaissance du Droit doit-elle être étendue à l'infini dans le temps et dans l'espace ? On pourrait agiter un argument d'actualité pour justifier l'ouverture de la fenêtre sur un événement juridique : il serait juste que le public soit informé de ce qui est en train de se dérouler pour parfaire sa connaissance et éventuellement susciter une réaction. Dans ce cas, le spectacle du Droit n'est pas seulement divertissant, il est le moyen de susciter une émotion susceptible d'enclencher un mouvement politique. Mais la « fraîcheur » de l'information pourrait, à l'inverse, provoquer un risque de débordement de cette émotion si elle est mal maîtrisée. Est-il prudent de filmer et de retransmettre en direct une audience d'une personne ayant commis des crimes terribles et risquer ainsi de l'exposer à la vindicte populaire et à une vengeance collective ? Cette décision ne doit-elle pas s'accompagner de mesures de sécurité renforcées ? Le Droit oscille entre ces impératifs et préfère parfois ne révéler un événement juridique

que longtemps après qu'il s'est produit, levant le secret de l'archive après un certain terme pour permettre l'apaisement des consciences.

L'intérêt de la conservation de la captation se pose toutefois. Faut-il garder une trace ou au contraire effacer ? Le droit à l'oubli doit-il s'appliquer à certains événements juridiques afin d'éviter que la mémoire ne vienne entraver le cours des choses ? La Cour de Justice de l'Union a ainsi jugé légitime une demande de déréfèrement d'une condamnation pénale dans un moteur de recherche, permettant à la personne de choisir entre l'ombre et la lumière (CJUE, 13 mai 2014 *Google Spain*, aff. C 131/12). A-t-on les capacités techniques et financières de garder les copies de tous les enregistrements dans des conditions qui en permettent l'accès et sinon, quels choix doivent-ils être arbitrés pour que le spectacle du Droit se poursuive ?

On peut également se demander s'il existe un intérêt au spectacle du Droit en dehors des frontières de l'État dont il procède. On ne s'étendra pas ici sur le succès que connaissent les nombreuses séries américaines qui relatent de manière fictionnelle le cours d'un procès. Les étudiants de Droit français en ressortent avec une vision de l'audience assez éloignée de celle qui se déroule au sein des juridictions de leur pays. Au-delà du barrage de la langue, est-on intéressé à savoir ce qu'il advient des relations juridiques hors de nos frontières ? Avons-nous la capacité d'en comprendre le déroulement ? Peut-il y avoir une fonction pédagogique à ce spectacle ou reste-t-il un pur divertissement, reléguant alors la force normative du Droit à une simple anecdote ?

D'où les spectateurs contemplent-ils le Droit ?

Y a-t-il un ou des publics ? Il semble possible de distinguer des cercles concentriques de personnes plus ou moins impliquées ou spectatrices du Droit. Où il y a spectacle, il y a en principe des acteurs et des spectateurs. Au premier rang figurent donc les parties prenantes. Dans une optique binaire, les sujets de Droit seraient les acteurs, ce qui exclurait toute possibilité pour eux d'être en même temps les spectateurs de la scène au sein de laquelle ils jouent un rôle. Cette abolition de la distance empêcherait de s'extirper de la qualité de sujet pour porter un regard sur le Droit tel qu'il leur est appliqué. Mais il y a longtemps que le théâtre a joué avec le quatrième mur et aboli la frontière hermétique entre ce qui se trouve sur la scène et ce qui est dans la salle, de sorte que la distinction acteur/spectateur n'est plus aussi radicale qu'on pouvait la penser. Quant au spectacle du Droit, la ligne de frontière entre les acteurs et les spectateurs n'est pas non plus limpide. Le sujet de droit n'est pas nécessairement actif dans ce rôle ; nous sommes tous destinataires d'une quantité astronomique de normes sans pour autant nous sentir impliqués dans la vie quotidienne du Droit, sauf lorsqu'elle prend un tour pathologique. En d'autres termes, c'est la crise, le *drame* qui révèle la dimension aiguë de l'application du Droit dont le spectacle, sinon, se joue sans même que ceux qui en sont les acteurs en aient conscience. Par conséquent, l'approche dichotomique ci-dessus mention-

née colle mal avec *le cours du Droit qui se déroule, pour l'essentiel, pacifiquement à l'insu de ceux qui en sont les protagonistes*. Le plus souvent, le spectacle a lieu sans que les acteurs ne sachent qu'ils y participent, faute d'une mise en scène suscitant l'attention des protagonistes.

On peut cependant tenter de décliner le cercle concentrique des spectateurs pour se pencher sur la figure des observateurs du Droit. En première ligne des vigies se place cette figure singulière que l'on nomme « la doctrine ». Les juristes sont, en effet, les premiers contemplateurs du Droit puisqu'ils doivent le regarder afin de le comprendre et de l'appliquer. Il n'est pas question de revenir ici sur le débat séculaire sur la doctrine « source » ou non du Droit. Même si elle existe sous des formes variées, la doctrine qui commente le Droit et partage son analyse participe elle aussi de sa mise en œuvre notamment par la publicité qu'elle lui donne. Si l'effet normatif de la doctrine n'est pas nécessairement immédiat, l'enrichissement interprétatif qui est sa mission permet au Droit d'être perçu sous plusieurs prismes et non de manière monolithique. Ainsi, la doctrine participe au spectacle du Droit au moins comme l'éclairagiste qui choisirait de mettre en lumière tel ou tel endroit du plateau de théâtre ou comme le chef opérateur qui proposerait le cadrage d'un film. Il se peut que l'interprétation proposée soit épousée par le juge, ce qui contribue à l'ambiguïté de la place du commentaire juridique dans le spectacle du Droit. L'autrice de doctrine n'est pas simple critique d'un spectacle achevé, elle est cheville ouvrière d'un Droit mouvant dans le temps car sa parole peut influencer la manière dont l'application de la règle se décline.

La presse constitue une autre catégorie d'observateurs autorisés. Il entre dans les missions de certains journalistes de relater le Droit qui, ainsi, se dévoile au « grand public ». Les chroniqueurs judiciaires occupaient un rôle important dans la connaissance du procès avant que les caméras n'entrent dans le prétoire. Des plumes célèbres de Kessel à Pottecher ont retracé des procès emblématiques, livrant les différentes émotions qui traversaient les protagonistes. Des dessinateurs tel Honoré Daumier ont rendu compte des dynamiques de l'avocat qui plaide ou de la posture endormie d'un magistrat fatigué illustrant le théâtre du Droit dans l'imaginaire collectif. Leur intermédiation a permis d'avoir accès au spectacle du Droit lorsque celui-ci n'était que difficilement accessible au plus grand nombre. Mais elle ne se limitait pas au simple rôle de passeur neutre et la subjectivité du journaliste pouvait infuser dans le commentaire. Il y a donc ici une forme de mise en abîme du spectacle juridique car celui-ci devient tel par la grâce de la qualité littéraire ou picturale du narrateur. Ce n'est donc plus tant le procès lui-même qui est l'objet regardé que le récit qui en est fait par une plume acérée. L'objet juridique devient informationnel voire fictionnel lorsque le journaliste devient romancier et fait du Droit le prétexte de son intrigue.

Le dernier cercle concentrique est celui du public envisagé comme un ensemble de personnes venues participer à un spectacle, à l'instar des gens qui se déplaçaient pour assister à une exécution capitale ou de manière moins cruelle, comme les

personnes qui viennent voir le dépouillement d'un scrutin. Bien que ces individus se vivent comme de simples badauds, il est loisible d'interroger leur rôle de spectateur. Comme il a été souligné plus haut l'acteur du Droit n'en a pas nécessairement conscience et se vit souvent plus comme un spectateur, faute de comprendre qu'il est impliqué dans l'accomplissement d'un fait ou d'un acte juridique. La réalité est que les deux qualités sont intriquées et qu'il est difficile de les dissocier.

Si l'on s'en tient à une acception purement passive du rôle du spectateur, il lui incombe seulement d'observer et non d'agir. Or le message du Droit ne suppose pas une simple réaction passive de ceux-là même à qui il est destiné. La publicité de la peine capitale fut pendant longtemps une mise en scène macabre de la force publique et la participation de la foule à cette manifestation était une manière d'en démontrer la pertinence. La simple présence du public signe une forme d'approbation voire de collaboration de ce dernier dans l'accomplissement du Droit. La présence des personnes lors du dépouillement constitue une garantie de la sincérité du scrutin et participe donc de l'application de la règle. De même l'adage « Nul n'est censé ignorer la loi » peut emporter une obligation de faire ou de s'abstenir. Dans ce cas, le sujet de Droit ne peut en être seulement le spectateur, faute d'une distance suffisante avec l'objet ; il est lui-même acteur du Droit. Les deux qualités coexistent sur la même personne car le spectateur du Droit n'est pas un simple témoin ; sa « réaction » est escomptée, à l'instar de la participation du public à la réalisation de certaines formes de spectacles. Tout ceci démontre *la confusion des deux qualités entre spectateur et sujet de Droit et le fait que l'existence d'un public du Droit est parfois la condition performative de sa réalisation.*

II.- Le Droit produit d'une mise en scène

Le Droit est donc un spectacle dès lors qu'il est l'objet d'un regard, même s'il est difficile au spectateur d'être détaché de ce avec quoi il fait corps. Mais le Droit présente également une dimension spectaculaire en ce qu'il est le produit d'une mise en scène. Cette mise en scène peut être organisée par les professionnels du Droit au service de la réalisation du Droit (1.) comme il peut l'être par des artistes au service de la réalisation d'un spectacle autour du Droit (2.).

1.- Une mise en scène du Droit au service du Droit

Si l'on s'en tient à l'une des définitions du spectacle qui évoque l'existence d'une mise en scène et la présence d'effets impressionnants, il apparaît que le Droit préside lui-même à sa mise en spectacle. Le séminaire en donne de multiples exemples et il ne s'agit pas ici de développer par trop les potentielles déclinaisons de la dimension spectaculaire de certaines manifestations du Droit qui sont abordées par ailleurs.

Certaines scènes ou moments du Droit ont un caractère exceptionnel qui est souligné par la multiplication de signes qui témoignent de leur solennité.

Le spectacle du Droit a ses costumes. Nombreux sont les travaux sur les tenues des juristes et le rôle de la robe de l'avocat, des magistrats ou des professeurs de droit. De manière générale les codes vestimentaires des juristes, assez éloignés de ceux des mathématiciens, des artistes ou des sportifs. Le juriste doit être vêtu de manière sérieuse, voire austère ; inspirer la confiance mais aussi une forme de rigueur qui cadrerait mal avec des vêtements zanzous, des accessoires ostentatoires et des lunettes trop originales. Les députés n'arrivent pas en bleu de travail ; les policiers ont un uniforme, etc.

Le spectacle du Droit se concentre parfois dans des lieux dédiés, lorsque l'accent est mis sur le caractère exceptionnel de ce qui se joue, même si son accomplissement quotidien se déroule en tout endroit. Il y aura parfois le recours à l'apparat, à la pompe : les ors de la Cour d'assises ou des salles du Sénat, l'utilisation du rouge – comme au théâtre – pour certains rideaux. Il y a aussi le décor de la discrétion feutrée des cabinets de notaire où les murs se tapissent d'ouvrages reliés en cuir bien que ceux-là laissent depuis longtemps la place aux bases de données consultées depuis les terminaux. La mode du sérieux passe néanmoins et les éditeurs juridiques aussi abandonnent de plus en plus les ouvrages prestigieux et austères pour proposer la « customisation » des codes avec des couvertures plus colorées.

Le Droit a sa propre dramaturgie qui se calque sur des rites, des cérémoniaux fixés dans les codes de procédure et dont la répétition constitue également une garantie pour l'égalité de traitement des citoyens. Il y a ici peu de place pour l'imprévu. Des formules sacramentelles sont éventuellement prononcées ; un ensemble d'actions se réalisent dont le déroulement précis est déterminé. Le procès, bien entendu, par l'unité de lieu, de temps et d'action, présente le plus de similitudes avec le théâtre. Les rôles de tous les protagonistes sont distribués, le jeu des acteurs est codifié comme dans une représentation de Kabuki, l'emplacement de chacun est déterminé dans l'espace, le tour de parole est organisé. Mais les autres événements juridiques se développent également autour d'un narratif spécifique qui alimente cette dimension spectaculaire du Droit parfois moins linéaire : les diverses étapes d'une négociation contractuelle, de la discussion d'un texte législatif, de la signature d'une convention internationale avec les pourparlers qui s'éternisent jusqu'au petit matin à l'issue de marathons de plusieurs jours, les accélérations subites, les rebondissements de dernière minute qui entretiennent le suspense quant à l'issue du texte.

Le Droit assume également une part d'artifice dans sa mise en œuvre. Un peu d'exagération, de pathos et d'outrance sont parfois de mise pour frapper les consciences. Est employée chez les avocats une certaine forme d'éloquence qui n'est pas toujours sans affectation ; on y décline éclats de voix, protestations exagérées, indignations feintes ou réelles, même si ces techniques ne sont pas toujours gage d'efficacité. Le ton du magistrat sera martial, celui du policier cassant, etc. Il s'agit de susciter

certaines émotions qui ne sont pas sans rapport avec la peur ou l'admiration ; il faut impressionner. L'adoption d'un texte à l'Assemblée nationale peut même donner lieu à des feintes, à l'instar de cet épisode rocambolesque lors de l'adoption de la loi DADVSI où des députés s'étaient cachés derrière un rideau jusqu'au moment du vote pour tromper sur la représentation respective des courants lors du vote. La technique juridique même s'affranchit du réel lorsqu'elle privilégie le recours aux « fictions » pour envisager l'application du Droit dans des situations qui n'existent pas pour mettre en avant certains intérêts, à l'instar de la figure des co-mourants ou de *l'infans conceptus* : il prête ainsi la vie à des gens qui ne sont pas encore nés ou instaure des présomptions quant à des faits non avérés mais dont le déroulement est probable. Le Droit crée des personnages.

De plus en plus, les professionnels du Droit participent à forger de nouvelles représentations empruntant aux codes du spectacle – les concours de plaidoirie et autres *moot courts*, les célébrations de prix de thèse, les prestations de serments – éventuellement pour mettre en lumière le travail de certaines institutions – les rentrées solennelles, la Nuit du Droit, les hackathons, les salons. Ces événements utilisent une mise en scène qui n'a plus pour unique finalité la réalisation du Droit lui-même mais qui vise à faire du Droit le prétexte d'un spectacle.

2.- Une mise en scène du Droit au service du spectacle

Le Droit fournit une fabuleuse aire de jeux pour les créateurs de spectacle : il alimente la littérature, le cinéma, le théâtre depuis toujours. Sujet de fiction ou de documentaire, l'accomplissement du Droit constitue une source intarissable de films, de séries dont le succès ne se dément pas. Dans ce cas, le propos n'est guère de participer à l'accomplissement d'une fonction du Droit mais d'émettre un point de vue distancié, artistique ou journalistique sur des événements qui recouvrent ce domaine. Je l'ai dit en exergue, l'intercession d'un réalisateur, serait-il animé d'un objectif de vérité, pose la question de son point de vue. Même s'il intervient a minima, il installe nécessairement la caméra en un endroit précis, ce qui emporte déjà une signification dans le message transmis : l'objectif ne l'est pas...

Plusieurs règles visent à limiter ici ou là les effets potentiellement délétères d'une communication sensationnelle des moments du Droit, notamment lorsque ceux-ci traduisent une situation particulièrement pathogène, comme les procès de grands criminels. Le devoir de réserve des fonctionnaires y participe, le secret de l'instruction, le respect de la dignité de la personne humaine qui conduit à limiter la diffusion de l'image d'une personne entravée lors de son interpellation. À l'inverse, la visibilité de certaines scènes, cela a déjà été dit, constitue souvent une garantie du respect des droits fondamentaux, ce qui justifie par exemple qu'il ne soit pas interdit de filmer les forces de l'ordre en train d'intervenir. C'est ainsi que le Conseil Constitutionnel a invalidé l'article 52 de la loi pour une sécurité globale préservant

les libertés (Décision n° 2021-817 DC du 20 mai 2021) qui aurait pu conduire à l'interdiction de telles pratiques, au motif qu'elles créent un risque de « provocation dans le but manifeste qu'il soit porté atteinte à son intégrité physique ou psychique, à l'identification d'un agent de la police nationale, d'un militaire de la gendarmerie nationale ou d'un agent de la police municipale lorsque ces personnels agissent dans le cadre d'une opération de police, d'un agent des douanes lorsqu'il est en opération ». Bien que certaines limites, de plus en plus nombreuses, entourent l'exposition de l'image des forces de l'ordre, l'usage de celles-ci demeure possible à titre probatoire, ce qui permet de maintenir un certain contrôle citoyen sur les éventuelles violences policières et de mettre en œuvre le principe de redevabilité de toute la fonction publique énoncé dans l'article 15 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen de 1789 :

« La Société a le droit de demander compte à tout Agent public de son administration ».

Comme le démontre cet exemple, la communication audiovisuelle est sans doute celle qui a été la plus encadrée pour éviter les débordements du droit-spectacle mais aussi pour garantir en l'exposition. Le spectacle du Droit est souvent limité à ces formes de captation et de transmission ; hormis les films et les pièces de théâtre, peu de place est en effet réservée à d'autres formes de représentation du Droit qui s'éloigneraient davantage d'une reproduction mimétique du réel. Si on peut considérer que l'ensemble des panneaux (signalisation du code de la route, affichage d'interdictions ou avertissement divers) qui ponctuent nos quotidiens constitue sans doute la plus grande exposition d'œuvres plastiques et graphiques qui ait lieu sans jamais se revendiquer d'une dimension spectaculaire, il est en revanche beaucoup plus difficile de trouver des déclinaisons des représentations du Droit par d'autres formes d'art : le Droit comme musique ou le Droit comme une Danse. Rien n'empêche d'imaginer la représentation du Droit sous ces formes moins évidentes comme en atteste l'hilarante démonstration de la différence entre un policier français et un policier britannique par Jacques Tati qui témoigne que les gestes du Droit sont également sources de spectacle et que l'humour pourtant peu prisé dans le monde juridique peut y faire son entrée.

Pour finir, il ne faut pas négliger l'impact que les représentations fictionnelles ou quasi-documentaires ont sur la connaissance du Droit, même si elle est approximative. On préférera par conséquent les excès de l'exposition à sa restriction. Elles peuvent entre autres susciter des vocations pour embrasser des professions juridiques : nombreux sont les étudiants qui viennent s'asseoir sur les bancs de la faculté parce qu'ils ont été impressionnés par une histoire juridique rapportée sous forme de spectacle. J'en fais sans doute partie car la petite fille de onze ans qui vit le film *le Pull-over rouge* en 1979 s'est depuis forgée une solide conviction contre la peine de mort et a fini par devenir professeuse de Droit. Sans spectacle du Droit, y aurait-il encore des juristes ?

La justice en procès *Peintures et caricatures du XIX^{ème} siècle*

Maya ROS Y BLASCO

Doctorante en droit privé (Institut de recherche juridique de la Sorbonne, Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne)

Résumé : De la représentation des scènes de procès à l'obscurité des cellules de prison, l'imagerie de la vie de la justice témoigne des mutations que connaît celle-ci au XIX^e siècle, tout en participant à sa critique. Le procès y apparaît tantôt de manière cynique, représenté comme un « théâtre des injustices », à travers notamment la dénonciation d'une « justice de classe » ; tantôt il y devient un spectacle de la férocité mais aussi de la vulnérabilité humaine, par la recherche des méfaits psychologiques et cathartiques de ses rituels. Les artistes représentent également la face occultée de la justice, celle de la vie en prison. La réclusion apparaît dans l'œil de certains peintres comme un purgatoire dans lequel les prisonniers paraissent y endurer un « châtement des âmes ». C'est encore par une critique de la scientification et de la rationalisation du système pénitentiaire que des artistes en dénoncent sa déshumanisation.

Mots clés : Droit et peinture, caricature, XIX^e siècle, justice pénale, procès, avocats, juges, plaidoiries, accusés, prisonniers, prisons, réforme du système pénitentiaire, structure « panoptique », anthropométrie judiciaire, anthropologie criminelle

Abstract: *From the depiction of trial scenes to the darkness of prison cells, the imagery of the life of the justice system bears witness to the changes it underwent in the 19th century, while contributing to its criticism. The lawsuit is sometimes represented cynically as a "theatre of injustice", denouncing "class justice" in particular; at other times, it becomes a spectacle of ferocity but also of human vulnerability, through the psychological and cathartic effects of its rituals. The artists also represent the hidden face of justice, that of life in prison. In the eyes of some painters, imprisonment appears as a purgatory in which prisoners seem to endure a "punishment of the soul". Artists also denounced the dehumanization of the prison system through a critique of its rationalisation.*

Keywords: *Law and painting, caricature, 19th century, criminal justice, trials, lawyers, judges, pleadings, defendants, prisoners, prisons, prison reform, panoptic structure, judicial anthropometry, criminal anthropology*

Le droit est traditionnellement représenté dans l'art par les symboles de la justice, avec l'utilisation de la balance, signe de la décision équilibrée et de l'impartialité, ou encore du glaive, expression du pouvoir d'une justice qui tranche et sanctionne. Il se manifeste aussi à travers les allégories, en particulier par la représentation de Thémis qui personnifie la justice. Enfin, le droit apparaît dans des scènes de vie de la justice et de ses acteurs, plus spécifiquement dans l'imagerie du procès pénal et

l'exécution de ses sanctions ; c'est justement par le prisme de ce « spectacle » que le droit est le plus souvent saisi par les artistes du XIX^{ème} siècle.

Cette représentation de la justice pénale au XIX^{ème} siècle s'inscrit dans un contexte de transformation du droit. Sous l'Ancien Régime, la procédure judiciaire était maintenue secrète, le public n'assistant pas aux procès, mais aux supplices corporels publics¹. Après la Révolution, la justice connaît de grandes transformations dans son fonctionnement. On relève, parmi ces évolutions, l'introduction de la publicité des débats, qui rend le tribunal accessible à tous, transformant les procès en lieux de spectacle², mais également la généralisation des peines d'emprisonnement, cachant au public l'exécution des sanctions.

Au XIX^{ème} siècle, chroniques judiciaires et faits divers foisonnent dans la presse quotidienne, faisant partie intégrante de la culture de masse³, avec des récits très détaillés et parfois techniques, sur des phases de l'instruction et des audiences. La chronique judiciaire influence l'opinion publique et va parfois jusqu'à façonner le criminel. Néanmoins, les dénouements judiciaires, en particulier ceux des cours d'assises qui suscitent beaucoup d'émotions, ne correspondent pas toujours aux attentes des journaux et du public⁴. On dénonce l'incohérence des verdicts et les injustices.

L'imagerie des scènes de justice du XIX^{ème} siècle participe de cette critique. Les artistes se nourrissent de ces récits, de la même manière que le font les romanciers.

Le spectacle judiciaire sous la plume des écrivains offre généralement des visions fantasmées des procès⁵, faites d'émotions fortes, à travers lesquelles transparait souvent une critique de la justice. Certains récits se placent ainsi du côté de l'accusé érigé en héros, mettant en lumière l'injustice dont il est victime, son innocence, la cruauté de l'emprisonnement et de la peine de mort. Le procès est décrit du point de vue du personnage, de ses sentiments, de sa souffrance, de son intégrité morale, exprimant souvent le caractère risible des avocats ainsi que la froideur et la cruauté des juges.

Il en va de même dans la peinture et la caricature, où les accusés inspirent fréquemment un sentiment de pitié face à la puissance des hommes de justice représentés dans toute leur théâtralité. Peintres et dessinateurs restituent costumes,

¹ M. PORRET, « Le corps puni. Le châtement sous l'Ancien Régime », p. 261-267, in R. MEYRAN (dir.), *Les mécanismes de la Violence. États - Institutions - Individu*, Éditions Sciences Humaines, 2006, 290 p.

² J. SARFATI-LANTER, Ch. BARON, *Droit et littérature*, Paris, SFLGC, 2019, pp. 151-152.

³ B. GARNOT, *Histoire de la justice : France, XVI^{ème}-XXI^{ème} siècle*, Paris, Gallimard, 2009, p. 85-87.

⁴ A.-C. AMBROISE-RENDU, « Le chroniqueur, la justice et l'opinion publique : les faits divers à la fin du XIX^e siècle », p. 69-80, in S. HUMBERT, D. SALAS, et Association française pour l'histoire de la justice, *La chronique judiciaire : mille ans d'histoire : [actes des journées régionales d'histoire de la justice]*, Paris, La Documentation française, 2010, p. 74-75.

⁵ *Ibid.*

gestes et expressions du théâtre judiciaire, dans le décor des palais de justice ou des établissements carcéraux ; leurs œuvres offrent ainsi un témoignage visuel acéré, souvent critique voire cynique, qui semble finalement faire le « procès de la justice ».

Nous aborderons cette imagerie sans ordre chronologique et sans prétendre à l'exhaustivité, à travers la représentation du procès, « théâtre des injustices » (I) et de la prison, face obscure de la justice (II).

I.- Le procès ou le « théâtre des injustices »

Le procès pénal, dans les caricatures et peintures du XIX^e siècle, apparaît comme le spectacle d'une « justice de classe » (A) qui dévoile la vulnérabilité et la férocité humaine (B).

A.- La critique d'une « justice de classe »

Des artistes tels Honoré Daumier (1), Jean-Louis Forain (2) ou James Ensor (3), mettent souvent en avant la dimension théâtrale du procès pénal et questionnent la légitimité des hommes de loi et la justesse de leurs décisions face à la gravité des situations qu'ils jugent. Leurs œuvres dénoncent ainsi un monde judiciaire placé sous le monopole des classes dominantes.

1.- Honoré Daumier

Parmi les artistes ayant représenté des scènes de procès, Honoré Daumier (1808-1879) est assurément l'un de ceux qui en a laissé la plus grande production. Son œuvre⁶, composée majoritairement de caricatures et de quelques peintures, dépeint les tribunaux comme « un théâtre des injustices ». Il réalise ainsi un impétueux réquisitoire des acteurs de la justice, à travers la représentation de ses mœurs, vices, bassesses, vanités et comédies ridicules, brossant le portrait d'avocats rusés, ridicules et sans scrupule et de juges nonchalants, paresseux et injustes. Daumier capture des situations, des physionomies et expressions révélant la personnalité profonde des hommes de droit et des justiciables, dressant par là un portrait humain de la justice. Ses portraits s'inscrivent plus généralement dans des séries réalisées par l'artiste, qui s'attachent, à l'instar des romanciers comme Honoré de Balzac ou

⁶ Par ordre chronologique, on recense les caricatures d'hommes de lois (notaires, juges et avocats) dans *Les cent et un Robert Macaire* (1840) ; une planche issue de sa série *La Comédie Humaine* en référence à l'œuvre de Balzac (*Le Charivari*, 1843) ; la série *Les Gens de justice* rassemblant trente-huit lithographies (*Le Charivari*, publiées entre le 21 mars 1845 et le 31 octobre 1848) ; une série de quatre dessins intitulée *Les Avocats et les Plaideurs* (*Le Charivari*, novembre-décembre 1851).

Émile Zola, à représenter sous la forme de stéréotypes toutes les catégories sociales du XIX^{ème} siècle.

Les furtifs instants de la Justice représentés par Daumier n'auraient peut-être pas été saisis avec une telle subtilité si celui-ci n'avait côtoyé celle-ci de près. L'artiste a en effet été Petit Clerc (« saute-ruisseau ») dans une étude d'huissier à l'âge de douze ans, ce qui l'a amené à fréquenter les greffes des tribunaux⁷. En février 1832, il sera amené à observer d'encore plus près les gens de justice, cette fois en tant que prévenu, ayant été condamné à l'âge de vingt-quatre ans à six mois de prison ferme à Sainte-Pélagie à Paris, pour avoir caricaturé le roi Louis-Philippe en 1831⁸ sous les traits d'un Gargantua avec une tête en forme de poire, un ventre bedonnant et une jolie paire de rouflaquettes, avalant les sacs d'impôts prélevés aux pauvres et déféquant sa récolte ramassée avidement par une assemblée de députés.

Dans la série *Les Gens de Justice*, le caricaturiste représente des scènes de jugement. Il y retranscrit le rituel judiciaire, destiné à conférer une autorité morale à la justice⁹, à travers l'architecture, le costume judiciaire et le caractère public des audiences. Les cadrages des caricatures sont resserrés sur quelques personnages et laissent entrevoir l'architecture des couloirs du Palais de Justice, ou celle des salles d'audience dans lesquelles se trouvent le banc des juges, le barreau des avocats, le box des accusés et le public. Les jeux de drapés des robes noires des hommes de justice semblent imprégner l'espace de leur obscurité, conférant une dimension quasi sinistre aux compositions. Le costume judiciaire a été réintégré en 1802 par Napoléon, notamment dans l'objectif de renforcer le prestige et le respect des hommes de justice¹⁰. Celui-ci participe à l'aura des magistrats et avocats, en ce qu'il est censé voiler ce qui en fait des hommes en cachant leurs imperfections physiques, les soustrayant ainsi à leur condition d'être mortel et permettant de les protéger contre la souillure des crimes¹¹.

Au-delà de la robe, l'artiste joue sur les contrastes physiologiques qui révèlent les clivages entre les classes sociales, les hommes de loi étant généralement représentés ventrus, rasés, fiers, par opposition aux indigents défilant devant eux, maigres, avec une apparence sale et dans des positions résignées. Ses caricatures sur les gens de justice s'inscrivent plus généralement dans une critique de la bourgeoisie qu'il réalise à travers ses caricatures.

Daumier représente un certain nombre d'avocats, avec lesquels il se montre impitoyable. Il les dessine souvent comme des comédiens, jouant sur leur physiologie avec leurs gestes théâtraux et expressions, inflexibles ou outrées, pendant

⁷ R. FOHR, « DAUMIER HONORÉ (1808-1879) », *Encyclopædia Universalis [s.d.]*. Disponible sur : <https://www.universalis-edu.com/encyclopedie/honore-daumier/> (consulté le 10 juin 2023)

⁸ *Ibid.*

⁹ B. GARNOT, *Histoire de la justice : France, XVI^e-XXI^e siècle*, Paris, Gallimard, 2009, p. 251-254.

¹⁰ J.-L. DEBRÉ, *La justice au XIX^e siècle. Les magistrats*, Librairie Académique Perrin, 1981, p. 16

¹¹ B. GARNOT, *op. cit.*, p. 252.

leurs plaidoiries. Il utilise la dérision pour dénoncer leur insuffisance ou encore leur orgueil, derrière leur apparente majestuosité. À titre d'exemple, évoquons l'image de Maître Chapotard « lisant dans un journal judiciaire l'éloge de lui-même par lui-même » :

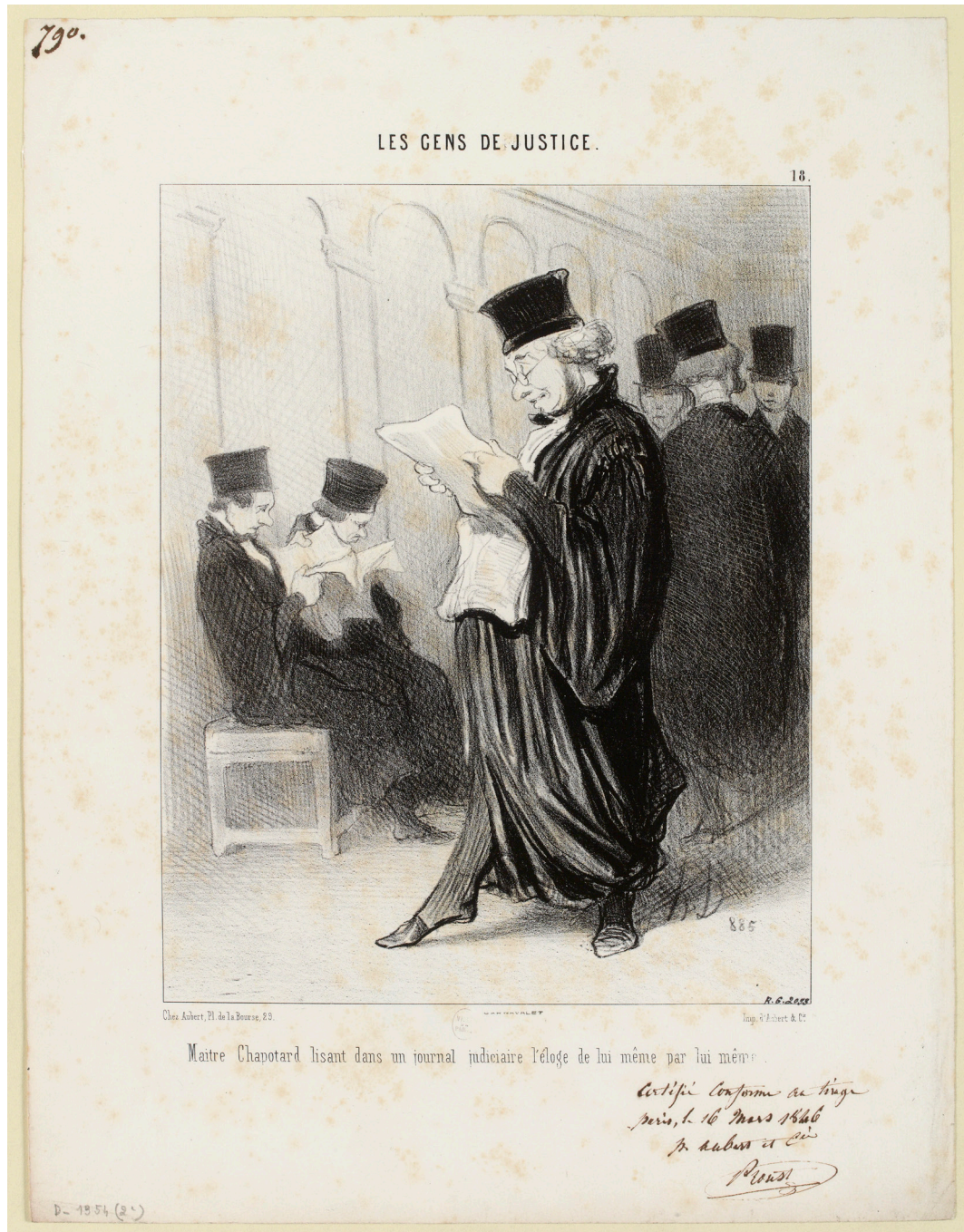


Fig. n° 1 – H. Daumier, Maître Chapotard lisant dans un journal judiciaire l'éloge de lui-même par lui-même, « Les Gens de Justice » n° 18

crédits : [Paris Musées Collection](#), Licence CC 0

Daumier s'attache encore à montrer la profonde indifférence des avocats face aux justiciables qu'ils sont censés défendre, par exemple dans une planche du 27 avril 1848, dans lequel un avocat, accompagné d'une veuve en pleurs et d'un petit garçon abattu, sort la tête haute et indifférente d'une audience qu'il a perdue, déclarant

« Vous avez perdu votre procès, c'est vrai... mais vous avez dû éprouver bien du plaisir à m'entendre plaider » :



Fig. n° 2 – H. Daumier, *Vous avez perdu votre procès, c'est vrai [...]*, « Les Gens de Justice » n° 35
 crédits : [Paris Musées Collection](#), Licence CC 0

Les juges sont également mis en scène à travers un portrait peu flatteur. Ceux-ci sont indifférents à la misère des hommes qu'ils jugent, affichant des expressions d'ennui profond, certains allant même jusqu'à s'endormir devant les plaidoiries :

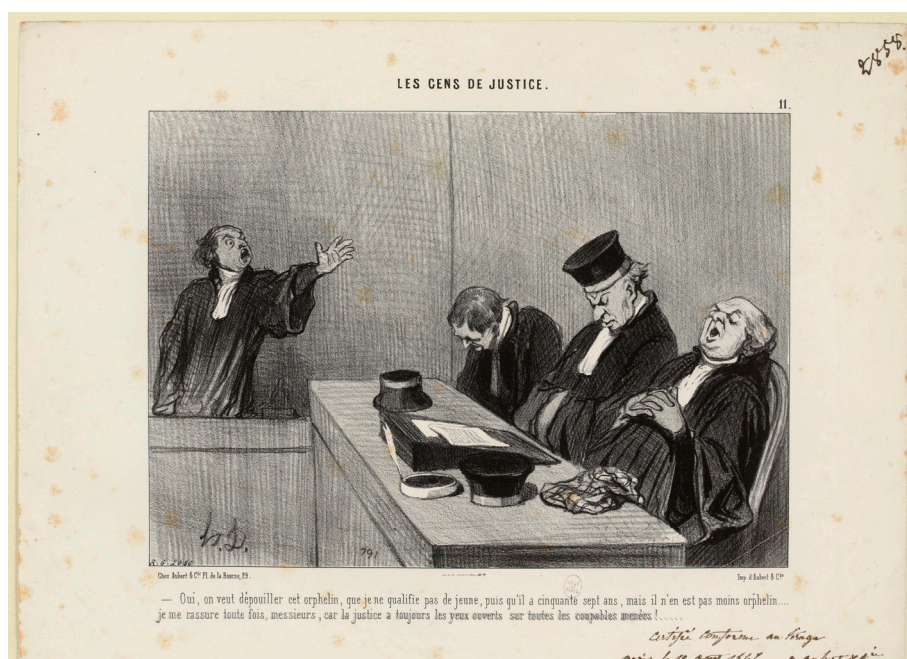


Fig. n° 3 – H. Daumier, *Oui, on veut dépouiller cet orphelin [...]*, « Les Gens de Justice » n° 11
 crédits : [Paris Musées Collection](#), Licence CC 0

D'autres œuvres montrent leur froideur, comme par exemple dans *La Déposition d'une mineure* où trois juges assaillent de questions une fillette en guenilles, immobile, confuse et pétrifiée, dans une composition plaçant les magistrats en hauteur exacerbant ainsi leur puissance.



Fig. n° 4 – H. Daumier, *Déposition d'une mineure*

source : [Flickr](#), Domaine public

Les scènes de tribunal de Daumier ont ainsi un caractère tragi-comique et sont lourdes de sous-entendus ; elles accusent le système judiciaire. Accompagnées des légendes, ses caricatures ont une densité sémantique qui fait le « procès de la justice ». S'inscrivant dans des séries de caricatures dans lesquelles il critique la bourgeoisie, il semble que l'une des principales critiques qui ressorte de ces œuvres sur les gens de justice soit celle d'une « justice de classe », dans laquelle, du fait de leur rang social, les avocats se soucient avant tout de leur image et les magistrats jugent sans état d'âme.

2.- Jean-Louis Forain

Cette dimension d'une « justice de classe », représentée avec une forte théâtralité, ressort chez d'autres artistes, notamment plus tardivement chez Jean-Louis Forain (1852-1931) dans la seconde moitié du XIX^{ème} siècle et début du XX^{ème}. Celui-ci dresse également un portrait peu flatteur du monde de la justice¹², avec des peintures jouant principalement avec la gestuelle des personnages. Ainsi, dans un tableau intitulé *Scène de tribunal*, l'artiste représente un avocat bien « bordélique », qui à

¹² M. DEGUERGUE, « La représentation du droit dans l'art », p. 133-142, in DEGUERGUE M. (dir.), *L'art et le droit. Écrits en hommage à Pierre-Laurent Frier*, Paris, Éditions de la Sorbonne, 2010, p. 141.

la fois tend un dossier complètement froissé et en désordre à une pauvre femme à l'air accablé tenant un enfant, tout en écoutant une autre personne.



Fig. n° 5 – J. Forain, *Scène de tribunal*, 1632.

crédits : [2011 RMN-Grand Palais \(musée du Louvre\)](#), / René-Gabriel Ojéda
Utilisation à titre gratuit ([4.1.1.a/publication numérique à vocation scientifique](#))

Il ressort de cette œuvre un sentiment de bâclage, d'injustice et d'inhumanité. Dans d'autres œuvres, Jean-Louis Forain focalise l'attention sur ceux qui se trouvent sur le banc des accusés, ou en train d'attendre, parfois dans des expressions accablées, voire en train de fondre en larmes au milieu de gens de justice restant de marbre. Ces œuvres font ressortir le contraste social entre les gens de justice vêtus de leurs robes, élégants, et les justiciables issus de milieux pauvres, souvent accompagnés de petits enfants.

2.- James Ensor

Le symboliste et expressionniste belge James Ensor a, quant à lui, peint à la fin du XIX^{ème} siècle une justice digne du théâtre du Grand-Guignol. La justice y devient une farce, ou peut-être un carnaval des horreurs.

Dans *Les bons juges* (1891), la composition donne à voir un tribunal représenté dans une perspective empirique, avec un décor sans profondeur, éloignant la composition de tout naturalisme.



Fig. n° 6 – J. Ensor, *Les bons juges*, 1891
source : [Wikimedia commons](https://commons.wikimedia.org/wiki/File:Les_bons_juges.jpg), Domaine public

On y retrouve la balance, symbole de la justice, mais qui penche vers la gauche, évoquant le déséquilibre. Un tableau suspendu au-dessus de tous ces gens de justice, représentant les pieds d'un crucifié évoquant certainement ceux du Christ, dépasse d'une manière presque ridicule. Des détails évoquent la longueur du procès : entre les têtes des deux juges du centre, une araignée tisse sa toile, tandis que sur la toque d'un autre, des oiseaux ont installé leur nid. Juges et avocats sont représentés de manière burlesque, avec des expressions figées évoquant celle de masques grotesques. Le masque revêt une dimension symbolique en ce qu'il unifie une expression. Cette utilisation des masques, fréquente dans l'œuvre de James Ensor, est un moyen figuratif qu'il utilise afin de ridiculiser l'ordre établi¹³. Les juges ont sur leur table l'arme du crime ainsi que les restes de l'assassiné (un nez, un pied, un dentier, des dents), posés comme sur un étalage de boucherie. Des mouches volent autour d'un juge qui tient une tête de mort, peut-être celle de la victime, ainsi qu'autour de l'avocat qui plaide à droite. Cet avocat a le nez rouge, la barbe mal rasée et sue à grosses gouttes, un visage hideux évoquant les traits d'un alcoolique. Les juges de gauche tiennent des portraits, certainement ceux des suspects ; le premier représente l'homme du premier plan, tandis que le second représente l'avocat – peut-être la raison de cette transpiration excessive ?

Par ailleurs, James Ensor a réalisé quelques autres peintures, comme *Le juge Rouge*, dans lequel un juge est représenté entouré de deux squelettes portant un

¹³ L. MADELINE, A. SWINBOURNE et MUSEUM OF MODERN ART, *James Ensor*, (cat. exp., Paris, Musée d'Orsay, 20 octobre 2009 – 4 février 2010) Paris, Réunion des musées nationaux, 2009, p. 71.

haut-de-forme évoquant ceux des classes favorisées, qui semblent le presser pour obtenir quelque chose.

Ces représentations évoquent là encore les classes sociales et pourraient suggérer la corruption de certains hommes de loi par les notables – un avocat qui passe entre les filets de la justice ; des bourgeois qui s’entendent avec un juge.

De manière générale, la critique de la justice n’est pas une spécificité du XIX^{ème} siècle. En fonction des époques, des affaires et des systèmes, elle est souvent critiquée en raison de son coût, de sa sévérité ou de son laxisme, des rapports qu’elle entretient avec le pouvoir politique ; on la blâme d’être au service des classes dominantes, de l’Etat et de l’ordre établi, ou encore, on lui reproche les écarts pouvant exister entre la norme et la pratique¹⁴.

La critique de la justice réalisée par les artistes évoqués apparaît avant tout comme étant celle d’une « justice de classe », avec des magistrats asservis au pouvoir politique et aux puissants de tous ordres, qui privilégieraient les nantis contre le peuple.

D’un point de vue historique et sociologique, ces critiques ne paraissent pas infondées, notamment dans la justice pénale, dans la mesure où les personnes poursuivies au XIX^{ème} siècle sont pour la plupart issues du prolétariat, alors que les magistrats sont généralement des notables issus des couches sociales dominantes – plus enclines à protéger la propriété¹⁵ –, la profession ne s’étant ouverte que très progressivement à de nouvelles couches sociales¹⁶. À ce sujet, il est intéressant de relever que Michel Foucault, dans *Surveiller et punir*, souligne l’existence, au XIX^{ème} siècle, d’une différence de peine en matière d’illégalisme populaires et bourgeois, les premiers étant généralement condamnés à la prison, les seconds bénéficiant d’indulgence ou d’impunité¹⁷.

B.- Un spectacle de la vulnérabilité et de la férocité humaine

Au-delà de cette critique d’une « justice de classe », d’autres artistes se concentrent plutôt sur les effets psychologiques et les dégâts humains que provoquent les procès publics et l’exécution des peines. Les procès sont synonymes de douleurs morales pour les justiciables, comme chez Abraham Solomon (1), mais apparaissent également comme un lieu de catharsis de la cruauté humaine, ainsi que l’exprime Victor Hugo (2).

¹⁴ B. GARNOT, *Histoire de la justice : France, XVI^{ème}-XXI^{ème} siècle*, Paris, Gallimard, 2009, p. 523.

¹⁵ J.-P. ROYER, J.-P. JEAN, B. DURAND, N. DERASSE, B. DUBOIS, *Histoire de la justice en France*, PUF, 4^{ème} édition, p. 524-525.

¹⁶ B. GARNOT, *ibid.*, p. 561-563.

¹⁷ M. FOUCAULT, *Surveiller et punir*, Paris, Gallimard, 1975, p. 299-360.

1.- Abraham Solomon

Abraham Solomon (1824-1862), peintre britannique de la période classique, a réalisé une œuvre, intitulée *L'Attente du verdict* (1857), dans laquelle il se concentre sur le ressenti des justiciables, les hommes de justice étant relégués en arrière-plan.



Fig. n° 7 – A. Solomon, *L'Attente du verdict*, 1875

source : [Getty Museum Collection](#), [Open Content Program](#)

Dans cette huile sur toile, on y voit une famille, peut-elle celle d'un fils jugé ou d'une victime. Au premier plan, un vieil homme cache la tête dans sa main, l'air accablé, tandis que sa femme le regarde d'un air inquiet ; quant aux deux jeunes femmes, l'une au premier plan a le visage tendu et triste, alors que l'autre conduit notre regard vers les hommes de justice. On a là un portrait psychologique de ceux vivant les attentes et angoisses d'un jugement. Si ce tableau n'apparaît pas nécessairement comme une critique au sens strict, il est intéressant en ce qu'il représente un aspect de la justice qu'on ne publicise pas, dans les couloirs d'un tribunal.

2.- Victor Hugo

Dans un style très différent, Victor Hugo a réalisé des portraits satyriques, grinçants et cruels de tous les acteurs du procès, dans une série relatant le jugement fictif d'une sorcière, issue d'une œuvre intitulée *Poème de la sorcière* (1872-1873). Le

poète, écrivain et dessinateur a en effet réalisé des séries de dessins dès les années 1830, dans lesquels il a composé des archétypes d'humains de la société, parfois drôles, parfois plus sarcastiques. *Le Poème de la sorcière* comprend cinquante-quatre caricatures, organisées en plusieurs séries, dont les seuls textes sont des titres autographes, parfois évocateurs : « *Pièces du procès. Portraits authentiques de divers diables que la sorcière a eu le tort de fréquenter* », la série « *Les Juges* », la série « *La Torture* », ou encore « *Gens de la foule qui assistent au supplice* ».



Fig. n° 8 – V. Hugo, *Poème de la Sorcière* – « *Les Juges* »

crédits : [Paris Musées Collection](#), Licence CC 0

Les dessins, parfois de simples esquisses, représentent tous des têtes, souvent de profil, qui paraissent être avant tout les portraits des âmes : on y perçoit la cruauté de certains, par exemple avec le « *Juge tortionnaire (légèrement railleur)* », ou encore les esprits froids, comme dans « *Le juge extrêmement capable* » au regard porcine, et bien d'autres. Les traits sont caricaturaux, par exemple avec « *Autre juge très malin* » qui a un nez très long. Dans la série « *Gens de la foule* », Victor Hugo brosse le portrait des spectateurs d'un théâtre inhumain : avides de châtements, les regards sont goguenards, ils rient à pleines dents.

À travers ces portraits peu flatteurs de toutes les personnes qui assistent au procès, tels les juges, les hommes d'Église, ou les encore avides spectateurs, Victor Hugo réalise une critique de la férocité humaine qui découle des rouages du système judiciaire pénal, influencé par les rumeurs malveillantes, l'avidité pour les scènes de torture et d'exécution, et l'indifférence face aux souffrances des condamnés. Il y dénonce ainsi un « crime légal » et collectif, une justice injuste et inhumaine qu'il décrit comme une « *loi du sang pour le sang* »¹⁸.

Cette critique de la justice ressort par ailleurs dans les œuvres littéraires de Victor Hugo, qui était un fervent abolitionniste. Son grand plaidoyer contre la peine de mort est son roman *Dernier jour d'un condamné*, publié en 1829. A l'époque, soixante-treize personnes sont exécutées chaque année, soit cinq par jour¹⁹. Dans cette œuvre, Victor Hugo y raconte les dernières heures d'un condamné anonyme, dressant une palette des sentiments qui le traversent : son affreuse angoisse, ses accablements, sa solitude, ses rêves, et parfois ses espoirs.

II.- La prison, face obscure de la justice

Dans la fabrique des images du XIX^{ème} siècle, dessinateurs et peintres dépeignent aussi une face obscure de la justice, celle cachée, qui se déroule derrière les murs épais des prisons. Au cours de la première moitié du XIX^{ème} siècle, la prison est perçue comme une sorte d'utopie par les théoriciens qui travaillent à sa réforme ; la privation de liberté devient ainsi la punition principale, venant progressivement remplacer à la fin du XVIII^e siècle et au début du XIX^{ème} siècle les supplices corporels de l'Ancien Régime²⁰.

Michel Foucault, dans *Surveiller et punir*, a vu dans l'invention du système pénitentiaire un « effacement du spectacle punitif²¹ », ce cérémonial des horreurs qui donnait à voir sur les places publiques des corps torturés, écartelés et dépecés. L'auteur souligne le fait que ce rite devenait finalement un spectacle en miroir du crime qu'il punissait, habituant les spectateurs à une sauvagerie dans laquelle le bourreau devenait le criminel, le juge, le meurtrier et le supplicié un martyr éveillant la pitié ou l'inspiration²². Progressivement, la punition est retirée de la scène publique pour devenir une séquence cachée de la justice pénale. Désormais, ce qui permet de marquer d'un signe négatif le criminel et qui devient « le spectacle », c'est la simple condamnation par les juges, connue à travers la publicité des débats

¹⁸ R. BADINTER, L. BOSSI, J. CLAIR et al., *Crime & châtement*, Paris, France, Gallimard : Musée d'Orsay, 2010, p. 171.

¹⁹ *Ibid.*, p. 160.

²⁰ S.-A. LETERRIER, « Prison et pénitence au XIX^{ème} siècle », *Romantisme* 2008/4, n° 142, ed. Armand Colin, p. 41 à 52.

²¹ M. FOUCAULT, *Surveiller et punir*, Paris, Gallimard, 1975, p. 15.

²² *Ibid.*

et de la sentence ; l'exécution de la peine devient quant à elle une face sombre que la justice cherche à occulter des yeux du public²³.

Dans l'œil des peintres et dessinateurs du XIX^{ème} siècle, la réclusion apparaît comme un châtiment des âmes (A), tandis que la scientification, la rationalisation du système judiciaire pénal conduit à une déshumanisation des prisonniers (B).

A.- *La réclusion ou le châtiment des âmes*

Sous la Monarchie de Juillet, en 1830, le système pénitentiaire est réformé dans un objectif d'hygiénisation des prisons, faisant de l'incarcération un système bien organisé. Au lendemain des Trois Glorieuses (27, 28 et 29 juillet 1830), cette réforme va connaître une véritable impulsion, notamment avec la controverse opposant Charles Lucas et Alexis de Tocqueville²⁴, tous deux juristes. Charles Lucas voit la prison comme un système permettant de corriger le comportement du détenu dans le but de sa remise en liberté ; Alexis DE Tocqueville, qui a étudié le système pénitentiaire américain afin de déterminer comment il pourrait être appliqué en France²⁵, considère que la détention doit être un passage difficile et désagréable et recommande un isolement total. Ainsi, à un châtiment public des corps serait substitué un châtiment des âmes, la prison deviendrait presque une sorte de purgatoire.

Si les peintres ont peu représenté les détenus, c'est peut-être par ce prisme de l'expression d'un supplice des âmes que certains les ont portraiturés. Ainsi, Eugène Delacroix, dans *Le Tasse en prison* (1839), peint le prisonnier dans sa dimension romantique, apparaissant comme le créateur rejeté par la société²⁶ qui réalise une introspection de son âme.

²³ *Ibid.*, p. 15-16.

²⁴ S.-A. LETERRIER, « Prison et pénitence au XIX^{ème} siècle », *Loc. cit.*, p. 42.

²⁵ A. DE TOCQUEVILLE, *Du système pénitentiaire aux Etats-Unis et de son application en France*, Paris, H. Fournier Jeune, 1833.

²⁶ C. LARROCHE, *Daumier 1808-1879*, (cat. exp., Paris, Grand Palais, 5 octobre – 3 janvier 2000), Paris, RMN, 1999, p. 170.

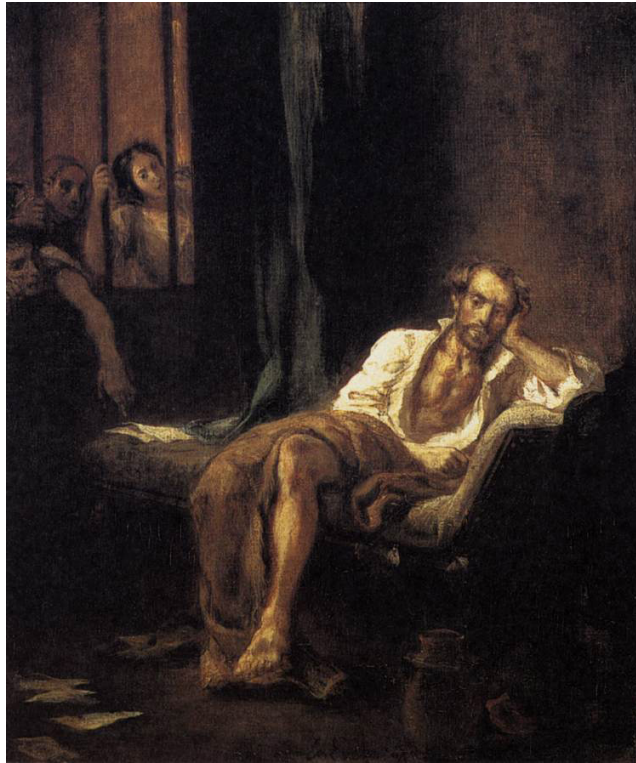


Fig. n° 9 – E. Delacroix, *Tasso à l'hôpital de St Anne Ferrara*, 1839
source : [Wikimedia commons](https://commons.wikimedia.org/wiki/File:Tasso_au_hopital_de_Saint-Anne_Ferrara.jpg), Domaine public

Cette œuvre va d'ailleurs inspirer un sonnet à Charles Baudelaire, dans lequel le Tasse prisonnier devient un rêveur qui s'évade de la prison terrestre à travers ses songes :

Le poète au cachot, débraillé, maladif,
Roulant un manuscrit sous un pied convulsif,
Mesure d'un regard que la terreur enflamme
L'escalier de vertige où s'abîme son âme.
Les rires enivrants dont s'emplit la prison
Vers l'étrange et l'absurde invitent sa raison ;
Le Doute l'environne, et la Peur ridicule,
Hideuse et multiforme, autour de lui circule.
Ce génie enfermé dans un taudis malsain,
Ces grimaces, ces cris, ces spectres dont l'essaim
Tourbillonne, ameuté derrière son oreille,
Ce rêveur que l'horreur de son logis réveille,
Voilà bien ton emblème, Âme aux songes obscurs,
Que le réel étouffe entre ses quatre murs !

La réclusion apparaît également chez Gustave Courbet, peintre réaliste, qui a passé six mois en prison à la suite de sa condamnation pour sa participation à la Commune²⁷. Il s'est ainsi représenté à la prison de Sainte-Pélagie, dans son *Autoportrait à Sainte-Pélagie* (1871-1872), établissement où étaient enfermés les détenus politiques depuis la Révolution française.

²⁷ *Gustave Courbet et la Commune*, (cat. exp., Paris, Musée d'Orsay, 14 mars – 11 juin 2000), Paris, RMN, 2000, p. 57.



Fig. n° 10 – G. Courbet, *Autoportrait à Sainte-Pélagie*, 1871
source : [Wikimedia Commons](#), Domaine Public

On y voit l'artiste derrière les barreaux, dans une position statique, regardant la cour de l'établissement pénitencier, dans une composition sombre. Le regard du peintre laisse voir un homme à l'expression mélancolique et perdu dans ses pensées. Il est intéressant de mettre cette œuvre en perspective de *La Truite*, œuvre peinte pendant l'été 1872 à Ornans où il retourna après sa libération, dans laquelle il a inscrit en bas à gauche une épigraphe « 71. G. Courbet. *In vinculis faciebat* » (« Fait dans les liens »). Cette peinture serait intrinsèquement liée à sa période d'incarcération ; il pourrait s'agir d'un portrait allégorique du peintre, en quelque sorte une métaphore de son âme. Il s'agit d'une truite blessée, souffrant en silence et agonisant avec noblesse, prisonnière des roches, à l'image de l'homme prisonnier entre les murs de sa geôle, dépérissant dans sa solitude²⁸.



Fig. n° 11 – G. Courbet, *La Truite*, 1873

© Musée d'Orsay, Dist. RMN-Grand Palais / photographie Patrice Schmidt

²⁸ D. BASHKOVA, *Les représentations des prisonniers dans la peinture et les arts graphiques en France entre 1850 et 1900*, [Mémoire non publié], Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne, 2017, p. 17-18.

Odilon Redon, artiste symboliste français, a également représenté l'enfermement, dans un fusain intitulé *Le Prisonnier* (1881). Il s'agit d'une représentation dépouillée de détail, permettant de concentrer toute l'attention sur l'expression du corps et du sentiment d'enfermement.



Fig. n° 12 – O. Redon, *Le Prisonnier*, 1881

Source : [MoMa](#), Fair Use (*noncommercial educational purpose, research and commentary*)

Dans ce dessin, un détenu derrière une grille, éclairé par une très faible lumière, est assis dans une position accroupie, ses membres noueux serrés contre son corps squelettique, évoquant ce que la privation de liberté provoque sur un corps enfermé. Son visage exprime la douleur de son âme ; sa bouche occultée par ses mains et l'ombre évoque le silence auquel il est condamné, tandis que ses yeux trahissent la tourmente et l'angoisse profonde que lui provoque l'enfermement. Ce dessin est une illustration réalisée par Odilon Redon pour un monodrame intitulé *Le Juré* écrit par Edmond Picard, professeur de droit bruxellois, écrivain et sénateur socialiste, dont le récit a été inspiré par une affaire judiciaire dans laquelle il a pris part activement, et dans lequel il inventa le personnage d'un juré doutant et ayant du remords pour la condamnation d'un homme innocent. Le passage illustré est ainsi celui dans lequel le juré rêve de l'accusé.

On retrouve encore cette figure du prisonnier replié sur lui-même et mélancolique chez Pablo Picasso en 1901 dans sa période bleue, avec notamment ses *Femmes au cachot*.

Fig. n° 13 – P. Picasso, *Femme assise (Melancholy Woman)*, 1902-03

L'œuvre, conservée au [Detroit Institute of Art](#), n'est pas libre de droit en France, nous ne pouvons donc pas en proposer de reproduction dans cette publication

B.- De la rationalisation du système pénal à sa déshumanisation

Par ailleurs, la réforme du système pénitentiaire se traduit par la construction d'établissements carcéraux et par des réflexions sur leur architecture. Une impulsion a ainsi lieu en 1825 avec la construction de deux établissements pénitentiaires à Paris dans le onzième arrondissement, la « Grande » et la « Petite Roquette », sous le règne de Charles X. L'architecture est conçue sur le modèle d'une structure « panoptique », conceptualisée par Samuel et Jeremy Bentham²⁹ à la fin du XVIII^{ème} siècle, dont le plan comprend une tour centrale de surveillance, depuis laquelle un gardien peut observer tous les prisonniers placés dans des cellules construites en circonférence autour de la tour, sans que les détenus ne puissent savoir à quel moment ils sont observés.

À ces réflexions sur l'architecture et sur les objectifs théoriques des prisons s'ajoutent de nouvelles techniques judiciaires destinées à identifier et classer les criminels, dans l'objectif de mieux assurer leur surveillance³⁰. Ainsi, le marquage des corps par le fer pour contrôler les détenus est aboli en 1832 et remplacé par la photographie judiciaire qui commence à être utilisée dès 1850, et un service de photographie judiciaire attaché à la Préfecture de Police de Paris est créé en 1872. Les photographies des visages ont un caractère standard et impersonnel, dénué d'humanité ; les différentes parties du corps sont photographiées individuellement puis classées par type. Pour pallier les risques de changements d'apparence des criminels récidivistes, l'anthropométrie judiciaire est généralisée par Alphonse Bertillon en 1883. Il s'agit d'une technique visant à mesurer chaque partie du corps et du visage afin de déterminer les traits distinctifs du détenu. L'anthropométrie part en effet du postulat que l'apparence physique reflète l'intériorité des individus³¹. La photographie et l'anthropométrie judiciaire ont finalement conduit à l'émergence de l'anthropologie criminelle, par laquelle on recherchait un « type criminel » à partir des traits communs que l'on retrouvait chez les criminels et qui conduirait à la détermination d'une « classe criminelle ». On a également assisté au développement de la phrénologie, visant à l'étude des crânes et qui proposait d'établir des

²⁹ J. BENTHAM, *Panoptique : mémoire sur un nouveau principe pour construire des maisons d'inspection, et nommé des maisons de force*, Paris, Imprimerie Nationale, 1791.

³⁰ G. BEAUJARD, *L'impossible photographie : prisons parisiennes, 1851-2010*, (cat. exp., Paris, Musée Carnavalet, 10 février – 4 juillet 2010), Musée Carnavalet/Paris-Musées, 2010, p. 164-173.

³¹ C. BARBILLON, *Les Canons du corps humain dans l'art français du XIX^{ème} siècle*, Paris, Odile Jacob, 2004, p. 109-110.

liens entre le moral et le physique³². Certains, comme l'anatomiste Franz Joseph Gall, vont même jusqu'à établir des comparaisons entre les prisonniers et les animaux, par l'identification d'organes ayant une tendance au meurtre et ressemblant à ceux d'animaux carnassiers, tel que la « bosse » du crime située derrière les oreilles³³, ou encore les « cornes naissantes ». Il s'agit évidemment de méthodes dont la valeur scientifique a été entièrement remise en cause au cours du Second Empire et de la Troisième République. Par ailleurs, le droit prenant en considération, depuis le Code pénal de 1810, les crimes commis par les fous, les déclarant irresponsables dans son article 64³⁴, les prisonniers deviennent un objet d'étude pour les médecins-aliénistes qui visitent régulièrement les établissements pénitentiaires afin d'étudier les « dégénérescences humaines » ; l'apogée fut sans doute la théorie du « criminel-né » du médecin italien Cesare Lombroso, inspirée des théories de Charles Darwin³⁵.

Au XIX^{ème} siècle, on a finalement assisté à une volonté de rationaliser, de scientifier le système de la justice pénale. Si la prison avait pu être perçue comme salutaire et bénéfique comparée aux châtiments corporels et à la peine de mort, il n'en demeure pas moins que la réalité quotidienne des prisonniers au XIX^{ème} siècle est difficile, voire inhumaine. Les prisonniers endurent des souffrances corporelles, ayant pour cause la privation de nourriture, la diminution du temps de sommeil, le travail forcé, les punitions, les frustrations sexuelles, la promiscuité, le manque d'air et de soleil ; les peines sont souvent arbitraires et indéterminées, dépendant du personnel des prisons ; les sanctions sont inégalitaires et parfois disproportionnées³⁶.

Vincent Van Gogh, dans *La Ronde des prisonniers*, restitue cette vie d'enfermement, triste, morne et sans lumière derrière les hauts murs de pierres, dans une huile sur toile de 1890, réalisée d'après une gravure de Gustave Doré.

³² R. BADINTER, L. BOSSI, J. CLAIR *et al.*, *op. cit.*, p. 219.

³³ *Ibid.*, p. 220.

³⁴ Ancien article 64 du Code pénal de 1810 : « Il n'y a ni crime ni délit, lorsque le prévenu était en état de démence au temps de l'action, ou lorsqu'il a été contraint par une force à laquelle il n'a pu résister. »

³⁵ R. BADINTER, L. BOSSI, J. CLAIR *et al.*, *op. cit.*, p. 233-236.

³⁶ J.-G. PETIT, *Ces peines obscures : la prison pénale en France, 1780-1875*, J.-G. PETIT (préf.), Paris, Fayard, 1990, p. 543.

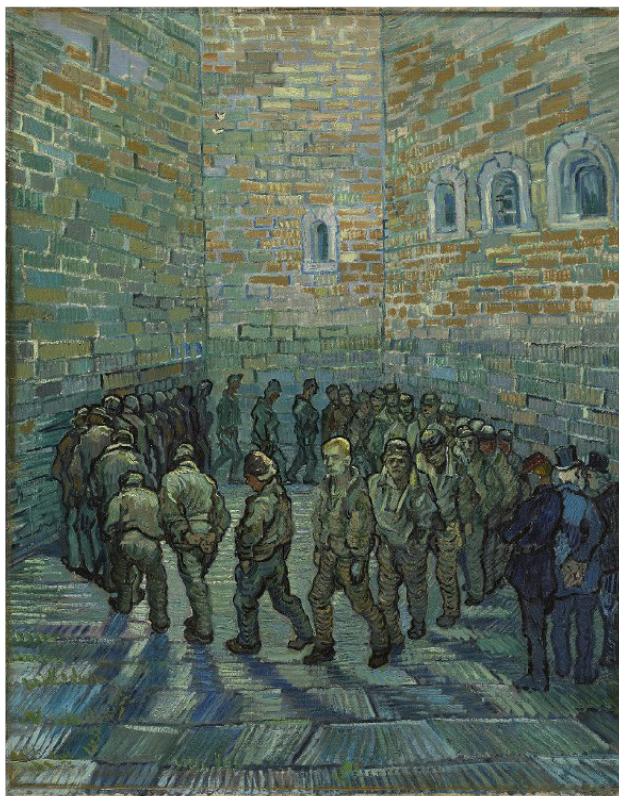


Fig. n° 14 – V. Van Gogh, *La Ronde des prisonniers*, 1890

source : [Musée des Beaux-Arts Pouchkine](#), [Utilisation non-commerciale numérique](#)

Il s'agit d'une représentation de la promenade des prisonniers qui s'effectue dans des cours très étroites ; la file de prisonniers tourne en rond, serrés, tête baissée, faisant la « queue de cervelas³⁷ ». Les couleurs utilisées par Van Gogh évoquent l'humidité et la froideur du lieu, laquelle imprègne les prisonniers qui ne semblent plus être que des pantins vidés de toute vie de ce sombre décor. Les seules couleurs chaudes sont vers le haut de la composition, la lumière n'atteignant pas les prisonniers mais seulement le haut des murs. Les prisonniers sont tous vêtus du même habit carcéral, qui leur ôte toute individualité, ils apparaissent en quelque sorte déshumanisés comme un troupeau de bêtes.

En outre, si des théoriciens, comme Charles Lucas, voyaient dans la prison un moyen de correction du comportement d'un criminel dans le but de le remettre en liberté, la réalité apparaît bien moins idyllique : punissant sévèrement, elle ne rend pas forcément les hommes meilleurs, la réinsertion sociale n'est souvent pas possible et la prison tue souvent³⁸. Ainsi, Honoré Daumier, dans une lithographie intitulée *Prison royale – Entrée – Sortie*, publiée dans le *Charivari* du 2 octobre 1834, critique impunément et froidement l'« échec » du système carcéral, en représentant sur le

³⁷ *Ibid.*, p. 487.

³⁸ *Ibid.*, p. 543.

côté gauche un prévenu entrant dans la prison, accompagné de deux gendarmes, et, à droite, sa sortie dans un cercueil de fortune accompagné de deux croque-morts.



Fig. n° 15 – H. Daumier, *Prison Royale = Entrée – Sortie*

source : gallica.bnf.fr / Bibliothèque nationale de France, *Le Charivari*, 2 octobre 1834

Daumier dénonçait la surpopulation carcérale, qui rassemblait dans un même lieu des condamnés, prisonniers politiques, mendiants, vagabonds, prostituées, prévenus et déficients mentaux, mais aussi les grands problèmes d'hygiène et la carence de soins médicaux³⁹. Ces problèmes étaient d'ailleurs évoqués par certains auteurs, comme Alexis de Tocqueville⁴⁰, ou encore par des médecins, comme Louis René Villermé⁴¹ et Etienne Pariset, qui dénoncent l'importante mortalité carcérale⁴².

Nous achèverons nos propos avec *Le Captif*, dit aussi *Le Prisonnier* (1880) d'Odilon Redon, œuvre symbolique dans laquelle l'artiste représente un détenu figé dans l'obscurité. Son visage ressemble à un crâne, avec deux orbites à la place des yeux ; sa longue barbe masque sa bouche, évoquant le mutisme dans lequel il est enfermé. Le visage n'exprime plus aucun sentiment ni aucune angoisse ; l'âme semble être partie et l'homme mort.

³⁹ R. BADINTER, L. BOSSI, J. CLAIR *et al.*, *op. cit.*, p. 181.

⁴⁰ A. DE TOCQUEVILLE, *Du système pénitentiaire aux Etats-Unis et de son application en France*, Paris, H. Fournier Jeune, 1833.

⁴¹ L. R. VILLERMÉ, « Mémoire sur la mortalité dans les prisons », *Annales d'hygiène publique et de médecine légale*, Paris, 1829.

⁴² J.-G. PETIT, *op. cit.*, p. 523.

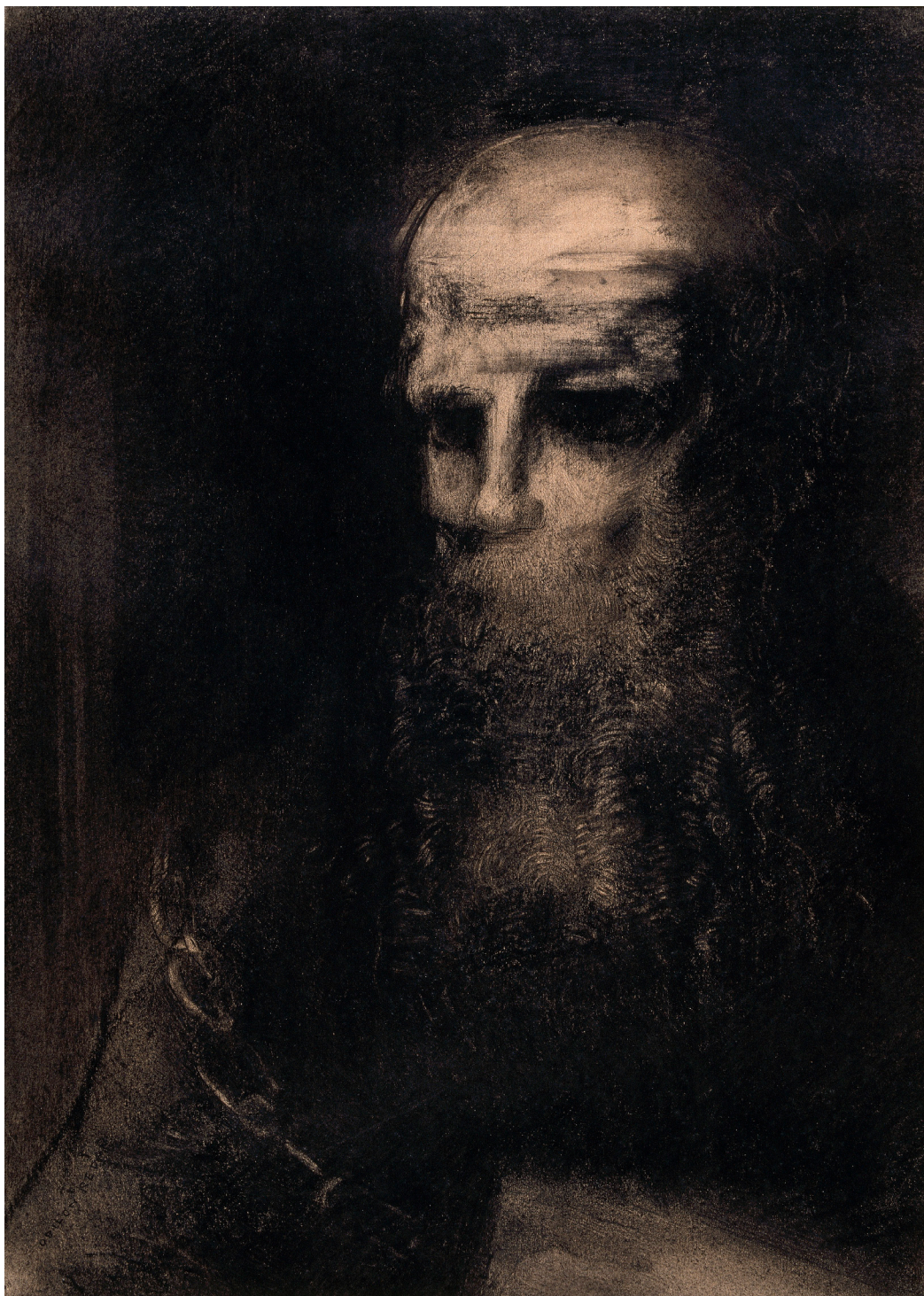


Fig. n° 16 – O. Redon, Le Prisonnier, vers 1880

credits : © Musée d'arts de Nantes - Photographie: Alain Guillard

Bibliographie

Sources primaires :

- BENTHAM J., *Panoptique : mémoire sur un nouveau principe pour construire des maisons d'inspection, et nommément des maisons de force*, Paris, Imprimerie Nationale, 1791, 549 p.
- DE TOCQUEVILLE A., *Du système pénitentiaire aux Etats-Unis et de son application en France*, Paris, H. Fournier Jeune, 1833, 487 p.
- VILLERMÉ L. R., « Mémoire sur la mortalité dans les prisons », *Annales d'hygiène publique et de médecine légale*, Paris, 1829.

Sources secondaires :

Ouvrages spécialisés, monographies, thèses :

- BARBILLON C., *Les Canons du corps humain dans l'art français du XIX^{ème} siècle*, Paris, Odile Jacob, 2004, 384 p.
- BASHKOVA D., *Les représentations des prisonniers dans la peinture et les arts graphiques en France entre 1850 et 1900*, [Mémoire non publié], Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne, 2017, 99 p.
- DEBRÉ J.-L., *La justice au XIX^e siècle. Les magistrats*, Librairie Académique Perrin, 1981, 223 p.
- GARNOT B., *Histoire de la justice : France, XVI^{ème}-XXI^{ème} siècle*, Paris, Gallimard, 2009, 789 p.
- FOUCAULT M., *Surveiller et punir*, Paris, Gallimard, 1975, 360 p.
- PETIT J.-G., *Ces peines obscures : la prison pénale en France, 1780-1875*, Petit Jacques-Guy (préf.), Paris, Fayard, 1990, 749 p.
- ROYER J.-P., JEAN J.-P., DURAND B., DERASSE N., DUBOIS B., *Histoire de la justice en France*, PUF, 4^{ème} édition, 2010, 1 305 p.
- SARFATI LANTER J., BARON Ch., *Droit et littérature*, Paris, SFLGC, 2019, 192 p.

Contributions à un ouvrage collectif :

- AMBROISE-RENDU A.-C., « Le chroniqueur, la justice et l'opinion publique : les faits divers à la fin du XIX^e siècle », p. 69-80, in : HUMBERT S., SALAS D., et ASSOCIATION FRANÇAISE POUR L'HISTOIRE DE LA JUSTICE, *La chronique judiciaire : mille ans d'histoire : [actes des journées régionales d'histoire de la justice]*, Paris, La Documentation française, 2010, 212 p.
- DEGUERGUE M., « La représentation du droit dans l'art », p. 133-142, in : DEGUERGUE M. (dir.), *L'art et le droit. Écrits en hommage à Pierre-Laurent Frier*, Paris, Publications de la Sorbonne, 2010, 416 p.
- SALAS D., « Stendhal, Zola, Mauriac : de la chronique judiciaire à la fiction littéraire », p. 95-106, in : HUMBERT S., SALAS D., et ASSOCIATION FRANÇAISE POUR L'HISTOIRE DE LA JUSTICE, *La chronique judiciaire : mille ans d'histoire : [actes des journées régionales d'histoire de la justice]*, Paris, La Documentation française, 2010, 212 p.
- PORRET M., « Le corps puni. Le châtement sous l'Ancien Régime », p. 261-267, in : MEYRAN R. (dir.), *Les mécanismes de la Violence. États - Institutions - Individu.*, Éditions Sciences Humaines, 2006, 290 p.

Catalogues d'exposition :

- BADINTER R., BOSSI L., CLAIR J. et al., *Crime & châtement*, Paris, France, Gallimard : Musée d'Orsay, 2010, 415 p.
- LARROCHE C., *Daumier 1808-1879*, (cat. exp., Paris, Grand Palais, 5 octobre – 3 janvier 2000), Paris, RMN, 1999, 79 p.
- MADÉLINE L., SWINBOURNE A. et MUSEUM OF MODERN ART, *James Ensor*, (cat. exp., Paris, Musée d'Orsay, 20 octobre 2009 – 4 février 2010) Paris, Réunion des musées nationaux, 2009, 271 p.
- BEAUJARD G., *L'impossible photographie : prisons parisiennes, 1851-2010*, (cat. exp., Paris, Musée Carnavalet, 10 février – 4 juillet 2010), Musée Carnavalet/Paris-Musées, 2010, 314 p.

Gustave Courbet et la Commune, (cat. exp., Paris, Musée d'Orsay, 14 mars – 11 juin 2000), Paris, RMN, 2000, 118 p.

Articles :

FOHR R., « DAUMIER HONORÉ (1808-1879) », *Encyclopædia Universalis [s.d.]*. Disponible sur : <https://www.universalis-edu.com/encyclopedie/honore-daumier/> (consulté le 10 juin 2023)

LETERRIER S.-A., « Prison et pénitence au XIX^{ème} siècle », *Romantisme* 2008/4, n° 142, ed. Armand Colin, pp. 41 à 52.

Réalisme et vraisemblance du procès dans le théâtre du premier âge classique (1640-1670)

Romain DUBOS

Docteur en droit de l'Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne

Résumé : Dans leur variété, les trois œuvres dramatiques choisies ici mettent en scène un procès. Prenant toujours un écart avec la réalité, ce sont néanmoins les notions de réalisme et de vraisemblance qui permettent d'analyser ces instances, et de répondre à diverses interrogations soulevées quant aux cas jugés, aux personnages et à la dramaturgie du procès.

Mots-clés : Droit et littérature, Procès, *Les Plaideurs*, *Horace*, Somaize, Vraisemblance, Réalisme.

Abstract: *In their variety, the three dramatic works chosen depict a trial. Although they always depart from reality, the notions of realism and verisimilitude allow us to analyse these trials, and to answer various questions about the cases, the characters and the dramaturgy of the trial.*

Key-words: *Law and literature, Trials, Les Plaideurs, Horace, Somaize, Verisimilitude, Realism.*

Participant à un dialogue des savoirs aujourd'hui reconnu nécessaire, les études mêlant droit et littérature ne sont plus rares, et l'on ne compte pas les ouvrages qui portent tout simplement ce titre. Sur la question précise du théâtre classique du XVII^e siècle – que nous ferons ici débiter au *Cid* (ou plus précisément à sa querelle)¹ – et de la représentation qui y est donnée du procès, nous ne disposons toutefois véritablement que d'une seule référence². De nombreuses pistes restaient donc encore à explorer. Plus largement, bien que des axes de recherche exactement inverses au nôtre aient donné lieu à des articles sur la théâtralité des procès en général³, le rapport au droit et à la justice des œuvres dramatiques représentant une instance n'a guère été envisagé pour lui-même, si ce n'est en partie pour l'autre grande

¹ En ce sens, voir D. MORNET, « Corneille », in *Dictionnaire des lettres françaises : Le XVII^e siècle*, Paris : Fayard, 1996, p. 322.

² C. BIET, L. SCHIFANO (dir.), *Représentations du procès : Droit, Théâtre, Littérature, Cinéma*, Nanterre, Université Paris X-Nanterre, 2003.

³ Voir en particulier ceux réunis *ibid.*, p. 17-78 ; C. BIET, « Droit, littérature, théâtre : la fiction du jugement commun », *Raisons politiques* 2007, n° 27, p. 91-105 ; et S. ZIENTARA-LOGEAY, « La théâtralité du procès pénal : entre archaïsme et modernité », *Hypermédia* 2012, n° 2 [en ligne].

période de notre siècle d'étude, l'âge baroque⁴, autant qu'en dehors de la France. La question a enfin, plus précisément, été posée sur le plan de la mise en scène⁵ ; un angle d'approche qui ne sera aucunement traité ici puisque cette contribution se concentrera exclusivement sur le texte des œuvres dramatiques.

Si l'on était contraint, par définition, d'écarter certaines pièces baroques ou préclassiques représentant un procès, nous avons également dû mettre de côté les comédies italiennes de la fin du XVII^e siècle (et par conséquent les premières comédies de Régnard) pour avoir été étudiées dans leur ensemble par Guy Spielmann⁶ ; en aval, les bornes chronologiques correspondront donc approximativement à la mort de Molière. Excluant en outre du corpus des pièces telles que *Le Cid* (1637) ou le *Venceslas* de Rotrou (1647) pour porter à la scène des procès scindés en trop de scènes pour être véritablement exploitables⁷, *Cinna* (1641) pour comporter un verdict plus politique que juridique (même si les deux œuvres de Corneille ont pu servir de point de comparaison), une seule tragédie semblait devoir être retenue : *Horace* (1640)⁸. Quant aux comédies, à défaut d'étudier *Les Héros de roman* de Boileau pour être un dialogue et non une œuvre dramatique à proprement parler – et que toute comparaison aurait ainsi pu être biaisée –, deux œuvres paraissaient demeurer : le *Procez des Pretieuses* de Somaize (1660)⁹ et *Les Plaideurs* de Racine (1668)¹⁰. Ce corpus est ainsi manifestement réduit, et l'on ne s'en étonnera guère, car les pièces classiques à donner un « traitement poussé » à un thème juridique tel que celui du procès constituent plutôt des exceptions¹¹, celles critiquant la justice, la censure aidant, plus encore comme nous le verrons¹². Mais il est également fortement divers. Ainsi, sans absolument mettre de côté la distinction entre le genre tragique et comique – pour être parfois utile et éclairante à nos analyses – c'est certainement

⁴ Voir notamment C. GUILLOT, « Les scènes de jugement dans l'illustration de la tragi-comédie et de la tragédie au XVII^e siècle », in C. BIET, L. SCHIFANO (dir.), *Représentations du procès : Droit, Théâtre, Littérature, Cinéma, op. cit.*, p. 203-213 ; R. JOBEZ, *Le théâtre baroque allemand et français : Le droit dans la littérature*, Paris : Classiques Garnier, 2010.

⁵ Voir en particulier N. MAILLARD, « Le dispositif du procès dans les performances de théâtre contemporain », *Les Cahiers de la Justice* 2018, n° 4, p. 687-698.

⁶ G. SPIELMANN, « Arlequin au Palais. L'univers juridique dans la Comédie-Italienne de Paris au XVII^e siècle », in C. BIET, L. SCHIFANO (dir.), *Représentations du procès : Droit, Théâtre, Littérature, Cinéma, op. cit.*, p. 323-341.

⁷ Celui, ou plus précisément ceux du *Cid* n'occupent en effet pas moins de trois scènes (II, 8, IV, 5 et V, 7), tout comme chez ROTROU (IV, 5 et V, 4 et 6).

⁸ Comme nous le ferons pour les autres œuvres de Corneille, le texte d'*Horace* sera cité ici dans sa version donnée par la Bibliothèque de la Pléiade.

⁹ Nous citerons ici le texte d'après son édition elzévirienne (*Le dictionnaire des précieuses*, Paris : P. Jannet, 1856, 2 t.).

¹⁰ Comme pour Corneille, nous citerons toujours la comédie de Racine d'après son édition dans la Bibliothèque de la Pléiade (en suivant la numérotation des vers de l'édition de 1675).

¹¹ Selon G. SPIELMANN, « Arlequin au Palais. L'univers juridique dans la Comédie-Italienne de Paris au XVII^e siècle », in C. BIET, L. SCHIFANO (dir.), *Représentations du procès : Droit, Théâtre, Littérature, Cinéma*, art. cit., p. 323.

¹² Et ce à la notable différence de l'époque médiévale, comme le remarquait en particulier C. MEYER-PLANTUREUX, « Théâtre et justice d'Eschyle à Jean Vilar », *Les cahiers de la Justice* 2015, n° 1, p. 41 et s.

avant tout d'œuvres théâtrales qu'il sera ici question, le genre dramatique étant prioritairement appréhendé en ce qu'il peut avoir d'unitaire¹³.

Nécessairement, porter à la scène une situation concrète comme l'est un procès ne peut se faire sans un certain écart avec la réalité¹⁴, et là se situe sans doute le principe même de ce que sont toutes les conventions théâtrales¹⁵. D'autre part, une pièce peut, et sans enfreindre à la vraisemblance, être finalement invraisemblable par certains aspects ; peut-être plus encore lorsqu'elle se place sur un terrain satirique et burlesque comme *Les Plaideurs*¹⁶, même si Jacques Scherer formulait une conclusion en ce sens à propos de toutes les comédies classiques¹⁷. Ainsi, le vraisemblable n'est pas l'imitation la plus parfaite possible du réel, mais, pour reprendre la pensée de Pierre Larthomas, une simple « similitude » avec le vrai¹⁸, et ce serait donc dénaturer la définition de la vraisemblance que d'interpréter trop strictement cet impératif cardinal du théâtre classique.

Au terme d'une analyse résolument pluridisciplinaire, ce seront alors cette notion de ressemblance avec la réalité juridique (ou de réalisme) et celle exclusivement dramaturgique de vraisemblance qui serviront de critères d'analyse aux interrogations soulevées sur l'objet des litiges portés à la scène (I), les personnages du procès (II) et la temporalité dramatique d'une instance venant, au moins à première vue, achever l'action (III).

I.- La diversité des cas jugés sur scène : de la grandeur à la farce

Il est un premier point sur lequel la distinction entre tragédie et comédie trouve assurément un sens : à propos de l'objet des litiges. Du jugement d'un crime provoqué par une fureur tragique chez Corneille (A), les cas jugés tombent en effet dans l'absurdité la plus manifeste dans nos deux comédies (B).

A.- Le procès de la fureur du héros : Horace et la question du roi-juge

Même s'ils sont bien connus, il n'est sans doute pas inutile de rappeler les circonstances et les enjeux dramatiques relatifs au procès d'*Horace*, un procès qui

¹³ Pour une réflexion en ce sens, voir P. LARTHOMAS, *Le langage dramatique*, Paris : PUF, 2016, p. 434.

¹⁴ Comme l'écrit P. LARTHOMAS : « le réalisme du théâtre n'est pas celui de la vie » (*ibid.*, p. 191).

¹⁵ Le *TLFi* définit en effet la *convention* en ce sens comme un « Accord tacite pour admettre certains procédés même s'ils s'éloignent de la réalité, en vue de produire l'effet voulu ».

¹⁶ Dans la *Préface des Plaideurs* (voir *Œuvres complètes*, t. 1, Paris : Gallimard, 1999, coll. « Bibliothèque de la Pléiade », p. 302), Racine argumente en faveur de l'invraisemblance présente dans son modèle grec (*Les Guêpes* d'Aristophane).

¹⁷ Voir *La dramaturgie classique*, Paris : Armand Colin, 2014, p. 540.

¹⁸ P. LARTHOMAS, *Le langage dramatique*, *op. cit.*, p. 398.

occupe à lui seul presque l'intégralité de l'acte V¹⁹. Désigné avec ses deux frères pour défendre Rome contre Albe dans un combat singulier contre les trois Curiaces, Horace en sort vainqueur et seul survivant. Auréolé de la gloire d'avoir assujetti Albe au joug romain, il en vient à frapper à mort sa sœur Camille, qui avait rendu, devant lui, Rome responsable de la mort de son amant Curiace (IV, 5) ; la faute tragique du héros entame alors ce qui doit sans doute davantage être pris, quoiqu'en dise Corneille lui-même²⁰, pour le second temps de l'action²¹ que pour une seconde action²². Tandis que l'acte V s'ouvre sur une scène où Horace offre à son père de le tuer de sa main pour ce geste, le roi Tulle intervient. Après des paroles de consolation qu'il adresse au vieil homme pour la perte de trois de ses enfants, le procès d'Horace débute enfin. Formellement construit de la façon la plus nette, il se présente comme une suite de cinq longues tirades – montrant l'intérêt de Corneille, tout comme de son siècle en particulier, pour ce genre devenu littéraire qu'est celui de la plaidoirie²³ – que seules deux brèves interruptions viennent perturber²⁴. Appuyée sur une solide rhétorique judiciaire, chacune de ces tirades mêle des enjeux dramatiques à des questions juridiques qui méritent d'être présentées en suivant de près le cours de l'action.

Il est tout d'abord remarquable que le procès n'ait pas lieu du propre mouvement du roi, puisqu'il intervient suite à l'accusation de Valère, amant de Camille, qui endosse immédiatement le rôle du demandeur à l'action tout autant que celui de « gardien des lois²⁵ ». Est donc réclamé au roi de rendre un arrêt sur requête, un élément dramatique qui s'éloigne volontairement du sort du véritable Horace : selon Tite-Live, Tullus Hostilius avait en effet refusé de juger lui-même Horace, qui, d'abord condamné par les *duumvirs* qu'il avait désignés, avait finalement été acquitté par le peuple²⁶. Un autre des aspects juridiques à être mis en avant est, après une allusion faite par Valère au concept philosophico-juridique de justice distributive (v. 1471-

¹⁹ Il se déroule, strictement, au sein de 314 des 380 vers de l'acte V (dans sa version où la scène 4 en est coupée, toujours reprise par Corneille depuis l'édition de 1660).

²⁰ Voir *Examen [d'Horace]*, in *Œuvres complètes*, t. 1, Paris : Gallimard, 1980, coll. « Bibliothèque de la Pléiade », p. 840.

²¹ Selon L. HERLAND, *Horace ou la naissance de l'homme*, Paris : Éditions de minuit, 1952, p. 79.

²² Sur cette question (et plus généralement sur le problème de l'unité d'action dans *Horace*), voir, outre l'ouvrage précédent (p. 79 et s.), et S. DOUBROVSKY, *Corneille et la dialectique du héros*, Paris : Gallimard, 1963, p. 154 et s. ; A. NIDERST, « Le meurtre de Camille et le jugement d'Horace : Réflexions sur l'esthétique cornélienne », *Cahier des Annales de Normandie* 1982, n° 14, p. 103-109 ; M. PRIGENT, *Le héros et l'État dans la tragédie de Pierre Corneille*, Paris : PUF, 1986, p. 133 et s.

²³ Sur la question, voir D. DUTTON, « Le rôle de la plaidoirie, de la technique juridique à l'œuvre littéraire : la mode des plaidoiries au dix-septième siècle », *Cycnos* 2002, vol. 19, n° 2, p. 115-123. Pour l'époque précédente, voir G. CAZALS, et S. GEONGET (dir.), *Les recueils de Plaidoyez à la Renaissance*, Genève, Droz, 2018.

²⁴ Celles du vieil Horace (v. 1475) et de Valère (v. 1729).

²⁵ Pour reprendre la formule de G. POIRIER, *Corneille et la vertu de prudence*, Genève : Droz, 1984, p. 144.

²⁶ TITE-LIVE, *Histoire romaine*, I, XXVI, 5-12.

72), celui du roi-juge, qui par son jugement même, se rend semblable à Dieu²⁷ ; on reconnaît ici aisément ce quasi-*topos* développé avec une assez nette constance par la pensée juridique au moins depuis l'époque médiévale²⁸. Le plaidoyer de Valère s'oriente ensuite vers des arguments où le droit tend à s'effacer. Il tente de prouver qu'en toute logique, malgré l'immense gloire qu'a été celle d'Horace, celui-ci s'est finalement rendu coupable d'un sacrilège tant devant les hommes que les dieux, et emploie notamment ici un argument politique d'opportunité : son geste fratricide ferait d'Horace une certaine manière de tyran puisque chaque citoyen, désormais à sa merci, aurait à craindre pour sa vie (v. 1507-1510).

Se succèdent alors deux tirades donnant la parole à Horace et à sa femme Sabine – laquelle endosse le rôle de témoin –, et où le tragique et le *pathos* l'emportent ici allègrement sur le juridique. Vient ensuite la plus longue tirade de toutes, celle du vieil Horace, qui ramène le propos plus directement au procès puisqu'il prend immédiatement le parti de répondre à Valère (v. 1631). Même si elle a surtout pour but de sauver le nom d'Horace, et donc le sien, du « déshonneur²⁹ », ce qui implique que le père ait parfois tendance à relativement sortir de son rôle judiciaire pour la nécessité du drame, elle n'en constitue pas moins, selon Louis Herland que nous rejoindrons ici, « un excellent plaidoyer, si on le juge en homme du barreau³⁰ ». En effet, après avoir tenté de prouver la vertu du geste de son fils – car il n'a fait que défendre Rome en punissant un crime commis contre elle (v. 1647-56) –, le vieil Horace juge Valère incompetent pour se mêler de l'honneur d'une famille qui ne regarde finalement que lui³¹. Et c'est ici que l'argument sans doute le plus juridique voit le jour. Le père demande l'acquittement de son fils car il peut encore servir Rome : « Ce qu'il a fait pour elle, il peut encor le faire » (v. 1703). On reconnaît nettement, outre la reprise d'un motif présent dans *Le Cid*³², l'un des cas légitimes ouvrant droit à une grâce royale³³, et c'est précisément sur ce plan qu'intervient finalement le jugement de Tulle. S'il relève que le crime d'Horace est odieux (v. 1733-34), que la colère qui en fut la cause est inexcusable (v. 1735-36) et que toutes les lois prévoient à ce titre la mort (v. 1737-38), il ne lui accorde pas moins la vie sauve et ce pour trois raisons

²⁷ v. 1478. Sur la question du roi-juge, quoique pour une période antérieure à celle de Corneille, renvoyons à nos précédents travaux : *Le juste ou la loi ? Entre idéalistes et absolutistes à l'époque des guerres de Religion (1559-1598)*. Thèse : Histoire du droit. Paris : Université Paris 1, 2022, 514 pages.

²⁸ Voir J.-L. THIREAU, « Le bon juge chez les juristes français du XVI^e siècle », in J.-M. CARBASSE, L. DEPAMBOUR-TARRIDE (dir.), *La conscience du juge dans la tradition juridique européenne*, Paris, PUF, 1999, p. 131-153 ; J. KRYNEN, « De la représentation à la dépossession du roi : les parlementaires "prêtres de la justice" », *Mélanges de l'École française de Rome* 2002, t. 114, n° 1, p. 109 et s. ; R. COLSON, *La fonction de juger : Étude historique et positive*, Paris : LGDJ, 2006, p. 18 et s.

²⁹ L. HERLAND, *Horace ou la naissance de l'homme*, op. cit., p. 198.

³⁰ *Ibid.*, p. 197.

³¹ v. 1667-74.

³² v. 1421-24.

³³ Sur cette question, voir C. GAUVARD, « De grace especial » : *Crime, État et société en France à la fin du Moyen Âge*, Paris : Publications de la Sorbonne, 2010, p. 853 et s.

principales : le crime a été commis par celui qui vient de le rendre lui-même maître d'Albe (v. 1739-46), assez peu de « serviteurs » des rois sont capables d'une telle action (v. 1747-53), et, argument de poids du fait de sa dernière place : « de pareils aussi sont au-dessus des lois³⁴. »

Au vu de cette analyse – et l'on ne s'en étonnera guère –, c'est donc plus un procès d'Ancien Régime qu'un procès romain que celui d'Horace, et en premier lieu sur le plan de la procédure qui rappelle bien davantage celle à l'œuvre au Conseil privé des années 1640 que le droit de la monarchie romaine. En outre, si l'on peut relever des allusions à l'*homo sacer* chez Valère ou bien encore à la *patria potestas* chez le vieil Horace, elles ne donnent guère qu'une couleur romaine à un jugement développant des conceptions juridiques appartenant bien au mitan du XVII^e siècle. L'exaltation de la figure du souverain-juge, dans sa ressemblance avec Dieu, semble en effet renvoyer tant à cette origine théologique de l'absolutisme moderne qu'est la *potentia absoluta* divine³⁵ qu'à la théorie du droit divin des rois³⁶, et le droit de grâce mis en œuvre par Tulle n'est en définitive qu'une manifeste illustration de l'absolutisme qu'il exerce. Le roi délire ainsi qu'il entend de la loi, cette dispense particulière de la loi ordinaire relevant bien de l'un des deux sens pratiques à donner à l'exercice d'un pouvoir absolu (au sens étymologique du terme)³⁷. Il n'en demeure pas moins que le dernier argument de Tulle rapporté ici, si l'on interprète le vers dans un sens général et non seulement quant au seul cas jugé, pourrait s'éloigner fortement de la réalité du pouvoir au XVII^e siècle. Puisque le roi y considérerait qu'Horace lui-même est au-dessus des lois, le héros ne partagerait-il pas alors une part du pouvoir absolu du roi ? Une telle entorse au principe d'indivisibilité de la souveraineté, si clairement réaffirmé par Cardin le Bret quelques années auparavant³⁸, ne saurait ainsi guère renvoyer à une quelconque réalité politique de l'époque de Corneille ; mais l'ambiguïté sur le caractère général ou particulier de ce vers permet justement de sauver les apparences tout en ménageant la possibilité d'une interprétation bien différente. Réaliste certes, le procès d'*Horace* ne l'est donc sans doute que jusqu'à un certain point ; et si le juriste est inévitablement tenté d'y lire un manifeste de l'absolutisme, il met sans doute en avant, pour un spectateur qui ne l'est pas, au moins autant le pouvoir du héros que celui du roi, et, en définitive, la victoire du mythe et du temps des héros sur la réalité.

³⁴ v. 1754.

³⁵ Sur la question, voir G. CANZIANI *et alii* (dir.), *Potentia Dei : L'onnipotenza divina nel pensiero dei secoli XVI e XVII*, Milan, FrancoAngeli, 2000.

³⁶ On sait en effet que cette théorie avait connu sa « formulation définitive » au XVII^e siècle (selon les termes d'A. LECA, *La fabrique du droit français : Naissance, précellence et décadence d'un système juridique*, Aix-en-Provence : Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2007, p. 254).

³⁷ Sur la question de la dispense de la loi, voir, quoique pour une période antérieure, A. ROUSSELET-PIMONT, *Le Chancelier et la loi au XVI^e siècle d'après l'œuvre d'Antoine Duprat, de Guillaume Poyet et de Michel de L'Hospital*, Paris : De Boccard, 2005, p. 238 et s.

³⁸ C. LE BRET, *De la souveraineté du roy*, Paris : T. du Bray, 1632, p. 71.

B.- Une justice aux affaires grotesques : les procès de Somaize et Racine

S'il est un élément à distinguer évidemment les procès de Somaize et Racine de celui de Corneille, c'est bien l'absurdité des cas jugés. Dans le premier, le procès au sens strict occupant les deux dernières scènes (XV et XVI), c'est le langage précieux qui fait figure d'accusé, alors que dans le second, ayant lieu à la scène 3 de l'acte III (même si le verdict n'est finalement donné qu'à l'ultime réplique de la scène suivante), on accuse un chien d'avoir mangé un chapon. Les nécessités du genre comique y contraignant les auteurs, ce ne sont en outre plus des rois mais des personnages faisant figure de magistrats qui jugent –respectivement Patrice, Aristime et Anaxandre d'une part, et Dandin d'autre part –, et d'autres bien plus quotidiens qui participent à l'instance, allant des bourgeois à de simples valets. Enfin, les deux procès comiques (contrairement à celui de Corneille qui se situe dans ce lieu clos qu'est « la maison d'Horace »³⁹) semblent pouvoir se dérouler dans un lieu qui leur est réservé. Somaize fait ainsi apparaître les juges derrière « une toille » à leur entrée⁴⁰, employant ici le procédé du décor simultané⁴¹, quand Racine, assurément moins clair, pourrait le placer directement chez le juge⁴².

Dans *Le procez des pretieuses*, Somaize donne d'abord la parole à l'accusateur Ribercour. Trop pressé qu'un verdict soit rendu, il entame un dialogue particulièrement âpre avec la défenderesse Épicarie qui lui tient assez bien tête⁴³. Sommé par les juges de revenir au calme, il amorce ensuite, après une ultime interruption de l'avocate de la défense⁴⁴, une argumentation sans conteste médiocre où il se contente surtout, dans une longue réplique, de pointer du doigt ce risque d'une corruption de la langue qui n'est finalement étayé que par la crainte d'une renaissance de la tour de Babel, crainte qu'il juge d'autant plus fondée que le danger porte ici non plus sur la quantité de langues mais sur la qualité du langage⁴⁵. Il en vient alors à requérir une peine toute fantaisiste : la prohibition de l'usage des mots précieux est réclamée sous peine d'une interdiction de lire les romans à la mode ou de priver le lit de ruelles, ce lieu par excellence où les précieuses recevaient leurs invités⁴⁶. Face à si faible accusation, il ne semble guère difficile à Épicarie d'entamer sa défense.

³⁹ L'auteur nous l'indique en effet dans la didascalie suivant la liste des personnages.

⁴⁰ Voir scène XIII (p. 103).

⁴¹ Tel est également le cas plus tôt dans la pièce, puisque si les scènes III à VI se déroulent devant la maison de Théocrite, les scènes VII à X ont lieu dans une « salle » de cette maison (v. 563, p. 78). Sur la question du décor simultané, voir notamment J. SCHERER, *La dramaturgie classique*, op. cit., p. 222.

⁴² Il fait en effet dire au fils de Dandin, Léandre, l'organisateur du procès de l'acte III : « Si vous êtes pressé de rendre la justice, - Il ne faut point sortir pour cela de chez vous : - Exercez le talent et jugez parmi nous » (v. 604-606), ce qui pourrait signifier que l'acte III se déroule non plus sur la place de cette « ville de Basse Normandie » (comme l'indique pourtant la didascalie placée à la suite de la liste des personnages) mais directement chez le juge.

⁴³ v. 1230-55 (p. 105-106).

⁴⁴ v. 1288 (p. 108).

⁴⁵ v. 1354-75 (p. 110). On ne saurait toutefois que relever le caractère boiteux de cet argument.

⁴⁶ v. 1394-95 (p. 111).

Celle-ci commence par une pirouette tout aussi misogyne que comique – mais non moins juridique – affirmant que le naturel bavard des femmes, règle de droit des gens selon elle, empêche quiconque de les priver du droit de se servir de cet organe qu’est leur langue⁴⁷. Elle poursuit en prouvant l’inanité de l’argument de la tour de Babel puisque le Paris de 1660 est précisément un creuset de langues tant françaises qu’étrangères⁴⁸. Enfin, elle entame une défense en règle du langage précieux lui-même, affirmant que ses créatrices l’ont tiré peu à peu de la meilleure littérature, et qu’il en constituerait même le « suc »⁴⁹. Contre toute attente, tant l’argumentation semblait inégale, le langage précieux est finalement condamné, les peines prévues étant précisément celles réclamées par le demandeur à l’action⁵⁰. Intervient alors le coup de théâtre final : ce procès n’était qu’une farce jouée à Ribercour⁵¹, qui, blessé et confondu, perd soudainement toute la superbe qui avait pu être la sienne.

Dans *Les Plaideurs*, malgré diverses interruptions servant à préserver l’action de toute monotonie et à faire surgir d’autres types de comique reposant tant sur des effets de surprise que sur des gestes ou actions voulus par l’auteur, le procès met bien davantage en valeur la rhétorique que celui de Somaize ; le ridicule de cette dernière constitue en effet l’un des moyens comiques les plus constants de toute l’instance. Dans la plaidoirie si bavarde, confuse et malhabile de Petit-Jean – parfaitement contraire donc à toutes les recommandations de La Roche-Flavin à ce propos⁵² –, c’est essentiellement l’impropriété de l’*inventio* qui ressort tout d’abord, tant il se perd en généralités sur la mutabilité des choses du monde (v. 675 sq.). Mais ce sont également ses maladresses d’*elocutio* qui caractérisent le début de sa plaidoirie, puisqu’elles apparaissent au travers d’un pléonasme (v. 676), d’une redondance (v. 678) et de six grossières fautes de morphologie (v. 681-84), le tout dans une réplique présentant une anaphore à six termes, un procédé oratoire que s’empresse de railler l’Intimé, son adversaire (v. 685). Interviennent ensuite des maladresses dans l’*actio* : Petit-Jean, qui se met en colère à plusieurs reprises (v. 686-87 et v. 698), remue alors les bras d’une manière ridicule en tentant vainement de poursuivre son discours (v. 697), avant que sa *memoria* ne vienne à véritablement flancher. Les mots lui sont alors rendus par Le Souffleur que Petit-Jean n’arrive pourtant pas toujours à comprendre (v. 700), et de la bouche duquel il répète mécaniquement jusqu’aux insultes qui lui sont adressées (v. 701-702). Enfin, la dernière partie de sa plaidoirie accusant le chien, et la seule à mentionner l’affaire à juger, tient en une dénonciation du bien-fondé de la rhétorique judiciaire elle-même, étayée par un raisonnement de bon sens (v. 706-714) : pour Petit-Jean, point n’est besoin d’argu-

⁴⁷ v. 1317-25 (p. 112).

⁴⁸ v. 1440-51 (p. 113).

⁴⁹ v. 1496 (p. 115).

⁵⁰ v. 1522- 41 (p. 116-117).

⁵¹ Voir après le v. 1553 (p. 117-119).

⁵² Voir notamment cette affirmation (*Treize livres des parlemens de France...*, Bordeaux : S. Millanges, 1617, p. 249) : « Le devoir d’un Advocat est d’estre pertinent & bref, & en ce faisant venir au point ». L’Intimé ne sera toutefois pas plus rapide à en venir « Au fait » (v. 751).

menter et d'enfler son discours de mots savants ; ce procès est inutile, et il rossera lui-même le chien s'il recommence à dévorer un chapon. Là est sans doute surtout admirable le comique de Racine, puisque c'est précisément dans cette négation de toute éloquence que Petit-Jean se montre finalement le plus éloquent.

Assez différente est en revanche la longue plaidoirie de l'Intimé. Sa *memoria* est bien en place, tout comme la *dispositio*⁵³, même si l'*inventio* n'est pas sans parfois rappeler les défauts de celle de Petit-Jean, et ce notamment lorsque, tout aussi bavard, il met en avant la cosmogonie grecque du Chaos sans aucune raison (v. 800-810). C'est toutefois surtout par l'intermédiaire de l'*elocutio* et de l'*actio* que le comique apparaît ici. La première est tantôt d'une emphase ridicule confinait parfois même à l'amphigouri⁵⁴, tantôt d'une notable cuistrerie par un usage abusif du latin et du grec⁵⁵ ainsi que des autorités (l'Intimé allant jusqu'à inventer un faux fragment du *Digeste* traitant de la violence faite à un chapon par un chien)⁵⁶, d'une redondance manifeste⁵⁷ ou bien d'un pathétique où le pléonasme est finalement interrompu par la trivialité du juge (v. 826). L'*actio*, pour sa part (indiquée généralement par des didascalies), est source de comique en ce qu'elle provoque toujours une pause dans la plaidoirie : l'Intimé place mal sa voix, ce que lui signale le juge (v. 733-34), narre les faits en parlant trop vite (v. 755-62), s'enroue après une réplique trop emportée (v. 789-790) et finit, épuisé, par employer une série de vers hachés rendant la compréhension du texte bien difficile (v. 791-96).

La caricature paraît donc le trait fondamental de nos deux procès de comédie. Paradoxalement peut-être, cette dernière éloigne nécessairement ces deux instances d'un véritable réalisme ; paradoxalement car le genre comique se distingue précisément de son rival tragique par sa peinture de personnages plus proches de nous, et donc moins « irréels⁵⁸ ». L'on ne saurait pourtant oublier que nos deux œuvres comiques constituent, au moins en ce qui concerne celle de Racine, de véritables parodies de justice tendant dès lors plus à la farce qu'à la comédie proprement dite, et, par conséquent, à un genre où le rire provient précisément d'un écart avec la réalité plus grand que dans le genre comique *stricto sensu* du fait de l'épaisseur du trait de la caricature.

⁵³ Envisagée dans son ensemble, la plaidoirie de l'Intimé se présente de la manière suivante : une *captatio benevolentiae*, la mise en avant des autorités, la narration des faits et de la procédure (consistant essentiellement en un ordre d'amener, v. 760), puis la défense proprement dite de l'accusé.

⁵⁴ Voir par exemple v. 731, v. 738, v. 739 ou encore v. 791-96.

⁵⁵ Voir notamment les v. 742, 745, 758, ou encore les v. 809-10.

⁵⁶ Le passage des autorités (v. 745-753) mentionne successivement Aristote, Pausanias, Rebuffe, Cujas et Harménopoulos. Pour le fragment inventé du *Digeste*, voir les v. 776-77.

⁵⁷ Lorsqu'il évoque le Chaos grec, l'Intimé n'utilise en effet pas moins de six appellations identiques pour le désigner (v. 806-08).

⁵⁸ Cette différence fondamentale est bien connue, et formulée en France déjà depuis le XVI^e siècle. Voir en effet chez J. PELLETIER DU MANS (*Art poétique*, in *Traité de poétique et de Rhétorique de la Renaissance*, Paris : LGF, 1990, p. 303).

II.- Les personnages du procès : juges, avocats, accusés et témoins

Alors que l'analyse de l'objet du litige autorisait à une nette distinction entre les deux genres que sont la comédie et la tragédie, la question des personnages semble mériter une approche sensiblement différente. S'il existe en effet sur ce point des particularités propres à nos deux comédies, et visant à une critique de la justice (B), les trois pièces ne portent pas moins à la scène un minimum de personnages-types présent lors d'un procès, et ce dans un évident souci de conformité avec la réalité d'une instance (A).

A.- Permanence et crédibilité des acteurs : une nécessaire ressemblance avec le réel ?

De nos trois procès d'étude, il n'en est aucun à ne comporter au moins un juge, un demandeur, un défendeur, un accusé et généralement un témoin. Restent à examiner les atténuations de ce principe, et à en évaluer les conséquences. À deux exceptions près, chacun de ces rôles que nous qualifierons de *judiciaires* est tenu par un seul personnage : chez Corneille, le vieil Horace et Sabine peuvent tous deux jouer le rôle de témoins, et chez Somaize, le rôle du juge est tenu par trois personnages, même si un seul d'eux, Patrice, occupe véritablement le devant de la scène, ne serait-ce qu'au compte des répliques. C'est en effet lui qui rend le verdict⁵⁹, auquel les deux autres ont néanmoins participé⁶⁰ mais qui se contentent seulement pendant l'instance de faire en sorte que les débats se déroulent paisiblement⁶¹. Il ressort également de nos trois œuvres qu'un personnage n'est pourvu que d'un seul rôle au procès, exception faite peut-être du vieil Horace et d'Épicarie. Si le premier est en effet à première vue l'avocat de son fils, il n'est pas moins d'une certaine manière également le témoin de la vertu de celui-ci pour la simple raison qu'il en est le père⁶². Quant à Épicarie, elle est assurément défenderesse mais également témoin en faveur de ce langage précieux accusé, pour la raison qu'elle est elle-même une précieuse, ou plus précisément qu'elle feint d'en être une pour duper Ribercour⁶³. Le tout se faisant au prix d'un certain réalisme puisqu'en raison de leur implication dans le cas qui doit être jugé, ces avocats-témoins font preuve d'une évidente partialité, ce qui ne leur est toutefois jamais reproché⁶⁴. En outre, alors que les demandeurs à l'action (Valère, Ribercour et Petit-Jean) peuvent aisément être identifiés à des avocats du roi, les

⁵⁹ v. 1522-1541 (p. 116-117).

⁶⁰ Somaize l'indique au moyen de la didascalie suivante : « les juges opinent » (après le v. 1506).

⁶¹ Voir aux v. 1256-59 (p. 107) et aux v. 1414-16 (p. 112).

⁶² Voir par exemple les v. 1655-58.

⁶³ Voir la première scène (p. 57-58).

⁶⁴ On sait pourtant que le témoignage d'un père pour ou contre son fils, en particulier, n'était admis ni en matière civile ni en matière pénale. Voir en ce sens par exemple J.-B. DENISART, *Collection de décisions nouvelles et de notions relatives à la jurisprudence actuelle*, t. 4, Paris : Desaint, 1775, p. 504, art. « Témoignage, témoins », 9^e §.

seuls à prendre « la parole pour le roi » à la différence des procureurs⁶⁵, c'est bien l'absence de ces derniers qui peut être relevée dans nos trois œuvres, tout comme d'ailleurs des greffiers ou encore des huissiers audienciers. Enfin, si les rôles tenus à l'audience sont toujours exclusivement judiciaires, Racine est le seul à légèrement atténuer cette constante : le fils du juge y joue en effet « l'assemblée » (v. 668) et un Souffleur est présent sur scène pour « secourir [la] mémoire troublée » des avocats (v. 667). Malgré ces quelques tempéraments, il semble nécessaire à la clarté dramatique que les rôles judiciaires soient plutôt bien définis, car si ces personnages représentent au procès le caractère qu'ils défendent lors de toute la pièce, ils tiennent aussi le rôle de l'entité particulière qu'ils jouent seulement lors de l'instance. En ce sens, chacun de nos procès apparaît bien, celui de Racine en premier lieu car il est expressément présenté de la sorte⁶⁶, comme du quasi-théâtre dans le théâtre⁶⁷ et un minimum de rôles doivent y être tenus pour que le spectateur puisse croire à sa représentation.

Tous les rôles judiciaires ne sont néanmoins pas toujours donnés à de véritables personnages, et ce sans nuire en rien à la vraisemblance judiciaire de l'action. Tel est en effet le cas chez Somaize où l'accusé étant une langue, il ne peut par définition pas comparaître. Tel est également le cas chez Racine, qui, à la notable différence de son modèle grec, ne donne aucun vrai rôle au chien accusé en ne mentionnant dans aucune didascalie externe ou interne qu'il doive se trouver sur scène – le metteur en scène jouissant ici d'une manifeste liberté –, bien que l'Intimé produise sur scène sa progéniture afin d'obtenir la clémence de Dandin au terme d'une réplique particulièrement savoureuse (v. 818-824). C'est enfin également le cas des « témoins » – ou plus précisément des pièces à conviction –, toujours dans *Les Plaideurs*, qui ne sont rien moins que « la tête, et les pieds du Chapon » dévoré par l'accusé (v. 721). Racine offre alors à Petit-Jean, lorsqu'il les sort de « [s]a poche » (v. 720), un geste surprenant tant par son extrême candeur que par son caractère manifestement inattaquable : quel témoin vaudrait mieux que les restes dévorés d'un chapon déjà plumé et donc incapable de se défendre pour accuser un chien que Petit-Jean lui-même a surpris dans son geste ?

Si quelques rôles judiciaires ne sont pas donnés à des personnages humains au sein de nos deux comédies, et ce dans le dessein manifeste de provoquer d'inévitables rires d'étonnement, notre procès de tragédie n'est pas sans prendre parfois également une distance avec la réalité pour susciter tout autant la surprise des auditeurs. Il est en effet significatif d'observer que dans le jugement d'Horace, l'accusé ne parle

⁶⁵ Sur la question, voir par exemple B. BARBICHE, *Les institutions de la monarchie française à l'époque moderne*, Paris : PUF, 2012, p. 337.

⁶⁶ Voir en particulier la scène 14 de l'acte II et le début de la scène 2 de l'acte III où chaque rôle est distribué.

⁶⁷ Bien qu'aucune de nos trois pièces ne fasse partie de son corpus d'étude – *Les Plaideurs* en étant d'ailleurs expressément écartés pour constituer plus précisément un « jeu de rôle » (p. 348-48) –, voir sur la question l'ouvrage de G. FORESTIER, *Le théâtre dans le théâtre sur la scène française du XVII^e siècle*, Genève : Droz, 1996.

en rien pour sa défense, lançant en ouverture de sa seule réplique au procès ce très probablement insolent⁶⁸ : « À quoi bon me défendre ?⁶⁹ » Mais ce type d'effet de surprise est loin de n'apparaître que chez le seul héros. Que l'on pense ainsi à l'intervention de Sabine réclamant la mort à la place de son mari⁷⁰, ou, au-delà de ce procès, au si célèbre « Qu'il mourût » de l'acte III d'*Horace*⁷¹. On reconnaît bien, au travers de ces exemples, l'application du principe formulé par Aubignac voulant qu'un auteur cherche toujours à surprendre le spectateur, certes en respectant la vraisemblance⁷², mais ici dans une manifeste distance avec la réalité. En effet, quel père réclamerait tant l'impossible à son fils ? Quelle épouse irait aussi loin dans le sacrifice pour son mari ? Et quel accusé ne se défendrait pas au point que peut le faire Horace, tout en montrant pour le moins une telle désinvolture face à un roi ?

B.- *Caractère des personnages et critique de la justice*

Dans nos œuvres comiques, le genre tragique lui-même interdisant un tel procédé, une première grande catégorie de critiques est adressée à la justice : la vénalité, si ce n'est la malhonnêteté – voire l'avarice⁷³ – de ses agents. Si celle-ci est mentionnée plutôt incidemment chez Somaize⁷⁴, elle occupe une place de choix dans l'ensemble de la pièce de Racine. Après avoir été évoquée par le portier Petit-Jean lors de la scène d'ouverture (v. 11-20), par Léandre et l'Intimé à propos des sergents (v. 148-150), c'est au tour du plaideur Chicanneau de tenter vainement d'acheter Petit-Jean afin d'obtenir une audience du juge (v. 179-180), avant que le bourgeois ne déplore le prix exorbitant que coûteraient désormais les procès (v. 183-84), puis qu'il ne propose directement à Dandin un « quartaut » de vin (v. 567), offre qui rend brutalement le juge sensible à ses sollicitations (v. 568). La critique de cette vénalité, et plus généralement celle du coût de la justice, n'est sans nul doute qu'un lieu commun – toutefois remis en question par des recherches récentes⁷⁵. Mais sa présence dans nos deux comédies, et si appuyée dans l'une d'elles, semblerait indiquer qu'il s'agit bien là de l'un des principaux vices que les hommes de l'âge classique croient ou veulent identifier en leur justice.

⁶⁸ C'est tout du moins ainsi que le considère L. HERLAND (voir *Horace ou la naissance de l'homme*, op. cit., p. 200), et en ce sens qu'il analyse d'ailleurs l'ensemble de la réplique d'Horace lors de son procès.

⁶⁹ v. 1535.

⁷⁰ v. 1595 et s.

⁷¹ Prononcé par le vieil Horace, ignorant encore la vaillance dont avait fait preuve son fils lors du combat contre les Curiaces (v. 1021).

⁷² Voir *La pratique du théâtre*, Paris : Champion, 2011, respectivement p. 146 et p. 200.

⁷³ Ce vice apparaît toutefois de manière plutôt incidente dans *Les Plaideurs* (voir notamment au v. 88 ou aux v. 617-18) et ne semble donc pas mériter d'examen aussi approfondi que la question éminemment plus développée de la vénalité des gens de justice.

⁷⁴ Voir par exemple les v. 50-52 (p. 59).

⁷⁵ Voir en particulier L. FRÉGER, *Le "légitime salaire du magistrat" ? Le régime juridique des épices aux XVI^e-XVIII^e siècles : Les frais de justice sous l'Ancien Régime dans les juridictions normandes et bretonnes*. Thèse : Histoire du droit. Rennes : Université Rennes I, 2006.

Éminemment plus développée sur le plan de la critique et de la satire que la pièce de Somaize, la comédie de Racine ajoute d'autres traits, parfois relativement acerbes. L'un d'eux tient à la subornation de témoin, une pratique donnant lieu à de lourdes peines à laquelle Chicanneau montre, dès sa première entrée, avoir recours (v. 172-74). Mais ce sont surtout les bien complaisants témoins du Maine qui font l'objet de toutes les moqueries. Le même Chicanneau en emploie bien entendu (v. 167), et lorsque Petit-Jean produit ses « témoins » au procès (les restes du chapon dévoré par le chien, rappelons-le), son adversaire réclame sans ambages leur récusation au motif qu'ils viendraient du Maine (v. 722-23) ; une requête à laquelle Dandin, amusé, pourrait sembler accéder (v. 724).

Il est également permis de relever chez Racine l'assez grande sensibilité à la flatterie du juge qui, après les louanges si appuyées de l'Intimé (v. 739-42), formule cet aparté : « Vraiment il plaide bien. » Sont également présentes les critiques d'une notable incurie de la justice (puisque Dandin prononce sa sentence immédiatement après s'être profondément endormi en écoutant la plaidoirie de l'Intimé), de sa sévérité (sans guère réfléchir, Dandin condamne ainsi le chien « Aux Galères⁷⁶ ») si ce n'est même de sa cruauté⁷⁷, mais aussi peut-être de sa versatilité⁷⁸, la « grâce » (ou plus précisément l'acquittement) finalement accordé par Dandin à l'accusé (v. 882) donnant alors à voir la justice sous un jour bien critiquable, et assurément à mille lieues de ce que cette même grâce pouvait en montrer chez Corneille. Mais il ne faudrait pas oublier pour autant que cet arbitraire si manifeste de Dandin sert également, et peut-être surtout, à appuyer le caractère enfantin et capricieux du personnage⁷⁹. Il serait ainsi bien hasardeux de conclure que Racine aurait cherché dans sa pièce à nécessairement dénoncer ces vices à propos de la justice en général ; en bon auteur dramatique, il sait bien que l'action, qu'il doit en outre ici fortement à Aristophane, doit primer sur ses propres opinions.

Il est néanmoins un dernier point à faire l'objet de critiques appuyées tant chez Somaize que Racine : celle tenant au langage judiciaire, et plus largement juridique. Mais là encore, si quelques jeux de mots et redondances volontaires sont bien présents chez Somaize⁸⁰, Racine donne une ampleur tout autre et quasi systématique à ce phénomène qu'il met lui-même en avant dans sa *Préface*⁸¹. Outre de très nombreux jeux de mots⁸², l'emploi de pléonasmes, de répétitions et l'usage pédant du latin en particulier, c'est bien plus généralement la lourdeur et l'archaïsme de la langue

⁷⁶ v. 815.

⁷⁷ Voir le v. 852.

⁷⁸ Il semble en effet permis de considérer le juge, après ce verdict, comme manquant de constance et de volonté, puisqu'à la consternation de son fils face à une telle condamnation (v. 816-17) et à la réplique si empreinte de *pathos* de l'Intimé (v. 818-824), il se met à douter de sa décision (v. 827-832).

⁷⁹ En ce sens, voir notamment les v. 70, 118-19 ou encore 594.

⁸⁰ Voir par exemple les v. 1514-15 et 1524-29 (p. 116).

⁸¹ Voir *Œuvres complètes*, t. 1, *op. cit.*, p. 302.

⁸² Voir par exemple aux v. 65, 154, 617 ou encore 877.

juridique qui est raillée et caricaturée par le poète dans l'ensemble de sa comédie au moyen d'un évident souci de réalisme⁸³.

Ainsi, et c'est bien là leur particularité, la pièce de Somaize, et bien plus encore celle de Racine, emploient tout en l'exagérant le jargon à loisir. Puisque toutefois ces différents effets sortent précisément le spectateur de l'action proprement dite, ils ne sauraient être dramatiquement justifiés que par « l'efficacité⁸⁴ » du comique qu'ils créent. Parfaitement non nécessaires, ils constituent ainsi de purs éléments de langue et non de drame, et, si caricaturaux soient-ils, servent alors à souligner tout autant le réalisme que la vraisemblance du caractère des personnages et des situations portées à la scène par les auteurs.

III.- La temporalité dramatique du jugement : le procès comme apogée de l'action

À la différence des questions tenant aux cas jugés et aux personnages, celle de la temporalité du procès peut être traitée en prenant toujours en compte les trois pièces simultanément, le genre auquel elles appartiennent n'ayant ici qu'une incidence plutôt négligeable. Celle-ci semble cependant pouvoir s'articuler autour de deux grands aspects : du point de vue de l'œuvre dramatique dans son ensemble, le procès constituant ainsi un événement tout aussi prévisible que prévu en amont (A), mais également sous l'angle de cet achèvement de l'action que semble constituer véritablement l'instance (B).

A.- Le procès à la scène : un point d'orgue dramatique

Comme nous avons pu l'observer, nos trois procès tiennent une grande part dans les pièces qui les renferment tant en raison du nombre de vers qu'ils comportent que de leur place de choix à la fin de celles-ci. Mais il est une seconde remarque pour le moins aussi essentielle : le procès est bien préparé par l'ensemble de l'œuvre, et il constitue ainsi le moment le plus attendu par le spectateur. Suite logique de l'action, tout semble fait pour que sa venue constitue cet « apaisement grandiose » dont parle Pierre Larthomas à propos des tragédies cornéliennes⁸⁵, cet *apaisement* tout court dirions-nous, puisque le terme s'applique tout aussi bien à nos deux comédies. Autrement dit, le procès constitue bien un point d'orgue de l'action, tant au sens propre et musical de prolongation (ou d'étirement) de la durée d'une note ou d'un silence musical qu'au sens figuré d'un climax, de « ce qui constitue le

⁸³ Voir notamment les v. 202, 222-29, 399, 418, 424-25, 786, 796.

⁸⁴ Pour reprendre le terme de P. LARTHOMAS (voir *Le langage dramatique*, *op. cit.*) qui considère tout au long de cet ouvrage l'efficacité comme le critère primordial d'une bonne écriture dramatique.

⁸⁵ *Ibid.*, p. 128.

moment le plus attendu, le plus intense d'une manifestation, d'un phénomène⁸⁶ », un second sens qui doit ici retenir toute notre attention.

L'un de nos trois objets d'étude prépare très tôt l'instance portée à la scène : la pièce de Somaize. Débutant précisément par un dialogue où le juge que sera Patrice demande à Épicarie, qui l'accepte immédiatement, d'être avocate lors de l'instance à venir⁸⁷, le procès est donc déjà prévu, et à l'issue de la première dizaine de vers. La suite de la pièce n'a dès lors pour mission que d'éveiller l'intérêt du spectateur pour celui-ci en présentant ses protagonistes et l'objet du litige (dans la deuxième scène qui met en scène Ribercour et son valet), quelques personnages secondaires et surtout l'esprit précieux.

Sans être fondamentalement différentes, les choses se présentent néanmoins d'une manière sensiblement autre et plus complexe dans les deux autres œuvres. Chez Corneille, le procès n'intervient ainsi qu'au terme d'une longue action, et pourrait à première vue paraître improvisé tant rien ne l'annonce expressément ; il a lieu à la fois parce que le roi-juge Tulle est entré sur scène et parce que Valère accuse Horace devant le roi (V, 2). Il semble toutefois essentiel de remarquer que ce procès, pour ne pas être préparé, n'en est pas moins d'une certaine façon attendu. En effet, par l'assassinat de sa sœur à la fin de la scène 5 de l'acte IV, le héros s'est placé dans une situation telle que le nœud dramatique est alors pleinement formé. Reste à savoir comment celui-ci peut être dénoué, et l'on apprend (v. 1435-38) que ce ne sera pas au moyen d'une punition d'Horace par son père. Aux yeux du spectateur, d'autres possibilités existeraient certes, comme celle d'une vengeance de Valère, amant de la sœur d'Horace, par exemple, et telle fut précisément la fin imaginée par Aubignac afin de corriger ce qu'il jugeait irrégulier dans la pièce⁸⁸ ; mais, outre une excessive liberté vis-à-vis de sa source qu'était Tite-Live, et donc une entorse à la vérité historique que Corneille n'aurait sans doute pu se permettre, cette fin n'aurait guère eu de force dramatique pour être justement trop attendue. L'intervention du tiers-juge qu'est le roi semble alors tout aussi nécessaire qu'excellente dramatiquement.

Chez Racine, la probabilité qu'un procès intervienne paraît en revanche anticipée plus en amont que chez Corneille, et ce pour la simple raison que dès que la folle manie de Dandin à juger est révélée par Petit-Jean lors de la scène d'ouverture (v. 31-38), le spectateur se doute qu'il est loin d'être impossible qu'un procès ait véritablement lieu sur scène. Racine sait toutefois ménager cette attente en introduisant ensuite deux éléments d'action distincts : l'intrigue amoureuse entre Léandre et Isabelle et la querelle entre Chicanneau et la Comtesse (I, 7). Si d'aucuns, du fait de cette multiplication des intrigues, pourraient regretter avec Jacques Scherer le manque

⁸⁶ Selon les définitions données par la 9^e édition du *Dictionnaire de l'Académie française*, curieusement l'un des seuls dictionnaires à mentionner ce sens figuré.

⁸⁷ v. 8-11 (p. 57).

⁸⁸ Voir *La pratique du théâtre*, op. cit., p. 466.

d'unité d'action des *Plaideurs*⁸⁹, ces intrigues secondes, notre angle d'approche nous le montre aisément, servent aussi à ménager l'attente du dénouement de la première. La folie du juge obligeant son entourage à la précipitation, ce dénouement intervient alors à la première occasion. Lorsque Léandre apprend par Petit-Jean que le chien Citron vient de dévorer un chapon, lui vient immédiatement l'idée d'organiser un procès (II, 14), ce dont il n'a aucun mal à convaincre son père qui ne demande qu'une chose : « faire au moins la chose avec éclat » (v. 629) ; et les rôles des avocats sont alors tout aussi vite distribués au portier et au secrétaire de Dandin (v. 641-42). Mais là encore, Racine sait ménager une certaine attente puisque le procès n'intervient qu'après les deux premières scènes de l'acte III, une interruption d'une vingtaine de vers dans l'édition définitive de sa pièce.

On ne saurait tirer des conclusions hâtives de ces observations. Si l'attente du procès semble préparée bien plus tôt dans les deux comédies que chez Corneille, ce n'est pas tant à la différence de genre qu'on le doit qu'à deux particularités de nos comédies. La première est leur brièveté, qui contraint nécessairement l'auteur à ne pas multiplier rebondissements et péripéties – en mettant ainsi en place une construction qui eût été plus graduelle du nœud de l'action. Elles doivent donc en venir assez rapidement au procès final. En second lieu, parce qu'elles ont pour objet de l'action soit la mise en œuvre d'un faux procès pour duper un provincial niais, soit la folie de ceux qui rendent la justice, le procès est l'évidence même, alors que ce n'est que l'évolution de l'action qui le justifie chez Corneille. Il n'en demeure pas moins que les trois pièces ménagent toutes l'attente du procès de la même manière : par l'insertion de scènes entières, plus ou moins denses selon les œuvres, mais toujours d'une longueur assez sensible.

B.- L'intrinsèque théâtralité du jugement : dénouement ou quasi-dénouement du procès

Dans le précieux ouvrage qu'il nous a laissé, Jacques Scherer s'interrogeait sur le moment où débute le dénouement, pour lui celui précisément où intervient la dernière péripétie⁹⁰. Si l'on suit toujours son analyse, le dénouement, quoiqu'il comporte des impératifs différents en fonction des genres théâtraux où il a lieu, est de toute manière doté de trois qualités : il doit être nécessaire, complet et rapide⁹¹. Si les procès de nos trois pièces sont assurément pourvus de la première de ces trois qualités, on ne peut toutefois jamais les considérer comme remplissant les deux autres. Puisque nous ne remettons ici en cause ni véritablement le caractère de dénouement du procès ni la définition de Jacques Scherer, des précisions s'imposent sur l'identification des procès au dénouement dans nos trois œuvres.

⁸⁹ J. SCHERER, *La dramaturgie classique, op. cit.*, p. 156.

⁹⁰ *Ibid.*, p. 182.

⁹¹ *Ibid.*, p. 186.

L'une d'elle mérite dans un premier temps d'être isolée : *Horace*. La pièce s'achève sur une tirade de Tulle qui y rend son verdict – certes fort attendu même si le spectateur pouvait le craindre tant le sort du héros en dépendait –, le roi n'ajoutant plus ensuite que des propos visant à la consolation et à la réconciliation. Même si cette remarque méritera d'être affinée, ce ne serait donc pas le procès lui-même, mais bien le verdict qui constituerait le dénouement pour en remplir les trois qualités précitées. Il n'est pourtant pas permis d'appliquer cette affirmation aux deux procès de comédie puisque leur action ne s'achève précisément pas ici. Chez Somaize, Ribercour apprend une fois le verdict prononcé qu'il a été dupé, et ce par une lettre que lui remet Épicarie⁹². Chez Racine, c'est l'intervention de Léandre (v. 853 sq.) qui amène véritablement le dénouement, et de ce type si fréquent dans la comédie classique : un mariage. Devons-nous pourtant considérer purement et simplement que le procès, et plus précisément le verdict, ne constituerait pas le dénouement de toutes nos œuvres ? Ce problème semble réclamer un examen attentif de nos deux comédies tant la réponse paraît parfois délicate à donner.

Dans *Le procez des pretieuses*, l'instance n'était qu'une farce jouée à Ribercour et donc rien moins qu'un jeu de dupes. Mais si la pièce se dénoue véritablement lors de la découverte de la supercherie, l'action à laquelle croyait participer l'avocat semblait s'être parfaitement dénouée avec le verdict. Autrement dit, celui-ci constitue bien un feint dénouement, Somaize mettant alors en lumière, par la conclusion de sa pièce, une concurrence entre le vrai et le faux, entre deux dénouements dont le comique provient finalement du fait que celui qui était pressenti par la dupe comme l'évidence même ne constituera pourtant pas un achèvement. Paradoxalement sans nul doute, et ne serait-ce que par sa nature de tromperie qu'il clôt, le verdict chez Somaize participe, précisément parce qu'il n'en est pas un, du dénouement.

Dans la pièce de Racine, le mariage est bien en un sens le dénouement. Mais il n'est que le dénouement de l'intrigue amoureuse et ne saurait en aucun cas clore l'intrigue principale qu'est la manie du juge pour ne pas s'y rapporter. À deux intrigues différentes, Racine offre deux dénouements distincts, et c'est précisément dans la dernière réplique de la pièce que l'on observe comment il y parvient. Alors que l'on pouvait croire la pièce achevée par le mariage – et telle l'est-elle assurément pour le couple d'amoureux –, Dandin revient brutalement à ses préoccupations en se souvenant que le « criminel » n'a pas été jugé (v. 881). Il l'acquitte finalement, et prétend le faire pour sa future belle-fille, réaffirmant ainsi définitivement (et de manière bien moins judiciaire qu'auparavant) qu'il consent au mariage. L'ordre des éléments est ici d'importance, car si le verdict judiciaire achève bien l'intrigue principale, on pourrait alors, un bref instant, penser la pièce close par un mariage qui en constituerait le principal dénouement. Un paradoxe certes, mais brusquement nuancé par l'ultime vers du juge (v. 884), le si savoureux : « Allons nous délasser à voir d'autres procès. » Tout comme la dernière réplique de *l'Avare* montrait « le

⁹² v. 1548 (p. 117).

dernier trait d'avarice d'Harpagon⁹³ », la pièce de Racine, qui lui est précisément contemporaine, montre le dernier trait de folie d'un juge que rien ne guérira sans doute jamais de son obsession. Les deux dénouements sont donc parfaitement entremêlés, et nous ne saurions que remarquer l'adresse avec laquelle Racine met tantôt l'un en avant, tantôt l'autre, pour que le spectateur ne sache finalement plus lequel doit primer. Belle manière sans doute d'achever une pièce aux intrigues multiples, quoiqu'un grief d'ordre dramaturgique puisse subsister : rien ne vient en effet dénouer l'intrigue de la querelle entre la Comtesse et Chicanneau, et nous croyons que s'il est un point sur lequel les critiques structurelles de Jacques Scherer sur *Les Plaideurs* ont tout leur sens, c'est bien ici.

Quoiqu'il ne constitue pas toujours un dénouement proprement dit, le procès, et plus précisément le verdict, n'en est pas moins l'une des manières de résoudre une action dramatique pleinement nouée, comme le procès dans la réalité a pour but de résoudre un litige – toutes les voies alternatives ayant été tentées – que seul ce tiers qu'est le juge peut alors dénouer au moyen de cette *catharsis* qu'est sa décision⁹⁴. Quand bien même le verdict n'est pas toujours le vrai dénouement, il peut ou sait pour le moins en donner l'illusion, et développe toujours un minimum de réalisme (ne serait-ce qu'au compte des vers dont il se compose) afin d'être vraisemblable. Mais puisque chez nos auteurs, il n'apporte aucune grande péripétie, aucun rebondissement à l'action – même si le procès d'Horace est sans doute le plus surprenant par la teneur des déclarations qu'il renferme parfois et que son incidence sur l'action est bien plus manifeste que dans nos comédies puisque le sort du héros en dépend –, la conséquence de cette nécessité due à la vraisemblance est qu'il prolonge à loisir l'arrivée du (quasi) dénouement qu'est le verdict, et prolonge donc l'action d'une manière tout aussi plaisante que crédible en créant, peu ou prou, sa suspension. Il aurait pu en être tout autrement car des procès comportant des coups de théâtre existent bien – que l'on ne songe ici qu'au *Marchand de Venise* de Shakespeare ou au *Volpone* de Benjamin Jonson –, mais nos trois auteurs ne se servent pas ainsi de l'instance. Du point de vue des temporalités, ils se contentent essentiellement d'exploiter l'une de ses principales qualités : l'attente qu'elle crée, comme ils la faisaient, symétriquement, toujours plus ou moins désirer. En ce sens, théâtre et procès comportent de profondes ressemblances, et c'est alors une évidence d'observer que ce dernier possède une assez redoutable efficacité dramatique. De toutes les situations singulières de la vie, nous irions même jusqu'à penser qu'il s'agirait de l'une des plus immédiatement transposables à la scène, et n'hésiterions pas à conclure, de ce point de vue, à son assez nette intrinsèque théâtralité.

⁹³ Selon la formule de P. LARTHOMAS, *Le langage dramatique*, op. cit., p. 129.

⁹⁴ Pour un tel parallèle entre *catharsis* dramatique et judiciaire, voir G. SOULIER, « Le théâtre et le procès », *Droit et société* 1991, n° 17-18, p. 9-24.

Identification et mobilisation de la rhétorique shakespearienne du pouvoir au sein de l'appareil réflexif juridique

Abraham LE GUEN

*Doctorant contractuel au sein de l'IRJS,
Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne*

Résumé : l'analyse de la présence de la matière juridique dans l'œuvre de William Shakespeare est aujourd'hui chose commune, particulièrement au sein de la littérature anglophone. Cela n'est que peu étonnant tant l'auteur semble intrinsèquement lié au droit aussi bien à travers le prisme biographique que fictionnel. L'article propose de fournir une courte analyse de la pertinence de cette mobilisation à travers le thème récurrent du pouvoir. Axant l'analyse autour de trois axes (identification de la rhétorique shakespearienne du pouvoir, mobilisation par les cours américaines et interrogation quant à l'autorité de ces citations), l'auteur se propose ici de reconnaître en son utilisation la qualité d'« autorité juridique littéraire », mettant en exergue les différents types d'invocation d'un thème du pouvoir shakespearien portant en son sein une dissonance ontologique.

Mots-clés : Shakespeare, droit et littérature, cours américaines, pouvoir, pensée néo-foucauldienne, argumentaire juridique.

Abstract: *Analyzing the presence of the matter of Law throughout William Shakespeare's corpus is a common place, especially in the English-speaking literature. No surprises there: Shakespeare is intrinsically linked to Law, from his own life to his creations. This paper analyzes the pertinence of such a mobilization through the recurring theme of Power. By a three-axis analysis (identifying the Shakespearian power rhetoric, its mobilization par the American courts and questioning the authority of such quotes), the author proposes the use of a "literary authority of Law" notion in order to qualify such an use. To that end, the paper underlines different types of uses the Shakespearian theme of power which in itself holds an ontological dissonance.*

Keywords: *Shakespeare, law & literature, American courts, power, French theory, legal argument.*

« Certainement, rêvassait John Eglinton, pensif, il est de tous les grands hommes le plus énigmatique. Tout ce que nous savons c'est qu'il a vécu et souffert. Et pas même autant. D'autres ont répondu. Et sur tout le reste reste une grande ombre. »

James Joyce, *Ulysse*¹

À mesure que se multiplient les événements scientifiques mêlant fantaisie littéraire et prosaïsme juridique², il semblait y avoir en l'organisation d'interventions autour des thèmes du droit et du spectacle l'occasion, si ce n'est de rire, au moins de sourire face à quelques truculentes facéties. Las, le géniteur de ces lignes ne dispose que d'un talent tout relatif pour l'humour³, et encore s'est-il penché sur un auteur plus visité que certains monuments nationaux français⁴. Quand tout est dit néanmoins, tant semble encore à créer. Chaque analyse ouvre la porte d'une nouvelle lecture d'une œuvre dont seul le génie créateur peut assurer la multiplicité.

Que le corpus shakespearien soit invoqué à l'appui d'une analyse du droit dans la fiction, cela étonnera peu tant le thème juridique est omniprésent aussi bien dans la vie de l'auteur⁵ que dans son œuvre⁶. Anticipant l'analyse qui suivra, force est de rendre, selon l'idiome commun, à César ce qui lui appartient. Laissons donc cette herméneutique aux historiens et aux analystes littéraires, pour tenter d'approcher non pas la fiction par le droit, mais le droit par la fiction – satisfaisant ainsi les plus ardents désirs de binarité mimétique si propres à notre culture juridique.

Là aussi, les études sont légion. En témoigne l'émergence maintenant ancienne d'un mouvement *Droit et littérature* empruntant à l'analyse littéraire des outils réflexifs pour la matière juridique⁷. À la lecture des arrêts et avis modernes du Conseil d'État pourtant, la source semble se tarir⁸. Il paraît dès lors surprenant, au premier

¹ J. JOYCE, *Ulysse*, trad. A. MUREL, Gallimard, coll. « Bibliothèque de la Pléiade », 1995 (1^{ère} éd. 1922), p. 220.

² V. par ex : V. NDIOR et N. ROUSSEAU (dir.), *Le droit dans la saga Harry Potter*, éd. Enrick B., 2019, 300 p. ; R. MAUREL (dir.), *Le droit dans la saga Le Seigneur des Anneaux*, éd. Enrick B., 2023, 290 p.

³ En atteste un article récent faisant état d'un « humour qu'il souhaitait provocateur qui ne déride pas l'audience » : F. MESTRES, « "En être ou ne pas en être" : la Conférence des avocats du barreau de Paris, club d'élite pour jeunes pénalistes », *Le Monde*, 18 novembre 2021.

⁴ Ainsi dénombre-t-on sur la base de données juridique d'Oxford quelque trente-six mille articles mentionnant l'auteur britannique entre 2007 et 2019, quand durant la même période, la Cour des comptes épinglait les moins de 30 000 visiteurs au sein des ateliers du Mobilier national dans son enquête à charge (Cour des comptes, *Le Mobilier national et la manufacture des Gobelins, de Beauvais et de la Savonnerie : une institution à bout de souffle*, Rapport public annuel, La documentation française, 2019, 30 p.).

⁵ V. à ce propos : F. OST, *Shakespeare : La comédie de la Loi*, Michalon, 2012, p. 11 et s.

⁶ *Ibid.*, p. 20 et s.

⁷ Comme tout mouvement intellectuel, il est ardu d'en trouver précisément une genèse datée. Il sera néanmoins précisé que l'un des ouvrages de référence du mouvement (J. B. WHITE, *The legal imagination*, Aspen publishers, 328 p.) date de 1973, et que la revue éponyme a vu son premier volume publié aux éditions Taylor & Francis en 1989. Un équivalent francophone est publié depuis 2017 aux éditions Lextenso.

⁸ V. *infra* au sein des propos conclusifs.

regard du moins, d'observer les innombrables itérations du langage shakespearien au sein des décisions des cours américaines⁹.

De tout temps, William Shakespeare, à la fois auteur du pouvoir et critique acéré de ce dernier, a fourni à la réflexion les outils d'une rhétorique éminemment mobilisable au sein d'un argumentaire juridique. Ce truisme valant hier¹⁰ vaut tout aussi bien aujourd'hui à mesure qu'ont émergé les réflexions néofoucaaldiennes fournissant une focale renouvelée des écrits du dramaturge anglais et du thème du pouvoir les traversant¹¹.

Croisant ces différentes strates de lecture, il a ici été tenté de former un corpus mobilisant la rhétorique du pouvoir dans sa forme la plus évidente et accessible au langage commun qu'est le port de la couronne¹². Cela a exclu des œuvres fournissant un exemple certes révélateur mais différent du pouvoir, à l'image de *Romeo & Juliette*¹³. Encore fallait-il également en trouver des incarnations variées, ce qui a valu l'exclusion de certaines œuvres dont le traitement du pouvoir pouvait s'avérer répétitif au regard d'un choix semblant plus pertinent¹⁴.

Une fois constituée cette courte analyse, il fallait encore trouver parmi ces œuvres celles qui étaient elles-mêmes mobilisées au sein d'un corpus de décisions ayant l'habitude des références littéraires : les cours américaines¹⁵. A ainsi notamment été

⁹ Ainsi trouve-t-on des mentions de l'auteur britannique dans des décisions dès le début du XIX^e siècle (Circuit Court, D. Pennsylvania, april term 1815, *U.S. v. Sharp*, n° 16.264). Très tôt, les œuvres shakespeariennes ont pu servir d'appui à l'argumentaire juridique, à l'image d'une décision de 1823 (Court of Common Pleas of Ohio, Lay term 1823, Gallia County, *State of Ohio v. Abigail Church*) usant de *Hamlet* pour définir un acte de diffamation et invoquant par ailleurs l'ancienneté de cette mobilisation.

¹⁰ D. J. KORNSTEIN, *Kill all the lawyers ? Shakespeare's legal appeal*, Princeton University Press, 1994, 296 p.

¹¹ Sans qu'il y soit forcément fait expressément référence et outre les rares mentions directes au sein de l'analyse, l'auteur écrit ici sous l'influence déterminante des écrits de Wendy Brown (not. : *States of injury: power and freedom in late modernity*, Princeton University Press, 1995, 202 p.), Judith Butler (not. : *La vie psychique du pouvoir*, Amsterdam, 2022 [1^{ère} éd. 1997], 240 p.) et Michel Foucault (not. : *Surveiller et punir*, Gallimard, 1975, 352 p.).

¹² Il s'agit du fruit des tropismes de l'auteur de ces lignes. Le thème du pouvoir dépasse largement celui des institutions (M. HAURIOU, *La théorie de l'institution et de fondation*, in coll., *La cité moderne et la transformation du droit*, p. 1-147), notamment dans la réflexion juridique contemporaine mettant en exergue ce thème dans des relations interpersonnelles (v. par ex : P. LOKIEC, *Contrat et pouvoir ; étude de droit privé*, LGDJ, 2021, 315 p. ; plus largement : E. GAILLARD, *Le pouvoir en droit privé*, Economica, 1985, 250 p. ; P. DELVOLVÉ (dir.), *Le pouvoir*, PUF, 2022, 572 p.) Une étude plus large du pouvoir dans l'œuvre shakespearienne est donc possible, mais elle dépasserait largement les prétentions de cette modeste contribution, qui s'en est tenue à une approche simpliste du pouvoir.

¹³ Que l'on pense en termes juridiques aux consentements des différentes parties opprimées de la pièce, ou en termes plus romantiques d'attraction mutuelle.

¹⁴ Il en va ainsi d'une analyse d'*Henry IV* au regard de la lecture de *Richard II* effectuée ci-dessous.

¹⁵ Le choix des cours américaines a été opéré principalement pour des raisons pratiques tenant à la fois aux moyens de recherches qu'à la volonté de fournir des illustrations topiques. Il ne s'agit pour autant pas des seules juridictions mentionnant profusément le poète anglais ; il en va également ainsi au Canada et au Royaume-Uni.

mise de côté la pièce finale de la seconde tétralogie qu'est *Henry V* tout en admettant que celle-ci vient fournir un intéressant contrepoint à la réflexion développée¹⁶.

Ont donc été retenues aux termes de ce jugement de Pâris quaternaire *Richard II*¹⁷, en tant qu'exemple topique de la mobilisation de la théorie des deux corps du Roi¹⁸, *Le Roi Lear*¹⁹ comme analyse de la dépossession du pouvoir du vivant

¹⁶ C'est en effet la seule pièce de l'auteur anglais mettant en scène un protagoniste exerçant harmonieusement le pouvoir.

¹⁷ *Il est bien ardu de résumer les pièces de Shakespeare. Face à l'immensité de la tâche tout en considérant celle-ci nécessaire, l'auteur de ces lignes a choisi de se reporter à plus talentueux que lui, et a vilement tronqué les propos introductifs d'Henri Fluchère, dans la Pléiade de 1959 pour résumer les quatre pièces.*

La pièce Richard II est recensée pour la première fois le 29 août 1597. « C'est la querelle entre Mowbray, duc de Norfolk, et Bolingbroke, duc de Hereford et fils de Jean de Gand, qui fournit le point de départ. [...] Après enquête, il fut décidé que l'affaire serait réglée par un combat singulier selon les règles de la chevalerie. [...] Le duel fut interrompu à peine les combattants entrés dans la lice, et le roi, arbitre en pareilles épreuves, incapable de les départager avec justice, mais soucieux d'éviter les ressentiments des factions, les condamna tous deux à l'exil. [...] Tandis que Bolingbroke prend le chemin de l'exil, accompagné par de nombreux amis jusqu'à son port d'embarquement, et pleuré par ses partisans, Richard, entouré de ses favoris détestables, prépare sa campagne d'Irlande. [...] La mort de Jean de Gand lui offre l'occasion de commettre une faute politique majeure : il confisque les biens dévolus à son fils banni, exaction qui fournira à Bolingbroke le prétexte de son retour en Angleterre [...]. Bolingbroke vient, en effet, de débarquer à Ravenspurgh, dans le Yorkshire (juillet 1399), avec quelques milliers d'hommes, décidé à reprendre son héritage. À mesure qu'il marche vers le sud, le nombre de ses partisans grossit, tandis que les ministres du roi se réfugient à Bristol [...] Richard, de son côté, à peine débarqué sur la côte du Pays de galles, voit ses troupes se débander. [...] déjà vaincu, le roi se réfugie au château de Flint, où le 18 août 1399, il se livrera à son ennemi.

Conduit aussitôt à Londres, Richard II signera un mois plus tard son acte d'abdication en faveur de Bolingbroke. [...] Peu après, Richard, mis en accusation, sera condamné à la prison perpétuelle. [...] il fut assassiné, sur l'ordre de Henry IV, par Sir Pierce d'Exton, lequel pour tout salaire sera condamné au bannissement. » (p. CXLIV-CXLVI) Les citations postérieures sont tirées de l'œuvre telle que traduite par Jean-Michel Déprats au sein de la Pléiade de 2002.

¹⁸ E. KANTOROWICZ, *Les deux corps du roi : essai sur la théologie politique au Moyen-Âge*, Gallimard, 2019 (1^{ère} éd. 1957), 896 p.

¹⁹ *Le Roi Lear* est enregistrée pour la première fois le 26 novembre 1607. « L'histoire de Lear fait partie du folklore anglo-saxon, tout comme le conte de Cendrillon [...] La fable est, en effet, le récit dramatique des conséquences fatales d'une erreur due à une exacerbation de la volonté royale, forte de son principe d'autorité. Le partage du royaume est une affirmation de soi dans l'avenir, qui a pris une forme obsessionnelle dans l'histoire, et que les rois ont toujours voulu assurer par des principes personnels. Le thème de l'épreuve que Lear croit devoir faire subir à ses filles pour légitimer la dévolution du patrimoine est simple et universel [...] Régane et Gonerille sont les filles ingrates, au cœur dur, double visage du Mal, Cordélie, dans sa douce obstination à ne pas vouloir surenchérir sur ses sœurs, reste le symbole déraisonnable et hautain de la piété filiale. [...] Lear, emporté par son orgueil sénile et sa tyrannique folie, incapable qu'il est de discerner l'apparence du réel, commet l'erreur fatale de rejeter et de maudire la tendresse pour mieux récompenser l'hypocrisie. [...] La première partie de la pièce va voir se développer les conséquences mauvaises de cette erreur initiale. Lear a divisé son royaume, insulté l'ordre naturel, dégradé son autorité. [...] Le mal va le frapper jusqu'au moment où, comblé d'humiliation et d'horreur, il sombrera dans la folie. Ce sera le temps de la purgation : les terribles effets du chaos par lui déclenché, symbolisés par le déchaînement de la tempête sur la lande, atteindront leur point culminant dans le paroxysme de sa démence, au prix de quoi il trouvera la lucidité. Ce sera le troisième mouvement de la tragédie qui consacra le renouveau spirituel, sans que, toutefois, Lear et sa fille aimante puissent éluder le désastre personnel que l'aliénation fatale

de son détenteur, *Hamlet*²⁰ pour la question de la possession du pouvoir après la mort – interrogeant ainsi la pertinence des deux corps du Roi quand le Roi est lui-même esprit – et *Julius Caesar*²¹, mettant en exergue la dépossession avant même l'acquisition du pouvoir.

À travers la lecture de ces œuvres, il s'agira ainsi de s'interroger quant à la pertinence de la mobilisation de la rhétorique shakespearienne du pouvoir dans le discours juridique contemporain.

I.- Identification de la rhétorique shakespearienne du pouvoir

Si les enjeux de pouvoir semblent omniprésents dès la première lecture de l'œuvre du barde d'Avon, le lecteur sent directement que le nœud gordien de la rhétorique qui s'y développe se trouve autour de la question de la transmission, et plus largement, de l'acquisition du pouvoir dans des conditions plus ou moins crapuleuses. Ainsi ces enjeux traversent-ils tout *Julius Caesar*, faisant état d'un pouvoir frôlant l'insaisissable, tantôt refusé par César²², tantôt fuit par Brutus²³.

du début a fait fondre sur eux. » (p. CXXIII-CXXV) Les citations postérieures sont issues de la Pléiade de 2002 et de la traduction de Jean-Michel Déprats.

²⁰ La pièce est pour la première fois enregistrée le 15 juillet 1602. « *Hamlet* est d'abord une tragédie de la vengeance. [...] Un spectre vient demander à son fils de venger sa mort ignominieuse, et de punir son assassin, qui, par surcroît a épousé sa femme. [...] Hamlet, le vengeur, aggrave la situation et entrave l'heureux déroulement de la tragédie de la vengeance, parce qu'il accepte la mission de vengeance tout en étant mis, par la volonté de son créateur dans l'impossibilité de l'accomplir. » (p. XCIV-XCV). Les citations traduites postérieures sont issues de la Pléiade de 2002 et sont l'œuvre de Jean-Michel Déprats.

²¹ « *The Tragedie of Julius Caesar a été publié pour la première fois dans le Folio de 1623. [...] c'est une pièce de transition entre les "chroniques" de l'histoire d'Angleterre et les tragédies "noires" dont la première sera Hamlet. [...] C'est donc le meurtre de César qui est au centre de la tragédie [...] Meurtre aux conséquences historiques, certes, incalculables, mais qui prend ici le relief extraordinaire d'une cérémonie sacrificielle dont les exécutants ne mesurent pas tout de suite la signification ni la portée qu'il a pour eux. [...] César, dès l'ouverture même de la tragédie, se présente moins comme un personnage que comme un héros déjà mythifié. [...] Inapte physiquement à faire la guerre, il est cependant un grand général qui a supporté les expéditions les plus épuisantes ; sujet à des crises d'épilepsie, il n'en a pas moins une volonté inflexible, et il se raidit, bien que superstitieux, contre la superstition. [...] Où donc est la tragédie de César, sinon dans cette mort qu'il reçoit, mort privilégiée au-dessus de laquelle il s'évade aussitôt pour devenir le symbole agissant de la victime, au destin inaccompli aussi longtemps qu'elle ne sera pas vengée ? [...] C'est que la tragédie politique, close avec le meurtre de César – la suite des événements n'est rien d'autre, en effet, que sa réduction à l'absurde – ouvre la tragédie des consciences ».*

 (P. LXXXIII-LXXXVIII) Les citations postérieures sont issues de la Pléiade de 2002, et sont traduites par Jérôme Hankins.

²² I, 2, 231-239. Casca : « J'ai vu Marc Antoine lui offrir une couronne, que dis-je une couronne, c'était une de ces couronnettes ; et comme je vous l'ai dit, il l'a repoussé une première fois ; mais nonobstant, à mon avis, il en brûlait d'envie. Alors il la lui a offerte derechef ; il l'a repoussé derechef ; mais à mon avis il crevait de ne pas mettre les doigts dessus. Alors il la lui a re-offerte une troisième fois ; et il l'a repoussé une troisième fois. »

²³ III, 1, 119-120. Cassius : « Brutus à notre tête, nous ornerons ses pas/Des cœurs les plus hardis, et les meilleurs de Rome ». Brutus, peu démagogue, ne portera pourtant pas le corps de César et ne pourra donc pas se saisir pleinement de la symbolique de la succession, laissant ce soin à Marc Antoine : « Marc Antoine, ici, prenez le corps de César. » (III, 1, 243).

N'est-ce pas également là toute la raison pour laquelle Bolingbroke revient²⁴, sous couvert de laver une injustice ?

La lecture en termes de pouvoir permet d'institutionnaliser certains comportements, déplaçant le curseur de la jalousie d'un frère²⁵, à la quête universelle de la position dirigeante. De là semble découler une vision particulière de ce thème à travers l'œuvre du dramaturge. À un premier stade, elle met en exergue toute l'ambivalence portée par la théorie des deux corps du Roi. Elle incarne tout à la fois la quête institutionnelle et universelle, mais aussi l'avidité personnelle du détenteur de la couronne. Cette dualité implique néanmoins une tragédie qui lui est inhérente. Ainsi, même lorsque le pouvoir est acquis de manière légitime – ce qui vraisemblablement est le cas pour Richard II – son détenteur semble s'effondrer sous son propre poids. Shakespeare met en scène une tragédie de l'exercice du pouvoir, choisissant volontairement de mettre au second plan des dirigeants disposant, eux, des caractères de direction. Ainsi ne voit-on pas véritablement Marc Antoine diriger avant la fin de la pièce²⁶, à l'image d'un furtif Fortinbras²⁷ parcourant un sol jonché de cadavres. Que dire de Richard II qui ne semble incarner la fonction royale que lorsqu'enfin il en saisit le poids dans la mort à travers son dernier baroud d'honneur, seule véritable preuve de courage royal²⁸ ?

C'est que justement, le dirigeant shakespearien de premier plan ne semble incarner le pouvoir que lorsqu'il a la capacité de ne faire qu'un avec le corps spirituel du roi, dépassant la seule humanité corporelle. C'est pour cela que seul le fantôme semble incarner une telle figure à travers *Hamlet*, laissant planer son ombre sur une cour portant la tâche de sa trahison.

Nulle surprise dès lors que *Richard II* soit choisi comme exemple pour illustrer la théorie des deux corps du Roi²⁹. Il semble ainsi passer par trois phases à travers

²⁴ III, I, 17-28 : Bolingbroke : « Moi-même, prince par la fortune de ma naissance/Proche du roi par le sang, proche aussi par l'amour,/Jusqu'à ce que vous l'ayez prévenu contre moi,/J'ai courbé la nuque sous vos outrages,/Exhalé mes soupirs anglais dans des nuages étrangers,/Mangeant le pain amer de l'exil,/Pendant que vous vous nourrissiez de mes domaines,/De mes propres fenêtres arrachiez mon blason de famille,/Effaciez ma devise, ne me laissant pas d'autres signes/Que l'opinion des hommes et mon sang bien vivant/Pour montrer au monde que je suis un gentilhomme. »

²⁵ III, 2, 36-38 : Le Roi : « Oh ! mon crime est fétide ! il sent jusqu'au ciel,/Il a sur lui la plus antique et la première des malédictions,/Le meurtre d'un frère. »

²⁶ L'affrontement ne pouvait finir qu'avec la mort de l'un des protagonistes. Brutus retourne ainsi l'épée source de malheurs contre lui-même à la fin de la pièce (V, 5, 50-51). Brutus : « César, tu peux maintenant reposer,/Je ne t'ai pas tué d'aussi bonne volonté. »

²⁷ V, 2, 362-364. Fortinbras : « Pour moi, avec douleur j'embrasse ma fortune./J'ai quelques droits de mémoire sur ce royaume,/Qui à présent m'invitent à réclamer ma chance. »

²⁸ V, 5, 109-112. Le Roi Richard : « Exton, du sang du roi/Ta main cruelle a souillé la propre terre du roi./Monte, monte mon âme ! Là-haut est ta demeure,/Tandis qu'ici ma fruste chair s'écroule et meurt. »

²⁹ E. KANTOROWICZ, *Les deux corps du roi*, préc. not. 17, spéc. p. 52 et s.

la pièce. Dans la première, Richard est trop lâche pour incarner une autorité dont lui-même n'arrive pas à supporter le poids. Après avoir ordonné un duel lui permettant de s'échapper de l'impasse dans laquelle le mettait la confrontation entre Bolingbroke et Mowbray³⁰, le voilà abandonnant le duel à peine commencé sous prétexte de ne pas vouloir voir de sang noble versé sur ses terres³¹. Se hâtant de prononcer une peine différenciée, condamnant l'un à l'exil à perpétuité, l'autre à un bannissement de dix ans, il ne trouve aucune autre justification que son lien de parenté avec celui qui sera son futur bourreau³². Pire encore, il réduira sa peine, comme pour rapprocher une échéance que n'attendra pas Bolingbroke³³.

Dans un second temps, cette dissonance grandit encore, tant et si bien que le Roi, jouant au fou³⁴, se retrouve plongé dans un lancinant tiraillement qui culminera par sa terrible arrivée en terres irlandaises désertées. Voilà le Roi seul, éloigné de son rôle qu'il oubliera graduellement malgré quelques instants de lucidité³⁵. Enfin, dans un dernier temps, Richard II a totalement perdu l'incarnation de son rôle, si bien que sa mise à mort, bien qu'héroïque, semble inéluctable³⁶. Peu surprenant dès lors qu'Elizabeth I ait tant redouté la mise en scène de cette pièce³⁷.

³⁰ I, 1, 196-198. Le roi Richard : « Nous ne sommes pas nés pour supplier, mais pour commander,/ Et puisque nous ne pouvons pas faire de vous des amis,/Soyez prêts, vos vies en répondront. »

³¹ I, 3, 125-139. Le roi Richard : « Afin que la terre de notre royaume ne soit pas souillée/Par ce sang précieux qu'elle a nourri,/Et parce que nos yeux haïssent la vision atroce/Des blessures civiles labourées par des épées concitoyennes,/Et parce que nous pensons que c'est l'orgueil aux ailes d'aigle/De pensées ambitieuses qui aspirent à s'élever jusqu'au ciel/Ainsi que la rancœur d'une haine rivale qui vous incitent/A réveiller notre paix, cette paix qui dans le berceau de notre pays/Respire calmement d'un doux sommeil d'enfant,/Et parce qu'ainsi réveillé par les tambours bruyants et désaccordés,/Par le braiment horrible des trompettes au son rauque,/Et par le choc grinçant du fer des armes courroucées,/Cette belle paix pourrait fuir de frayeur de nos paisibles contrées,/Et nous faire patauger dans le sang de nos frères,/Nous vous bannissons de nos territoires. »

³² I, 3, 140-143. Le roi Richard : « Vous, cousin Hereford, sous peine de mort,/Jusqu'à ce que deux fois cinq étés aient enrichi nos champs,/Vous ne saluerez pas nos beaux domaines,/Mais foulerez les chemins étrangers de l'exil. » Puis toujours le Roi Richard : « Norfolk, pour toi il reste un plus lourd verdict,/Que je prononce à regret :/La fuite des heures lentes ne mettra point de terme/À la durée illimitée de ton cruel exil. » (I, 3, 148-152).

³³ I, 3, 213-214. Le roi Richard à la demande de Gand, son oncle et père de Bolingbroke : « Lorsque auront passé six hivers glacés,/Reviens d'exil et tu seras le bienvenu. »

³⁴ Ainsi les fous dans l'œuvre shakespearienne permettent-ils l'élaboration d'un discours souvent plus lucide, à l'image du roi Richard II (III, 2, 156-172) : « Et racontons la triste histoire de la mort des rois :/Certains déposés, d'autres tués par la guerre,/D'autres hantés par les spectres de ceux qu'ils avaient déposés,/D'autres empoisonnés par leur femme, d'autres tués dans leur sommeil,/Tous assassinés ; car dans la couronne creuse :/Qui ceint les tempes mortelles d'un roi/La Mort tient sa cour, là trône la bouffonne,/Raillant sa dignité, ricanant de sa pompe,/Lui accordant un souffle, une petite scène,/Pour faire le monarque, être craint, et tuer d'un regard,/Lui insufflant une vaine opinion de lui-même,/Comme si cette chair, rempart de notre vie,/Était une citadelle de bronze ; puis s'étant jouée de lui,/Pour finir elle vient et avec une petite épingle/Perce le rempart du château, et adieu roi ! » Le fou du *Roi Lear* reste néanmoins l'exemple le plus connu de ce procédé.

³⁵ III, 2, 83-84. Le roi Richard : « Je m'étais oublié, ne suis-je pas roi ?/Réveille-toi, couarde majesté ! Tu dors. »

³⁶ V, 5, 109-112, *loc. cit.* not. 28.

³⁷ V. à propos du procès d'Essex : M. SOULIE, *Les procès célèbres de l'Angleterre*, Payot, 1930, 255 p.

Si les dirigeants shakespeariens ont tant de difficulté à incarner le pouvoir qui est censé être le leur, c'est parce qu'il est le fruit d'une double dissonance. La première résulte d'une dissociation entre le pouvoir vu comme un régime créateur de pouvoir (ci-après « pouvoir-créateur »), et la couronne vue comme appliquant ce régime (ci-après « pouvoir-appliquant »). La seconde découle d'une dissonance au sein même de l'applicant, du fait d'une dissociation émancipatrice entre capacité et volonté du détenteur.

1.- La dissonance créateur-appliquant

Les différents dirigeants et aspirants aux positions de pouvoir répondent à un régime créateur semblant traverser l'intégralité de l'œuvre shakespearienne. Le dramaturge met ainsi en place une entité abstraite et supérieure, venant créer des organes appliquant son régime de vérité, dont les acteurs ne sont en somme que très auxiliaires. Peu importe qu'il s'agisse d'un empereur, d'un roi, d'un imposteur... car outre la dualité des corps, ce que donne à voir le poète est un régime de vérité de pouvoir avant tout monocéphale, ne pouvant trouver sa pleine application que lorsque créateur et appliquant ne font qu'un.

Pour visionner totalement la tragédie du pouvoir shakespearien, il convient donc de ne pas tant distinguer couronne et détenteur, ces deux faisant partie d'un même ensemble appliquant, mais plutôt de distinguer ces derniers d'un régime créateur écrasant car obligeant à une symbiose impossible.

Or, justement, la dissociation entre couronne et détenteur – fruit des deux corps du roi – empêche toute symbiose en obligeant à l'hétérogénéité du pouvoir. Jamais le détenteur ne semble atteindre l'âme du pouvoir... à moins de devenir justement âme lui-même. Ainsi la figure royale du fantôme est-elle constamment rappelée dans *Hamlet*, ainsi César est-il pleuré comme véritable dirigeant après sa mort³⁸, ainsi Richard II retrouve-t-il sa figure royale dans la bouche même de l'imposteur voyant son avenir préfiguré³⁹.

La dissection en deux corps – entre détenteur et couronne – induit ainsi une condamnation inhérente du fait de l'impossibilité de symbiose. Shakespeare met en place par ce procédé un pouvoir doté d'une tragédie inhérente car condamnant dès son approche. Obligeant à la monocéphalie, il ne peut paradoxalement pas être exercé par un seul homme – du moins vivant – et condamne, ainsi peu importe l'applicant.

³⁸ III, 2, 221-223. Marc Antoine : « Je vous dis ce que vous-mêmes savez, / Vous montre les blessures du doux César, pauvres, pauvres bouches muettes / Et les supplie de parler à ma place. »

³⁹ V, 6, 34-36. Bolingbroke devenu le roi Henry IV : « Exton, je ne te remercie pas, car tu as précipité / De ta funeste main un acte d'infamie / Sur ma tête et sur tout cet illustre pays. »

Davantage qu'une mise en exergue de la théorie des deux corps, le barde met donc en scène toute la faillibilité de l'humain face au régime créateur de pouvoir qui traverse son œuvre. Détenir le pouvoir dans l'œuvre shakespearienne semble avant tout être un combat perdu d'avance, découlant d'une dualité inconciliable entre pouvoir-créateur et pouvoir-appliquant. Ce dernier porte néanmoins en lui une autre dissonance résonnant cette fois entre la capacité des sujets et leurs volontés.

2.- *La dissonance capacité-volonté*

Les personnages détenteurs du pouvoir pâtissent tous d'une volonté d'émancipation pécheresse. Le poète leur donne la capacité d'agir, il donne la couronne, ou à tout le moins la possibilité de l'avoir lorsqu'il ne la donne pas directement, à l'image d'un César refusant la couronne malgré les appels du peuple⁴⁰ ou encore d'un Hamlet refusant l'exécution de Claudius agenouillé⁴¹. Mais il leur fournit en même temps la volonté profonde de s'émanciper de ce régime, une volonté de contrer un destin les vouant à l'échec.

Cette volonté d'émancipation s'exprime dès lors par la fuite de celui en capacité de saisir le pouvoir. Ainsi Brutus se refuse à prendre réellement la tête d'une conjuration ayant commis l'impardonnable⁴², laissant Marc Antoine endosser le rôle de dirigeant dont il aurait pu se saisir. Ainsi encore Richard II refuse-t-il de trancher le duel dès l'ouverture de la pièce. Sûrement cette renonciation n'a-t-elle jamais de conséquences si brutales que dans le *Roi Lear* qui, refusant de gérer son domaine, comme volonté d'émancipation d'un pouvoir qui l'a usé jusqu'à son vieil âge, mais dont il ne peut se saisir que par la mort, ou par la folie résultant de ce déchirement interne.

Shakespeare fournit une illustration frappante de la réflexivité⁴³ du sujet face au pouvoir. Les détenteurs du pouvoir-appliquant sont définis par le régime créateur⁴⁴. De ce fait, toute volonté d'émancipation du pouvoir implique justement d'invoquer à nouveau sa subordination et de la reconnaître. Lutter contre le pouvoir, c'est le convoquer à nouveau pour faire état de sa soumission, et *a fortiori* de l'échec d'une lutte à son encontre. Pis encore, parce que le pouvoir-créateur a mis en place le régime contre lequel l'applicant tente de se rebeller, ce dernier tient en lui un paradoxe : il ne peut se révolter que parce qu'il dispose de la dénomination fournie

⁴⁰ I, 2, 231-239, *loc. cit.* not. 22.

⁴¹ III, 3, 87-92 : Hamlet : « Non./Arrête, épée, et connais une occasion plus terrible,/Quand il sera ivre mort, ou fou de rage,/Ou dans l'incestueux plaisir de son lit,/Ou au jeu quand il jure, ou dans quelque action/Qui n'a pas de saveur de rédemption. »

⁴² *Loc. cit.* not. 23.

⁴³ F. NIETZSCHE, *La généalogie de la morale*, trad. Wotling Patrick, Le livre de poche, 2000 (1^{ère} éd. 1887), 311 p.

⁴⁴ Sur le caractère créateur de sujet du pouvoir, v. not. : M. FOUCAULT, *Surveiller et punir*, *préc.* not. 10.

par le pouvoir-créateur. Autrement dit, il ne peut se rebeller que parce qu'il dispose de la couronne fournie aux termes du régime mis en place par le pouvoir-créateur. La rébellion n'est donc possible que par effet rétroactif du pouvoir.

En incarnant ainsi le régime mis en place par le pouvoir-créateur, l'appliquant fournit un corps – dual – au pouvoir. De ce fait, l'esclave du pouvoir-créateur permet à ce dernier d'exister⁴⁵, attestant par sa seule présence à la fois de l'effectivité de la domination, mais aussi de la possibilité de la désavouer en incarnant seul le pouvoir. Dès lors, le sujet devient modalité en se dotant d'une capacité à se retourner contre lui-même.

Cette volonté d'émancipation qu'incarnent les dirigeants shakespeariens instaure une discontinuité émancipatrice entre « ce qui rend le pouvoir possible et les types de possibilités assurées par le pouvoir⁴⁶ ». C'est selon ce schéma qu'en s'émancipant du corps physique du Roi et en atteignant l'âme du pouvoir, les dirigeants défunts incarnent l'appropriation du pouvoir et ainsi la rébellion contre le régime créateur. Le sujet vient donc excéder le but du créateur.

Shakespeare montre sous cet angle une véritable « dramaturgie du pouvoir⁴⁷ » par la mise en scène de rois désajustés, illustrant en somme que « le pouvoir n'est pas quelque chose qui s'acquiert⁴⁸ », mais quelque chose qui ronge et dévore son possesseur. Nulle surprise donc que la récurrence de ce thème dans l'œuvre d'un dramaturge à la si grande influence ait eu pour écho une mobilisation récurrente par les cours américaines, faisant ainsi se rejoindre l'abstraction holistique et le trivial révélateur.

II.- La mobilisation de la rhétorique shakespearienne du pouvoir par les cours américaines

Les quelques œuvres mentionnées dans ce corpus font l'objet d'une mobilisation fréquente au sein des juridictions américaines. Ainsi, dans les seuls temps modernes, *Richard II* est mentionné dans quarante cas, *Le Roi Lear* dans cent dix, *Julius Caesar* dans cent trente-trois cas, et *Hamlet* dans plus de cinq cents. Outre ces considérations purement numériques, sûrement est-il plus surprenant de remarquer la variété de supports accueillant de telles citations. En effet, ces pièces apparaissent aussi bien dans l'argumentaire des avocats que dans l'opinion des juges voire au sein des décisions même.

⁴⁵ J. BUTLER, *La vie psychique du pouvoir*, trad. B. MATTHIEUSSENT, éd. Léo Scheer, 310 p ; spéc. p. 15.

⁴⁶ *Id.*, spéc. p. 37.

⁴⁷ F. OST, *Shakespeare : La comédie de la Loi*, op. cit. not. 5, spéc. p. 201.

⁴⁸ M. FOUCAULT, *Surveiller et punir*, préc. not. 10.

Reprenant la distinction établie par William Domnarski dans son article phare en la matière⁴⁹, cinq types de citations seront ici distingués. Seront laissées de côté pour cette analyse d'une part les citations décoratives, que le lecteur n'aura eu que trop l'habitude de voir au détour d'analyses se servant de quelques noms comme de masques d'ignorances. D'autre part, seront également tues les citations dites « mal interprétées ou mal mises en contexte⁵⁰ » dont l'intérêt est de même tout relatif.

Restent trois utilisations semblant plus pertinentes. Les premières visent une mobilisation de la citation à titre illustratif en rapport avec le sujet. Si l'utilisation en est triviale, elle n'est pas moins utile pour la rhétorique, dès lors qu'elle permet d'asseoir la légitimité et la clarté de l'argumentaire. Bien que ne fondant pas ce dernier, elles méritent donc tout de même d'être mentionnées.

Il est également possible de voir des citations dites « invectives⁵¹ ». Ces dernières servent principalement aux juges afin qu'ils puissent exprimer plus librement une certaine agressivité répondant à des excès visibles au sein des argumentaires des parties. La citation vient alors servir de couverture pour l'expression d'un argumentaire répondant le plus souvent à ce qui semble frôler l'abus.

Enfin, seront analysées dans un troisième temps des citations fondant l'argumentaire⁵². Quelques fois en effet, la citation shakespearienne est utilisée comme base de réflexion pour le cas à l'étude. C'est le cas au sein d'*opinions* bien connues, telles que celle de Justice Scalia au sein de la décision *Coy v. Iowa* de 1988⁵³.

Cette analyse ne saurait être exhaustive, d'une part du fait des limitations aussi bien techniques que personnelles de l'auteur, d'autre part du fait de la prégnance d'une certaine hostilité face à la mobilisation explicite de références littéraires au sein de la technique argumentative juridique américaine, trouvant son illustration la plus révélatrice dans la réflexion du *Chief Justice* Charles Evan Hughes⁵⁴. D'aucuns trouveraient une quelconque similitude dans la réflexion hexagonale⁵⁵.

⁴⁹ W. DOMNARSKI, « Shakespeare in the Law », *Connecticut Bar Journal*, 67, 1993, p. 317-351.

⁵⁰ *Id.*, spéc. p. 332.

⁵¹ *Id.*

⁵² Domnarski utilise le terme de citations « correctement utilisées » : *Id.*, spéc. p. 318.

⁵³ Supreme Court of the United States, 29 juin 1988, *Coy v. Iowa*, n° 86-6757, op. Justice SCALIA. Dans le cadre d'une affaire d'agression sexuelle sur mineur se posait la question de la forme de la confrontation de l'agresseur et de la victime. Prenant appui sur la scène d'ouverture de *Richard II*, le Justice Scalia a argumenté avec succès que le terme de « confrontation » devait être compris comme permettant un face-à-face des deux parties.

⁵⁴ V. à ce sujet : M. J. PUSEY, *Charles Evan Hughes*, Columbia University Press, 1963 (3^{ème} éd.), 829 p.

⁵⁵ P. MALAURIE, « Pour : la Cour de cassation, son élégance, sa clarté, sa sobriété. Contre : le judge made law à la manière européenne », *JCP G*, 2016, act. 318.

1.- *L'incarnation d'un idéal abstrait du pouvoir à travers la citation illustrative*

L'argument shakespearien peut tout d'abord être utilisé à titre illustratif, comme c'est le cas au sein du *memorandum opinion* du juge Michael au sein de la décision *Fred McLaughlin* de la District court de Virginie du 10 mars 1998⁵⁶.

Plusieurs affaires étaient ici regroupées devant le juge, toutes concernant des décisions d'une commune de raccorder ou non⁵⁷ des habitations nouvellement construites au système des égouts. Cette dernière semblait avoir néanmoins accordé ce ralliement à un particulier quelques mois seulement après l'avoir refusé dans la même zone à une autre personne, et ce, alors même que la situation du terrain – et surtout sa destination – n'avait pas changé entre-temps.

Dans son mémoire, le juge use d'une citation de *Julius Caesar*, tirée de la bouche d'Artémidorus, personnage mineur louant les mérites de César et lui implorant de lire ses suppliques en premières :

« Ô César, lisez la mienne d'abord, elle vous touche de plus près. Lisez grand César. »

Ce à quoi répond l'intéressé :

« Ce qui nous touche nous-même passe après le reste⁵⁸. »

Le juge mobilise ici la citation à simple titre illustratif, à l'appui d'un argumentaire sur la bonne administration et le favoritisme. Décritant particulièrement la vision que cela donnerait de l'administration, le juge invoque la citation pour illustrer à quel point la problématique soulevée par l'affaire semble évidemment scandaleuse :

« Même le Jules César de Shakespeare voyait tout le mal qui résidait dans un tel favoritisme⁵⁹. »

L'utilisation en reste relativement triviale, servant selon un procédé rhétorique simple l'argumentaire général. Shakespeare vient alors fournir un appui aussi bien historique qu'intellectuel.

L'utilisation de la citation illustrative peut devenir si récurrente qu'elle en devient presque coutumière. Ainsi l'« insolence des gens officiels » de *Hamlet*⁶⁰

⁵⁶ United States District Court, W. D. Virginia, 10 mars 1998, *McLaughlin v. Town of Front Royal*, n° Civ. A. 87-0020-H, op. Michael.

⁵⁷ À bien des égards, la décision de permettre un raccordement est similaire au processus français, soumis à la détermination du zonage. V. en ce sens par ex. : E. H. ZIEGLER, « États-Unis : étalement urbain, zonage et croissance intelligente », trad. Abadie Pauline, in GRIDAUH (dir.), *Droit de l'aménagement, de l'urbanisme et de l'habitat*, éd. Gridauh, 2005, p. 141-161.

⁵⁸ III, 1, 6-8.

⁵⁹ U.S. District court, Virginia, *McLaughlin*, op. Michael, *préc. not.* 55. C'est nous qui le traduisons.

⁶⁰ III, 1, 72.

est-elle sans cesse utilisée dans les cas portant sur le comportement de personnels de l'administration, le plus souvent dans une optique de désamorçage du conflit par l'utilisation de l'invective humoristique relativisant l'injure faite⁶¹.

2.- *L'incarnation du pouvoir-appliquant à travers la citation fondant l'argument*

La citation shakespearienne peut néanmoins prendre une plus grande importance, comme c'est le cas à travers une mobilisation servant à l'appui d'une analyse portant sur la question de la réputation dans la décision de la Cour Suprême de Washington du 7 mai 1987, *Mark Deming*, au sein de l'*opinion* du Juge Callow⁶².

L'analyse portait ici sur le cas d'une procédure disciplinaire intentée à l'encontre d'un juge accusé de harcèlement, d'agression sexuelle et d'injures. Dans le cas de cette procédure, une audience publique avait été requise, ce qui avait été immédiatement contesté par le juge mis en examen qui en demandait la tenue à huis clos. Qu'à cela ne tienne, l'audience eut lieu publiquement, et le juge démissionna, venant contester le refus qui lui avait été opposé⁶³. Ce dernier était fondé sur le fait que l'affaire avait déjà un grand écho médiatique, ce qui avait une double conséquence : l'affaire étant connue, il semblait, pour le dire trivialement, que le mal était déjà fait. Surtout, il importait, selon le truisme répété *ad nauseam*, de rendre une justice visible.

Dans ce cadre, le juge, dont l'*opinion* était en accord avec la décision, est venu mobiliser les mots du barde au sein d'une réflexion portant sur la régularité de la procédure garantie par le XIV^e amendement de la Constitution des États-Unis. Rappelant la lettre de *Richard II*, le juge invoque que :

« le plus pur trésor que puisse donner l'existence mortelle,
C'est une réputation sans tache ; ôtez cela,
Et les hommes ne sont qu'une fange dorée, qu'une argile peinte⁶⁴ ».

De là en découle une réflexion portant à la fois sur la réputation du juge accusé, et plus largement, sur celle de la fonction de magistrat, selon une dualité loin d'être étrangère à la réflexion française⁶⁵. En somme, parce que l'affaire était médiatisée,

⁶¹ V. en ce sens : US Court of Appeal, 5 novembre 2003, *Reagle v. Elliott*, n° 03-1230, op. Weis.

⁶² Supreme Court of Washington, *Deming*, n° J.D. 3, op. Callow.

⁶³ Sont notamment invoqués des arguments relatifs au caractère décisionnaire de l'opinion publique. Il est à cet égard édifiant de remarquer que *Richard II* est plus volontairement mobilisé que d'autres œuvres – pourtant appréciées de la critique et d'auteurs dotés d'une aura difficilement reniable – traitant plus frontalement du sujet, tels que Nathaniel Hawthorne (1804-1864) (*La lettre écarlate*, 1850, mentionné dans cinquante-sept cas) ou Philip Roth (1933-2018) (*La Tache*, 2000, mentionné dans aucun cas à notre connaissance), ce qui vient corroborer l'analyse fournie en conclusion de ces lignes.

⁶⁴ I, 1, 177-179.

⁶⁵ Le droit de la fonction publique montre ainsi de nombreux exemples topiques de la nécessité d'un comportement exemplaire, y compris en dehors des fonctions, en vue de la préservation

il convenait d'une part, pour laver la dignité de la fonction, de rendre l'audience simple. Outre la simple volonté de rendre une bonne image de la justice transparaît donc une véritable volonté expiatoire dans la réflexion du juge. À cela faut-il encore ajouter que de toute manière, l'affaire ayant été rendue publique, l'injure à la réputation du juge semblait d'ores et déjà constituée. Dès lors, l'audience publique relevait du meilleur moyen pour lui de laver sa réputation, s'il y avait lieu de la laver.

C'est ici une véritable spectacularisation du procès qui est mise en place. La citation sert ainsi de pierre angulaire pour le développement d'un argumentaire juridique articulé autour de la pluriséculaire question de la réputation, rappelant à nouveau la dualité des corps du pouvoir-applicant.

La citation shakespearienne peut enfin fournir tant d'appuis qu'elle en devient historiquement probatoire. C'est le cas de l'invocation de la scène d'exposition de la toge de César par Marc Antoine⁶⁶, mobilisée au sein d'une affaire-fleuve soulevant – entre autres – la question de l'exposition des vêtements de victimes d'homicide portés au moment des faits, laissant voir les déchirures du tissu comme lancinant rappel de leurs fatales blessures.

Dans la décision du 26 août 2004 de la District court du Massachusetts, *Gary Lee Sampson*⁶⁷, est ainsi décidé que ces hauts ne devraient pas être montrés dès lors qu'ils induisaient une réaction excessivement émotionnelle de la part du public et du jury, ce qui semblait peu nécessaire au regard des autres éléments de preuves, notamment des témoignages abondants dont disposait le jury.

La citation est ici mobilisée comme fondation historique, invoquant le caractère antique de cette stratégie probatoire, preuve s'il en fallait que le thème du pouvoir au sein de l'œuvre shakespearienne est si transversal qu'il en vient à toucher tous les pans de la réflexion juridique.

III.- William Shakespeare comme autorité juridique littéraire

En somme, derrière ces considérations générales, il est évident que l'identification de la rhétorique shakespearienne et sa mobilisation sont pléthoriques et protéiformes, allant de l'exemple au véritable argument d'autorité, soulignant finalement la question même de son utilité.

de l'honneur de la fonction. Sont ainsi susceptibles de justifier sous ce motif un abaissement de la notation le fait pour un policier de vivre avec une prostituée (CE, 14 juin 1986, *Ministre de l'Intérieur*, Lebon T., p. 592, dont le fond mériterait sûrement une actualisation en vue de l'évolution des politiques de lutttes contre la prostitution (v. à ce propos : C. LIEVAUX, « La prostitution et le droit pénal, entre défaut de cohérence et mal d'effcience », *AJ Pénal*, 2023, p. 8), mais dont l'esprit est encore pertinent).

⁶⁶ III, 2, *loc. cit.* not. 36.

⁶⁷ *United States District Court, D. Massachusetts, 26 août 2004, United States v. Sampson*, n° 01-10384-MLW.

Il est évident que, loin des analyses quantitatives, l'œuvre du barde vient nourrir en profondeur notre réflexion générale sur le pouvoir. Sûrement en est-ce ainsi de tous les grands auteurs, qui viennent accompagner nos jours et nos pensées, essentielles comme triviales. Il est bien ardu de mesurer l'influence que peuvent avoir certains auteurs sur la réflexion juridique, quand bien même il est inquiétant que Kafka semble être l'auteur le plus mobilisé pour décrire notre organisation administrative⁶⁸.

Dans ce cas, pourquoi Shakespeare plus qu'un autre ? Plusieurs postulats semblent pouvoir être exprimés. On avancera d'abord qu'il n'est pas le seul auteur cité au sein des décisions américaines, à l'image d'un Mark Twain⁶⁹ nourrissant abondamment l'imaginaire outre-Atlantique. La pratique mentionnant explicitement les auteurs étant davantage anglo-saxonnes, on ne s'étonnera que peu que ce soit de ces cultures que sont issus les auteurs invoqués (bien qu'il soit *chic* de citer du Victor Hugo⁷⁰).

N'y a-t-il pas cependant dans la citation shakespearienne une intention relevant davantage de la quête de légitimité⁷¹ ? Si aujourd'hui celle-ci fait peu défaut aux cours américaines, telle n'était en effet pas le cas à leur genèse⁷². Ne pouvant arguer d'une antériorité historique, les juges américains ont ainsi dû construire une légitimité épistémologique souffrant néanmoins d'un défaillant principe de *stare decisis* dès lors que de précédents, il n'y avait pas. À l'heure où les juridictions américaines semblaient encore tirer grandement leur style argumentatif de leurs juridictions britanniques génitrices⁷³, la référence au précédent anglais n'aurait pu néanmoins être envisagée de peur d'être excessivement rapproché d'une autorité tutélaire fraîchement découpée.

Restaient alors les classiques, à l'image des Grecs antiques également souvent mobilisés⁷⁴. Entre la force du précédent jurisprudentiel et l'impact doctrinal des *books of authority*⁷⁵, la citation shakespearienne semble ainsi tenir lieu de réflexion légitimatrice sans être proprement créatrice de droit. Plus qu'une illustration, moins que le droit positif donc.

⁶⁸ On préférera sûrement le thème du château au millefeuille dont l'architecture évoque davantage la noblesse que la pâtisserie.

⁶⁹ Mentionné dans plus de mille sept cents cas.

⁷⁰ Si *Les Misérables* sont cités dans trente-neuf cas, l'auteur seul – souvent associé à la mention de Jean Valjean sans pour autant mentionner directement l'œuvre dont le personnage est issu – est mentionné dans plus de six cents cas.

⁷¹ La genèse de cette réflexion appartient à Mme Ruth Sefton-Green, que l'auteur remercie chaleureusement pour les discussions à ce sujet qui auront suivies l'intervention orale préliminaire.

⁷² J. L. GOUTAL, « Characteristics of Judicial Style in France, Britain and the U.S.A. », in *The American Journal of Comparative Law*, 1976, p. 43-72.

⁷³ *Id.*

⁷⁴ R. J. HOFFMAN, « Classics in the Courts of the United States, 1790-1800 », in *The American Journal of Legal History*, 1978, p. 55-81.

⁷⁵ A. BRAUN, « Burying the Living? The Citation of Legal Writing in English Courts », *The American Journal of Comparative Law*, 2010, p. 27-52.

Encore faut-il prendre en compte la dimension fondamentalement personnelle que tient l'incarnation du rôle du juge aux États-Unis⁷⁶, où le choix de la citation est à la fois révélateur d'une acceptation commune de l'autorité d'un auteur tout en révélant le paysage intellectuel du juge tenant la plume. Malgré la récurrence de la citation du barde, force est donc d'en observer la nécessaire disparité dans la fréquence d'utilisation pour les cas traitant d'un objet similaire. Derrière cette apparente absence de systématisation se révèle pour autant une récurrence de certaines citations obligeant à la reconnaissance d'une répétition, qui à tout le moins révélerait un *habitus* élevant le poète au rang de ce qu'il convient de nommer dans cette optique une autorité juridique littéraire.

**

Plus largement, la citation permet de rappeler que la littérature juridique est bien cela : une littérature. Et cela permet de placer la réflexion juridique dans ce plus grand champ de la pensée humaine. En somme, citer un grand auteur, c'est « citer ce qu'il y a de mieux pour élever sa propre réflexion⁷⁷ ». À l'image des quelques considérations ici développées, il est peu étonnant que Shakespeare puisse être si aisément mobilisé par la matière juridique.

La citation explicite n'est que très peu au goût du pays de Carême⁷⁸ : le corpus de droit public français ne montre qu'une seule mention de Shakespeare dans les conclusions du rapporteur Polge sous un arrêt *Association francophonie et avenir* du 22 juillet 2020⁷⁹, à propos de l'utilisation par la ville du Grau-du-Roi d'une marque dite « ombrelle » pour la promotion de ses services. Le rapporteur voit dans cette dernière, intitulée « Let's Grau », un caractère « attentatoire au respectable patrimoine linguistique [de Shakespeare] », citant quelques autres fleurons du jeu de mots franco-anglais tel que « So Toulouse ».

Pour cause, il fut un temps où la citation était expressément prohibée dans certaines régions hexagonales⁸⁰, plantant ainsi les racines d'un désamour semblant aujourd'hui encore perdurer dans la littérature prétorienne française. Sûrement leur influence est-elle bien plus camouflée au sein de la réflexion juridique française, ce qui pousse à s'interroger sur le choix de Shakespeare comme focale d'observation. Peut-être n'y a-t-il que cela, dans ce choix comme dans celui opéré par tant de cours américaines ; une vague pédanterie, une admiration certaine devant les plus grands esprits. Il n'en reste pas moins que cette courte étude laisse à voir de

⁷⁶ R. J. HOFFMAN, « Classics in the Courts of the United States, 1790-1800 », *loc. cit.* not. 74.

⁷⁷ W. DOMNARSKI, « Shakespeare in the Law », *loc. cit.* not. 49, *spéc.* p. 350.

⁷⁸ V. *supra* not. 61.

⁷⁹ CE, 22 juillet 2020, *Association Francophonie Avenir*, n° 435372, conc. POLGE.

⁸⁰ G. GORA, « Die Bedeutung der Präzedenzentscheidungen der Senate von Piemont und Savoyen », in Caemerer (von) Ernst, Mentschikoff Soia et Zweigert Conrad (dir.), *Ius Privatum Gentium*, 1969, p. 103-139.

nombreux champs de réflexion possibles : étude de la variation de l'utilisation de la citation shakespearienne au sein des différentes cours américaines, systématisation de l'autorité de la mention du barde, développement de la notion d'autorité juridique littéraire... En somme, si tant semble encore à créer, c'est bien que tout est loin d'être dit.

Droit et Théâtre : miroirs¹

Sylvin BRANIER-RENAULT

Doctorant en droit privé
Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne

Résumé : Si le droit et le théâtre ont en commun d'être des miroirs plus ou moins déformants de la *polis*, ils se distinguent quant à leur structure, leur matérialité et leur nature. Par ailleurs, droit et théâtre se nourrissent mutuellement. On s'intéressera en particulier, à partir d'un corpus varié, à la fonction dramatique de l'évocation du droit, c'est-à-dire au théâtre comme miroir du droit.

Mots-clefs : Droit et littérature, théorie du droit, théâtre

Abstract: *While law and theater share the common feature of being more or less distorting mirrors of the polis, they differ in structure, materiality and nature. At the same time, law and theater are mutually nourishing. Using a varied corpus, we'll be looking in particular at the dramatic function of the evocation of law, i.e. at theater as a mirror of law.*

Keywords: *Law and literature, law theory, drama*

À Anne-Marie, Dominique et Jeff,
Enfants de la Commune

1. À l'évocation d'une relation entre droit et théâtre, l'on peut songer à différentes directions. La première, qui n'est pas la plus naturelle, est de considérer que le droit constitue une forme de théâtre ; il a son lieu – le Palais –, ses acteurs – les gens du droit –, ses intrigues – qui se comptent au nombre des instances². Le Droit est un mouvement, un ensemble de signes, qui possède sa symbolique, son langage

¹ Nous avons pris le parti d'évoquer des œuvres de toutes époques mais d'insister sur des pièces modernes et contemporaines dont on ne peut avancer qu'elles soient particulièrement connues. Il ne faut pas y voir un excès de snobisme mais plutôt une invitation à la découverte, une volonté de partager notre passion au-delà du corpus « classique ». Cela emporte sans doute des conséquences sur le propos ; nous les assumons pleinement.

² A. SÉRIAUX, *Le droit comme langage*, LexisNexis, 2020, p. 53-54, n° 34.

et ses rituels propres, si bien que l'on pourrait, dans cette perspective, examiner le « fond théâtral des choses institutionnelles³ ».

2. La deuxième direction, plus technique, tend à considérer le théâtre comme objet juridique, par le truchement des contrats spéciaux, des statuts particuliers (qui du régime fiscal de l'intermittent, qui du statut social de l'enfant artiste) et, surtout, du droit d'auteur et des droits voisins⁴. C'est également envisager le droit au secours du théâtre quand il est victime de la censure des bons sentiments⁵.

Suivant la même direction mais un autre chemin, le théâtre – non comme institution ou secteur d'activité mais matière – peut également faire l'objet d'une analyse juridique⁶. Pareille analyse se heurte toutefois à quelque artificialité.

Par ailleurs, il est frappant de remarquer que la mobilisation du théâtre par les juristes est doublement limitée. Essentiellement évoquée dans l'enseignement de l'introduction au droit pour inviter à la réflexion sur le Juste, l'analyse juridique du théâtre se focalise encore sur la représentation du procès pénal, voire la figure du juge⁷. Au surplus, elle s'aventure rarement au-delà du théâtre occidental⁸, l'observation valant également pour le droit.

3. On peut inverser cette perspective, c'est la troisième direction, et penser le droit comme objet du théâtre, le droit saisi par le théâtre. Pour le dire autrement, comment le théâtre représente-t-il le droit ? C'est dans cette vue que la figure commode de la psyché intervient.

³ P. LEGENDRE, *Leçons VII. Le désir politique de Dieu. Étude sur les montages juridiques de l'État du Droit*, Paris, Fayard, 2005, p. 54.

⁴ Citons dans cette perspective le colloque « Droit(s) et spectacle vivant » organisé par C. AURÉRIN, G. GOFFAUX CALLEBAUT et D. GUÉVEL, et qui s'est tenu le 19 novembre 2021. *Adde* M. VIVANT, J.-M. BRUGUIÈRE, N. MALLET-POUJOL (dir.), *Quels droits pour les artistes du spectacle ?*, Dalloz, coll. « Thèmes et commentaires », 2009.

⁵ On pense, en particulier, aux polémiques dont fit l'objet Ariane MNOUCHKINE quand elle prit la défense de Robert LEPAGE, accusé d'appropriation culturelle à l'occasion de sa pièce *Kanata*, ou encore lorsqu'elle s'opposa à la censure identitaire d'une représentation des *Suppliantes* en Sorbonne, où des militants virent un « blackface » dans des masques antiques. V., pour un regard juridique sur l'œuvre de MNOUCHKINE, E. SAULNIER-CASSIA, « Le Théâtre du Soleil d'Ariane Mnouchkine, un théâtre humaniste utopique sous les auspices de la devise républicaine », *Rev. droit et littérature*, 2022, n° 6, p. 399.

⁶ *Comp.*, en matière de contes, M. RANOUIL, N. DISSAUX (dir.), *Analyse juridique des contes de fées*, Dalloz, 2018.

⁷ V. en ce sens, M. REVERDY, « La figure du juge dans le théâtre d'Eschyle et de Corneille – l'anti-tyran », in R. CABRILLAC (dir.), *Les figures du juge à travers les créations artistiques*, Dalloz, coll. « Thèmes et commentaires », 2023, p. 103 ; G. SOULIER, « Le théâtre et le procès », *Droit et Société* 1991, n° 17-18, p. 9 ; C. LECHEVALIER, « La naissance de la justice en débat : représentations contemporaines du procès d'Oreste », *Criminocorpus*, 2012, n° 2, [en ligne : <http://journals.openedition.org.ezpaarse.univ-parisi.fr/criminocorpus/2198>].

⁸ Le corpus est connu : l'*Orestie* d'ESCHYLE, en particulier son troisième volet, *Les Euménides*, *Horace* et *Cinna* de CORNEILLE, ou encore l'*Antigone* de SOPHOCLE.

Droit et théâtre entretiennent des liens profonds qui puisent leur source dans le rapport de ces arts avec la *polis*. Pour paraphraser Stendhal, droit et théâtre « sont des miroirs qui se promène[ent] sur une grande route ; tantôt reflèt[ent]-il[s] à vos yeux l'azur des cieux, tantôt la fange des bourbiers de la route. Et l'homme qui porte le miroir dans sa hotte sera par vous accusé d'être immoral ! Son miroir montre la fange, et vous accusez le miroir ! Accusez bien plutôt le grand chemin où est le bourbier, et plus encore l'inspecteur des routes qui laisse l'eau croupir et le bourbier se former⁹ ».

Ce sera notre premier axe de réflexion : le droit et le théâtre comme miroirs de la Cité (I.). Mieux encore, le théâtre se révèle être un miroir du droit. Mais un miroir tantôt cruel, tantôt infidèle, souvent déformant. Ce sera notre second axe : la représentation du droit par le théâtre (II.)

I.- Droit et Théâtre : miroirs de la Cité

Théâtre et droit sont des miroirs de la Cité. Mais en même temps qu'ils reflètent l'image de celle qui s'y mire, ils en façonnent une autre, selon leurs règles propres (A.). Toutefois, si la figure du miroir permet la comparaison, elle ne postule pas une identité et autorise, au contraire, des dissemblances (B).

A.- Ressemblances

4. La comparaison du droit et du théâtre est aisée voire trop évidente et repose souvent sur des jeux mi-polysémiques mi-métaphoriques¹⁰.

Ainsi la notion de personne juridique provient-elle certainement de la *persona*, le masque, qui avait, on l'oublie trop souvent, une utilité technique dans le théâtre grec antique, en ce qu'il servait de caisse de résonance¹¹.

Autre zone de contact, le centre de gravité de la tragédie latine, contrairement à la tragédie grecque, était moins l'*hybris* (c'est-à-dire l'excès, la démesure, qui conduit le héros à commettre une faute au regard des lois de la Cité) que le *nefas*, soit un crime contre les lois naturelles fondamentales, prenant sa source dans un *dolor* (une souffrance excessive) provoquant un état de *furor* (perte de toute mesure). Or, le droit romain connaissait la catégorie du *furor*, lequel rendait irresponsable l'auteur d'un crime commis alors qu'il n'était pas maître de sa personne. À la différence du droit, où l'incapacité est ponctuelle et passagère, le *nefas* dramatique constitue un point de non-retour pour le héros¹².

⁹ STENDHAL, *Le Rouge et le Noir*, Garnier, II, XIX, p. 357.

¹⁰ G. SOULIER, *loc. cit.*, n° 1.

¹¹ A. VIALA, *Histoire du théâtre*, 5^e éd., PUF, coll. « Que sais-je ? », 2017, p. 14.

¹² A. VIALA, *op. cit.*, p. 24 et s.

5. La comparaison est entretenue par l'idée que théâtre et droit sont des actes de langage¹³. L'axe linguistique se heurte cependant à la critique de l'ethnocentrisme et trahit un intérêt pour le seul théâtre occidental moderne, forme théâtrale qui, selon Artaud, serait enfermée dans le texte, dans la narration psychologique et évincerait la part plastique et physique, par opposition au théâtre oriental, balinais en particulier, forme totale et organique où se met en branle un « état d'avant le langage [...] qui peut choisir son langage : musique, gestes, mouvements, mots¹⁴ ».

L'assertion d'Artaud doit être mise en perspective avec une intuition de Foucault selon lequel le langage, dans les cultures indo-européennes :

« fait naître cet autre soupçon : qu'il déborde en quelque sorte sa forme proprement verbale, et qu'il y a bien d'autres choses au monde qui parlent, et qui ne sont pas du langage. Après tout, il se pourrait que la nature, la mer, le bruissement des arbres, les animaux, les visages, les masques, les couteaux en croix, tout cela parle ; peut-être y a-t-il du langage s'articulant d'une manière qui ne serait pas verbale. Ce serait, si vous voulez, très grossièrement, le *semaïnon* des Grecs¹⁵ ».

Dans cette perspective, Marie Reverdy note très justement que l'analyse serait davantage fertile en changeant de focale : au caractère cérémonial de la parole (qui limite la comparaison au théâtre et au procès) il faudrait préférer le prisme de l'*agôn*, dont la double fonction – la confrontation, qui suppose un arbitrage, la représentation, qui suppose un public – autorise une comparaison entre droit et dramaturgie¹⁶.

Plus avant, il convient de relever que théâtre et droit ont en commun une fonction politique (1.) assise sur la performativité (2.).

1.- Fonction politique

6. À l'instar du droit, le théâtre est consubstantiellement politique. Politique, en ce qu'il est un espace de socialisation inscrit lui-même dans la Cité, il l'est encore par son objet. Et quelque part, il est politique « malgré lui¹⁷ ». Aussi ne saurait-il être réduit à celle-ci, sans quoi sa dimension esthétique serait masquée (à l'inverse, le théâtre n'est jamais que pur esthétisme).

¹³ En ce sens, la science du droit serait un « métalangage, car elle a pour objet le droit, qui est lui-même un langage » (M. TROPER, *La philosophie du droit*, PUF, 5^e éd., 2018, p. 26).

¹⁴ A. ARTAUD, *Le théâtre et son double* [1964], Gallimard, 1985, p. 94.

¹⁵ M. FOUCAULT, « Nietzsche, Freud, Marx », in G. DELEUZE (dir.) *Cahiers de Royaumont. Nietzsche*, t. VI, Paris, Éditions de Minuit, 1967, p. 183. Pour la citation présente : D. DEFERT et F. EWALD (dir.), *Michel Foucault. Dits et écrits.*, t. I, 1954-1975, Gallimard, 2001, p. 592, spéc. p. 593.

¹⁶ M. REVERDY, *loc. cit.*, p. 103-104.

¹⁷ O. NEVEUX, « Le théâtre est délaissé par les élites », *Le Monde*, 9 juill. 2019, p. 28 : « Le théâtre est en partie saisi dans des enjeux politiques. Il prend place dans un présent inégalitaire, dans des rapports de force, il produit lui-même des rapports d'exclusion et de domination. Le théâtre est aussi un lieu où des salariés souffrent. Il est traversé par des luttes. Il manipule des mots, il expose des corps, il produit des représentations. C'est une pratique sociale. Bref, en un sens, il est politique malgré lui ».

Ainsi la tragédie grecque antique a-t-elle une portée civique, politique. D'une part car elle se fonde sur un passé collectif tant historique que mythologique¹⁸, d'autre part car elle met en scène les pulsions profondes de l'homme – et tend par là à le purger de ses vices – et invite dans le même temps à interroger le fondement des lois humaines ; on devine ici la *catharsis*, dont on trouve une esquisse théorique chez Aristote (*Poétique*) et qui sera condamnée par Platon (*La République*) et plus tard, par Augustin d'Hippone, qui inspirera lui-même les jansénistes.

7. Naturellement, la fonction politique du théâtre n'est pas propre aux temps antiques, ainsi des passions médiévales qui, sur fond religieux célébraient la communauté urbaine et exaltaient des figures historiques¹⁹. L'objectif de paix sociale, commune au droit et au théâtre, n'est pas même propre à l'Occident. Aussi la palabre subsaharienne – *tsang* chez les Bamilékés, *gacaca* dans l'Afrique des Grands lacs – constitue-t-elle un *medium* théâtral, ritualisé, permettant l'exposition et, par la même occasion, le règlement de litiges civils²⁰. Exercée selon des rites réglés²¹ et dans un lieu dédié, tantôt une case, tantôt sous un arbre (le baobab tenant lieu de chêne), elle a pour vocation essentielle le maintien de la paix sociale²².

Mieux, le théâtre constitue un outil politique, que cela soit dans le sens de la contestation du pouvoir étatique (on songe à Sartre, Anouilh, Montherlant, Brecht ou Mnouchkine et Cixous) ou de celui de l'instrumentalisation par ce dernier. En témoigne, du XVI^{ème} au XVIII^{ème} siècles, la pratique des entrées royales dans les villes de province ou du ballet de cour, qui entendaient célébrer le monarque et affirmer l'unité des gens de Versailles.

¹⁸ A. VIALA, *op. cit.*, p. 16.

¹⁹ Pour exemple, le *Mystère du siège d'Orléans*, passion du milieu du XV^{ème} siècle, dont la paternité peut être attribuée à F. GUESSARD et E. DE CERTAIN, exaltait la figure de Jeanne d'Arc (signification religieuse) et exposait une ferme fidélité à la monarchie française ; œuvre citée par A. VIALA, *op. cit.*, p. 36-37.

²⁰ V. sur la question, J.-G. BIDIMA, *La Palabre. Une juridiction de la parole*, Michalon, 1997 ; J. CHEVRIER, *L'arbre à palabres*, Hatier, 2005 ; T. BAH, « Les mécanismes traditionnels de prévention et de résolution des conflits en Afrique noire », in T. BAH, D. KONATE, A. MOUSSA IYE, Ph. NTAHOMBAYE, *Les fondements endogènes d'une culture de la paix en Afrique : mécanismes traditionnels et de résolution des conflits*, UNESCO, 1999. Plus largement, v. B. NATOÏNGAR, *Valeurs démocratiques et dialogue social : enjeux et analyse des cas contemporains en Afrique francophone*, th. Paris 1, 2022.

²¹ V., visant la palabre africaine comme forme de « procéduralité », D. TERRÉ, *Les questions morales du droit*, PUF, 2007, p. 228.

²² V., à propos du théâtre occidental, M. REVERDY, *loc. cit.*, p. 104 : « Malgré les différences évidentes entre les raisons qui président à la présence d'un public au théâtre et à la présence d'un public dans une salle d'audience, leur présence respective nous rappelle néanmoins que l'acte qui a lieu est un acte de mimesis du corps social, représenté dans les conflits qui le traversent et dans les ressources qu'il puise afin de les dépasser. La représentation des conflits vise donc une résolution pour échapper à la menace de fracture qu'ils laissent entrevoir. »

2.- Arts de la triche

8. La figure du miroir est enfin trompeuse car ni le théâtre ni le droit ne se bornent à réfléchir une image de la Cité. Le miroir reflète, réfléchit, déforme ; il montre à celui qui s’y mire ce qu’il désire, et parfois lui désigne l’ennemi.

C’est en ce sens qu’Artaud, dénotant une identité d’essence entre l’alchimie et le théâtre, affirma que « le théâtre aussi doit être considéré comme le Double non pas de cette réalité quotidienne et directe dont il s’est peu à peu réduit à n’être que l’inerte copie, aussi vaine qu’édulcorée, mais d’une autre réalité dangereuse et typique [...]. Or cette réalité n’est pas humaine mais inhumaine, et l’homme avec ses mœurs ou avec son caractère y compte, il faut le dire, pour fort peu²³. » En somme, le théâtre est davantage un mirage qu’un miroir²⁴.

Aussi, pour reprendre l’analyse de Frédéric Géa, théâtre et droit procèdent d’une combinaison de la *mimésis*, qu’il faut non pas comprendre comme une imitation mais comme une production du monde, et de la *phantasia*, c’est-à-dire l’immersion, qui du spectateur, qui du sujet de droit, dans un autre monde²⁵.

9. Art du juste (*ars boni et aequi*), le droit est bien plus assurément un art de la triche²⁶. À l’instar du dramaturge, le juriste produit un discours au sein d’un système artificiel dont les règles ont été par lui fixées, l’objet de son étude étant dans le même temps le produit de son discours – où l’on voit que le droit n’est guère une science.

En droit, comme au théâtre, on triche, on modifie les perspectives, on accentue tel aspect ou tel autre aspect du monde, qualifie ceci de meuble, cela d’immeuble. Ainsi, dans les *Deux amis*, de Pascal Rambert, une table en plastique devient, par la simple volonté déclarée d’un acteur, une table en bois massif. Bref, droit et théâtre sont des représentations du monde ; on y fait « comme si²⁷ ». Tant et si bien que « sur un plateau, avoir raison ou tort ne veut rien dire, l’important réside dans la force de la folie qui vous fait voir un château là où il n’y a qu’un carton, le soleil où il n’y a qu’un projecteur²⁸ ».

²³ A. ARTAUD, *op. cit.*, p. 73-74.

²⁴ A. ARTAUD, *op. cit.*, p. 75.

²⁵ F. GÉA, « Dystopies et droit, au miroir du théâtre », in E. GICQUIAUD (dir.), *Les dystopies et le droit*, Mare et Martin, 2022.

²⁶ Naturellement, il faudrait nuancer le propos car sur les planches comme au tribunal, on se met à nu, on s’offre au regard. V. en ce sens, M. BELLUCCI, « Au théâtre on dévoile son âme, on ne peut pas mentir, les gens voient qui nous sommes, avec nos peurs, nos fragilités, on ne cache rien » (*L’Obs*, Culture, samedi 4 février 2023).

²⁷ P. BROOK, *L’espace vide. Écrits sur le théâtre*, préf. Guy DUMUR, trad. C. ESTIENNE et F. FAYOLLE, Seuil, 1977, p. 181 : « Dans la vie quotidienne, l’expression « comme si » est une fonction grammaticale ; au théâtre, « comme si » est une expérience. Dans la vie quotidienne, « comme si » est une évasion ; au théâtre, « comme si » est la vérité. Quand nous sommes convaincus de cette vérité, alors le théâtre et la vie ne font qu’un. »

²⁸ D. BRANIER, *À la fin de l’envoi...*, Ah ! Contes d’auteur, 2016, p. 24.

C'est là évoquer la performativité du droit. Aussi a-t-on pu noter, en matière pénale, que « Le verdict ne se limite donc pas à l'expression d'une peine ou d'un acquittement, mais endosse *la fonction sémiotique de symbole de paix sociale*, voire *la fonction pragmatique d'énoncé performatif permettant la paix sociale*²⁹ ». Dans le même sens, les propositions « la séance est ouverte » ou « le tribunal vous reconnaît coupable » constituent des déclarations performatives. De la même manière a-t-on pu reconnaître que les personnes morales ont le droit au respect du secret de leur « vie privée », preuve de ce que le droit aime à s'affranchir du Réel³⁰.

Sans anticiper sur notre second axe de réflexion, on remarquera que la performativité du droit est mise en scène par le théâtre. Ainsi, le point de départ de *La dernière nuit du monde*, est un traité international rassemblant 54 signataires et dont l'objet est de mettre en place un protocole de la « nuit fragmentée », d'abolir la nuit – où l'on voit la puissance de la volonté du collectif³¹.

10. Droit et théâtre ont ainsi leur part de performativité. Seulement, la performativité est inhérente au droit, elle serait selon certains auteurs davantage une spécificité juridique qu'une spécificité linguistique³². À l'inverse, cohabitent dans le théâtre des énoncés performatifs et des énoncés descriptifs qui, même dans l'espace que constitue le théâtre, sont susceptibles d'être tenus pour vrais ou pour faux. C'est d'ailleurs cette possibilité qui autorise notamment de briser le « quatrième mur » et de produire un effet comique.

11. Enfin, si la performativité du théâtre est limitée à l'espace scénique – l'illusion ne vaut que sur les planches (pour autant que l'on y croie)³³ –, celle du droit est encore plus fragile qui s'expose à une concurrence des acteurs « normants³⁴ » et à l'évolution réelle des mœurs.

À titre d'illustration, on peut rappeler la vexation anthropomorphique à laquelle furent exposés les juristes conservateurs à l'occasion des débats sur la personnification juridique des animaux. Humiliés à trois reprises, ils allaient l'être une quatrième fois, dans l'arrière-monde (*Hinterwelt*) juridique, ultime refuge de

²⁹ M. REVERDY, *loc. cit.*, p. 108 (souligné par l'auteure).

³⁰ Conseil d'État, 7 oct. 2022, n° 443826, *Anticor* et son observation par P. LE MAIGAT, « La vie privée des personnes morales : nouvelle limite de la fiction juridique ou paradoxe du droit quantique », *Gaz. Pal.* 2022, n° 36, p. 19. *Contra* Cass. 1^{ère} civ., 17 mars 2016, n° 15-14.072, *BJS* 2016, p. 314, note D. PORACCHIA.

³¹ L. GAUDÉ, *La dernière nuit du monde*, Actes Sud-Papiers, 2021.

³² A. SÉRIAUX, *op. cit.*, p. 44, n° 27.

³³ *Comp.* à propos du droit, A. SÉRIAUX, *op. cit.*, p. 45, n° 29 et les références citées : « L'effet performatif des énoncés juridiques ne concerne évidemment par le monde des réalités sensibles : le droit appartient à l'ordre des réalités intelligibles. Il constitue en ce sens "un type spécifique d'objet idéal". Mais à l'intérieur de cet ordre il est pleinement efficace. »

³⁴ Il existe au sein même de l'ordre juridique une « concurrence des performativités ». Le pouvoir performatif (subjectif) du contractant est par exemple moins puissant que celui (objectif) de l'État ; ainsi, le juge n'est-il pas tenu de suivre la qualification donnée au contrat par les parties (art. 12, C. proc. civ.), idée que l'on retrouve dans le « principe de réalité » en droit du travail.

la supériorité humaine. On songe ici à la triple vexation évoquée par Freud³⁵ et reprise par Foucault³⁶ comme les « trois grandes blessures narcissiques » infligées à l'homme : cosmologique (Copernic), biologique (Darwin) et psychologique (Freud).

Par leur fonction politique et leur performativité, droit et théâtre entretiennent des points communs. Plusieurs éléments de dissemblance interdisent cependant une identité.

B.- Dissemblances

Le théâtre se distingue du droit à plusieurs égards, que cela soit par sa structure (1.), sa matérialité (2.) ou encore par la nature de sa représentation (3.).

1.- La structure du théâtre : ternaire, quaternaire

12. Dans la comparaison du théâtre et du droit, l'on aime souvent à dire qu'ils reposent tous deux sur une structure ternaire. Comme l'a fort justement écrit Alain Supiot : « l'ordre juridique, à quelque niveau qu'on le considère, est un ordre ternaire, qui fait de l'hétéronomie d'un tiers impartial la condition de l'autonomie reconnue à chacun, qu'il s'agisse du contractant, du propriétaire ou du dirigeant politique ou économique³⁷ ». Dans le même sens, il a pu être avancé que « [...] le théâtre comme le tribunal représente les enjeux d'un conflit par les seules ressources de la parole et organise cette représentation de manière non pas binaire mais ternaire : les deux parties en conflit d'une part, et l'ordre public d'autre part³⁸ ». La distanciation forcée par la matérialité du Palais ou du théâtre permettrait l'observation, la compréhension, et la mise en œuvre d'une « économie sémiotique et discursive³⁹ ».

13. Toutefois, ce qui vaut pour le droit ne vaut pas toujours pour le théâtre, et ce pour deux raisons.

Premièrement, dans sa forme la plus simple, le dialogue dramatique est certainement ternaire : le protagoniste et un autre personnage s'entretiennent d'un sujet – ils ont une fonction d'émetteurs –, et le dialogue est perçu par le spectateur – il est un récepteur -. La conscience tragique est alors révélée au spectateur, tiers impartial, par le heurt des sens mobilisés par les personnages, enserrés dans leurs

³⁵ S. FREUD, « Une difficulté de la psychanalyse », trad. par M. BONAPARTE et E. MARTY, in *Essais de psychanalyse appliquée*, Paris, Gallimard, coll. « Les Essais », 1933, p. 141, n° 61.

³⁶ M. FOUCAULT, *loc. cit.*

³⁷ A. SUPIOT, *Le travail n'est pas une marchandise. Sens et contenu du travail au XXI^{ème} siècle*, Collège de France, 2019, n° 3.

³⁸ M. REVERDY, *loc. cit.*, p. 104.

³⁹ *Ibidem.*

cosmogonies respectives⁴⁰. Mais que l'on ajoute un chœur, dont la fonction est de commenter la trame dramatique et la structure s'enrichit pour devenir quaternaire. La variation est encore plus sensible lorsque le chœur ne se borne pas à commenter mais s'adresse directement au public, figure typique du théâtre marxiste des années 1930 que l'on retrouvait déjà dans la comédie grecque antique.

Secondement, le caractère ternaire du théâtre se fonde sur le postulat de la passivité du spectateur (ce qui est conforme à l'étymologie du spectacle)⁴¹. Or, la passivité du récipiendaire participe d'une conception figée du théâtre, dénoncée par des dramaturges tels qu'Augusto Boal, pour lequel le spectateur peut avoir, individuellement ou collectivement, une incidence sur la dramaturgie. Dans son *Théâtre de l'opprimé*, l'auteur assume pleinement la fonction politique du théâtre essai, qu'il oppose au théâtre spectacle, et envisage plusieurs voies pour intégrer le spectateur à l'action dramatique afin qu'il se libère des « images achevées du monde » imprimées sur lui par le théâtre bourgeois⁴². Sa conclusion est radicale : « “spectateur” est un mot obscène⁴³ » ; « la poétique d'Aristote est celle de l'oppression⁴⁴ ».

2.- Le droit perpétuel, le théâtre éphémère

14. Le caractère perpétuel du droit, qu'il est permis de contester, constitue un autre point de dissemblance. Alexandre Kojève a pu défendre l'idée que le droit est immuable, éternel : « Une règle de droit donnée est valable “pour les temps (à venir)” : elle ne change jamais⁴⁵ ». La thèse est reprise par Alain Sériaux : on peut bien s'efforcer à abroger ou abolir les règles juridiques, mais « par le seul d'avoir été convenablement édictées, les règles juridiques sont en tant que telles irrévocables », simplement cessent-elles d'être « “en vigueur”⁴⁶ ».

⁴⁰ V., sur l'amphibologie et la révélation du sens par la structure ternaire, J.-P. VERNANT, P. VIDAL-NAQUET, *Mythe et tragédie en Grèce ancienne*, t. I, La Découverte, 1972, p. 35-36 et p. 101 à 103.

⁴¹ *Dictionnaire du Moyen Français*, synthèse 2020 : « ce qui se présente à la vue ».

⁴² A. BOAL, *op. cit.*, p. 55.

⁴³ A. BOAL, *op. cit.*, *loc. cit.* : « Oui, c'est sans aucun doute la conclusion : « spectateur » est un mot obscène. Le spectateur est moins qu'un homme. Il faut l'humaniser et lui rendre sa capacité d'agir pleinement. Il doit être sujet, acteur, à égalité de condition avec les autres qui deviennent à leur tour spectateurs. Toutes ces expériences du théâtre populaire n'ont qu'un seul et même but : libérer le spectateur sur qui le théâtre a imprimé des images achevées du monde. »

⁴⁴ A. BOAL, *op. cit.*, p. 56.

⁴⁵ A. KOJÈVE, *Esquisse d'une phénoménologie du droit*, Gallimard, 1981, n° 16.

⁴⁶ A. SÉRIAUX, *op. cit.*, p. 24.

À l'inverse, Artaud et Brook ont pu défendre qu'au contraire du droit, de la poésie et de la littérature, le théâtre n'est pas un texte figé⁴⁷ ; il est toujours en mouvement, en puissance⁴⁸, en perpétuel recommencement⁴⁹.

3.- Le théâtre comme représentation consciente du monde

15. À la vérité, l'idée même que le théâtre est un miroir de la Cité peut être discutée. En effet, de l'antiquité à la première modernité, le théâtre figurait tantôt des personnages historiques ou mythologiques (donc un miroir fragmenté, parcel-laire voire chimérique) tantôt des personnages stéréotypés correspondant à un type social mais dont les traits sont, par convention, volontairement grossis (donc un miroir grossissant). La *mimesis* défendue par Aristote se révèle ainsi fort peu réaliste.

Dans la seconde moitié du XVIII^{ème} siècle, les auteurs dramatiques, en particulier Diderot, entament une réflexion pour rendre l'illusion théâtrale plus convaincante, plus proche du spectateur – de celle-ci naîtra le drame. Politisé à dessein, le théâtre se veut alors École du peuple. Poursuivant les mêmes fins d'éducation populaire (en fait prolétaire), Brecht et, dans une certaine mesure Piscator, prendront le contre-pied des Lumières et érigeront une esthétique tout à fait originale avec le théâtre dialectique (ou épique), qui rompt avec la poétique aristotélicienne et qui prétend « briser l'illusion et son corollaire, l'identification du spectateur au héros, afin que l'ordre social ne soit plus perçu comme naturel mais comme transformable⁵⁰ ». Le but est de provoquer une réflexion chez le spectateur, non pas par le truchement

⁴⁷ B. BOISSON, A. FOLCO, A. MARTINEZ, *La mise en scène théâtrale de 1800 à nos jours*, PUF, coll. « Quadrige Manuels », 2015, p. 116 : « Le parti pris d'Artaud remet en question le textocentrisme aristotélicien. Il valorise le caractère spontané de la mise en scène contre l'immortalité de l'œuvre écrite ». *Adde* A. ARTAUD, *Lettre à Jean Paulhan*, 9 novembre 1932 : « J'ai donc dit "cruauté", comme j'aurais dit "vie" ou comme j'aurais dit "nécessité", parce que je veux indiquer que pour moi le théâtre est acte et émanation perpétuelle, qu'il n'y a en lui rien de figé, que je l'assimile à un acte vrai, donc vivant, donc magique. »

⁴⁸ Dans une violente charge contre le théâtre psychologique, dont il attribue la paternité tantôt à SHAKESPEARE, tantôt à RACINE, ARTAUD invite à « en finir avec cette superposition des textes et de la poésie écrite. La poésie écrite vaut une fois et ensuite qu'on la détruit. Que les poètes morts laissent la place aux autres. [...] Et comme l'efficacité des masques, qui servent aux opérations de magie de certaines peuplades, s'épuise, – et ce ces masques ne sont plus bons qu'à rejeter dans les musées, – de même s'épuise l'efficacité poétique d'un texte, et la poésie et l'efficacité du théâtre est celle qui s'épuise le moins vite, puisqu'elle admet l'action de ce qui se gesticule et se prononce, qui ne se reproduit jamais deux fois » (A. ARTAUD, *op. cit.*, p. 121-122).

⁴⁹ P. BROOK, *op. cit.*, p. 181 : « Au moment où vous lisez ce livre, il est déjà démodé. C'est pour moi un exercice, désormais figé. Mais à la différence d'un livre, le théâtre a une caractéristique particulière : on peut toujours recommencer. Dans la vie, c'est impossible : nous ne pouvons jamais retourner en arrière. Les nouvelles feuilles ne jaunissent pas, la pendule ne revient pas en arrière, on ne nous donnera pas une deuxième chance. Mais au théâtre, on écrit sur une ardoise qu'on peut toujours effacer. »

⁵⁰ B. BOISSON, A. FOLCO, A. MARTINEZ, *op. cit.*, p. 161. *Comp.*, sur la puissance « transformatrice » du droit, A. SERIAUX, *op. cit.*, p. 39, n° 25 : « Renommer une réalité, c'est pour le législateur, se donner les moyens de la transformer. Nos mots ne peuvent sans doute pas aller jusqu'à la nier ; du moins sont-ils à même de nous la faire percevoir autrement ».

de l'empathie, mais en le mettant dans une position objective et critique⁵¹. Plus précisément, c'est le procédé dramaturgique de *Verfremdungseffekt* (maladroitement traduit par « distanciation ») qui consomme la rupture avec l'identification du théâtre dramatique. Dans cette vue le théâtre n'est pas un miroir et emprunte davantage à la peinture. Pour paraphraser Soulagès, le théâtre dialectique *ne représente pas, il présente*⁵².

16. Plus avant, l'objet même du théâtre diffère de celui du droit. Le droit, en tant que discours, *est* une représentation de la Cité (ou plus exactement cristallise un certain nombre de valeurs pour un temps et une culture donnés). Le théâtre *se veut* représentation du monde, il est par essence un acte conscient de figuration. Surtout, il n'est pas borné par les limites de la Cité et peut volontiers représenter un monde alternatif, dystopique ou utopique⁵³. Ainsi, dans *Attention au travail*, ce sont les ouvriers qui mènent l'entretien d'embauche et humilient les patrons⁵⁴. Gildas Bourdet procède à une « inversion des rôles, qui un instant remet imaginativement le monde à l'endroit⁵⁵ ».

La fonction politique y est patente : le théâtre n'est plus conçu comme une fin mais un moyen aux fins de production d'une nouvelle civilisation – il est un *agir*, une normativité qui concurrence la norme juridique.

II.- Le Théâtre, miroir du Droit

Suivant une perspective inverse, il convient d'étudier le théâtre comme miroir du droit et de rechercher, si elle existe, la fonction dramatique de l'évocation du droit par le théâtre. Qu'il représente ses acteurs (A.) ou ses sujets (B.), le théâtre est assurément un *medium* au service de la critique du droit (C.).

A.- Le théâtre : sociologie du droit sans rigueur

Le théâtre se révèle parfois être une véritable sociologie du droit. Il représente les gens du droit (1.), leurs mots et leur mode de pensée (2.).

⁵¹ A. BOAL, *Théâtre de l'opprimé*, trad. par D. LÉMANN, La Découverte, 2007, p. 56 : « La poétique de Brecht est celle des avant-gardes éclairées : on y montre un monde transformable et la transformation commence au théâtre même. Le spectateur ne délègue pas ses pouvoirs pour qu'on joue à sa place. [...] L'action dramatique éclaire l'action réelle. Le spectacle prépare à agir. »

⁵² P. SOULAGÈS, entretien recueilli par V. NOCE, *Libération*, 18 janv. 2013 : « Je ne dépeins pas, je peins, je ne représente pas, je présente. »

⁵³ Citons H. MÜLLER, *Germania. Mort à Berlin* ; E. BOND, *Le crime du XXI^{ème} siècle* ; H. BARKER, *Brutopia*.

⁵⁴ G. BOURDET, *Attention au travail*, créé le 3 avril 1979 à l'Idéal Ciné, Tourcoing. La pièce se compose de seize scénettes décrivant le monde ouvrier. Dans le 3^{ème} tableau, *L'embauche*, des entreprises sont en déficit de main d'œuvre qualifiée, plaçant les ouvriers en position de force.

⁵⁵ G. BRUIT, « Théâtre » (compte-rendu), in *Raison présente*, n° 56, 1980, p. 155-160.

1.- Les gens du droit

17. De la simple évocation à la description appuyée, la présence des gens du droit dans le théâtre n'est pas rare. On ne s'étonnera pas de retrouver dans la galerie des acteurs du droit les figures les plus classiques (juge, avocat, huissier), souvent stéréotypées.

18. De nouveaux acteurs de la scène juridique semblent toutefois apparaître. En effet, et c'est je crois un phénomène récent, il semble que le discours juridique soit aujourd'hui perturbé par la figure de l'« autochtone⁵⁶ », invoquée le plus souvent sans précision tel un fétiche auréolé d'une autorité dont on peine à identifier la source (serait-ce son exotisme ?).

S'il ne nous appartient pas de dire notre sentiment sur l'argument « autochtone » en droit⁵⁷, reste que l'évolution a été perçue par Laurent Gaudé. Dans *La dernière nuit du monde*, hormis Lou, aucun personnage ne semble remettre en cause le bien-fondé de l'abolition de la Nuit. Tous sauf Ilma, représentante du peuple Sami, qui interpelle l'Homme moderne : « Mon peuple m'a demandé de vous rappeler l'alternance sacrée du jour et de la nuit, de la lumière et de l'obscurité, de l'activité et du sommeil. Le monde ne doit pas tomber tout entier dans la main de l'homme... ». À la sagesse ancestrale, le père du protocole de la « nuit fragmentée » oppose « le sens de l'Histoire⁵⁸ ».

19. Plus classiquement, le théâtre évoque également des positions contractuelles. Ainsi de la figure du bénéficiaire d'une promesse unilatérale *Dans la solitude des champs de coton*⁵⁹, et celle, passablement antijuive, du créancier avec Shylock.

⁵⁶ V. not., P. BRUNET, « Vouloir pour la nature. La représentation juridique des entités naturelles », *Journal of interdisciplinary history of ideas*, vol. 8, section 2, 2019, p. 2:1 ; F. GIRARD, « Semences et agrobiodiversité : pour une lecture ontologique des bio-communs locaux », *Dév. dur. et territoires*, vol. 10, 2019.

⁵⁷ Il est cependant permis d'éprouver une certaine gêne à la lecture du terme « autochtone », et ce non pas car le substantif serait en soi dégradant, mais bien plutôt car il trahit un *a priori* racialement en l'absence d'adjectif classifiant. Comme le relève Monsieur Zérah BRÉMOND, « en dehors de cette "expérience" commune [le passé colonial], il n'en demeure pas moins que les différentes communautés qualifiées de peuples autochtones n'ont, outre les alliances précoloniales – iroquoise, inca, māori, que peu de raisons de se regrouper » (*Le territoire autochtone dans l'État post-colonial. Étude comparée des États issus des colonisations britannique et hispanique*, préf. J. ARLETTAZ, Institut francophone pour la Justice et la Démocratie, 2021, p. 650, n° 891). Il faut toutefois remarquer que la mobilisation de la notion d'autochtone, si elle manque de rigueur, résulte parfois de l'« invention d'une identité panethnique transnationale » par les populations concernées, c'est-à-dire d'une politisation de l'identité (F. MORIN, « L'ONU comme creuset de l'autochtonie », *Parcours anthropologiques*, 2005, p. 35, spéc. p. 40). C'est ce que relève la professeure Albane GESLIN à propos des « bricolages identitaires » ayant conduit la réunion d'ethnies vulnérables mais distinctes, particulièrement dans l'Arctique et l'Amazonie, sous la même bannière identitaire (« La protection internationale des peuples autochtones : de la reconnaissance d'une identité transnationale autochtone à l'interculturalité normative », *Annuaire français de droit international*, 2010, p. 657, spéc. p. 660).

⁵⁸ L. GAUDÉ, *op. cit.*, p. 31.

⁵⁹ B.-M. KOLTÈS, *Dans la solitude des champs de coton*, Éditions de Minuit, 1986, p. 55.

À l'échelle institutionnelle, l'action parlementaire a pu être représentée dans le *Ça ira (1) Fin de Louis* de Joël Pommerat⁶⁰. Dans le même sens, Faustine Noguès s'est adonnée à une critique en règle de l'État de droit dans *Grand Pays*⁶¹.

20. À un degré inférieur, certaines professions du droit sont représentées dans le théâtre. Deux perspectives peuvent être identifiées.

a.- La représentation critique des professions juridiques

21. Dans la première, qui est la plus courante, la représentation des professions juridiques a une fonction critique.

i.- Grand Pays, Noguès

Celle-ci peut être ostensiblement militante. Ainsi, chez Noguès, le même personnage – Monsieur Justice – figure tout à la fois le législateur, réduit à un éditeur de Codes, et celle du juge judiciaire. La négation de la séparation des pouvoirs sert l'argument de la pièce : la France, ce *Grand Pays*, n'est plus un État de droit. Plus exactement, l'auteure s'évertue à dissocier le légal, objectif, du Juste, subjectif – thème que l'on retrouve dans *Antigone* :

« Les lois ne sont rien d'autre que des mots fixés sur un bout de papier. Je me moque des lois du moment que j'accomplis ce qui est juste pour moi. »
« Vous pouvez me condamner, je continuerai à faire ce qui, à mes yeux, est juste⁶². »

La pièce, directement inspirée de l'affaire Cédric Herrou, réunit trois personnages qui, pour des motifs divers, ont violé l'article L. 622-1 du CESEDA, aujourd'hui abrogé, lequel instituait ce qu'il a été convenu d'appeler un « délit de solidarité⁶³ ».

Condamnés sur ce fondement, les personnages décident de s'allier et de contester la décision rendue par Monsieur Justice en empruntant des voies extrajudiciaires. Ils décident dans un premier temps de se filmer en rejouant le procès et en inversant l'issue de l'instance pour souligner l'inanité de la décision, sorte de mise en abyme du procès dans le théâtre⁶⁴. Dans un deuxième temps, ils envisagent la constitution d'une cagnotte en ligne, intitulée « STOP délit de solidarité » afin de payer les frais de justice⁶⁵. On rappellera sur ce point qu'une telle cagnotte est illicite⁶⁶. Finalement,

⁶⁰ J. POMMERAT, *Ça ira (1) Fin de Louis*, Actes Sud-Papiers, 2016.

⁶¹ F. NOGUÈS, *Grand Pays*, L'Œil du Prince, 2022

⁶² F. NOGUÈS, *op. cit.*, p. 113.

⁶³ Cons. const., 6 juill. 2018, QPC n° 2018-717/718.

⁶⁴ F. NOGUÈS, *op. cit.*, p. 49.

⁶⁵ F. NOGUÈS, *op. cit.*, p. 52 et 60.

⁶⁶ Art. 40, loi du 29 juillet 1881 : « Il est interdit d'ouvrir ou d'annoncer publiquement des souscriptions ayant pour objet d'indemniser des amendes, frais et dommages-intérêts prononcés par des condamnations judiciaires, des amendes forfaitaires, des amendes de composition pénale ou des sommes dues au titre des transactions prévues par le code de procédure pénale ou par l'article 28

les protagonistes se tournent vers le Conseil constitutionnel, présenté par Monsieur Justice comme le « Comité de censure de la maison d'Édition ». Après avoir exposé que le Conseil censure des lois sur les fondements des principes d'égalité et de liberté, les personnages-justiciables remarquent qu'il ne se fonde jamais sur le principe de fraternité. La devise républicaine serait-elle, à défaut d'être pleinement positivée, tout juste bonne à orner les frontons des mairies ? Dans cette perspective, ils forment une QPC pour savoir sur les articles L. 622-1 et L. 622-4 du CESEDA sont compatibles avec le principe (constitutionnel ?) de fraternité.

S'ensuivent plus de vingt pages d'audience dans lesquelles les Sages décortiquent à la manière d'un cas pratique les articles litigieux. Tout y passe : les champs *rationae materiae, personae*, les conditions, les exceptions, les sanctions. La scène est assez comique et les juges constitutionnels ne mâchent pas leur mot : « Ça sent... // L'inconstitutionnalité ! », « Il est écrit avec les pieds ce code⁶⁷ ». Chose assez rare pour être remarquée, l'auteure cite plusieurs sources juridiques en notes de bas de page, comme pour asseoir sa thèse (loi, jurisprudence, Convention de Genève, doctrine, communiqués du Conseil constitutionnel). Finalement, les textes sont jugés inconstitutionnels et les Sages s'emploient à une cérémonie d'abrogation qui, concrètement donne lieu à ce que le Code soit successivement raturé, pilonné, frappé, « violé », brûlé et noyé. Son passage à tabac est à la mesure de ce qu'ont subi les victimes de la violence du texte. La cérémonie se clôt par les mots d'un des conseillers :

« Je déclare à présent la mort de ce Code non conforme à la Constitution. Mesdames, Messieurs les Sages, nous avons bien travaillé. L'équilibre est rétabli. Vive la République. Vive la France⁶⁸. »

ii.- *Les Plaideurs, Racine*

21 bis. L'approche est moins frontale dans *Les Plaideurs* car elle emprunte la voie de stéréotypes poussés à leur extrême. Ainsi, avec sa satire, c'est moins à une critique du monde du droit que Racine s'emploie qu'à une mise en garde contre les potentielles dérives de l'exercice de la justice ; il montre, en somme, un droit pathologique⁶⁹.

de la loi organique n° 2011-333 du 29 mars 2011 relative au Défenseur des droits sous peine de six mois d'emprisonnement et de 45 000 euros d'amende, ou de l'une de ces deux peines seulement. Le fait d'annoncer publiquement la prise en charge financière des amendes, frais, dommages-intérêts et autres sommes mentionnés au premier alinéa du présent article est sanctionné des mêmes peines. »

⁶⁷ F. NOGUÈS, *op. cit.*, *loc. cit.*

⁶⁸ F. NOGUÈS, *op. cit.*, p. 119.

⁶⁹ V. en ce sens la préface de Georges FORESTIER, selon lequel « il serait très exagéré de parler de comédie de mœurs » (p. 24) au point que l'auteur s'interroge sur la nature satirique de la pièce (p. 25) : « La folie des personnages est si forte, la dimension burlesque des tirades judiciaires est si éblouissante, qu'on voit bien que Racine a voulu aller bien au-delà de la simple « exagération comique » qui caractérise la comédie morale de Molière (du moins le Molière du *Tartuffe* et du *Misanthrope*). Bien plutôt s'agirait-il d'une farce burlesque reposant moins sur le comique de

La critique n'en est pas moins acerbe. Racine y moque le rituel judiciaire en mettant en scène des plaideurs maladifs qui tirent une jouissance telle de procédures absconses qu'on est en droit de se demander s'il ne s'agit pas d'une véritable profession. Autre figure, le juge Dandin : un magistrat timbré (v. 30) qui « fit couper la tête à son Coq de colère / Pour l'avoir éveillé plus tard qu'à l'ordinaire » (v. 35-36), le pauvre animal ayant prétendument été corrompu par quelques fâcheux. Fou, le juge Dandin est zélé, étranger à la raison (v. 79) et sujet d'un biais de judiciarisation extrême (v. 612).

À cela il faut ajouter une appétence très modérée pour le respect de la procédure et du contradictoire. Ouvrant l'instance et s'apercevant qu'aucun conseil n'est constitué, il désigne avocats son Portier et son Secrétaire, tous « *deux fort ignorants* » (v. 634), l'un avouant être analphabète (v. 638). La critique est nette : point besoin d'être juriste pour l'être, il suffit de le prétendre. La robe fait l'avocat, comme l'habit fait le médecin⁷⁰. Avec la robe vient la chrématistique. Aussi Petit-Jean s'empresse-t-il de demander la nature de sa rémunération (v. 639). Ses espoirs de monnaie sonnante et trébuchante sont bien vite déçus par Léandre : en matière de professions libérales, point de commission, seuls comptent les honneurs (v. 641-642)⁷¹.

Si l'on quitte les airs enlevés de la farce⁷² pour des rivages plus austères, l'avocat n'a pas meilleure allure chez Wajdi Mouawad. Dans *Racine carré du verbe être*, le conseil a pour client un homme qui, après avoir profité des services d'une mineure prostituée, l'a raccompagnée soûl en voiture et occasionné un accident de voiture dont elle est morte. La stratégie adoptée est proche de la transaction : « les parents ne veulent pas déposer plainte, ils ne veulent pas que l'on sache que leur fille était une pute... ». Il suit de là que l'affaire sera vite réglée ; comme le résume le conseil, la chose « est terrible mais ce n'est pas grave⁷³ ». La figure de l'avocat que nous présente l'auteur est nettement plus cynique et parée d'aucune vertu.

b.- *L'ethos juridique au service de la structure dramatique*

22. Dans une seconde perspective, plus riche, la représentation de la profession juridique bénéficie d'une véritable fonction dramatique.

geste, de situation ou de mouvement que sur « la "grâce" d'un comique verbal exceptionnel » (p. 30).

⁷⁰ J.-B. POQUELIN, dit MOLIÈRE, *Le Médecin malgré lui*, 1666, acte III, sc. 1 :

« LÉANDRE – Tout ce que je souhaiterais, serait de savoir cinq ou six grands mots de médecine, pour parer mon discours, et me donner l'air d'habile homme.

SGANARELLE – Allez, allez, tout cela n'est pas nécessaire. Il suffit de l'habit : et je n'en sais pas plus que vous ».

⁷¹ V. 641-642 : « Ah fi. Garde-toi bien d'en vouloir rien toucher. C'est la cause d'honneur, on l'achète bien cher. »

⁷² Dans *La farce de Maître Pathelin*, dont l'auteur nous est inconnu, l'avocat est également représenté comme un coquin.

⁷³ W. MOUAWAD, *Racine carrée du verbe être*, Léméac - Actes Sud, 2023, p. 101-102.

Chez Mouawad toujours, mais dans *Incendies* cette fois, il est permis d'avancer que c'est la figure du notaire qui constitue le nœud dramatique ; sans lui, pas de pièce⁷⁴. En effet, à la mort de leur mère, des jumeaux reçoivent du *de cuius* deux lettres, scellées. Afin d'en découvrir leur contenu, et conformément à la volonté de la défunte, le fils doit partir à la recherche de son frère et la fille à la recherche de son père, lesquels leur sont inconnus. Il eût pourtant suffi de violer la volonté de la défunte pour accéder au contenu des lettres et s'épargner un long voyage initiatique. Et c'est précisément la fidélité du notaire à l'égard de la mère, mais surtout sa soumission à la procédure, son *ethos*, qui constituent le nœud dramatique, condition des péripéties.

2.- Les mots et la pensée du droit

23. Plus avant, les gens du droit ne sont identifiés comme tel que par leur langage et leur raisonnement.

La mobilisation du champ lexical juridique a une fonction *situation* : il permet d'identifier le personnage – et en cela, le vocabulaire juridique ne se distingue pas d'autres lexiques techniques (médical par exemple).

Cependant, et c'est peut-être une singularité de la langue du droit, elle revêt également une fonction *neutralisation* (en ce qu'elle permet d'assécher l'humain, le *pathos*)⁷⁵ et une fonction *métaphorique* (elle autorise l'analyse d'une relation par un autre prisme)⁷⁶ – étant entendu que ces fonctions s'entremêlent.

Quant au raisonnement juridique, dont on sait qu'il est pluriel, c'est le syllogisme qui a retenu l'attention des dramaturges et il est souvent mobilisé comme un ressort comique. Ainsi, dans le *Rhinocéros* de Ionesco, un chien devient chat par la seule puissance de la logique – où le performatif confine à l'absurde⁷⁷.

⁷⁴ W. MOUAWAD, *Incendies. Le sang des promesses 2/*, Actes Sud, 2011.

⁷⁵ V. pour une illustration le traitement particulièrement froid d'un viol par un avocat, *supra*.

⁷⁶ Dans *La dernière nuit du monde*, la métaphore contractuelle est mobilisée pour désamorcer une tension amoureuse (p. 22 : « LOU – Il est stipulé par contrat que tu me dois des heures entières à ne rien faire d'autre que me regarder »). L'on retrouve la métaphore filée du motif contractuel dans *Le livre du rire et de l'oubli* de Milan KUNDERA, dont on ne résiste pas à citer un extrait : « Disons les choses autrement : toute relation amoureuse repose sur des conventions non écrites que ceux qui s'aiment concluent inconsidérément dans les premières semaines de leur amour. Ils sont encore dans une sorte de rêve, mais en même temps, sans le savoir, ils rédigent, en juristes intraitables, les clauses détaillées de leur contrat » (p. 67 de l'édition Gallimard de 1985).

⁷⁷ E. IONESCO, *Rhinocéros*, in *Théâtre complet*, édition établie par E. JACQUART, Gallimard, p. 553-554. Suivant une variation, p. 554 : « LE LOGICIEN, au Vieux Monsieur – « Autre syllogisme : "Tous les chats sont mortels. Socrate est mortel. Donc Socrate est un chat" ».

B.- Les sujets du droit : personnification(s)

24. Le théâtre ne se borne pas à figurer les acteurs du droit, il en représente également les sujets et se permet à cet égard, quelques extravagances.

Ainsi, dans *Les Plaideurs* de Racine, qui reprend *Les Guêpes* d'Aristophane, un chien s'est rendu coupable d'avoir mangé un chapon (du fromage chez Aristophane) et, conséquence de son odieux crime, est traduit en justice devant le juge Dandin. Pareille affaire n'est pas sans rappeler les procès animaliers médiévaux, aussi bien ecclésiastiques que séculiers : partage en domaines exclusifs du Léman entre hommes et anguilles (1221), mise à mort de la truie de Falaise (1387) ou encore, plus tard, excommunication des sauterelles de Clermont-Ferrand (1826)⁷⁸.

Naturellement, la personnification du chien sert la farce et moque les excès du juridisme : sauf à verser dans l'abscons, on ne saurait plaquer un raisonnement juridique sans égard à la réalité sensible. Il est d'ailleurs remarquable que ce qui était présenté comme un délire pathologique au XVII^{ème} siècle soit devenu un projet de société à l'orée du XXI^{ème}⁷⁹.

25. Mais, pour le juriste, l'intérêt est ailleurs. À première vue, le lecteur ne devrait pas être surpris du procédé de personnification littéraire, lequel constitue une technique classique d'attribution de caractères humains à une entité non-humaine.

Mais à y mieux regarder, la personnification littéraire ne joue pas à plein et ne remplit pas sa fonction anthropomorphique traditionnelle⁸⁰. En effet, la personnification juridique est émancipée de la personnification littéraire : devenu sujet de droit, le chien Citron demeure un objet dramatique. Là siège certainement l'enseignement de Racine : au-delà de la dissociation de l'objet et du sujet, au-delà de ce que la farce est devenue un projet politique sérieux, il met en exergue une difficulté qui intéresse la technique juridique, à savoir *l'hémiplégie du vivant personnifié* ; débiteur d'obligations, Citron n'est titulaire d'aucun droit – qu'il n'exercerait d'ailleurs qu'à grand-peine sinon par le truchement de représentants, ici de faux avocats.

⁷⁸ Remarquons que de telles affaires étaient loin d'être absconses : s'inscrivant dans une cosmologie catholique et manifestant une égalité de l'animal et l'homme devant la justice divine, ces procès avaient des fonctions prosaïques (enquête, mise en garde de l'homme). V. sur la question, J. RÉAL, *Bêtes et juges*, Buchet-Chastel, 2006.

⁷⁹ V., pour un exemple patent, S. DONALDSON, W. KYMLICKA, *Zoopolis. A Political Theory of Animal Rights*, Oxford University Press, 2011.

⁸⁰ Pour une personnification dans les règles de l'art, v. A. ZENITER, *Quand viendra la vague*, L'Arche, 2019, qui offre un bestiaire riche : des vaches blasées et désinvoltes comme des adolescentes (p. 16), un poisson espiègle et « expansionniste » (p. 20) et un mouflon sur deux jambes (scène 8).

C.- La critique politique du droit par le théâtre

26. Lorsqu'il ne se contente pas de l'évoquer au hasard d'une scène, le théâtre se livre à une véritable critique politique du droit. Il ressort en effet de nos lectures que le droit est quasi exclusivement représenté comme instrument de domination⁸¹.

Ainsi de la domination de la nature par l'Homme, toile de fond de *La dernière nuit du monde*. Ainsi de la domination des *nokhehim nifkadim* (présents-absents), dont l'expropriation, entérinée par la loi israélienne sur la propriété des absents (1950) est cruellement rappelée dans *Home*, d'Amos Gitai.

Les illustrations sont multiples ; on se contentera d'étudier une institution, le mariage (1.) et un droit subjectif, la propriété (2.).

1.- Une institution : le mariage

27. Revenons à nos *Plaideurs* dont il convient de rappeler l'argument. Léandre fils du juge Dandin, et Isabelle, fille de Chicanneau, s'aiment d'un amour réciproque qu'ils souhaitent sceller par un contrat de mariage.

La difficulté naît de ce que l'heureuse union bute sur l'assentiment du père de la convoitée, lequel n'entend pas donner si aisément la main de sa fille. Sans aller jusqu'à dire que Racine s'emploie à une dénonciation du patriarcat, ce qui reviendrait à lui prêter des intentions qui n'étaient pas les siennes, le droit est ici conçu comme une entrave au libre mariage, à l'amour, soit, du point de vue de la structure dramatique, un nœud qu'il convient de dénouer.

Afin de surmonter l'obstacle, l'Intimé et Léandre conspirent à quelque subterfuge⁸². Grimés en huissier et en commissaire, ils font signer à Chicanneau le contrat de mariage, présenté comme un exploit réglant le litige qui l'opposait à la Comtesse de Pimbêche (v. 498-500). « Écrit en bonne forme », le contrat sera homologué par le juge Dandin qui, apprenant la ruse, refusera de se dédire⁸³. La malice de l'amour exploite ainsi l'obsession d'un père pour la procédure, et l'obsession de l'autre pour la force des jugements, afin qu'ils donnent tous deux leur consentement.

2.- Un droit subjectif : la propriété

28. Enfin, il est permis de distinguer trois séries de critiques portées par le théâtre à la propriété.

⁸¹ L'assertion vaut naturellement pour le corpus choisi ; nombreuses sont les pièces qui font l'éloge du droit. Citons les classiques : l'*Orestie*, plus particulièrement *Les Euménides*, d'ESCHYLE, *Horace* et *Cinna* de CORNEILLE. Sur notre parti pris, v. note 1.

⁸² Qu'il est permis de rapprocher du rapt de séduction, qui fut jadis un crime puni de la peine de mort – c'est dire les risques pris par Léandre – et un obstacle dirimant au mariage.

⁸³ Acte III, sc. dernière, v. 999 : « Puisque je l'ai jugé, je n'en reviendrai point ».

La première tient à sa nature. La propriété, en ce qu'elle confère à son titulaire un pouvoir, est un marqueur social aisément identifiable. Dans *La Cerisaie*, elle est le symbole d'une puissance passée, celle de propriétaires terriens endettés et privés de leurs serfs, mais également l'horizon d'une accession nobiliaire pour un ancien *moujik* devenu marchand.

La deuxième, qui voisine la première, tient à son effet : l'exclusion. N'apprend-on pas que le propre de la propriété est de jouir d'une prérogative exclusive sur une chose ? Dans *Quand viendra la vague*, les deux protagonistes possèdent une bergerie au sommet d'une île – « Et la bergerie, toute seule, c'est de la merde ». « Heureusement, réplique Letizia, il y a la vague⁸⁴ ». En effet, la montée des eaux menace le monde ; bientôt, tout sera submergé – à l'exception de la bergerie, dont la capacité d'accueil est limitée. Pauvres devenus despotes, Mateo et Letizia se retrouvent ainsi à déterminer quels individus auront le droit au refuge, à la vie, et quels autres en seront exclus.

Représenter la propriété comme instrument d'exclusion conduit également à interroger son utilité. Cela vaut pour la propriété privée, assurément, mais encore pour la propriété publique. Dans *8 heures ne font pas un jour*, l'extravagante Mamie, se met en tête de créer une garderie (*Kindergarten*) afin d'accueillir « tous les enfants de la rue⁸⁵ » (et permettre ainsi aux mères prolétaires de pouvoir travailler à temps plein). Son dévolu se jette sur un grand local ayant accueilli une bibliothèque municipale récemment désaffectée. Honnête citoyenne, Mamie réalise les démarches idoines pour obtenir une autorisation auprès de la mairie ; elle se heurte au refus d'un fonctionnaire⁸⁶. Citoyenne séditieuse, Mamie outrepassa le refus et exploite clandestinement le local. On reconnaîtra en filigrane la question, lancinante, des biens communs, laquelle résonne comme une résignation des plus modestes dans la bouche de Jochen :

« Eh bien, ce local, il appartient à quelqu'un. Tout espace, toute chose même appartient à quelqu'un, c'est obligé⁸⁷. »

La troisième série de critiques tient aux fonctions de la propriété, le théâtre la représentant parfois comme une superstructure du capitalisme. Support du capital, la propriété autorise l'assujettissement du travail.

Cela est particulièrement frappant dans le *7 minutes* de Massini qui croque l'activité d'un comité d'usine à un moment décisif. Afin de finaliser la cession d'une société de textile, les actionnaires actuels proposent un marché aux travailleuses : la

⁸⁴ A. ZENITER, *Quand viendra la vague*, L'Arche, 2019, p. 42.

⁸⁵ R. W. FASSBINDER, *Acht stunden sind kein Tag*, trad. par L. MUHLEISEN, *8 heures ne font pas un jour*, L'Arche, 2021, p. 63.

⁸⁶ R. W. FASSBINDER, *op. cit.*, p. 65 : « Si la ville ne veut rien mettre dans ces locaux, c'est qu'elle a ses raisons. »

⁸⁷ R. W. FASSBINDER, *op. cit.*, p. 64.

direction s'engage à ne procéder à aucun licenciement ; en échange de ce présent, elles doivent accepter de travailler sept minutes de plus. Sept petites minutes pour sauver la totalité des emplois, un sacrifice indolore pour le collectif, la satisfaction des propriétaires contre presque rien, sinon la dignité.

Conclusion

29. Loin d'être un miroir inerte, le théâtre tire sa force d'être une représentation consciente du monde et, sans nécessairement la réaliser, participe de sa transformation. De là permettons-nous d'avancer, à l'instar de Shelley, mais sans doute sommes-nous idéalistes, que les dramaturges sont en définitive les législateurs non reconnus du monde⁸⁸.

⁸⁸ P. SHELLEY, *Defence of poetry*, 1821 : « *Poets are the unacknowledged legislators of the world.* »

Les procès fictifs : usages artistiques et sociaux du procès dans la cité¹

Nathalie GOEDERT

Historienne du droit, Université Paris-Saclay EMRJ (Université di Corsica)

Ninon MAILLARD

Historienne du droit, Université de Paris-Nanterre, CHAD

Résumé : Un procès fictif n'est ni un vrai procès, ni un faux procès ; il tient des deux à la fois. C'est un dispositif, mis en œuvre dans le cadre non institutionnel, le plus souvent artistique sans que cela soit systématique, qui reprend (en totalité ou en partie, dans une totale liberté artistique), les codes, les artifices, les décors, les étapes, les rôles, voire le personnel judiciaire lui-même du procès institutionnel pour proposer une autre version de la justice.

Alors même qu'il semble acquis que toutes les institutions démocratiques sont en crise, dans le sens où on constate une défiance des citoyens vis-à-vis des hommes et des services d'État, on n'a peut-être jamais fait autant appel au dispositif du procès dans l'art et la vie citoyenne. Si l'institution judiciaire est critiquée, attaquée, la justice reste un idéal pour les citoyens d'un État de droit. La mise en scène du procès organisé par la société civile ou dans l'art contemporain illustre ce paradoxe car elle est à la fois la preuve des critiques et des espérances vis-à-vis de la justice. On peut y voir le symptôme de la crise institutionnelle mais y lire aussi l'expression d'une foi inébranlable dans la justice, et d'une exigence permanente constituant le pendant des déceptions contemporaines. Les procès fictifs permettent en effet de découvrir la complexité d'une justice contemporaine qui ne peut plus se penser et se construire en marge des arts et du peuple.

Mots-clés : Procès fictifs – démocratie – media-juge – justice participative – justice interactive

Pourquoi écrire sur les procès fictifs et plus largement sur des dispositifs artistiques utilisant le ressort du procès, que ce soit sous la forme d'un film de fiction ou sur la forme d'une performance ou d'un spectacle vivant ? En quoi des productions que l'on considère comme relevant du loisir ou divertissement trouvent-elles leur place

¹ Ce texte correspond à l'intervention orale prononcée dans le cadre du séminaire de l'IRJS « Le droit en spectacle » où nous avons choisi de venir présenter nos recherches en cours. L'essentiel des travaux auxquels il est fait référence sont publiés sur *IMAJ*, carnets de recherche en Analyse Juridique de l'Image, <https://imaj.hypotheses.org>. Nous indiquons en note de bas de page les références de quelques articles et ouvrages publiés par ailleurs.

dans une recherche universitaire à la faculté de droit ? Le séminaire « Le droit en spectacle » nous donne l'occasion de revenir sur la richesse de cette piste de travail qui s'avère très fructueuse pour le juriste. Une piste qui s'est ouverte, en 2009, sous l'angle culturel avec le festival Ciné-Droit créé à la faculté de droit de Sceaux et qui mettait en parallèle le droit et le cinéma. Le lien entre les productions scientifiques et les films se limitait alors à un thème commun : la guerre², le travail³, le secret⁴ ou le repas⁵ par exemple. Il s'est vite révélé frustrant de faire coexister le droit et le cinéma à l'occasion de ces manifestations scientifiques sans aller au-delà d'une approche de juriste cinéphile. Les carnets de recherches *IMAJ* sont nés de cette volonté inédite⁶ : travailler le film en juriste, s'en saisir comme d'une source, comme d'un matériau de première main pour l'étude, et proposer une analyse juridique de l'image en marge des travaux d'iconologie juridique, traditionnellement centrés sur les peintures, enluminures ou sculptures⁷.

Bien que non juridique par nature, le cinéma exprime la culture juridique d'une société, culture à laquelle le juriste ne peut rester indifférent. En effet, qu'elle soit vraie ou fausse, fantasmée ou se présentant comme une version la plus exacte possible du réel, l'image produite traduit - à moins qu'elle ne la forme d'ailleurs - cette culture juridique diffuse qui dicte en partie les comportements juridiques des individus et constitue parfois un accès à la connaissance d'une institution (l'Elysée⁸, un ministère⁹, un tribunal¹⁰) ou d'un acte juridique¹¹.

Du film aux autres formes artistiques, il n'y a eu qu'un pas vite franchi et nos travaux de recherche individuels ou communs portent aujourd'hui sur le droit dans les arts visuels, y compris l'art contemporain et les performances. De plus en plus d'artistes en effet s'emparent du droit qu'il s'agisse des concepts, des objets, des symboles ou des gestes juridiques et en font la matière première de leur création

² Stéphane BOIRON, Nathalie GOEDERT, Ninon MAILLARD (dir.), *Les lois de la guerre. Guerre, droit et cinéma*, Fondation Varenne, coll. « colloques & essais », 2016, 238 p.

³ Nathalie GOEDERT (dir.), *Le travail : souffrance ou plaisir ?*, Presses Universitaires de Sceaux, L'Harmattan, série Ciné-Droit, 2012, 201 p.

⁴ Stéphane BOIRON, Nathalie GOEDERT, Ninon MAILLARD (dir.), *Les secrets du droit*, Presses Universitaires de Sceaux, L'Harmattan, 2014, 242 p.

⁵ Nathalie GOEDERT (dir.), *À la table du droit. Repas, droit et cinéma*, Presses Universitaires de Sceaux, L'Harmattan, série Ciné-Droit, 2014, 244p.

⁶ De même que l'ouvrage collectif *Le droit en représentation(s)*, Mare & Martin, coll. « Libre droit », 2017, 326 p.

⁷ Par exemple : Robert JACOB, *Images de la justice. Essai sur l'iconographie judiciaire du Moyen-âge à l'âge classique*, Le léopard d'or, Paris, 1994, 254 p. ; Antoine GARAPON, Valérie HAYAERT, *Allégories de justice. La Grand'Chambre du parlement de Flandre*, F. Paillard éditeur, Abbeville, 2014, 109 p.

⁸ *Les saveurs du Palais* (Christian VINCENT, 2012) pour visiter les sous-sols de l'Elysée.

⁹ *Quai d'Orsay* (Bertrand TAVERNIER, 2013) pour parcourir les bureaux du ministère des affaires étrangères.

¹⁰ *L'Hermine* (Christian VINCENT, 2015) pour observer les coulisses de la cour d'assises de Saint-Omer ; *9 mois ferme* (Albert DUPONTEL, 2013) pour arpenter l'ancien Palais de Justice de Paris

¹¹ La signature d'un formulaire de vente d'esclave (*Django Unchained*, Quentin TARANTINO, 2012) ou encore une renonciation à héritage (*Les invités de mon père*, Anne LE NY, 2010).

artistique, au point qu'ils performant souvent le droit ; ils vont interroger le concept, interroger sa plasticité, le modeler, le sculpter et ils tendent parfois à le réformer. Ils explorent un phénomène bien connu des anthropologues, la capacité d'action des représentations. C'est dans ce cadre que nous nous sommes intéressés non seulement aux représentations artistiques du procès, mais également à l'agentivité de ces représentations. Nous présenterons ici un essai de théorisation encore en devenir, puisqu'il s'agit d'un travail en cours, avant de nous attarder plus longuement sur un exemple de procès fictif, celui de Louis XVI, organisé par la télévision dans le cadre des manifestations du bicentenaire de la Révolution.

Première partie : Le procès fictif, vecteur et révélateur de culture juridique

Il n'est pas déterminant de chercher l'intention de l'auteur ou de se renseigner sur la réception du public. Il n'est pas intéressant de vérifier l'exactitude de la règle et plus largement d'analyser l'œuvre fictionnelle au prisme du vrai à moins de chercher à comprendre ce que révèle l'erreur ou la fausse représentation. Ce qui nous intéresse ici, c'est la représentation elle-même, indépendamment de ce qu'on a voulu y mettre en amont et de ce qu'on voudra y voir en aval. Notre société qui a soif d'exactitude exige des certitudes et cherche à appréhender le réel par l'établissement de démarcations étanches délimitant les espaces du vrai et du faux. C'est oublier que les frontières sont souvent poreuses et que l'art, le jeu, la fiction sont autant de facteurs d'invention du réel. L'objectif est bien plutôt d'interroger l'intérêt démocratique, historique et juridique de ces représentations artistiques du droit et de la justice.

C'est précisément cette problématisation autour des enjeux et des effets des procès fictifs qui nous permet de dépasser la frontière obsolète et limitante du vrai et du faux. Un procès fictif n'est donc ni un vrai procès, ni un faux procès puisqu'il tient des deux à la fois. C'est un dispositif, mis en œuvre dans le cadre non institutionnel, le plus souvent artistique sans que cela soit systématique, qui reprend (en totalité ou en partie, dans une totale liberté artistique), les codes, les artifices, les décors, les étapes, les rôles, voire le personnel judiciaire du procès institutionnel pour proposer une autre version de la justice. L'attention portée à l'hybridité du produit fini, concocté par un mélange de divers ingrédients dont certains sont vrais et d'autres faux, servira une enquête qui ira plus loin ou ailleurs. Le procès fictif s'inspire et s'ancre dans le réel. Il n'a pas pour finalité le seul divertissement ni même la pédagogie. Peut-être davantage dans le registre de la véridicité (*paresia*) que dans celui de la performativité, le procès fictif a souvent vocation à servir la justice et à soutenir la démocratie. Car les effets de la représentation ne sont jamais ni fictifs, ni faux. Dans certains cas, comme dans le cas des performances, le procès fictif cherche l'interaction : a minima, il interpelle et bien plus souvent, il fait participer, convo-

quant le citoyen à travers le spectateur. Dans d'autres circonstances, le procès fictif cherche à bouleverser le réel, faisant remonter à la surface un déni ou une erreur.

I.- Le procès fictif en prise avec la réalité et les enjeux démocratiques

Les procès fictifs, vrais-faux procès, d'abord mis en scène par des artistes, puis relayés parfois par la société civile, révèlent ainsi la part de l'imaginaire non pas comme espace d'échappement à la réalité du monde, mais comme levier de construction du réel. L'utilisation devenue fréquente dans l'espace public de ce dispositif discursif et performatif ne peut s'expliquer par un simple mouvement de mode. Loin de s'inscrire dans une mouvance qui tend à nier tout partage entre le vrai et le faux, au nom d'une vérité relative, nous défendons l'idée que les procès fictifs sont une autre manière de « dire le vrai » dans nos démocraties contemporaines et qu'ils peuvent légitimement constituer un objet d'études en phase avec l'actualité et en prise avec les questionnements fondamentaux de justice et de démocratie.

La dramaturgie pénale, le spectaculaire du procès, sont toujours mis en avant dès qu'il s'agit de rapprocher art et justice. Sans remettre en question les correspondances qui existent entre scène artistique et scène judiciaire, il n'est pas question ici de suivre ces pistes déjà bien explorées mais de diriger nos regards vers les effets de cette *justice artistique ou civile*, vers la place que celle-ci peut occuper dans la cité. Procès institutionnels et procès profanes (événements culturels ou politiques) peuvent alors être rapprochés en tant que pratiques sociales ayant des effets dans la société concernée. Dès lors, juridique avant d'être esthétique, cette étude s'intéresse non pas aux représentations artistiques du procès mais aux dispositifs de procès lorsqu'ils sollicitent le réel et lorsqu'ils se déploient dans un espace de questionnements et de recherche sur ce qu'est la justice, sur ce qu'elle pourrait être, sur ce qu'elle devrait être. Le procès fictif agit alors comme révélateur d'une réalité non visible. Sans toujours cultiver un lien direct avec le réel en lui-même, en ayant même parfois l'air de refuser cette inscription dans la réalité, le procès fictif permet de penser la justice et d'envisager le droit et les dispositifs mis en œuvre par la justice comme des matériaux sujets à des reconfigurations fécondes.

Alors même que circule l'idée suivant laquelle les institutions démocratiques sont en crise, et que les citoyens ne font plus confiance aux hommes et aux services d'État qui se sont éloignés d'eux, de leurs préoccupations et de leurs intérêts, on n'a peut-être jamais fait autant appel au dispositif du procès dans l'art et la vie citoyenne. Si l'institution judiciaire est critiquée, attaquée, la justice reste un idéal pour les citoyens. La mise en scène du procès organisé par la société civile illustre ce paradoxe – on peut prendre ici l'exemple du procès fictif international de la firme chimique Monsanto, organisé à La Haye en 2016 – car elle est à la fois la preuve des critiques mais aussi celle des espérances vis-à-vis de la justice. On peut ainsi y voir le symptôme de la crise institutionnelle mais aussi y lire l'expression

d'une foi inébranlable dans la justice et d'une exigence permanente constituant le pendant des déceptions contemporaines. Les procès fictifs permettent en effet de découvrir la complexité d'une justice contemporaine qui ne peut plus se penser et se construire en marge des arts et des citoyens. L'intérêt démocratique de ces productions artistico-judiciaires se situe ici, dans la mobilisation autour d'un enjeu commun au cœur de l'État de droit et dans un projet participatif dynamique qui vise à se réapproprier le processus de justice. Le procès fictif vient parfois réparer, cautériser, rafistoler l'histoire institutionnelle qu'il s'agisse d'une vérité judiciaire construite par le tribunal institutionnel et qui serait contestée d'une manière ou d'une autre, qu'il s'agisse d'un déni de justice, qu'il s'agisse d'un processus judiciaire inachevé, inaccompli, inabouti et donc insatisfaisant. La version artistique trouve alors sa place naturelle dans l'histoire judiciaire en tant qu'alternative à la carence, à l'inefficacité, à l'incompétence ou à la corruption de l'institution¹². L'intérêt politique se double ici d'un intérêt historique.

La recherche autour des effets du fictif dans le réel nous a naturellement conduites à en faire l'axe discriminant de cette étude. Aussi peut-on envisager de distinguer suivant que la mise en scène du procès est imaginaire, qu'elle insiste sur l'expérience de jugement, ou qu'elle constitue un événement de justice historique.

II.- *Le procès-imaginaire*

Le procès-imaginaire peut permettre de penser la justice réelle. Le recours à l'imaginaire est ici un ressort qui permet des audaces et, en réalité, il ne s'agit jamais d'abandonner complètement le réel mais de s'en éloigner pour mieux en parler, peut-être même mieux agir. Nous disposons sans aucun doute de l'archétype du procès fictif avec le procès-jeu tel qu'il est représenté dans *La plus belle soirée de ma vie* (Ettore Scola, 1972), qui met en scène quatre magistrats à la retraite occupant leurs longues soirées à refaire des procès historiques ou à faire celui de leur invité d'un soir qui se « prête au jeu ». Certes ce jeu s'inscrit dans une fiction cinématographique mais il constitue la représentation la plus poussée et la plus paradoxale de la part de réel qui s'inscrit dans l'imaginaire. Rien n'est vrai dans le jeu sauf le jeu, à savoir la participation non pas d'un acteur à une représentation mais d'un joueur qui accepte les règles d'un jeu et y participe pleinement et réellement. S'émanciper de la réalité au point de représenter le procès comme un jeu, n'est-ce pas habilement révéler la

¹² Déjà, de nombreux films de fiction traitent de l'erreur judiciaire et certaines productions interviennent avant la révision du procès ce qui en fait des films engagés, prenant parti par rapport au verdict et soutenant une autre vérité judiciaire : *Omar m'a tué* (Roschdi ZEM, 2011), *Présumé coupable* (Vincent GARENQ, 2011), *Le pull-over rouge* (Michel DRACH, 1979) mais le procès fictif va plus loin : il ne raconte pas l'erreur judiciaire, il ne dénonce pas l'erreur judiciaire, il entend la rectifier et proposer une autre version du procès comme Milo RAU le fait en challengeant la justice russe dans ses procès de Moscou pour aboutir à un verdict concurrent, fondé sur une plus juste application du droit et un respect des procédures : voir « Le dispositif du procès dans les performances de théâtre contemporain », *Les cahiers de la justice*, 2018/4 ; dossier *La symbolique judiciaire en mutation*, p. 687-697.

part imaginaire de nos institutions, et précisément appréhender en toute lucidité le processus judiciaire dans sa globalité et sa complexité ? En représentant ainsi une performance de procès, Scola donne chair à la théorie wéberienne du procès-jeu et interroge le mécanisme judiciaire. Les autres expériences de procès fictifs ne sont que des déclinaisons de ce modèle.

Un autre dispositif de procès imaginaire intéressant : *UIP27* de l'artiste et réalisateur suédois Joachim Hamou¹³. Il s'agit d'un triptyque : une installation, une performance et un film. Préférant la prise en compte des interactions invisibles à l'apparente linéarité d'un procès, l'artiste met en évidence le maillage complexe qui en détermine la substance même. Joachim Hamou a recours à la fiction mais c'est une fiction qui se nourrit du réel. Le scénario judiciaire fait intervenir des trajectoires humaines qui se rencontrent au moment du procès : la juge internationale, les traducteurs, l'expert-géomètre... Joachim Hamou tisse une toile qui relie tous les intervenants du procès fictif au réel que ce soit parce qu'il s'agit d'une terre, filmée au plus près, ou parce que le scénario permet des digressions vers les incarnations des personnages que sont les acteurs du procès. Les histoires croisées participent à montrer que l'histoire du procès n'est pas d'un seul tenant et que la difficulté ne saurait se réduire au litige. Plongée d'ordre psychanalytique dans l'esprit de la juge internationale, digression du côté de la vie sentimentale de la traductrice, expérience de terrain avec le géomètre qui expertise la propriété dont il est question... Bien juger relève de la gageure. Le film de Joachim Hamou donne une version de procès qui ressemble à une poupée russe. Le recours à la fiction peut seul permettre de disséquer les vies qui se croisent et se frôlent l'instant d'une audience.



crédit : Joachim Hamou

¹³ <https://hamou.org/>.

Certes, Joachim Hamou invente un procès de toutes pièces mais au-delà du cas d'espèce, il crée un dispositif participatif visant à évoquer le conflit israélo-palestinien en dépassionnant le débat. Il faut revenir sur les étapes du projet pour comprendre que le scénario fictif a été écrit à partir et à la suite des performances de procès. La performance en public n'est ainsi qu'un moment intermédiaire dans le processus de création et le public est à cette occasion sollicité et enregistré : Joachim Hamou organise les procès-spectacles comme autant de sondages pour tenter de construire un procès fictif en prise avec le réel. Le procès de fiction est donc, d'une certaine manière, *inspiré de faits réels*.

III.- *Le procès-spectacle et le peuple juge*

Dans les projets artistiques qui mettent en œuvre des procès-spectacles centrés sur le jugement populaire, l'intrusion du réel s'opère par la sollicitation du public, placé dans la position du jury populaire.

En février 2014, l'émission *Intime Conviction* a ainsi proposé une nouvelle forme de procès fictif. S'inspirant très directement d'un fait divers suivi d'un procès d'assises qui avait abouti à l'acquiescement du docteur Jean-Louis Müller, le programme proposait un téléfilm retraçant l'enquête policière après le meurtre d'une femme, au terme de laquelle le mari de la victime était arrêté exactement comme dans l'affaire Müller. La diffusion du téléfilm devait être suivie d'une web-série particulièrement intéressante pour notre propos : le procès fictif du personnage de la fiction, tourné dans un vrai tribunal, avec les acteurs du téléfilm mais aussi de vrais magistrats, de vrais avocats et 9 jurés préalablement sélectionnés par la production. L'exercice reposait en grande partie sur l'improvisation, chacun jouant son rôle sans connaître l'issue du procès. L'internaute lui, pouvait suivre les débats au jour le jour et disposait des facilités numériques caractéristiques des web-documentaires : une plateforme permettant de consulter les pièces du dossier, de visionner les audiences sous différents angles de vue, etc... Au terme des audiences, une dernière vidéo devait rendre compte du verdict prononcé par la cour d'assises fictive tandis que les internautes auraient pu prononcer le leur.

La justice, relativement bienveillante vis-à-vis des procès de fiction, même inspirés de faits réels, autorise la diffusion du téléfilm mais interdit l'émission suite à la plainte de Jean-Louis Müller. L'analyse des décisions de justice qui aboutissent à l'interdiction de diffusion nous permet de mettre en lumière la position du juge. L'atteinte à la justice n'est pas constituée ici par une critique de la justice mais par une entreprise de substitution mise en œuvre sous le prétexte pédagogique. Le juge considère que la web-série constitue « un simulacre de procès » : quelque chose se joue donc sur le terrain non de la vérité mais de la véridicité. Le procès-fictif ne livre pas un autre récit du procès mais propose une autre version du procès. Le risque est d'autant plus grand que les outils numériques permettent une réflexivité

qui met à nu le processus judiciaire, littéralement disséqué, coupé en séquences, décortiqué pour l'internaute.

Intime conviction n'est pas un programme de justice-réalité comme on a pu le qualifier, c'est justement un programme de justice-fiction... mais une justice-fiction suffisamment performante pour venir bousculer la justice réelle, l'institution elle-même. Il s'agit peu de critique ici mais de concurrence. L'aléa et l'expression publique du verdict donnent une force au jugement fictif, qualifié d'ailleurs par le juge de « rejugement », qui semble donner corps à la théorie de Pierre Legendre sur le média-juge. Et c'est alors en termes de légitimité qu'il faut aborder cette cyber-justice, dans un contexte de dématérialisation de la justice dite réelle, et d'attentes démocratiques¹⁴.

Du côté du spectacle vivant, d'autres expériences proposent au public de vivre une expérience inédite : jouer à juger. *Please, continue (Hamlet)* est un procès improvisé qui se réinvente chaque soir à partir d'un même cas d'espèce. Quelques acteurs, sans texte préécrit, quelques professionnels de la justice recrutés dans les villes visitées et le public local créent, à chaque représentation, une nouvelle version de ce procès continuellement rejoué¹⁵. Le metteur en scène Yan Duyvendak multiplie les performances-procès, investissant parfois de vrais lieux de justice pour organiser ses procès fictifs... La performance joue sur l'ambiguïté, oscillant systématiquement entre le réel et le fictif, entre le vrai et le faux. Les faits repris sont inspirés de faits réels, des magistrats, des huissiers, des avocats sont requis pour jouer leur rôle professionnel aux côtés d'acteurs, il n'y a pas de scénario écrit mais un timing imposé, etc... Il s'agit de faire vivre au public une expérience de procès et non de proposer une histoire de procès.

¹⁴ Sur ce procès fictif qui a été censuré par le juge, on pourra lire Nathalie GOEDERT, Ninon MAILLARD, « Vérité judiciaire versus vérité médiatique. Les fictions du réel constituent-elles une menace pour la justice ? » dans Naïma GHERMANI et Caroline MICHEL D'ANNOVILLE (dir.), *Image et droit. Du jus imaginis au droit à l'image*, Publication de l'École française de Rome, Collection de l'École française de Rome 599, 2022, p. 229-248, <https://books.openedition.org/efr/41335>.

¹⁵ *Please, Continue (Hamlet)*, tribunal de commerce, actOral, Marseille, 02/10/2013, 130', Yan DUYVENDAK, <https://vimeo.com/193389590> ; *Le cas Hamlet* (David DAURIER, 54', Bel Air media, 2015) est un documentaire sur la performance de Yan DUYVENDAK et Roger BERNAT (captations réalisées au Théâtre National Populaire de Villeurbanne en novembre 2014) : <https://www.theatre-contemporain.net/spectacles/Please-continue-Hamlet/ensavoirplus/idcontent/105342>.



crédit : Yan Duyvendak, *Please, continue (Hamlet)*, Tribunal de commerce de Marseille, 02/10/2012 (<https://vimeo.com/193389590>)

Le public dispose d'un dossier d'instruction, il écoute l'audience en sachant que le président de la cour appellera quelques personnes pour composer un jury. C'est bien au citoyen que Yan Duyvendak s'adresse et que le procès parle. Le public fait corps avec la scène, et le spectacle n'a pas de sens tant que les jurés du public ne se sont pas prononcés. C'est du grand nombre de représentations que *Please, continue (Hamlet)* tire sa représentativité et cette question de la représentativité est au cœur du projet car le fondement démocratique de la justice est ici mis en œuvre... Alors que toute Constitution tend à institutionnaliser le peuple au risque de sa désincarnation, la performance-procès tente d'opérer la métamorphose d'un public en peuple vivant et agissant. Si le verdict n'a pas de conséquences juridiques, il a néanmoins un impact sur le réel sans commune mesure avec un spectacle plus traditionnel.

Cette instrumentalisation du mécanisme du procès dans une dynamique qui se veut bien souvent pédagogique ne va pas sans poser quelques difficultés à la justice institutionnelle. Décrites, voire interdites dans le cas du programme *Intime conviction* diffusé par Arte, ces expériences peuvent néanmoins contribuer à animer la vie démocratique en sollicitant le public en tant que citoyen.

A côté de ces expériences centrées sur le jugement, il existe d'autres dispositifs qui insistent davantage sur le processus que sur le verdict populaire. Ici, ce n'est pas la confrontation de verdicts contradictoires susceptible de créer la polémique, voire de déstabiliser l'institution, qui est recherchée, mais l'invention d'une justice qui, du point de vue de l'institution, peut être rejetée à la marge mais qui, du point de vue de la cité, s'inscrit en son cœur.

IV.- *Le procès-événement comme catharsis*

Ce n'est plus alors une expérience de jugement qui est proposée au public mais une expérience de justice qui est tentée pour pallier les insuffisances d'une justice institutionnelle qui est ici moins méprisée qu'interpelée.

Dans *Bamako* (2006), Abderrahmane Sissako met en scène le procès de la Banque mondiale. Il s'agit donc de filmer un procès qui n'a jamais eu lieu, un procès inventé de toutes pièces. C'est précisément parce que l'univers onirique d'Abderrahmane Sissako est sans limite qu'il choisit d'en confier le jeu à des professionnels de la justice. Le procès imaginaire sera donc totalement improvisé par ces professionnels, de même que les témoins appelés à la barre sont tous des représentants de la société civile, qui défendent réellement les dossiers dont ils ont connaissance. Tout est donc *vrai* dans ce procès fictif. La seule entorse à la réalité est qu'il se tient devant des caméras, dans la cour privée d'une habitation malienne, loin des prétoires officiels.

Dix ans plus tard, une association organise à La Haye le procès fictif de la firme Monsanto. Dans un tribunal improvisé, de « vrais juges » écoutent la parole des témoins qu'aucune instance judiciaire, nationale ou internationale, ne prend en compte. Faute d'un arsenal normatif adapté, de nombreux préjudices causés par l'activité industrielle de la firme restent en effet impunis. La société civile prend alors l'initiative et s'érige en juge. Dépourvue du pouvoir de coercition qui corréle le pouvoir de juridiction, elle compte sur le pouvoir de persuasion, sur une légitimité populaire d'un nouveau genre. Comme le procès de *Bamako*, le Tribunal Monsanto compte au nombre des représentations de la justice qui interrogent à ce titre la réalité judiciaire. En instruisant à La Haye le « vrai-faux procès » de la firme Monsanto, le Tribunal du même nom questionne le rapport de la fiction à la vérité et éclaire la question de sa performativité.

Dans la lignée des tribunaux d'opinion, ces initiatives interrogent les lieux du droit en démocratie – non pas seulement où il se dit mais aussi où il se forme – en concrétisant la possibilité de créer de nouveaux espaces, en marge d'institutions qui ne font plus l'affaire. Cette question est aujourd'hui incontournable tant nos démocraties démontrent leurs faiblesses dans une société mondialisée. Les juristes, longtemps aveuglés par le positivisme, répugnent à l'envisager lucidement. La société civile elle-même, qui revendique pourtant, au nom du rétablissement de ses droits initiaux, la liberté de créer un nouveau modèle institutionnel quand l'existant se montre défaillant, reste marquée par cette culture du droit-vérité et peine à s'en dégager.

L'innovation véritable est pourtant de concrétiser, en le montrant par le mode de la fiction, dans une société qui a plutôt pris le parti de le taire ou de le marginaliser, le fait que la règle de droit peut naître hors des circuits officiels. Après avoir fondé la démocratie sur la représentation, qui faisait des organes représentatifs les canaux exclusifs de l'expression civique et juridique, notre société tend aujourd'hui

à s'en écarter. Elle lui préfère le modèle participatif dessinant les contours d'un nouvel espace public. Certes la démarche est imparfaite et n'est pas exempte de risques de dérive. Celui par exemple de confondre participation et critique sociale, et de transformer ce tribunal d'opinion en tribunal de l'émotion, dans une dérive populiste dont il faut se garder. La démocratie participative requiert des garde-fous et des précisions conceptuelles sans lesquelles elle peut devenir dangereuse. C'est pourquoi le juriste doit accompagner ces transformations. Il ne peut rester sourd et tenir pour des curiosités amusantes ou déconcertantes ces représentations de la justice que véhiculent ces vrais-faux procès. En dépit de leurs maladroites, elles rappellent que la démocratie n'est pas figée, qu'elle s'inscrit dans un devenir institutionnel et que la fiction participe pleinement à ce processus continu d'inventions institutionnelles.

Les projets de l'artiste Milo Rau peuvent trouver leur place dans cette même piste de réflexion. Dans deux performances filmées, Milo Rau vient en effet challenger les justices institutionnelles et proposer une version inédite de procès. Là encore, nul scénario préétabli mais des débats impliquant les véritables protagonistes, cadrés dans les formes du procès. Droit et politique se mêlent ici pour démontrer l'attente de justice et les ressorts cathartiques du procès au-delà du jugement.

Les procès contre les artistes russes ont en effet signé la fin de la Russie démocratique. Milo Rau remet en cause des affaires avec une performance qui se moule dans le droit russe. Son procès est-il un procès fictif ? Ce n'est pas ce qui le caractérise car il s'agit avant tout d'une version historique du procès, une version parallèle, une version qui entre en concurrence avec la version institutionnelle. Milo Rau organise trois jours d'audience et se fonde sur la procédure pénale russe. Là encore, pas de scénario, ni d'acteurs mais les protagonistes du procès initial, des professionnels de la justice et un jury populaire *ad hoc*. Les artistes et les activistes d'un côté et les extrémistes orthodoxes de l'autre vont accepter de jouer le jeu. Ces derniers sont très intéressés par ce procès fictif : quand les droits de la défense sont respectés, le verdict sera-t-il le même ? La vraie victoire pour ces partisans de la répression et de la censure au nom de la religion d'État serait qu'un jury russe libre réitère la condamnation des artistes. C'est une performance qui n'est pas passée inaperçue : au moment où elle a eu lieu, les services de l'immigration sont intervenus pour entraver le cours de ces audiences et lorsque Milo Rau a essayé de revenir en Russie six mois ou un an après la performance, on lui a refusé l'entrée en Russie.

Dans *The Congo Tribunal*, Milo Rau prend la parole en introduction des audiences du tribunal. Pendant 15 minutes, c'est le procès de la justice institutionnelle internationale qui est mené. Milo Rau ne parle pas de public mais de peuple, et même de « justice au service du peuple », que celle-ci soit à l'initiative d'un artiste importe peu. Le tribunal du Congo a pour objectif de rendre la parole aux congolais et de devenir un « procès », c'est-à-dire, selon Milo Rau, un processus ouvert, dialectique... Il s'agit d'insister sur le débat et non sur la sentence, contrairement aux procès de Moscou. Les juges internationaux présents ont néanmoins vocation à inscrire les

échanges dans une procédure car le procès fictif poursuit d’ambitieux objectifs : universalité, impartialité, véridicité... La conclusion de l’audition de Milo Rau ne laisse aucun doute : « faire entendre la vérité, rien que la vérité, toute la vérité »... Milo Rau n’est donc jamais dans le registre du divertissement. C’est un art vivant et engagé qui témoigne d’une crise de confiance dans la justice institutionnelle mais qui exprime en même temps sa foi dans le contradictoire, l’oralité, la plainte, la défense, le témoignage et le jugement... bref, dans la procédure judiciaire.

Ces procès ne peuvent pas être simplement considérés comme artistiques au risque de les vider de leur véritable substance. S’ils sont dénués d’effet juridique, ils n’en constituent pas moins des événements qui exploitent la force du juridique. La caractéristique fictive ne suffit plus à les disqualifier : fictifs ou non, ils opèrent une catharsis nécessaire et attendue et s’inscrivent dans un processus de résolution des conflits en marge de l’institution. Ils s’ancrent donc dans une réalité qui challenge la réalité politique et juridique.

Seconde partie : Le procès de Louis XVI à la télévision

Le procès de Louis XVI est diffusé le 12 décembre 1988 sur TF1 dans le cadre des célébrations du bicentenaire de la Révolution française. Il est le premier de ce qui devait constituer une série mais qui en définitive n’aura qu’un seul épisode. Très moderne dans sa conception, l’émission conçue par Yves Mourousi est déjà interactive. Une première partie, dont le scénario est écrit par Arthur Conte à partir de documents historiques authentiques, est jouée en public - prévue dans le grand amphithéâtre de la Sorbonne, elle est finalement jouée dans une des galeries de cet illustre bâtiment- et retransmise en direct par les caméras de la télévision. Une seconde partie entièrement improvisée donne la parole à des professionnels de la justice qui se prêtent au jeu du réquisitoire et de la plaidoirie. Enfin, à l’issue de cette représentation les téléspectateurs sont invités à se prononcer sur la culpabilité du roi. Le temps du journal télévisé, soit durant une heure environ, ils votent par téléphone ou par Minitel. C’est le début d’un procédé qui fera recette – et procurera des recettes – à la télévision, à savoir inviter le public à participer.

L’émission interroge sur la valeur d’une consultation deux cents ans après les faits : le vote d’un public assis devant l’écran de sa télévision a-t-il véritablement un sens ? Mais il y a beaucoup plus grave. Sans doute pour des considérations d’audimat, et pour éviter de politiser la question en plein bicentenaire, la production choisit de faire comparaître le citoyen Capet devant le Tribunal révolutionnaire. Faire condamner Louis XVI suite aux accusations de Fouquier-Tinville est sans doute bien plus spectaculaire en effet. Mais cette reconstitution se fait au mépris de la réalité historique, passant sous silence la nature même de l’événement. Louis XVI en effet n’a pas été jugé par un tribunal mais par la Convention, à savoir une assemblée politique. Il est par ailleurs exécuté en janvier 1793 tandis que le tribunal

révolutionnaire n'est créé qu'en mars 1793. L'événement tel qu'il nous est présenté à la télévision relève alors de la pure fiction. C'est précisément parce que ce procès n'a pas eu lieu – comme tel – que l'utilisation du dispositif judiciaire interroge. Quelle est alors cette télévision qui dénature l'histoire et invite le public à une complicité aveugle autour d'un spectacle judiciaire ? Comment accepter la confusion implicite du fait de l'émission entre le sondage d'opinion, le jury populaire et la justice politique ? L'analyse de cet étonnant simulacre, par ailleurs parfaitement assumé, révèle que le dispositif du procès judiciaire est retenu, d'abord pour sa spectacularité qui permet de proposer à une heure de grande écoute, un vrai divertissement, mais également comme générateur de consensus par l'effet d'un jugement réconciliateur. Sous l'apparence d'un innocent divertissement ce vrai-faux procès est destiné dans le contexte commémoratif à produire un faux-vrai consensus national.

I.- Un innocent divertissement

Conformément à sa destination, le but premier étant de « faire de l'audience », l'émission présente tous les caractères du divertissement télévisuel. C'est avant tout à un spectacle que sont conviés les téléspectateurs, un spectacle conçu comme une fiction « inspirée de faits réels », qui surfe ainsi sur la vague commémorative. Le dispositif du procès est choisi tant pour sa spectacularité que pour sa narrativité.

A.- Un « spectacle judiciaire »

Nul doute sur la nature de l'émission ni même sur l'intention de ses réalisateurs : la finalité de l'émission n'est ni didactique, ni pédagogique. Connaissant le goût du public pour les affaires judiciaires plus séduisantes que les documentaires historiques, la production propose de mettre en scène un procès historique. Il ne s'agit pas de reconstituer fidèlement le procès du Roi, de rendre compte d'un pan méconnu de l'histoire révolutionnaire, mais tout au contraire de s'amuser, de se divertir sur fond d'événement historique. Le procès est de l'aveu même des initiateurs de l'émission une « forme ». Dès lors, il semble que le choix du dispositif judiciaire corresponde moins à un souci de vérité historique qu'à l'utilisation esthétique et dramatiquement séduisante de la spectacularité du procès. Car tout procès est en soi spectaculaire¹⁶. Pour forcer l'analogie, et utiliser les ressorts dramatiques qu'offre le jeu judiciaire, les réalisateurs ont choisi de faire juger Louis XVI par un tribunal. Le Tribunal révolutionnaire devient le cadre imaginaire de ce vrai-faux procès. Sans se soucier plus encore de réalisme, la formule, parfaitement anachronique de l'huissier « Citoyens, la Cour » sur fond du roulement des tambours de la garde républicaine, annonce que le spectacle commence. La performance est alors filmée et jouée en direct. Elle

¹⁶ Jean-Pierre ROYER lui-même, dans son très sérieux manuel d'histoire de la justice, relate le procès de Louis XVI avec les mots du registre cinématographique : mise en scène, scénario, casting (*Histoire de la justice en France*, PUF, 1995, p. 339.)

donne lieu à un curieux mélange. Sous réserve de l’anachronisme parfaitement assumé que nous avons signalé, les éléments du décor se veulent historiques et sont en tout point conformes aux gravures de l’époque mais les plans et les prises de vue puisent dans un imaginaire judiciaire beaucoup plus contemporain ; celui véhiculé par les films de prétoire les plus classiques, dans la veine initiée par André Cayatte. Élément du rituel judiciaire exploité pour sa dimension théâtrale, l’entrée solennelle de la Cour est ainsi une image fréquemment montrée à l’écran. Filmée depuis le fond de la salle d’audience, dans une prise de vue devenue coutumière, la Cour fait son entrée dans un décor sobre, pour ne pas dire réduit à sa plus simple expression. Le président et ses deux assesseurs, l’accusateur public ont revêtu les costumes d’usage en ce lieu et portent d’extravagants chapeaux aux plumes tricolores. Ils s’installent en faisant face à la caméra.



Quelques livres disposés sur des tables et des bureaux de bois, évoquent les « codes », dont on ne sait s’ils avaient une utilité au sein du tribunal révolutionnaire, mais qui est aujourd’hui une image indissociable de toute représentation judiciaire.



Le président rappelle alors les règles de l’audience : elle doit se dérouler dans le silence et sans aucune manifestation de la part du public. L’annonce a pour objet

et pour effet de faire taire l'assistance. Car au prétoire comme à la scène, il faut composer avec un public incontrôlable et souvent de parti pris. Venu assister à un spectacle, il n'entend pas boudier son plaisir. On entendra ici les applaudissements du public à certaines tirades, qui rappellent en demi-teinte les acclamations qui devaient animer les séances du Tribunal révolutionnaire. Jouant pleinement son rôle, le président fera de fréquents rappels à l'ordre tout au long de l'audience ; et ce sans doute moins pour se conformer aux exigences d'une procédure judiciaire encore mal définie à l'époque que pour assurer le bon déroulement d'une émission filmée en direct. La salle d'audience est cadrée de sorte que le téléspectateur soit placé face à la cour, comme s'il assistait lui aussi au procès depuis son banc dans le prétoire. Option de réalisation ici encore très commune, puisque la plupart des films de prétoire, à visée pédagogique, cherchent à expliquer le fonctionnement de la justice, donc à montrer la salle d'audience, les acteurs judiciaires, leur rôle et leur place rituelle. Mais ici, pour les besoins du spectacle, la caméra s'attarde surtout sur les visages des comédiens, parmi lesquels on reconnaît quelques grands noms de la comédie française, mais aussi des vedettes du petit écran, parfois à contre-emploi – Patrick Sébastien joue Danton – qui assureront l'audience de l'émission.



Les impératifs du spectacle télévisuel se substituent aux vertus didactiques d'un documentaire historique. C'est ainsi que pour retrouver le ressort d'un procès, dont l'intérêt ici est réduit à l'opposition pauvrement manichéenne de deux camps – les « pour » et les « contre » – on invente des rôles, au mépris non seulement de l'histoire mais de la cohérence procédurale : celui d'un avocat « commis d'office » incarné par Jacques Vergès et d'un avocat de la partie civile joué par Gilbert Collard, des ténors dont on attend une joute oratoire digne des plus grands spectacles. Dans la même veine, pour éviter une trop longue tirade qui mettrait, dès les premières minutes, l'émission en péril, l'acte d'accusation est lu par trois acteurs – le greffier, l'accusateur public et le juge – qui se passent la parole, afin de donner du rythme à cette étape indigeste mais incontournable. De même, afin de ménager une pause pour le public, le président suspend l'audience à l'issue de l'audition des témoins, avant qu'on entende les réquisitoires et plaidoiries qui, dans une seconde partie d'émission, constitueront le clou de la soirée. Suspension qui existe dans la pro-

cédure actuelle mais ne correspond guère à la procédure expéditive du Tribunal révolutionnaire pris pour modèle. Assurément la forme donnée à l'émission – un procès judiciaire – est tout entière destinée à la mise en scène d'une distraction, d'un jeu, qui prend parfois l'allure d'une farce. Le réalisme est délibérément écarté et le respect du dispositif formel n'est qu'une illusion. La dramaturgie du procès est essentiellement support d'une fiction. Le dispositif judiciaire, à défaut de restituer l'Histoire, permet en effet de raconter une histoire. Car si le procès est en soi spectaculaire, il est aussi par essence une performance narrative.

B.- Un « récit » fictionnel

L'émission présente tous les caractères d'une fiction, inspirée de faits réels. Le dispositif du procès est alors aussi choisi pour les opportunités narratives qu'il offre¹⁷. Le tribunal est traditionnellement un lieu d'élaboration du récit qui convient à la naissance d'une fiction. Bien avant l'apparition d'une nomenclature précise - qui décline les fictions réalistes, fiction du réel, docudrama, etc¹⁸- l'émission est conçue comme un produit hybride, un collage d'éléments hétérogènes, fictionnels et hypothétiques, et d'éléments réels, qui constituent une sorte de parafiction¹⁹, dans une troublante alchimie qui non seulement mêle le vrai au faux, mais brouille aussi les repères spatiaux et temporels.

1.- Un mélange de vrai et de faux

L'émission s'articule en deux parties. La première, qui correspond dans le cadre d'un vrai procès aux auditions et interrogatoires, se veut historique. Le texte joué par des comédiens a été écrit à partir de documents authentiques dont il livre la substance à quelques détails près. « Sur le fond, tout est vrai », annonce Arthur Comte en début d'émission. La seconde partie en revanche, est abandonnée au talent des professionnels de la justice qui vont improviser en direct, l'un son réquisitoire, l'autre sa plaidoirie et pour cause, ces rôles étant purement imaginaires, il n'y a pas de documents authentiques sur lesquels fonder un discours. Le plus troublant est sans aucun doute que la partie écrite à partir de la documentation authentique, celle qui se veut historique, est en définitive plus fictionnarisée que la seconde, improvisée et de ce fait, ancrée dans la réalité. Convaincus que la complexité des situations et des discours fait obstacle au divertissement, confondant le populaire avec le facile, les producteurs et concepteurs de l'émission cèdent à la tentation simplificatrice de quelques anachronismes. Les acteurs égrainent, dans un fastidieux catalogue, une

¹⁷ Sur la narrativité du procès on consultera, Nathalie GOEDERT, « Le bonheur en procès », *Les lieux du bonheur, approches littéraires, nouvelles recherches sur l'imaginaire* Anne-Rachel HERMETET, Frédéric LE BLAY, Frédérique LE NAN (dir.), PUR, novembre 2022, p. 103-129.

¹⁸ Isabelle VEYRAT-MASSON, *Télévision et histoire, la confusion des genres : docudramas, docufictions et fictions du réel*, De Boeck, 2008.

¹⁹ Voir Jean ARNAUD, Bruno GOOSSE, *Document, fiction et droit en art contemporain*, Presses universitaires de Provence, 2015.

succession de noms propres, de dates ou de lieux significatifs, de quelques concepts enfin, destinée uniquement à réveiller une mémoire, sans pour autant donner de véritable information : Lafayette, Valmy, République, armoire de fer résonnent tel un écho qui brosse très grossièrement un environnement révolutionnaire. Enfin pour assurer une forme de cohérence et justifier la présence de certains acteurs dans le prétoire, on crée de toute pièce des rôles qui ne correspondent pas à la réalité. C'est ainsi que maître Collard incarne dans un anachronisme troublant « l'avocat de la partie civile ». Le mélange de fiction et de vérité historique contraint par ailleurs à quelques acrobaties : pour faire une place à Malherbes qui historiquement s'est fait volontairement défenseur du Roi devant l'assemblée, on lui attribue le rôle de témoin de la défense, tout en signalant, pour tenter de conserver une cohérence procédurale, qu'il n'a pas été cité par la défense, Louis XVI ayant indiqué qu'il n'entendait pas se défendre ! Plus simplement, les discours authentiques sont tronqués, amputés, épurés, voire reconstitués et perdent une part de leur valeur réelle. Seuls quelques extraits sont retenus, portant surtout sur les interventions des personnages connus que le public doit pouvoir reconnaître. Mais le caractère fictionnel du récit tient plus encore au choix du décor, à savoir le Tribunal révolutionnaire, tandis que les faits réels se déroulaient à la Convention. C'est ainsi que des discours portés par des députés, à la tribune de l'assemblée nationale, se transforment en récits déclamés par des témoins à la barre. Que vaut la lecture d'un acte d'accusation, dont on respecte scrupuleusement la lettre mais que l'on fait lire par le greffier d'un tribunal qui n'existait pas au moment où les faits se déroulaient ? Par ce procédé, tous les éléments cités, pour authentiques qu'ils soient, perdent leur valeur documentaire. Dans ce décor on ne sait bientôt plus quelle est la part du matériau historique ; les grands chapeaux à plumes que portent les juges, parfaitement extravagants, semblent participer de la farce.



Ils sont pourtant rigoureusement conformes aux gravures d'époque représentant les audiences au Tribunal révolutionnaire. Dans cette partie qui se veut historique, les paroles sont justes, mais elles sont insérées dans un dispositif tout à fait factice. Ce mélange de vrai et de faux interroge précisément le statut de la vérité. La fiction n'est pas nécessairement le faux, comme la vérité ne rend pas forcément compte de

la réalité. Le caractère fictionnel d'une œuvre ne dépend pas de l'authenticité des éléments qui sont utilisés, mais de leur agencement. Dès lors qu'il y a construction du récit autour de la sélection subjective de certains éléments, fussent-ils tous authentiques, il y a fiction. Et le récit télévisuel proposé ce soir-là est à proprement parler une fiction. Le phénomène est encore amplifié par la théâtralisation de la procédure judiciaire.

2.- *Un mélange de théâtre et de tribunal*

L'émission se situe entre deux styles, le théâtre et la « performance judiciaire » puisqu'elle invite aux côtés des comédiens qui jouent un texte écrit, des professionnels de la justice qui sont appelés à faire, devant les caméras et en direct, à partir des éléments recensés dans la première partie, un travail identique à celui qu'ils produisent dans le prétoire réel, à savoir, requérir et plaider dans un discours qui se construit au cœur du tribunal, à l'issue des débats. C'est cette partie improvisée qui donne à l'émission sa dimension performative. C'est la première fois que des avocats cèdent à la séduction médiatique et se prêtent au jeu télévisuel. L'émission tire profit de la comparaison entre le théâtre et le tribunal, demandant au personnel judiciaire de « jouer son rôle » d'acteur de la justice. Le procédé n'est pas sans danger car il induit implicitement une théâtralisation de la justice, mais est médiatiquement ingénieux. Il dynamise l'émission sur un thème peu accrocheur en 1988 : le procès de la monarchie, et assure, par la promesse d'une joute oratoire retentissante menée par deux ténors du barreau, une audience que n'aurait pas recueillie une simple émission historique. L'improvisation donne aussi son rythme à l'émission, créant une sorte de suspense, tout à la fois véritable ressort de la fiction et, comme dans un cas d'espèce, note de réalisme. Par ailleurs, l'improvisation sera plus juste, plus crédible, si elle émane de professionnels de la justice, non seulement connaisseurs des procédures, mais aptes aussi à l'art oratoire et qui, bien mieux que des acteurs, sauront faire face aux situations les plus imprévisibles. Mieux encore, la présence de vrais avocats dans ce prétoire reconstitué produira cet « effet de réel » tant recherché par les producteurs qui annoncent « un véritable procès ». Le vrai procès, c'est là le ressort de l'émission. Et comment faire plus vrai que d'observer de véritables professionnels faire leur métier en direct.





Le dispositif du procès judiciaire est ici parfaitement exploité. Paradoxalement, cette seconde partie d'émission, du fait de l'improvisation, est plus réaliste – non pas dans sa dimension historique mais dans sa dimension judiciaire – que la première partie qui recherchait vainement une apparence d'authenticité. Preuve encore une fois que les mécanismes de la fiction sont complexes autour des registres du vrai et du faux.

Toutefois, dans une émission préparée à la hâte, l'improvisation n'atteint pas son objectif. Loin de s'en tenir au rôle qui leur est assigné, les avocats prennent spontanément la parole au cours de la première partie, augmentant la confusion du discours historique. Jean-Edern Allier à qui l'on a confié le rôle historique de Fouquier-Thinville, et qui improvise lui aussi puisque, historiquement, l'accusateur public n'était pas encore institué au moment du procès du Roi et qu'il n'existe donc pas de texte de référence pour son rôle, se montre totalement imprévisible, et déclame à tort et à travers des propos souvent incompréhensibles qui donnent à la prestation collective le ton d'une « bouffonnerie ». Enfin, les repères spatiaux-temporels sont brouillés, puisque dans ce tribunal reconstitué où certains déclament des textes d'un autre temps en costume d'époque, d'autres, en costume de ville, improvisent des interventions en sollicitant des concepts bien plus actuels. Ce sont aussi les caméras de la télévision qui apparaissent fréquemment dans le champ et interdisent de se projeter véritablement deux cents ans en arrière.



Cette mise en scène faite d'éléments disparates pourrait être du meilleur effet si la fiction était parfaitement assumée par les producteurs ou les concepteurs de l'émission. Mais tout au contraire, loin de revendiquer sa nature fictionnelle, imaginée à partir d'un événement historique librement interprété, ils cherchent leur légitimité du côté de l'authenticité historique, cherchant à minimiser l'importance des éléments empruntés à l'imagination. En présentant l'émission, Arthur Conte défend, la « rigoureuse honnêteté » qui l'a guidé. Dans une formule déconcertante, il explique : « Si nous n'avons pas respecté la forme de la procédure, nous avons strictement respecté le fond de la vérité historique ». Mais peut-il être question d'authenticité dans un récit décontextualisé ?

Retenons qu'en tout point, la télévision programme une fiction inspirée d'un événement historique. Certains l'ont qualifié de divertissement d'utilité publique, dans la mesure où on y évoquait le procès du roi. Mais l'expression de "feintise ludique partagée" que l'on doit à Jean-Marie Schaeffer dans *Pourquoi la fiction*²⁰ ? semble plus appropriée. "Feintise" parce qu'il s'agit de faire semblant, "ludique" parce qu'on y suspend les règles de la réalité sans véritable intention de tromper et "partagée" parce que les partenaires reconnaissent mutuellement leurs intentions respectives. Il n'y a pas tromperie. C'est une farce et personne ne devrait s'y tromper. Ce qui pourrait passer pour un simple divertissement historique n'est pourtant pas innocent car le choix du dispositif du procès comme artifice de mise en scène emporte aussi l'intention d'instrumentaliser le public et agit comme perversion de la démocratie.

II.- *Le consensus réconciliateur*

Dans le cadre de la célébration du bicentenaire, l'émission vise à produire un consensus autour d'un événement qui par nature fait polémique. Elle le fait au prix de la falsification de l'histoire et de l'instrumentalisation du jugement populaire.

A.- *La falsification de l'histoire*

Le procédé n'est pas nouveau. Les commémorations, on le sait, construisent une mémoire bien plus qu'elles n'en rendent compte. Le but de ces commémorations mémorielles est moins, en effet, la connaissance précise de l'histoire – ou son rappel – que l'écriture du roman national, que l'on veut fédérateur, donc épuré de ses éléments dissonants. Pour éviter la polémique, il est alors recommandé, dans le cadre de ces célébrations, de présenter un récit consensuel quitte à édulcorer quelque peu la réalité historique. C'est sans aucun doute dans cet esprit que les producteurs de l'émission mettent à peine en scène le protagoniste de l'événement, à savoir le Roi. Il apparaît peu à l'écran et reste durant toute la durée de l'émission, retranché dans un silence mutique, presque caricatural.

²⁰ J.-M. SCHAEFFER, *Pourquoi la fiction ?*, Paris, Seuil, Poétique, 1999.



Il est vrai que Louis XVI avait refusé de se défendre, mais fallait-il pour autant le gommer du petit écran, le faire disparaître de la scène ? Ce roi inconsistant, sans charisme, ne suscite ni empathie, ni antipathie. C'est précisément l'effet recherché. En gommant le personnage, on souhaite dépassionner le débat, écarter toute référence à la monarchie. En 1988, la monarchie n'est pas le sujet de l'émission. L'acquiescement de Louis XVI par 55 % des téléspectateurs qui clôture la soirée est la preuve éclatante d'un débat qui n'a pas trouvé ses fondements dans l'historicité.

Toutefois, le procédé devient plus contestable quand le consensus commémoratif s'obtient au prix d'une falsification de l'histoire. Plutôt que d'expliquer en effet un événement complexe mais néanmoins fondateur, à savoir la condamnation à mort de Louis XVI, l'émission, poussant à l'extrême la simplification, surfe sur la sémantique et propose comme une évidence un « procès » – puisque tel est le terme retenu par l'histoire – mis en scène dans un tribunal. Le plus grave est en effet de donner au terme de « procès », par l'effet conjugué de la mise en scène et de la reconstitution anachronique d'une audience qui se tiendrait devant le Tribunal révolutionnaire, une dimension judiciaire que le procès de Louis XVI n'a jamais eue. Cet imperceptible glissement du politique au judiciaire est loin d'être anodin ; il dénature le régicide de fondation qu'il prétend commémorer, voire reconstituer. Fruit d'une sentence judiciaire, la condamnation du Roi serait l'expression de la séparation des pouvoirs tout nouvellement instituée ; alors qu'elle est tout au contraire, la première manifestation républicaine d'une justice politique, exceptionnelle, dérogoire aux principes établis. Le procédé est assurément plus polémique mais aussi beaucoup plus conforme au contexte révolutionnaire. Louis XVI en effet n'a pas été jugé par des magistrats de l'ordre judiciaire – fut-il révolutionnaire –, mais a été accusé et condamné par une juridiction d'exception, à savoir, les représentants élus de la Nation réunis à la Convention. Et ce n'est guère l'avertissement d'Arthur Conte en début d'émission, aussi bref qu'ambigu, prévenant que « la forme est imaginaire mais [que] le fond est rigoureusement exact » qui peut prétendre rétablir la vérité. D'autant qu'en l'espèce la nature même de l'événement ne permet pas de distinguer la forme du fond. C'est faire peu de cas en effet de la force démonstrative des images ; ce que pourtant le sous-titre de l'émission suggère : « la parole est aux images ». Le

public croit apprendre en se divertissant, mais il s'acculture. La mémoire collective retiendra en effet la dimension judiciaire du spectacle télévisuel qu'elle appliquera, par analogie, à l'événement historique réel. Bien qu'avouée, la falsification passe inaperçue. L'émission réussit ce prodige de produire du faux à partir de l'authentique, et de faire du vrai avec du faux ! Pour preuve, les propos de Gilbert Collard qui, sans doute séduit par la proposition médiatique, se laisse emporter par l'enthousiasme et tire de trop rapides conclusions qu'il livre dans un entretien au Figaro-magazine²¹, partenaire du programme :

« Je crois que la condamnation à mort du roi est à l'origine de toute la perversion du système judiciaire. C'est ce qu'on appelle en droit "la compensation de la culpabilité" : on décapite un roi et on se donne l'impression d'avoir fait un acte de justice d'une telle ampleur que tout ce qu'on pourra faire ensuite sera forcément du côté de la justice. La décapitation de Louis XVI, c'est un blanc-seing donné à ces petits juges qui portent aujourd'hui leur toque comme on porte une couronne. Si l'on avait seulement banni le roi, on aurait pu construire une autre justice ».

L'amalgame entre procès et système judiciaire s'impose du seul fait de la mise en scène. On peut être certain qu'ils seront nombreux à l'issue de l'émission à partager ce sentiment. On s'interroge alors sur les vertus pédagogiques de la télévision qui opte pour une simplification mensongère quand il aurait été si « simple » et autrement plus satisfaisant d'expliquer la vérité d'un procès politique. L'atteinte à la vérité historique est d'une telle gravité qu'on ne saurait l'expliquer par le simple désir d'une forte audience. Le spectacle aurait-il été moins bon si la scène s'était déroulée devant la Convention ? Certains réalisateurs s'y sont risqués sans que l'intensité dramatique de leur film en pâtisse²². La raison impérieuse qui a déterminé la production à faire le choix du dispositif du procès doit être recherchée dans l'essence même du processus judiciaire qui par le jugement qui le clôt, offre aux parties divisées autant qu'à la société ébranlée, une voie de réconciliation.

B.- L'instrumentalisation du « jugement » populaire

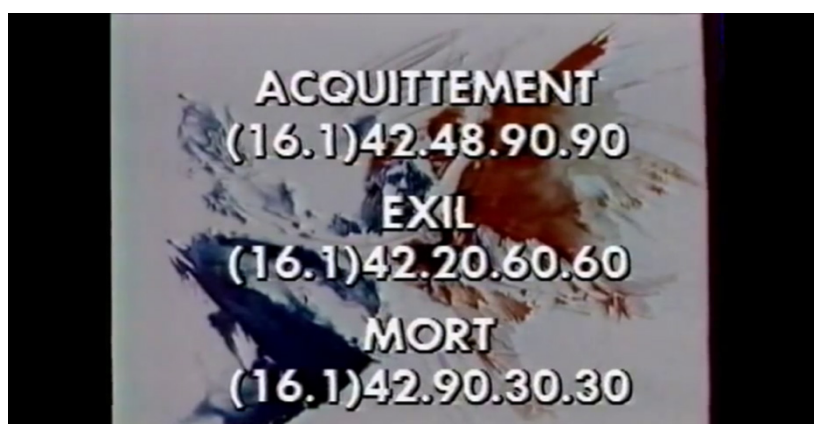
L'idée force de l'émission, celle qui guide le choix du dispositif judiciaire au mépris de l'histoire, consiste à utiliser le tout nouveau minitel pour faire une émission participative. Interagir avec le public devient à la fin des années 1980 une pratique théâtrale à la mode – en 1988, Robert Hossein met en scène au théâtre *La liberté ou la mort*, spectacle interactif qui permet aux spectateurs de choisir leur place dans l'hémicycle reconstitué et de sanctionner de leurs cris les procès populaires tenus sur la scène – au point qu'elle passe pour caractéristique de la politique des spectacles de cette période²³. On y retrouve non seulement la tradition du théâtre populaire, mais surtout une correspondance exacte entre l'événement que l'on

²¹ *Le figaro Magazine*, 10 décembre 1988.

²² On pense à Robert ENRICO et Richard T. HEFFRON, *La Révolution française*, 1989.

²³ Sur cette question, voir Bérénice HADIMI-KIM, *Les cités du théâtre politique en France, 1989-2007, Archéologie et avatars d'une notion idéologique, esthétique et institutionnelle plurielle*, Thèse doctorat, Université Lumière Lyon 2.

souhaite commémorer et la construction du spectacle. Le théâtre participatif réinvente l'Agora comme scène première de l'ambition démocratique. Ainsi à l'issue de l'audience telle qu'elle est représentée, après avoir entendu les témoignages, réquisitoire et plaidoirie, les téléspectateurs sont invités à se prononcer sur le sort du Roi. Le président énonce les questions qui vont être posées au public : Capet est-il coupable des fautes dont il a été accusé ? Et si la culpabilité est acquise, quelle doit être la peine ? Les téléspectateurs ont le choix entre l'exil ou la mort. On ne les invite ni à motiver ni à partager leur avis puisque le numéro à composer est différent selon qu'on se prononce pour le bannissement ou la peine capitale. Le scrutin se réduit donc à une opération comptable, et rentable ! Car il ne faut pas oublier que la communication est payante.



Si l'intention est de célébrer, par l'interaction, l'entrée du peuple sur la scène politique, les modalités de l'émission engendrent des confusions lourdes du risque de dérive. La première est l'amalgame qui s'opère naturellement entre le peuple et le public par la magie de l'image. À l'issue de la présentation de l'émission, Arthur Conte en gros plan s'adresse aux téléspectateurs, leur rappelant que, ce soir, le Roi se présente « Face à vous tous ». Le geste qui accompagne ces propos est celui que l'on a maintes fois à l'écran dans les films de prétoire. Ouvrant les mains, faisant face aux téléspectateurs, il les invite en quelque sorte à pénétrer depuis le fauteuil de leur salon, dans la salle d'audience. Propos relayés – martelés ? – pour plus d'efficacité, par la voix de Léon Zitrone qui assure le rôle du président du tribunal : « Je déclare ouvert ce grand tribunal extraordinaire de la France, à l'issue duquel tout notre peuple lui-même aura à décider de la culpabilité et du sort d'un despote, en la présence de Louis Capet ». Le titre de l'émission : « Au nom du peuple français » procède de la même intention. La télévision est hissée au rang d'instrument fédérateur susceptible de rendre vivante la démocratie. Deux cents ans après, elle entend se substituer à la fête révolutionnaire, outil pédagogique qui permettait d'enseigner, en l'incarnant, le principe nouveau d'unité nationale. C'est oublier que la fête révolutionnaire, tel un rite de passage, était censée opérer la transformation du sujet en citoyen. Dans la fête, par la fête, le peuple-acteur devenait Nation. La télévision pouvait-elle prétendre à une telle transcendance ? L'émission démontre que l'utilisation du procédé participatif ne suffit pas à donner sens à l'événement

et n'est pas nécessairement gage d'une haute ambition démocratique. Elle opère semble-t-il une autre forme de transformation, bien pauvre et fort peu révolutionnaire, qui transforme le public passif devant son petit écran en peuple français, qui fait du téléspectateur le modèle du nouveau citoyen.

Mais ce qui constitue réellement l'événement, dans l'esprit de la production, c'est que ce public-peuple est invité, non seulement à assister au procès, mais à juger l'accusé. Le jugement qui doit clore l'émission s'inscrit très étroitement dans le processus commémoratif destiné à produire un consensus. En cela le dispositif judiciaire est parfaitement adapté au but poursuivi. Le procès agit comme une sorte d'exutoire des passions. Après qu'aient été exposés les arguments de l'accusation et de la défense, la sentence rétablit pour l'avenir l'équilibre qui avait été rompu par le conflit. Inviter le public à juger le roi deux cents ans après les faits, c'est produire la fiction de la grande réconciliation de l'acquiescement. De surcroît, le verdict populaire semble adapté à la commémoration d'une révolution qui, mettant fin à la justice royale, institue par la séparation des pouvoirs, une justice désormais rendue au nom du peuple. S'opère alors un insensible glissement du public-peuple au peuple-juge. Mais loin d'être conforme à l'esprit révolutionnaire, cette instrumentalisation télévisuelle du jugement travestit la portée démocratique d'une justice du peuple et en gomme toute la complexité. En dépit de l'annonce faite dans la presse : « Lundi soir, à l'issue de l'émission, les téléspectateurs seront les jurés du procès de Louis XVI », pas de jury populaire institué ici, pas de délibéré secret propre à faire naître l'intime conviction. La formule lapidaire « Jugement par téléphone » fièrement annoncée par la presse et qui veut sonner comme un indice du progrès traduit tout au contraire qu'il n'y a ni jugement, ni même vote. Tout au plus pourrait-on parler d'un sondage d'opinion. Confondant la justice populaire, justice de masse, impulsive, spontanée, irréfléchie et la justice d'un peuple institué en jury, l'émission propose une grave perversion de l'acte de justice et prépare l'avènement du média-juge qu'annonçait Pierre Legendre²⁴, que le développement d'internet et la consécration de la communauté des internautes rendent aujourd'hui si tangible.

L'utilisation du dispositif du procès ne se contente pas de « jouer » la justice, il permet de se jouer de la justice et plus encore des fondements de la démocratie qu'on entend paradoxalement mettre à l'honneur : l'exercice de la justice et le suffrage. Insensiblement, par la force des images – fussent-elles de médiocre qualité – la démocratie se confond avec le divertissement télévisuel. Ce sont les jeux du cirque revus par Yves Mourousi²⁵. Se parant de la force du droit par la mise en

²⁴ Pierre LEGENDRE, *Leçons III. Dieu au miroir. Étude sur l'institution des images*, Paris, Fayard, 1997. Idée reprise par Mireille DELMAS-MARTY, « Justice télévisée ou médias justiciers » dans *Mettre l'homme au cœur de la justice : hommage à André Braunschweig*, Paris Association française pour l'histoire de la justice, Litec, 1998.

²⁵ Jacqueline BEAULIEU, « Louis XVI entre vos mains », *Le soir.be*, mis en ligne le 12/12/1988 : « Le spectacle qu'il a conçu tient à la fois de la "dramatique" façon premières années de la télévision et des jeux du cirque »

scène judiciaire, l'émission constitue une grave atteinte à la démocratie dont elle ne présente en fait qu'une caricature, « une bouffonnerie » !

Le spectacle de la justice dans les séries judiciaires télévisées

Barbara VILLEZ

*Anciennement Professeur de langues et cultures juridiques,
Université Vincennes-St Denis, Paris*

Résumé : Les séries judiciaires télévisées offrent une véritable formation judiciaire au citoyen, même si celui-ci n'a jamais eu affaire à la Justice. Elles sont facilement accessibles, mettent en place plusieurs repères qui permettent aux téléspectateurs d'aller plus directement aux questions judiciaires et juridiques qu'elles mettent en scène.

D'abord produites aux Etats-Unis pour un public américain, elles se sont rapidement trouvées importées sur les chaînes de télévision partout dans le monde. Cependant elles ont familiarisé ainsi les publics étrangers avec un système judiciaire qui n'était pas le leur et ont provoqué d'innombrables erreurs et un brouillage de repères pour les Français, parfois même en créant des scènes rocambolesques au tribunal, qui irritaient les professionnels de justice dans ce pays.

Après une analyse de leur fonctionnement, nous étudierons les quatre périodes de la représentation de la justice qu'elles ont offertes. La production des séries françaises sera étudiée par la suite et l'article se termine sur les pistes de recherche qui restent à approfondir.

Mots-clés : séries judiciaires télévisuelles, fonctionnement, mise en scène de la justice, fidélisation, familiarisation

Abstract: *The ordinary citizen, having no direct experience with the courts or the legal professions, learns a lot about the law and the judicial system simply by watching courtroom dramas on television. Television legal series are easily accessible and are written in such a way that viewers can quickly become familiar with procedural details allowing them to go straight to the more complex legal issues at the heart of each case. Originating in the United States for an American public, these programmes were quickly imported to television channels across the world. However, foreign viewers became familiar with a legal system different from their own, provoking numerous errors and embarrassments in the courtroom and unnerving French legal professionals for example.*

After a brief analysis of how legal series work to create criteria for viewers, the article gives an overview of the history of television courtroom dramas in the United States and contrasts this to French productions. The study ends with suggestions for further necessary research.

Key-words: *television legal series, how the series work, dramatisation of justice, familiarisation, further research*

Au pays des merveilles, Alice assiste au procès du valet de cœur accusé d'avoir volé des tartes à la Reine. Lorsqu'elle regarde les tartes exposées sur la table des pièces à conviction, au centre de la salle d'audience, elle commence à avoir faim. Elle constate que le procès est un peu étrange, ainsi que les personnages au tribunal. Elle regarde autour d'elle pour se distraire et elle essaie de penser à autre chose. Bien

qu'elle n'ait jamais eu, auparavant, une quelconque expérience de la justice, elle se félicite de reconnaître plusieurs aspects matériels et procéduraux du procès, comme le nom de presque tous les acteurs en justice présents au tribunal. Elle reconnaît le juge parce qu'il porte une grande perruque et se trouve au centre de la tribune. Elle identifie les jurés parce qu'ils se trouvent dans un box sur un côté de la salle. Même plusieurs termes du lexique juridique lui sont familiers.

Alice se dit qu'elle connaît ces choses car elle a lu des livres. De la même manière, les téléspectateurs aujourd'hui, dans n'importe quel pays, sont eux aussi familiarisés avec le spectacle de la justice, la mise en scène, le décor et les professions. Grâce aux séries judiciaires télévisuelles, la plupart d'entre eux peuvent se dire que, sans avoir eu une quelconque expérience directe de la justice, ils ont une bonne idée sur qui fait quoi et de quel endroit dans la salle d'audience. Tout comme Alice, les téléspectateurs reconnaissent l'organisation de la salle et les phases de la procédure telles que les témoignages, les conclusions, et le verdict. Cette familiarité est largement attribuable à la justice en spectacle, faite pour la télévision, qui a pris en quelque sorte la relève des frises sur les palais de justice, des tableaux ou de la littérature. Les séries, depuis plus de soixante-dix ans, mettent en scène, en images et en récits, le procès, les traditions, des questions juridiques et même une terminologie. Pendant une bonne partie de cette longue histoire des productions télévisuelles, essentiellement faites aux États-Unis et diffusées partout dans le monde, les téléspectateurs ont assimilé des informations sur la justice, mais surtout sur la justice américaine. Cependant, en dépit de cette déformation, qui a duré jusqu'à relativement récemment, ces émissions ont mené les téléspectateurs d'aujourd'hui bien plus loin que la reconnaissance des images. Avec le temps, à force de regarder des séries de plus en plus complexes, ils sont devenus également plus à même de comprendre entre autres, la difficulté de juger, les dilemmes éthiques des professionnels, et la nécessaire évolution du droit.

Aujourd'hui il existe davantage de séries judiciaires « locales », produites partout dans le monde, mettant en scène une justice plus spécifique à chaque pays. En effet, depuis plus de trente ans de tels efforts permettent de découvrir, dans certains cas, une alternative à la justice de la *common law*, version états-unienne, et plus récemment, même si c'est encore timidement, de réfléchir à des problèmes juridiques nationaux aussi bien que sociaux dans les récits.

I.- Le fonctionnement pédagogique d'une série judiciaire

Les séries offrent une expérience virtuelle de la justice, à travers une distance qui permet d'observer sans risque¹. C'est aussi une sorte d'apprentissage par le divertissement. Même si aujourd'hui on peut consommer une série en plusieurs

¹ Ce que Winnicott appelait la zone de sécurité qu'offre le jeu. Voir D. WINNICOTT, *Playing and Reality*, Londres, Penguin Books, 1971.

épisodes, voire tous, à la suite, (le *binge watching* sur les plateformes), l'écriture est la même, c'est la façon de consommer qui a changé. À l'origine, l'occurrence hebdomadaire jouait un rôle important dans la mise en place progressive de critères sur le procès et les professions juridiques. La régularité de diffusion offrait l'occasion de pratiquer les connaissances acquises, de s'en rappeler, de les remettre en jeu, de vérifier, tester les compétences. Les premières séries judiciaires étaient des récits fermés² où chaque histoire se complétait dans l'épisode. Les personnages principaux récurrents traitent une affaire en justice différente chaque fois. Malgré les particularités du cas, pénal dans la grande majorité des séries de la première période³, les fictions à récit fermé mettaient en place un schéma – le schéma restait le même mais l'intrigue de l'épisode changeait. Le schéma régulier, une fois familier, libérait les téléspectateurs pour se focaliser sur l'histoire et les problèmes particuliers que le cas comporte. À force de regarder, les compétences des téléspectateurs se développent, les rendant plus exigeants et menant, avec le temps, à une complexification des récits pour répondre aux goûts d'un public plus capable. Ainsi les téléspectateurs découvraient des questions juridiques de plus en plus précises (l'admissibilité des preuves, les *bench trials* hors la présence d'un jury, la responsabilité du juge, les limites à la confidentialité avocat-client, etc.). La répétition du schéma ne voulait pas dire répétition des histoires, ni des détails juridiques. Ce n'était pas une répétition sans défi (un peu comme dans le sport où, lorsque le jeu se corse, on devient plus compétent même si, à la base, les gestes et les règles du jeu restent les mêmes) et le téléspectateur est devenu prêt à passer des questions du procès pénal (la simple question du coupable/non coupable) à celles de droit civil, de droit de la famille, de la justice restaurative, et d'autres questions de la justice qui évolue, ou pas.

Les années 1980 ont apporté une production exponentielle des séries, tous genres confondus, et notamment celles à récit ouvert⁴, ou feuilletons où les histoires se prolongent sur toute une saison, voire sur des années, de rebondissement en rebondissement. En ce qui concerne les séries judiciaires, cette forme particulière d'écriture sérielle fait appel aux mêmes compétences des téléspectateurs : la redécouverte des éléments régulièrement rencontrés, pendant la préparation du procès et au tribunal, et ainsi une expérience virtuelle avec le spectacle de la justice. Cependant, ces séries à récits ouverts offrent aux scénaristes plus de temps et de place dans la narration, à travers les épisodes et les saisons, pour développer les personnages et leur donner plus de profondeur. Ainsi ces séries poursuivent deux récits parallèles : le principal, judiciaire, et la *back story*, les histoires personnelles et professionnelles des personnages, leurs défauts, leurs dilemmes, leurs attitudes, leur évolution professionnelle et l'impact de leur travail sur leur vie.

À la différence des documentaires ou du cinéma, les séries s'appuient sur des éléments d'écriture qui sont pédagogiquement très efficaces tels que la segmenta-

² B. VILLEZ, *Séries télé : visions de la justice*, Paris, PUF, 2005, p. 24, 98.

³ Qui sera développé plus loin.

⁴ *Ibid.*, p. 24-25.

tion⁵ pour ramener l'attention du téléspectateur régulièrement vers l'écran et vers l'histoire, malgré les distractions. La fidélisation, un autre élément utile et spécifique aux séries, assure le suivi de la série et ancre l'acquisition des connaissances. Les documentaires et le cinéma n'ont pas le même fonctionnement, surtout en ce que les histoires sont présentées en une seule fois. Il n'y a pas la même possibilité de pratiquer, de remettre en jeu les notions acquises. Le spectateur doit faire la suite par lui-même, si le sujet l'intéresse. Finalement, les séries télévisées ne demandent aucun effort particulier, leur accès est facile (pas besoin de déplacement, pas de coût, pas d'organisation de la soirée, etc.). Par le divertissement et dans le confort de la maison, elles apportent une expérience avec un univers que le citoyen ordinaire n'aura pas nécessairement. Le téléspectateur choisit l'émission pour le divertissement qu'elle offre, pas forcément pour le sujet judiciaire, néanmoins il acquiert, chemin faisant, des critères sur la justice.

Le recours aux images et aux sons multiplie les informations à destination des téléspectateurs. Comme un épisode doit compléter l'histoire du cas particulier en moins d'une heure, les scénaristes doivent compter sur des gestes, des regards, le mouvement de caméra pour indiquer un détail au bureau autrement inaperçu. Ainsi les scénaristes peuvent, sans mots et en peu de temps, accentuer un élément, présager une tournure qui va suivre, contredire ce que vient de dire un personnage. Au tribunal, le regard de l'assistant du procureur vers le jury pour voir leur réaction à ce qu'un témoin vient de dire, renforce l'importance du témoignage et pourrait avoir une conséquence non négligeable sur la suite. Cela souligne l'attention que devrait y porter le téléspectateur également. Par ailleurs, comme les séries bénéficient aussi d'un temps long, à travers les épisodes d'une saison, ou de plusieurs années, les scénaristes mettent souvent en place des conventions visuelles et/ou sonores. Pour souligner une situation avec humour, la cravate d'Alan Shore⁶ s'allume lorsqu'il commence sa plaidoirie devant les juges de la Cour suprême et, de cette façon, le scénariste donne de multiples informations : le temps très limité imparti à un avocat pour développer son argument devant la Cour ou pour rappeler une attitude critique dirigée contre la Cour à une époque précise, faisant ainsi appel à une réalité existant hors la fiction. En revanche, un aparté, adressé directement aux téléspectateurs, accentue la distance avec la réalité : on sait qu'on est devant un spectacle⁷. La musique d'un film de Sergio Leone accompagnant un avocat qui entre dans la salle d'audience ou qui sort son stylo dans une réunion au milieu d'une négociation provoque un effet comique, certes, mais souligne le rôle contradictoire de protecteur et de perturbateur attribué aux avocats dans la société aujourd'hui. Dans la série *Law & Order*⁸, l'économie essentielle du temps des épisodes, nécessité par une écriture très serrée, a mené à la mise en place de deux notes de musique (le

⁵ *Ibid.*, p. 23.

⁶ *Boston Legal*, ABC, 2004-2008.

⁷ *Shark*, CBS, 2006-2008.

⁸ *Law & Order*, NBC, 1990-2011 (diffusée en France sous le titre *New York Police Judiciaire*), une reprise de la série a été lancée sur NBC en 2021.

fameux *doing doing*) qui signalent le passage d'une scène à la suivante et la progression des étapes de la procédure. Ces outils créent en outre une sorte de complicité entre les téléspectateurs et les scénaristes et complètent la construction d'une mise en spectacle de la justice à l'écran, et souvent en débat.

Le téléspectateur traverse donc la série qui lui offre une expérience virtuelle avec le spectacle de la justice, avec une distance qui rassure car il sait qu'il s'agit d'une fiction, aidée par des conventions mises en place sur le temps. Parce qu'il n'y a pas de risques, parce qu'on est dans un espace de divertissement, le téléspectateur s'abandonne à l'histoire et aux images ; il est plus réceptif. Le spectacle de la justice est reçu dans des conditions qui ne comportent pas d'enjeux, et le téléspectateur est totalement disponible. Cette disponibilité devant les images et les éléments de l'histoire permet de repérer plus facilement ce à quoi correspondent les concepts. La répétition des mots dans un contexte narratif renseigne le téléspectateur plus efficacement. Sur scène un client peut montrer une hésitation devant un mot utilisé par son avocat qui lui explique, en le répétant. L'explication est donnée aux téléspectateurs par la même occasion. Lorsqu'on travaille avec des étudiants sur le droit comparé par exemple, le recours à des séries judiciaires permet de faire ressortir des différences de pratique et le vocabulaire juridique prend plus de sens. Les étudiants des pays anglo-saxons découvrent qui compose le parquet et qui est le/la juge d'instruction, pour lequel il n'y a pas vraiment de correspondance car leur système est différent. Pour les étudiants français l'image d'un(e) juge unique au tribunal explique le célèbre et contesté « votre honneur » utilisé à tort à la place de Monsieur/Madame le Président(e). De telles comparaisons à l'aide d'images permettent de constater que les procès américains et britanniques, pourtant deux pays de la *common law*, ne sont pas identiques. Malgré la multitude d'aspects semblables dans les deux systèmes juridiques, on voit que le procès anglais se situe à mi-chemin entre le combat mené par les avocats américains et le travail plus social du procès français (procès romano germanique) mené par le juge du siège. En effet, le juge anglais dirige la procédure, son homologue américain est plus réservé, agit plus en arbitre, même si les séries des dernières années montrent plus clairement son pouvoir au tribunal. Confronter les séries britanniques et américaines est également d'une grande utilité pour mettre en image les diverses professions juridiques (*barristers, solicitors, trial lawyers, prosecutors, magistrates, etc.*).

II.- L'histoire de la spectacularisation télévisuelle de la justice

Le recours aux séries américaines dans un cours d'anglais juridique a permis de rendre visibles beaucoup de ces aspects procéduraux et des professions de la *common law* aux étudiants juristes français qui avaient du mal à faire la distinction entre ce système juridique et la justice française, la plupart d'entre eux au début de leurs études n'ayant pas encore assisté à un procès chez eux ou ailleurs. Les séries ont eu dans ce cas, un triple avantage : capter leur attention, offrir des images claires des

différences entre les deux cultures judiciaires et ancrer le vocabulaire juridique en anglais à une expérience visuelle. L'appréciation des étudiants du matériel utilisé et une participation mieux répartie aux discussions en classe s'ajoutaient à ces avantages. Une recherche auprès de magistrats français en 1990 a abouti à un autre constat : plusieurs d'entre eux se plaignaient d'être appelés, lors des audiences, par le terme « votre honneur », terme hors de propos dans un tribunal français. Il était clair, pour tous, que cette confusion provenait des séries judiciaires américaines télévisées, surtout étant donné que ceux qui utilisaient cette forme d'adresse à tort, n'allaient probablement pas aussi fréquemment au cinéma que devant leur poste de télévision.

À part cette confusion certaine, force est de constater qu'une certaine culture juridique existe chez le citoyen non-juriste. Les gens sont quand même conscients de la place de la justice dans la vie, de l'existence de règles qui peuvent protéger des justiciables ou, au contraire, comporter une menace. La culture populaire est une source non seulement d'informations mais d'attitudes, de confiance et de méfiance. Aux États-Unis, les séries véhiculent une note positive même lorsqu'elles critiquent le système ; on entend souvent que le système marche même si les professionnels peuvent être défaillants, voire détestables. La culture populaire a porté à la connaissance du public des personnages mythiques tels qu'Abraham Lincoln, Atticus Finch, Perry Mason ou Justice Holmes et même lorsqu'un film ou une série accentue les failles du système, le parti pris n'est pas totalement négatif parce qu'à la base, on croit dans le système. En France, en revanche, pendant longtemps la fiction télévisée sur le monde de la justice française a livré un portrait très noir. En effet, beaucoup de téléfilms remettaient en scène les scandales judiciaires (l'affaire Dreyfus, l'affaire Outreau, l'affaire Grégory). La France produit bien plus de documentaires que de séries et ceux-là ont plutôt tendance, eux aussi, à traiter des erreurs judiciaires. Quant aux fictions judiciaires françaises, et contrairement à celles écrites et produites aux États-Unis, il n'y avait jusqu'aux années 2000 pratiquement pas de juristes participant à l'écriture. Est-ce la raison d'une attitude considérablement négative envers l'institution et les professions à l'écran ? Ou est-ce une méfiance plus profonde, une tradition populaire de méfiance envers l'institution judiciaire plus ancrée dans la culture française ?

En France, des émissions régulières sur la justice ont fait leur apparition assez tard et elles étaient, pour la plupart, des comptes rendus d'affaires passées, des documentaires ou des émissions en direct, des « magazines » où des spécialistes discutaient des problèmes que pouvaient affronter le public et offraient des conseils. La production française en matière judiciaire a augmenté considérablement pendant les années 1990 et portait essentiellement sur les faits divers. Mais même à cette période, la production de fictions judiciaires prenait la forme de téléfilms plutôt que de séries. Et pendant tout ce temps, les chaînes françaises continuaient à diffuser des séries importées d'ailleurs.

Aux États-Unis, la première série judiciaire remonte à 1947⁹, c'est-à-dire dès le début des diffusions télévisuelles hebdomadaires. Les onze premières émissions judiciaires étaient constituées principalement de séries dramatiques, à part deux émissions de reconstitutions, deux émissions de débats et une série comique qui tournait autour d'une avocate, (phénomène rare pour 1954, qui ne sera repris qu'en 1966 même s'il s'agissait, là encore, d'une comédie¹⁰...). Plusieurs événements importants ont contribué à l'idée de produire des séries judiciaires aux États-Unis pendant les années 1950. Tout d'abord en 1951 un musicien, Christopher Emmanuel Balestrero a été arrêté devant sa maison par la police possédant des informations sur un vol commis par un homme correspondant exactement à sa description. Il a été jugé, condamné et libéré plus tard lorsqu'on a trouvé le vrai coupable. Son histoire, très médiatisée, est devenue le sujet d'un film tourné par Hitchcock en 1956¹¹. En 1954, un médecin, Sam Sheppard s'est vu accusé du meurtre de sa femme enceinte alors qu'il clamait son innocence. Des photos, autorisées au tribunal à l'époque, ont mené à un double procès : l'un au palais de justice et l'autre dans les médias, à tel point qu'il était impossible pour le public d'ignorer son affaire¹². La garantie d'un procès équitable fut donc à l'époque largement en question. Un troisième événement important était la décision de la chaîne CBS en 1957 d'adapter au petit écran une émission radiophonique, elle-même l'adaptation d'une série de polars judiciaires écrits par un avocat, Earle Stanley Gardner. Le personnage principal de la série était un avocat, Perry Mason, qui défendait toujours un innocent et gagnait tous ses procès. Gardner a gardé le contrôle sur la production de la série télévisuelle qui est devenue une série judiciaire culte et a duré neuf ans avec une reprise en 1973-1974 suivie de plusieurs téléfilms autour du même avocat. La série *Perry Mason* marque le début d'une longue histoire de séries judiciaires américaines et une histoire d'exportations des séries du genre.

Entre la fin des années 1940, aux débuts de la télévision aux États-Unis, et la première diffusion de *Perry Mason* en 1957, on compte une dizaine d'émissions hebdomadaires sur la justice dont six séries dramatiques. Pendant les années 1950, neuf séries ont pris place à côté de *Perry Mason* et dix dans les années 1960. Ce nombre a augmenté considérablement avec seize nouvelles séries judiciaires pendant les années 1970. Le genre a connu une chute (seulement neuf nouvelles séries judiciaires) pendant les années 1980 à cause d'un nouveau genre, les « sagas » familiales (*Dallas*, *Dynasty*, *Falcon Crest*, etc.) qui ont accaparé l'attention du public. En dépit de la présence d'avocats parmi les personnages qui défendaient, arrangeaient les affaires de ces grandes familles, ceux-là n'ont jamais occupé les rôles de personnages principaux. À partir du début des années 1990, les séries judiciaires reviennent en force et leur

⁹ *Public Prosecutor*, Chaîne DUM, série dramatique, affaires pénales, 1947-1952.

¹⁰ *Willy*, CBS, 1954-1955 ; *The Jeanne Arthur Show*, CBS, sept.-déc. 1966.

¹¹ *The Wrong Man*, 1956 (*Le Faux coupable*).

¹² L'affaire Sam Sheppard a donné lieu à une série, *The Fugitive*, ABC, 1963-1967, diffusée en France sur la deuxième chaîne d'ORTF à partir de 1967. La même histoire a fait l'objet d'un film du même titre, tourné par Andrew Davis en 1993 avec Harrison Ford.

nombre ne cesse de croître (trente-deux nouvelles jusqu'à l'an 2000, et bien au-delà de cinquante nouvelles depuis, sans compter les séries uniquement disponibles sur les plateformes). Décidément, la recherche dans ce secteur n'est pas finie.

La production des séries judiciaires américaines se divise clairement en quatre périodes de représentation de la justice et surtout des professions juridiques. Au départ le personnage principal était un avocat défendeur et les affaires étaient toujours pénales. Pendant la première période (du début des productions jusqu'aux années 1980), il était rare que le personnage principal perde son procès et rare également qu'un procureur soit au centre des récits¹³. Le juge, en bon arbitre, dominait toujours silencieusement la salle, il écoutait, parlait très peu, utilisait son marteau pour appeler le silence et acceptait ou refusait les objections émises par la partie adverse. À l'instar de Perry Mason, l'avocat, personnage central récurrent, était intègre, honnête et dévoué. Le vrai coupable était régulièrement confondu au procès, renforçant un message d'efficacité de la justice et de nécessité d'un bon défendeur. L'avocat était un sauveur, un chevalier servant, qui protégeait son client contre un système menaçant dans la personne du procureur ou du lieutenant de police qui faisait l'arrestation au début de l'épisode (tous deux aussi souvent des personnages récurrents). Avec Perry Mason on découvre également le rôle actif de l'avocat américain qui enquête pour trouver des informations qui aident à faire disculper son client.

De 1961 à 1965, la CBS a diffusé une série du dramaturge Réginald Rose¹⁴, *The Defenders*, une série en avant sur son temps, qui brisait tous les tabous, traitait des thèmes qu'aucune autre série n'abordait à l'époque (racisme, licenciement abusif, avortement). Les avocats, père et fils, ne gagnaient pas systématiquement leur procès mais s'engageaient régulièrement au cabinet dans des disputes, voire des bagarres, juridiques, générationnelles et sociales. D'autres innovations timides du genre judiciaire ont suivi comme *The Paper Chase*¹⁵, une série mettant en scène des étudiants dans une faculté de droit qui discutaient des cas avec leur professeur (personnage principal) et des exigences du système. La série, *Petrocelli*¹⁶, se centrait sur un avocat devant départager des témoignages contradictoires devant un même fait.

Malgré la diminution des productions du genre dans les années 1980, la deuxième période commence à ce moment-là et reflète les idées du Président Reagan, encourageant le transfert d'un grand nombre de responsabilités du gouvernement fédéral vers les États fédérés, voire les citoyens eux-mêmes. Cette période reflète donc un désillusionnement face aux institutions et notamment au système judiciaire qui

¹³ Il faut garder en mémoire qu'aux États-Unis, le défendeur et le procureur sont tous deux avocats, ayant suivi la même formation. On peut quitter le public pour un cabinet privé ou vice versa plusieurs fois dans une carrière et on devient juge du siège plus tard après des années au barreau.

¹⁴ Connue pour *Douze Hommes en colère*, écrite à l'origine comme pièce pour la télévision en 1954 et sortie en 1957 en tant que film réalisé par Sidney Lumet.

¹⁵ *The Paper Chase*, CBS, 1978-1979.

¹⁶ *Petrocelli*, NBC, 1974-1976.

peine à protéger les victimes à cause de barrières procédurales qui commençaient à être critiquées car jugées excessives. La production en matière de représentations de la justice pendant cette période se tourne plus vers les téléfilms où un protagoniste est déçu par les professions et les institutions vers lesquelles il se tourne pour obtenir de l'aide. Les quelques séries de la période sont assez peu novatrices par rapport à la formule *Perry Mason*, à part une, *L.A. Law*¹⁷, qui met en scène tout un cabinet, donc une firme d'avocats qui travaillent dans divers secteurs juridiques. La hiérarchie des avocats (des associés jusqu'aux stagiaires), les salaires, la gestion du cabinet ainsi que les diverses spécialités des collaborateurs figurent dans les récits, à côté des affaires des clients traitées au tribunal ou dans des salles de négociation. Une ancienne procureur a complété l'équipe des scénaristes, apportant plus de réalisme aux thèmes soulevés : les rapports entre les différentes strates du personnel, les pressions financières du cabinet et les éternelles questions de déontologie. À partir de la fin des années 1980, les avocats ne seront plus de parfaits plaideurs en carton-pâte, ils devront affronter des problèmes personnels, les pressions du métier, des erreurs parfois irrécupérables, des substances addictives, mais aussi pour certains un dévouement total, presque nocif, à la justice pour les victimes.

Après les failles du système montrées au petit écran, les faiblesses de certains professionnels font ressortir en contraste l'héroïsme des procureurs de New York dans la série phare de la troisième période, *Law & Order*. Dick Wolff, le producteur en chef, avait, dès le départ, la volonté de mettre en lumière le dévouement de ces avocats du public, dans une série très « cérébrale », sans scènes de violence ou langage choquant. L'absence de ces aspects, courants dans d'autres fictions judiciaires, a fait douter les chaînes avant que la NBC ait décidé de lui donner sa chance pour une saison. Le succès de la série, malgré une abondance d'éléments techniques et un style presque documentaire, en a surpris plus d'un, d'autant plus que la série a été la toute première, au format de 50 minutes, dans l'histoire de la télévision américaine à durer 20 ans.

Law & Order met en scène les étapes d'une affaire en justice : de la découverte d'un crime (après l'acte), à l'enquête de la police, au transfert au bureau du procureur, et enfin au procès. Les récits donnent lieu aussi aux discussions pour requalifier les actes (de crimes en délits, etc.), discussions sur les erreurs de procédure, et aussi aux plaidoyers, aux plaider coupables. Parfois, mais pas systématiquement, l'épisode se termine par un verdict qui n'est pas toujours une fin heureuse, même si l'on gagne. La notion sous-jacente à la série la plus importante est celle de la responsabilité de chacun : celle des avocats, de la police, des parents, des voisins, enfin celle de tous les citoyens. Les procureurs et les défenseurs sont souvent face aux contraintes qui les empêchent d'accomplir leur mission (des lois, des règles de procédure, des protections qui sont parfois remises en question, des juges qui interprètent les lois à leur façon). Pour faire ressortir la difficulté de leur combat, la série utilisait comme

¹⁷ *L.A. Law*, NBC, 1986-1994 (diffusée en France sous le titre *La Loi de Los Angeles*).

personnages non récurrents des avocats aux stratégies parfois douteuses pour faire libérer un client, d'autres, commis d'office, à peine concernés par le sort du client, des militants, des incompetents, d'autres honnêtes et encore d'autres franchement vicieux. Les stratégies des avocats de chaque bord et les motions présentées ouvraient les portes des bureaux des juges, donnant enfin à ceux-ci un rôle plus développé et plus réaliste. Enfin, ils prenaient le pouvoir sur leur tribunal, mais là aussi, parfois à tort car, humains, ils se montraient sujets à des préjugés, à un ego hors norme, à la peur de critiques de la part du siège, à des hésitations devant la nécessité de prendre une décision qui risquerait de créer un précédent.

Cette troisième génération de séries judiciaires est aussi marquée de façon importante par David E. Kelley, un ancien avocat devenu scénariste. Il a su mettre en relation les outils de la comédie dramatique tels que l'humour et l'exagération, et les problématiques juridiques d'actualité difficiles et encore loin d'être résolues, telles que le clonage, la diffusion d'informations personnelles sur internet ou le harcèlement. Ces séries proposaient des questions difficiles au tribunal, dans un cadre très étrange : peut-on, de son vivant, offrir son cœur à sa fille qui a besoin d'une greffe, ce qui revient à demander la permission de se suicider ? En 1997, il a lancé sur deux chaînes différentes deux séries très opposées en style : l'une très noire¹⁸, et l'autre, une comédie¹⁹ autour d'une firme d'avocats assez loufoques, mais toujours proposant des affaires étonnantes qui faisaient réfléchir. En 2004 le cabinet de Donnell, Young, Dole et Frutt de *The Practice* est racheté par une autre firme et continue à exercer jusqu'en 2008 dans la série *Boston Legal*²⁰, où le spectacle sert souvent à critiquer le système judiciaire, la rigidité des tribunaux et la judiciarisation de la société américaine.

En 2006, la quatrième période de représentation de la justice commence avec deux séries qui mettent en avant la technicité de la profession d'avocat. Le moment des bons sentiments est terminé, le procès est un combat, perdre c'est la mort. Dans le Cabinet TNT & G²¹, les avocats brisent le mythe de Perry Mason ; ils se moquent de l'innocence, ou non, du client. Ils acceptent de le défendre et dans ce cas, intéressés par l'argent et le défi, ils livrent une bataille sanglante. Dans *Shark*²², un avocat quitte le secteur privé pour devenir un procureur requin, « Le procès c'est la guerre, la vérité est relative ». La manipulation des médias ainsi que les *mock trials* (la mise en place de faux procès pour répéter avant d'aller au tribunal, comme des répétitions de pièces de théâtre) annoncent les outils et les stratégies de cette génération d'avocats. *Shark* fait grand usage de l'image pour compléter le récit.

¹⁸ *The Practice*, ABC, 1997-2004.

¹⁹ *Ally McBeal*, Fox, 1997-2002.

²⁰ V. note 6 *supra*.

²¹ *Justice*, Fox, 2006 (4 mois).

²² *Shark*, CBS, 2006-2008.

Plus tard, une autre série, *Bull*²³ (CBS, 2016-2022) poursuit la mise en scène de l'importance de la technique dans la justice moderne. Là, un conseiller en psychologie, spécialisé dans la sélection des jurés, étudie les réactions de ceux-ci au tribunal devant les performances des avocats. Un ensemble de caméras et de techniques mesurent les attitudes positives ou négatives des jurés devant chaque argument, devant chaque témoignage. Le procès n'est pas toujours pénal dans cette série et souvent Bull dépasse ses compétences en proposant des solutions aux parties afin d'interrompre la procédure et d'arriver à un accord. Des avocats, des chercheurs et des informaticiens sont employés dans la société qu'il a créée, où les clients viennent directement demander son aide. La série, comme les avocats qui travaillent pour lui, prend pas mal de libertés avec la réalité, mais les questions posées, surtout dans les années Covid 2020-2022, sont intéressantes.

Depuis le début de l'histoire de la télévision en France, les chaînes ont produit en matière de justice, plus de documentaires, de téléfilms et de docufictions que de séries. Il a fallu attendre la troisième saison d'*Engrenages*²⁴ pour que des scénaristes collaborent avec des avocats, des magistrats et des policiers. Jusque-là, les mises en scène étaient très influencées par les séries américaines et l'image qu'on avait en France de la justice ressemblait beaucoup à l'américaine : le juge unique, les jurés dans un box, les avocats qui circulaient autour des témoins²⁵. *Engrenages* a lancé une tendance pour plus de réalisme dans le traitement des professions juridiques en France, respectant la procédure française et montrant l'interaction entre les divers services judiciaires. *Engrenages* donnait une image assez noire de la justice en France, des locaux vétustes, des professionnels déprimés, des mis en examens minables. Cependant, les acteurs en justice y montraient un certain dévouement, malgré les difficultés de leurs conditions de travail, ils semblaient engagés. Les séries comme *Munch*²⁶ ou *Le Code*²⁷ émettent une image plus positive des professions aujourd'hui. Les scénaristes de *Le Code* ont ostensiblement été influencés par les séries de l'Américain David Kelley et la tendance qui semble se mettre en place sera intéressante à suivre.

III.- Des pistes de recherche sur le thème images et justice

La recherche sur les séries judiciaires est une suite logique des premières recherches sur les thèmes juridiques dans le cinéma, entreprises surtout dans les facultés de droit américaines et britanniques (Asimow, Bergman, Robson, Greenfield, Moran, Christie, Chase, entre autres). Ce travail porte le plus souvent sur le droit

²³ *Bull*, CBS, 2016-2022.

²⁴ *Engrenages*, Canal +, 2005-2020.

²⁵ Beaucoup de séries françaises des années 1990-2000 ont eu recours à ces images erronées, mais nous pensons surtout à *Femmes de Loi*, TF1, 2000-2009.

²⁶ *Munch*, TF1, 2016-présent.

²⁷ *Le Code*, France 2, 2021-2023.

dans les récits mais l'utilisation de l'image pour représenter le droit demande à être examinée de plus près, surtout dans le contexte actuel où la culture visuelle est bien ancrée. Si on supprime le son, que voit-on de la justice ? Il ne faut pas oublier que sur les palais de justice, lorsque la majorité des gens ne savaient pas lire, les frises ou les allégories transmettaient des notions de justice, permettant de s'orienter dans les pratiques judiciaires.

Les pistes sont multiples et appellent à une collaboration interdisciplinaire entre chercheurs spécialisés d'une part sur l'image et d'autre part sur le droit. Tout d'abord que voit-on ? Que fait-on avec l'image ? À quel moment devient-elle importante en elle-même ? Quelle est l'intention sous-jacente ? Quel est le rapport à la réalité ? Exprime-t-elle un parti pris ? Y a-t-il des contradictions entre le récit et l'image ? Les travaux de Gillian Rose sur les méthodologies visuelles peuvent servir de point de départ à cette étude.

La majorité de ces recherches partent de l'objet, ce que le public peut comprendre par les récits ou voir dans les images ; c'est-à-dire ce que les juristes y voient pour la plupart. Ces études suggèrent ce que les téléspectateurs peuvent voir mais il y a peu, ou pas du tout, d'études sur la réception effective du public. En 2021, Cécile Vigour²⁸ a publié une étude très intéressante sur les attitudes du public par rapport aux professions de justice. Dans cette étude on découvre qu'alors que 84 % des personnes interrogées (2 352) ont confiance dans la police et 70 % dans les juges, les avocats ne recueillent que 60 % d'expressions de confiance. Dans cet échantillon de la population, la majorité des gens n'ont jamais eu d'expérience directe avec ces professions. Mais l'étude ne renseigne pas sur leur expérience, ou non, avec des séries judiciaires ou autre forme de représentation des professions juridiques. La question qui s'impose donc est : d'où viennent ces attitudes ? Il serait intéressant d'entreprendre un travail interdisciplinaire avec des sociologues qui ont l'habitude de mener des études de réception et de se renseigner sur le pouvoir effectif des séries sur les rapports entre le public et l'institution judiciaire.

Tous les pays ont maintenant leurs séries judiciaires et les mettre en parallèle semblerait une source de comparaison très riche : des cultures populaires différentes, des professions juridiques et les façons de les représenter, les goûts nationaux pour le type d'histoire (par exemple en Russie, il y a une chaîne qui se spécialise dans les séries policières consacrées aux crimes sexuels) et les attitudes du public envers l'institution. Quelles différences repère-t-on dans les systèmes juridiques des pays comparés et quelles spécificités dans les façons de les mettre en spectacle ?

Une autre recherche qui semblerait essentielle à entreprendre concerne les enfants et ce qu'ils comprennent de la justice, futurs citoyens qu'ils sont. À quel moment prennent-ils conscience de la place, de l'importance de la justice dans

²⁸ C. VIGOUR (dir.), *Les Rapports des citoyen-nes à la justice*, GIP Mission de recherche Droit et Justice (convention no 218.01.17.35), 2021.

leur vie ? Un enfant qui dit que quelque chose « n'est pas juste », n'est-il pas prêt à réfléchir sur la notion à son échelle ? Y a-t-il une mise en place de notions sur la justice dans les séries, dessins animés, jeux vidéo pour enfants ? Plusieurs études en droit et littérature existent sur la littérature pour enfants (*Alice aux Pays des Merveilles*, *Le Livre de la Jungle*, *Pierre Lapin*, par exemple) et par extension les adaptations filmiques de ces œuvres, par Disney ou autres, peuvent servir pour une étude des récits ou des images en direction des enfants. Ces œuvres mettent en place la notion de règles, de l'interdit, de conséquences des actes, d'ordre et de désordre. Ce sont des notions fondamentales de droit. Plusieurs séries autour des Pokémon sont disponibles sur les plateformes, comme les histoires *One Piece* qui sont très populaires auprès des enfants en primaire. Ces séries présentent matière à réfléchir sur les thèmes tels que le rôle nécessaire et les obligations d'un *leader* pour restaurer l'ordre et combattre le danger, l'éthique des dresseurs et l'organisation d'une société où des créatures différentes vivent ensemble, le *care*. Les enfants d'aujourd'hui connaissent probablement mieux Zarude et *Les secrets de la jungle* que *Le Livre de la Jungle* de Kipling, dont le premier semble s'être inspiré. Mais il y a matière à un travail avec eux sur le conflit et sa résolution, la peur, la filiation et, comme dans maintes histoires pour enfants, le retour à l'ordre.

Pour conclure cette réflexion sur la représentation de la justice au petit écran, il est important que les jeunes juristes et les jeunes chercheurs en droit et images se lancent et mettent leurs connaissances au service des équipes de scénaristes. Il n'est pas facile de franchir les barrières de production télévisuelle, mais la France aime la persévérance et elle a besoin de jeunes avocats, qui ont des histoires à raconter. Ils ont les compétences leur permettant de trouver le petit détail qui poserait une embûche à une stratégie ou d'identifier une loi ou une jurisprudence qui servirait à un argument, montrant, comme les anglosaxons savent si bien le faire, que le droit n'est pas figé. Intégrer une équipe de scénaristes, comme c'est souvent le cas ailleurs, est peut-être idéaliste, mais dans le cas d'*Engrenages* ou la série *Parlement*²⁹, une série sur la fabrique des lois où deux anciens assistants parlementaires collaborent à l'écriture, cela a bien marché.

²⁹ *Parlement*, France TV, 2020-présent.

Bibliographie

- C. VIGOUR (dir.), *Les Rapports des citoyen-nes à la justice*, GIP Mission de recherche Droit et Justice (convention n° 218.01.17.35), 2021.
- B. VILLEZ, *Séries télé : visions de la justice*, Paris, PUF, 2005.

Bibliographie élargie : Images de justice

- M. ASIMOW, S. MADER, *Law and Popular Culture*, New York, Peter Lang, 2013, p. 3-153.
- M. ASIMOW (dir.), *Lawyers in Your Living Room!*, Chicago, Illinois, American Bar Association Publishing, 2009.
- M. BUONANNO (dir.), *Television Antiheroines*, Bristol, Intellect, 2017.
- R. JARVIS, P. R. JOSEPH (dir.), *Prime Time Law*, Durham, North Carolina, Carolina Academic Press, 1998.
- T. LEITCH, *Perry Mason*, Detroit, Mich., Wayne University Press, 2005.
- E. RAPPING, *Law and Justice As Seen On TV*, New York, New York University Press, 2003.
- R. SHERWIN, *Popular Culture and the Law*, Londres, Routledge, 2006
- I. WARD, *Law and Literature. Possibilities and Perspectives*, Cambridge, UK, Cambridge University Press, 1995, p. 90-118.
- B. VILLEZ et V. ROLANDO, « France » in P. ROBIN et J. SCHULZ (dir.), *A Transnational Study of Law and Justice on TV*, Oxford, UK, Hart Publishing, 2016, p. 79-98.
- B. VILLEZ, *Law & Order. La justice en prime time*, Paris, PUF, 2014.
- B. VILLEZ, « French television crime fictions: The case of Spiral (*Engrenages*). Coming out of the confusion », in M. ARISTODEMOU, F. MACMILLAN, P. TUITT, (dir.), *Crime Fiction and the Law*, Londres, Birkbeck Law Press, 2017, p. 43-55.

Bibliographie élargie : méthodologies visuelles

- M. BAL, *Travelling Concepts in the Humanities*, Toronto, University of Toronto Press, 2002.
- N. MIRZOEFF, *An Introduction to Visual Culture*, Londres, Routledge, 1999.
- G. ROSE, *Visual Methodologies*, Los Angeles, Sage, 2012.

PARTIE 2.
LE DROIT COMME SOURCE
DE SPECTACLE

Le costume et le droit

Julie MATTIUSI

Maîtresse de conférences à l'Université de Strasbourg, CDPF

Résumé : Sur la scène judiciaire, costumes et coutume sont intimement liés. Sauf exception, les costumes du droit sont des vestiges du passé étonnamment présents et plebiscités par les acteurs du droit au XXI^e siècle. La force de la coutume est néanmoins mise à mal par un appel croissant à la règle de droit pour régler les modalités du port des costumes du droit.

Mots-clefs : costume, coutume, droit, avocat, magistrat, robe, signes

Abstract: *On the judicial stage, costume and custom are intimately linked. Apart from a few exceptions, legal costume is a relic of the past that is surprisingly present and much appreciated by legal practitioners in the 21st century. However, the force of custom is being undermined by the increasing use of the rule of law to regulate the wearing of legal costumes.*

Keywords: *costume, custom, law, lawyer, magistrate, dress, signs*

Introduction

« Bon. Le jean sous la robe, il faudrait éviter à l'avenir ». Une telle remarque, faite à une magistrate par sa hiérarchie¹, interroge tant le droit que les usages : si les magistrats ont l'obligation de porter le costume judiciaire², les vêtements portés en dessous ne font pas l'objet de règles de droit. L'individu, recouvert de l'habit de Justice, disparaît derrière le ou la magistrate. Mais le jean porté sous la robe noire de magistrat se voit et la « connote » d'une certaine façon, ce vêtement conférant un aspect décontracté. En réalité, le vêtement « du dessous », quel qu'il soit, vient toujours assortir la robe judiciaire. Qu'aurait pensé la hiérarchie, dans l'anecdote relatée, s'il s'était agi d'un magistrat portant un bermuda sous son costume ? Souvenons-nous, à cet égard, du fameux arrêt de la Cour de cassation du 28 octobre 2003, dans lequel les juges du Quai de l'Horloge avaient considéré le refus d'un salarié de porter un pantalon au lieu d'un bermuda sous sa blouse de travail comme une cause réelle

¹ Propos rapportés à l'autrice de façon informelle.

² Décret du 2 nivôse an XI (23 déc. 1802).

et sérieuse de licenciement³. La difficulté alors soulevée par l'employeur était que le bermuda laissait apparaître les mollets nus de l'homme, ce qui était susceptible de laisser à penser qu'il portait une jupe, voire qu'il était, sous sa blouse de travail, dans le plus simple appareil⁴... Derrière le costume ou la tenue de travail, l'individu et les normes sociales vestimentaires ne sont jamais loin.

Le costume est un vêtement sur le vêtement, un habit qui cache une réalité pour en révéler une autre. Avec un costume, au spectacle, au cinéma ou au théâtre, l'artiste se cache et laisse apparaître un personnage. Selon cette définition, le costume est proche de l'uniforme, qui lui aussi fait passer une personnalité derrière une fonction. Dans les deux cas, l'habit permet de lisser les apparences pour faire apparaître souligner l'unité d'un groupe de personnes plutôt que les individualités disparates. Il convient toutefois de les distinguer, puisque seul le terme de « costume » est apparenté au déguisement⁵ et renvoie à l'imaginaire de la scène.

L'uniforme, quant à lui, est une façon de rendre visible, sur les apparences physiques, un cadre strict. Il met de l'ordre dans la réalité. Il n'est pas surprenant de trouver des uniformes réglementés par le droit : l'exercice de la force publique se fait, sauf nécessité de discrétion de la part des agents, en uniforme⁶. Dans l'entreprise privée, les employeurs peuvent rendre l'uniforme obligatoire pour permettre une reconnaissance facilitée des membres du personnel de l'entreprise. Ainsi des uniformes des agents de sécurité⁷ ou de compagnies aériennes⁸. Ces tenues réglementées ne sont toutefois pas imperméables à l'évolution des mœurs, en témoigne l'arrêt rendu par la chambre sociale de la Cour de cassation le 23 novembre 2022. Selon cette décision, est qualifié de « sans cause réelle et sérieuse » le licenciement du steward coiffé de tresses collées, coiffure non conforme à la réglementation de l'uniforme au sein de la compagnie à l'époque des faits⁹.

³ Cass. soc. 28 mai 2003, n° 02-40273 : *Bull.* V, n° 178, p. 174 ; D. 2004. 176, note A. POUSSON ; *JCP G* 2003. II. 10128, note D. CORRIGNAN-CARSIN ; D. 2003. 2718, note Fr. GUIOMARD ; *TPS* 2003, comm. 280, obs. P.-Y. VERKINDT ; *RTD civ.* 2003. 680, obs. J. HAUSER ; *JCP E* 2003. 1790, obs. J.-F. CESARO ; *Dr. soc.* 2003, n° 9/10, p. 808, note P. WAQUET (en référé) ; Cass. soc. 12 nov. 2008 n° 07-42220 : *RJS* 1/09, n° 8 (dans la même affaire, même solution au fond).

⁴ L. CARAYON et J. MATTIUSSI « Trop court ou trop long : les injonctions contradictoires de l'habillement féminin », in M.-X. CATTO et J. MAZALEIGUE-LABASTE et coll. L. BRUNET (dir.), *La bicatégorisation de sexe – Entre droit, normes sociales et sciences biomédicales*, Mare & Martin, 2021, ISJPS vol. 63, p. 123.

⁵ *Le Robert*, définition 2. La définition 1 indique que le terme de « costume » peut désigner le vêtement en général.

⁶ A. BOUZON-ROULLE, « Uniforme – Costume », *Rép. pén. et proc. pén. Dalloz*, septembre 2014, spéc. n° 14.

⁷ Cass. soc. 17 avr. 1986 n° 85-41325.

⁸ Ex. CA Paris 13 mars 1984, n° 24339/82.

⁹ Cass. soc. 2 nov. 2022, n° 21-14.060 : D. 2023. 533, note P. DUPONT et G. POISSONNIER ; *ibid.* 833, chron. REGINE ; *JCP G* 2023, note B. BOSSU ; *LPA* 2023. 44, note M. PETSOKO ; *L'essentiel droit des personnes et de la famille* 2023, n° 1, p. 2, note F. ROGUE ; *JA* 2022, n° 670, p. 41, étude D. CASTEL ; *Dr. soc.* 2023. 338, étude N. MOIZARD.

Le recours au costume par le droit étonne davantage, et pourtant : costume et droit entretiennent un lien étroit. Le terme de « costume » est en effet réservé aux habits de l'exercice du pouvoir judiciaire. Le pouvoir exécutif a l'apanage de l'uniforme¹⁰, tandis que les représentants de la nation, dans l'exercice du pouvoir législatif, bénéficient du principe général de liberté vestimentaire¹¹. D'où vient alors ce rapport entre le costume et le droit ?

Si le droit n'est pas un spectacle, il est métaphoriquement souvent dépeint comme une scène¹². Une traduction du monde réel où agiraient, non plus des individus, mais des personnes physiques appartenant à diverses catégories juridiques : ascendant, descendant, citoyen, justiciable, contractant etc. Or sur la scène du droit, certains personnages ont une importance particulière en ce qu'ils déterminent, interprètent, appliquent les règles : juges, avocats, universitaires, greffiers, officiers ministériels (commissaires de justice, notaire)¹³. Peut-être est-ce la raison pour laquelle ces acteurs sont ou ont été, par le passé, identifiés par un costume : une robe ou toge, noire ou rouge la plupart du temps.

C'est que les costumes du droit sont les vestiges de traditions anciennes, souvent héritées d'une époque où l'individu était moins central que le statut et les fonctions exercées par les personnes. Face à la montée du libéralisme et de l'individualisme au XVIII^{ème} siècle, les costumes du droit – après avoir été bousculés par la Révolution française, sont pour la plupart restés en usage. À l'heure actuelle, dans un contexte où chacun aspire à plus de liberté et de reconnaissance individuelle, il est notable que les costumes du droit sont peu critiqués, voire plébiscités par les professions qui n'en portent pas¹⁴. Et pourtant : un besoin croissant de réglementation de ces costumes se fait jour. Derrière les rapports entre costume et droit, se niche ainsi une interrogation sur la norme.

À mi-chemin entre la *soft law* et les *soft skills*, au carrefour des usages, de la coutume et de la loi, les costumes du droit offrent une belle occasion d'examiner les rapports entre norme sociale et norme juridique. En la matière, face à des traditions fortes et à la menace – réelle ou supposée – de leur délitement, l'appel au droit « dur » semble être une solution aussi efficace qu'à contre-courant des évolutions sociales. Pour comprendre cette évolution et mieux appréhender les défis actuels, il

¹⁰ *Supra*.

¹¹ Dans les quelques limites de l'article 9 de l'instruction générale du bureau de l'Assemblée nationale pour ce qui concerne les députés. Sur cette question, v. S. NDOUR, « La tenue vestimentaire, quand l'habit fait le député : étude du code vestimentaire dans les hémicycles en droit comparé » in ADENDUR, *La Mode et le Droit*, Actes du colloque du 30 septembre 2022 à paraître aux éditions Mare&Martin.

¹² Ex. un auteur qui parle de scène judiciaire : A. SÉRIAUX, « Tenues vestimentaires dans l'espace judiciaire : quelle place pour la liberté religieuse ? », *D.* 2022, 1165.

¹³ Selon René Garraud (*Traité théorique et pratique du droit pénal français*, 3^e éd., 1913-1935, Recueil Sirey, IV, n° 1727, p. 656), le costume judiciaire doit être défini comme « l'habillement qui sert à distinguer les fonctionnaires et officiers publics, soit les uns des autres, soit des simples citoyens »

¹⁴ Not. les magistrats administratifs, v. *infra*.

convient de s'intéresser, en premier lieu, aux usages anciens des costumes du droit et, en second lieu, au besoin accru d'un droit du costume

I.- Les usages anciens de costumes du droit

Les costumes du droit sont divers ; ils sont ou étaient portés par des professions juridiques aussi variées que les officiers ministériels, les avocats, les magistrats ou encore les universitaires en droit. Ils sont toutefois unis par la forme. Il s'agit toujours du port de toges ou robes, dans des mélanges de rouge – couleur évoquant le pouvoir –, de noir – couleur associée à l'autorité – et de blanc (couleur dite de la sagesse)¹⁵.

Ces différents vêtements sont également le support de valeurs communes. Il en va ainsi s'agissant de la valeur d'égalité, les professionnels étant placés en postures similaires lorsqu'ils revêtent l'habit de leur fonction¹⁶. Sont ainsi réduites les différences de statut social, économiques ou encore d'âges susceptibles d'être véhiculées par le port de vêtements de ville. Les costumes professionnels du droit ont également en commun la valeur symbolique de distinction des rôles. Le fait de différencier la personne costumée de celle qui ne l'est pas rappelle de façon visible – et l'on retrouve ici les jeux de couleur – *qui* dispose du pouvoir de décider¹⁷. Dans une perspective plus psychologique, d'aucuns diront que les costumes du droit permettent aux personnes concernées de se détacher symboliquement de leurs préoccupations individuelles et aident à se placer dans une posture professionnelle.

Une dernière caractéristique est propre aux costumes du droit : ils sont très largement régis par des usages spontanés. Usages qui continuent de les faire vivre, en particulier dans les salles d'audiences (A), mais qui ont conduit à leur déclin en dehors des prétoires (B).

¹⁵ N. DE PALMAERT, « L'habit fait le moine ! Que révèlent, à travers le regard d'un graphiste, les habits de la justice...Enjeux de pouvoir ? » in ADENDUR, *La Mode et le Droit*, Actes du colloque du 30 septembre 2022 à paraître aux éditions Mare&Martin.

¹⁶ Spéc. sur les avocats, mais l'argument vaut pour toutes les professions, D. PIAU, Th. WICKERS et S. BORTOLUZZI, à partir de l'ouvrage de H. Ader et A. DAMIEN, *Les règles de la profession d'avocat 2022-2023*, Dalloz action, 17^e éd., n° 303.15, p. 436.

¹⁷ Spéc. en ce qui concerne les magistrats, v. le *Recueil des obligations déontologiques des magistrats* qui, après avoir indiqué qu'aux abords de la salle d'audience « le magistrat doit observer un comportement qui ne doit en aucun cas pouvoir être interprété par le justiciable ou le public comme une forme de légèreté, de désinvolture ou de parti pris », ajoute cette précision : « *A fortiori* lorsqu'il porte le costume d'audience, il évite, en public, toute manifestation de familiarité, d'amitié ou d'inimitié entre magistrats du siège et du parquet, avec le greffier et avec les auxiliaires de justice », p. 100, [En ligne] : http://www.conseil-superieur-magistrature.fr/sites/default/files/atoms/files/csm_recueilobligationsdeontologiques.pdf

A.- La pérennité des costumes en salle d'audience

L'usage du port de la robe perdure à l'heure actuelle dans les salles d'audience. Il s'agit du lieu par excellence du port du costume judiciaire et il est difficile de dissocier la salle d'audience des gens de robe. Les représentations des fonctions d'avocats, de magistrats, de greffier dans une moindre mesure, ne vont pas sans le port d'une toge, généralement noire.

Elle est donc là, la scène judiciaire où, chacun à sa place, joue un rôle dans le costume de sa fonction. Antoine Garapon le décrit parfaitement dans son chapitre sur « La robe judiciaire » de l'ouvrage *Bien juger*¹⁸. Il parle, au sujet spécifiquement de la robe des magistrats, du « plus ancien usage civil encore en vigueur ».

Il y a là une évolution : au Moyen-Âge, les juges portaient l'habit de leur fonction toute la journée. Le statut se confondait alors avec l'individu. Avant la Révolution française, leurs toges étaient rouges, comme celle du roi : c'est qu'ils rendaient la justice en son nom¹⁹. Désormais, la robe est noire²⁰ et participe d'un rituel attaché à un espace géographique : la salle d'audience. Les magistrats, ainsi, ne portent pas la robe si la salle d'audience n'exerce pas une activité juridictionnelle, mais une activité administrative telle qu'une assemblée générale des personnels de la juridiction. À l'inverse, les avocats portent leur robe dans le tribunal en toutes circonstances, y compris par exemple dans le cabinet d'un juge exerçant une fonction spécialisée comme le juge d'instruction. Dans une telle situation, l'avocat porte la robe, mais pas le juge. Il s'agit d'un usage bien connu et respecté.

Pour autant, toutes les salles d'audience ne voient pas siéger leurs magistrats en robe. Ainsi les conseillers prud'homaux ne revêtent-ils qu'une médaille portée autour du cou²¹. Les magistrats administratifs, quant à eux, n'ont jamais porté la robe. Leur rôle est d'éviter que les actes du pouvoir exécutif soient contrôlés par le pouvoir judiciaire, dans le strict respect de la séparation des pouvoirs. L'absence de robe des magistrats administratifs est la marque de cette histoire²².

Ces questions sont très largement régies par l'usage. Si le port de la robe par les magistrats de l'ordre judiciaire aujourd'hui a bien un fondement légal, il s'agit d'un texte désormais ancien – à savoir l'arrêté du 2 nivôse an XI (23 décembre 1802) –, qui réinstalle la robe après que la parenthèse révolutionnaire a décidé que les juges porteraient la tenue du tiers état²³. Hormis cette obligation légale, les précisions et

¹⁸ A. GARAPON, *Bien juger – essai sur le rituel judiciaire*, Odile Jacob, 2001.

¹⁹ J. BOEDEL, *La justice – Les habits du pouvoir*, Antébi, 1992, p. 15.

²⁰ Sauf de multiples exceptions : pour les conseillers de cour d'appel en audience solennelle, elle est rouge. De même pour le Président de cour d'assises en cour d'assises d'appel ou encore pour les magistrats de la Cour de cassation.

²¹ J. BOEDEL, *La justice – Les habits du pouvoir*, Antébi, 1992, p. 152.

²² J. BOEDEL, *La justice – Les habits du pouvoir*, Antébi, 1992, p. 155.

²³ Loi du 2-11 sept. 1790, v. sur le site de la Cour de cassation « La robe des magistrats : héritage et symbolique » [En ligne] :

modalités du port de la robe sont régies par la coutume sans difficulté, si bien qu'il n'a jamais été besoin de revenir sur cette réglementation ancienne et laconique.

La robe des avocats, de la même manière, n'a jamais été véritablement réglementée²⁴. On sait qu'ils portaient la robe noire, et non rouge. D'aucuns soulignent une parenté avec les tenues cléricales²⁵, le lien résidant certainement dans une posture d'autorité et de sagesse. La Révolution française supprime le costume pour les avocats en même temps que l'Ordre de la profession²⁶. Mais un arrêté du 2 nivôse an XI la réintroduit en affirmant qu'« aux audiences de tous les tribunaux, les gens de loi et les avoués porteront la toge de laine fermée par-devant, à manches larges ; toque noire ; cravate pareille à celle des juges ; cheveux longs ou ronds²⁷ ».

L'usage a toutefois rapidement repris le dessus : la toque noire est tombée en désuétude bien avant que le droit du port de la robe soit réformé par l'article 3 de la loi du 31 décembre 1971, qui dispose que les avocats « revêtent dans l'exercice de leurs fonctions judiciaires le costume de leur profession ». Une autre illustration d'évolution de la robe des avocats par l'usage est celle du retrait de l'épitoge par les avocats parisiens, en réaction aux réformes Napoléoniennes leur inspirant de la défiance. Si les avocats l'ont ensuite de nouveau portée pour se distinguer d'autres professionnels tels que les avoués, les avocats parisiens ne l'ont jamais réassortie du rang d'hermine. Sauf pour les membres du Conseil de l'ordre et les secrétaires de la conférence du stage²⁸.

En dehors des salles d'audiences, les usages ont majoritairement conduit à un déclin des costumes du droit.

B.- *Le déclin des costumes à la ville*

Les costumes professionnels des acteurs de la justice en dehors des tribunaux et des prétoires – à la ville donc –, sont très largement en déclin. Si certains ont été complètement abandonnés (1), d'autres subsistent, mais ne sont que très ponctuellement portés (2).

<https://www.courdecassation.fr/toutes-les-actualites/2022/07/25/la-robe-des-magistrats-heritage-et-symbolique>

²⁴ François-Xavier Berger et Éric Morain, « Que la force cède à la robe ! », *Lexbase* 5 février 2020.

²⁵ F. ROME, « Édito », *D.* 2014. 473.

²⁶ Lois des 16 août et 2 septembre 1790, v. A. GARAPON, *Bien juger*, chapitre sur la robe judiciaire.

²⁷ C.-M. GALLISSET, *Corps du droit français, ou recueil des lois, décrets, arrêtés, ordonnances, senatus-consultes, règlements, avis du Conseil d'État : 1789-1854*, tome second, Partie 1.

²⁸ É. MADRANGE, « L'épitoge, accessoire historique du costume judiciaire », *JCP G* 2017. 1273.

1.- Les costumes abandonnés

Les usages ont pu, par le passé, conduire des professions juridiques à se défaire du costume. Ainsi, les officiers ministériels tels que les notaires ou encore les commissaires de justice ne portent plus le costume dans l'exercice quotidien de leur profession²⁹. Les notaires officiaient en toge noire jusqu'à la Révolution française, où ils abandonnèrent la robe au profit d'une tenue se rapprochant de celle du Tiers État. Depuis, les notaires ne portent plus de costume, hormis celles et ceux de Paris qui, à l'occasion de leur prestation de serment, peuvent encore porter le costume de la Révolution française³⁰.

Les commissaires de justice quant à eux³¹, ont vu leur tenue évoluer à travers l'Histoire. Alors qu'ils avaient l'obligation de porter un costume jusqu'au XVI^{ème} siècle, il s'est ensuite agi d'accessoires³². À l'aube de la Révolution française, le public les identifiait par la verge (baguette noire) surmontée d'une fleur de lys, symbole de l'autorité royale au nom de laquelle ils officiaient³³. Alors qu'un arrêté du 2 nivôse an XI a à nouveau défini un costume professionnel pour les huissiers de justice, son usage s'est progressivement perdu³⁴. Aujourd'hui, seul l'usage de la robe noire, similaire à celle de l'avocat, en salle d'audience pour les commissaires de justice audiencier demeure.

D'autres costumes professionnels survivent encore au déclin du port de la robe hors salle d'audience, mais sont néanmoins très rarement portés, généralement cantonné au rôle d'apparat en cas de cérémonie. Ainsi des toges universitaires.

2.- Les costumes rarement portés : les toges universitaires

À l'Université, la tradition de la toge vient de l'époque où les savants étaient les clercs³⁵. L'usage a survécu à la Révolution puisqu'en 1808, une réforme Napoléonienne réhabilite officiellement les costumes anciens pour les facultés de médecine

²⁹ V. toutefois pour les membres des juridictions disciplinaires des professions d'officiers ministériels, décret n° 2022-900 17 juin 2022, art. 33.

³⁰ V. les symboles du notariat sur le site Internet de la Chambre des notaires de Paris.

³¹ Leur dénomination ayant évolué à travers l'Histoire, il est ici fait référence à tous ceux ayant pour fonction l'exécution des décisions de justice.

³² D. LOCHOUARN, « Les attributs professionnels de l'huissier à travers les âges », page web personnelle de l'auteur : <https://sites.google.com/view/recherches-sur-les-huissiers-d/attributs>

³³ J. BOEDEL, *La justice – Les habits du pouvoir*, Antébi, 1992, p. 174.

³⁴ *Ibidem*, p. 175.

³⁵ M. TOUZEIL-DIVINA, « Du protocole universitaire dans les facultés de droit des départements », in Ph. NÉLIDOFF (dir.), *Les facultés de droit de province au XIX^e siècle*, tome 2, *Études d'histoire du droit et des idées politiques*, n° 15/2011.

et de droit³⁶, et impose le port de toges noires rehaussées d'une chausse colorée sur l'épaule pour les autres disciplines³⁷.

Pour ce qui concerne les juristes, la robe est rouge écarlate et portée jusqu'en 1968³⁸, où elle est abandonnée dans la plupart des fonctions universitaires. On la retrouve aujourd'hui pour des occasions telles que les soutenances ou remises de diplôme, où l'on peut constater qu'elle est toujours grandement régie par des usages, parfois variables selon les Universités. Certains établissements distinguent la robe noire pour les maîtres et maîtresses de conférences et la robe rouge pour les professeurs et professeures, d'autres privilégient la robe rouge pour tous et toutes.

Si la robe universitaire a désormais essentiellement un rôle d'apparat, elle ne manque pas de faire émerger, parfois, un contentieux qui confronte l'usage à la norme. Le directeur de Science Po Paris a ainsi suscité l'émoi de la communauté universitaire en portant la toge réservée aux Recteurs d'académie lors d'une cérémonie de remise d'un doctorat honoris causa à l'ancienne chancelière allemande Angela Merkel. L'objet du litige ? Un décret Napoléonien du 31 juillet 1809 en son article 6 réserve cette tenue aux Recteurs des académies et inspecteurs. Or le directeur de l'établissement, dont la fonction est assimilée à celle d'un Président d'Université, n'est pas Recteur des académies. Or la fonction de Président d'Université n'existait pas à l'aube du XIX^{ème} siècle. C'est donc l'usage qui justifierait que le directeur puisse porter la toge des recteurs. L'exemple ne concerne certes pas la toge universitaire des enseignants-chercheurs et enseignantes-chercheuses en droit. Mais il témoigne d'un besoin croissant de réglementation en ce domaine, puisqu'un signalement a été fait au procureur de la République de Paris pour usurpation de costume officiel³⁹.

II.- Le besoin accru d'un droit du costume

Paradoxalement, les costumes sont de plus en plus protégés par des normes de droit « dur », ce qui correspond certes au mouvement bien connu d'inflation législative de notre temps, mais ce qui est également intéressant compte tenu de ce que ce besoin de droit se fait ressentir d'autant plus vivement concernant les costumes qui demeurent largement plébiscités tels que la robe d'avocats.

³⁶ Ils avaient déjà été remis en place en 1803-1804 en pratique (N. OLSZAK, « La professionnalisation des études de droit » *D.* 2005. 1172).

³⁷ Décret portant organisation de l'université 17 mars 1808, titre XVI « des costumes ». Est imposé le port de robes noires et de chausses (épitoge) sur l'épaule gauche, dont la couleur varie selon la discipline. Les professeurs de droit et de médecine conservent les costumes portés préalablement à l'époque révolutionnaire, soit rouge pour les premiers et cramoisi pour les seconds : <https://www.education.gouv.fr/decret-portant-organisation-de-l-universite-17-mars-1808-3683#>

³⁸ A. GARAPON, *Bien juger*, chapitre sur la robe judiciaire.

³⁹ S. LE NEVÉ, « À Science Po, l'article 40 et la toge de la discorde », *Le Monde* 30 juin 2023.

Le besoin de cadre des costumes du droit est de deux ordres : d'une part, éviter l'usurpation de costume et, d'autre part, empêcher que le costume soit transformé par des accessoires. Autrement dit, réserver le costume (A) et préserver le costume (B).

A.- Réserver le costume

Réserver le costume, c'est en assurer l'usage exclusif à celui ou à celle qui est en droit de le porter. Dès le Code pénal Napoléonien, le port du costume d'une personne exerçant l'autorité publique sans droit est interdit⁴⁰. Dès cette époque, c'est également l'imitation du costume qui est punie d'une peine soit contraventionnelle, soit délictuelle (pour les forces de police ou les militaires)⁴¹. Aujourd'hui, le Code pénal incrimine toujours l'imitation et l'usurpation de costume du droit

L'imitation n'est punie au plan délictuel que lorsqu'elle consiste à singer les costumes des fonctionnaires de police ou de militaires. Il s'agit d'une simple contravention pour ce qui concerne les costumes d'avocat ou magistrats⁴². L'usurpation⁴³, quant à elle, est caractérisée si une personne utilise un costume sans droit et publiquement, ces deux conditions étant cumulatives. Autrement dit, dans un cercle privé, l'utilisation est possible.

La référence à « sans droit » est particulièrement intéressante car elle est la porte d'entrée des usages dans le droit « dur ». Parfois, l'obligation de porter le costume a été reprise récemment, c'est le cas pour les avocats, qui ont vu réaffirmé la règle par la loi du 31 décembre 1971 susmentionnée. Logiquement, il est donc interdit à un client de se présenter au greffe et de solliciter une consultation de son dossier vêtu de la robe d'avocat⁴⁴. Mais nul ne douterait non plus qu'un individu qui n'est pas magistrat n'ait pas le droit de porter la robe de la magistrature en public, alors même que le port du costume par les magistrats, certes régi par un texte ancien, peut s'analyser aujourd'hui comme une règle très largement apparentée à un usage.

La question peut se poser de savoir si l'infraction pourrait viser une personne qui porte le costume de sa fonction dans un contexte où il n'aurait pas « le droit » de le faire, par exemple des avocats ou magistrats qui porteraient leur robe en dehors du tribunal. La question reste ouverte : le texte pourrait laisser à penser que ces comportements sont également interdits. Toutefois, il est possible de se demander s'il s'agit véritablement d'une *usurpation* – le terme renvoyant à une appropriation

⁴⁰ C. pén., art. 259, A. BOUZON-ROULLE, « Uniforme – Costume », *Rép. pén. et proc. pén. Dalloz*, septembre 2014, n° 11 et s.

⁴¹ C. pén., art. 260, A. BOUZON-ROULLE, « Uniforme – Costume », *Rép. pén. et proc. pén. Dalloz*, septembre 2014, n° 30 et s.

⁴² C. pén., art. R643-1.

⁴³ C. pén., art. 433-14.

⁴⁴ Cass crim. 5 nov. 1997, n° 96-86.380.

indue⁴⁵ et figurant dans le titre de la section du Code pénal au sein de laquelle se trouve le texte. De fait, il n'est pas rare de voir les avocats défilier en robe dans les cortèges de manifestations : il y a certainement-là, à nouveau, un usage. Bien sûr, cela ne préjuge pas de l'application de règles déontologiques, en fonction des contextes dans lesquels les magistrats ou avocats porteraient leur costume en dehors des cadres habituels.

Mais l'actualité réside bien davantage dans l'appel au droit pour préserver le costume d'accessoires considérés comme ne faisant pas bon ménage avec l'image de la fonction.

B.- Préserver le costume

Préserver le costume, c'est éviter sa transformation par l'accessoirisation. Cela renvoie aux questions de ce qu'il est possible de porter au-dessus, en dessous et en guise de couvre-chef. À cet égard, à chaque période ses mœurs. Il fut un temps, la chambre des requêtes de la Cour de cassation rejetait le port de la moustache avec la robe d'avocat⁴⁶, ce qui semblerait curieux de nos jours. La moustache est devenue un accessoire acceptable par la force de l'usage.

La dernière décennie a plutôt été animée de débats portant sur le port du voile islamique avec la robe d'avocate. La question s'est posée de façon plus complexe encore, puisque, face au refus de son bâtonnier, une avocate avait décidé de porter la toque du costume traditionnel d'avocat pour couvrir sa chevelure. Ledit bâtonnier avait alors sollicité de la conférence des bâtonniers un rapport sur la question du port de signes distinctif⁴⁷. Ce rapport a été l'occasion d'affirmer que le port de la toque est tombé en désuétude et « serait aujourd'hui, non pas signe de dignité et d'indépendance, mais cause de ridicule pour la profession », si bien qu'elle ne doit plus être autorisée. Au surplus, il y est préconisé d'explicitier l'interdiction du port de signes distinctifs avec la robe des avocates.

Depuis, une résolution de la conférence des bâtonniers adoptée sur la base de ce rapport en appelle aux autorités pour réglementer l'usage et la forme du costume d'audience, tout en recommandant, dans la droite ligne du rapport Le Mière, l'interdiction du port de signes religieux et l'obligation d'avoir la tête nue⁴⁸.

Certains barreaux ont d'ores et déjà inséré des dispositions à ce sujet dans leurs règlements intérieurs. La Cour de cassation, dans un arrêt du 2 mars 2022⁴⁹,

⁴⁵ Dictionnaire *Le Robert*.

⁴⁶ Cass. req. 6 août 1844, F. ROME, « Édito », *D.* 2014. 473.

⁴⁷ Rapport E. LE MIÈRE, 18 novembre 2016.

⁴⁸ N. MATHEY, « Chronique de droit privé », *Société, droit et religion*, 2017/1, p. 141.

⁴⁹ Cass. 1^{re} civ. 2 mars 2022, n° 20-20.185, FP-B+R : *D.* 2023. 87, obs. Th. WICKERS ; *AJDA* 2022. 1056, note X. BIOY.

a d'ailleurs confirmé une décision de la Cour d'appel de Douai qui avait rejeté le recours d'une élève avocate et d'un avocat contre la délibération d'un conseil de l'ordre visant à introduire dans le règlement intérieur du barreau une disposition interdisant le port de signes manifestant une appartenance ou opinion religieuse, philosophique, communautaire ou politique avec la robe d'avocat. La décision, fondée sur l'égalité entre avocats, n'est pas sans surprendre puisque, deux ans auparavant, la Haute juridiction estimait que l'égalité entre avocat n'était nullement bafouée par le port de décorations officielles sur la robe⁵⁰...

Dans ce contexte, le conseiller d'état Christian Vigouroux a remis un avis consultatif au Conseil national des barreaux le 6 avril 2023⁵¹ allant dans le même sens que le rapport Le Mière. Selon cet avis, il ne s'agit pas d'interdire le port de signe distinctif, mais de « développer l'esprit » de la loi de 1971 qui oblige les avocats au port du costume. Un curieux appel au droit « dur » pour entériner ce qui n'est autre qu'une interprétation. Et quand bien même l'on admettrait que cette interprétation était communément partagée par tout un chacun en 1971, le besoin de faire dire à la loi ce qu'il n'y avait pas besoin de lui faire dire auparavant questionne. L'appel à une nouvelle intervention normative apparaît en effet, dans cette analyse, comme un palliatif à un consensus désormais fragmenté. Il aurait été possible de considérer que si l'usage s'étiole, c'est qu'il a perdu son évidence. Au nom de quoi, dès lors, fallait-il nécessairement le sauver ? Le Conseil national des barreaux a néanmoins suivi l'avis du 6 avril 2023 en votant, le 7 septembre 2023, l'interdiction de tout signe distinctif sur la robe d'avocat dans le Règlement intérieur national (RIN). Il a toutefois été annoncé que la décision n'a pas vocation à s'appliquer au port de décoration ni au port de messages ou d'affichettes en temps de grève⁵².

L'émergence de questionnement sur les costumes du droit se manifeste, à l'inverse, au sujet controversé du port de la robe par les magistrats administratifs. Une partie de la profession souhaiterait pouvoir y recourir, contre un usage inverse. Un sondage montre ainsi que 67 % des 801 répondants à un sondage réalisé par l'Union syndicale des magistrats administratifs en 2020 seraient favorables au port de la robe par les magistrats de l'ordre administratif⁵³.

L'exemple montre néanmoins, paradoxalement, que si les costumes ont toujours leur importance dans les représentations collectives et pour les professionnels, ils ne constituent pas une nécessité absolue pour permettre d'assurer l'égalité,

⁵⁰ Cass. 1^{re} civ. 24 oct. 2018, n° 17-26.166, FS-P+B+I : D. 2018. 2284, note P.-L. BOYER. De façon générale à ce sujet, voir le très instructif article de S. HENNETTE-VAUCHEZ, « Liberté religieuse, discrimination et intersectionnalité (à l'envers) », *D.* 2023. 1183.

⁵¹ M. LARTIGUE, « Vers une réglementation du port de signes distinctifs avec la robe d'avocat par le CNB », *D. actu* 12 avr. 2023.

⁵² M. LARTIGUE, *D. actu* 3 oct. 2023, « Vers l'interdiction du port de signes distinctifs avec la robe d'avocat ».

⁵³ O. DI CANDIA, « Les magistrats administratifs sont favorables au port de la robe – interview », *D. actu* 17 févr. 2020.

l'impartialité, l'autorité et la reconnaissabilité des magistrats⁵⁴. Si les magistrats administratifs portant cette revendication souhaiteraient voir leur fonction traduite symboliquement par un costume judiciaire, l'intérêt pratique d'une telle tenue est, de fait, sujet à caution tant les magistrats administratifs ne sont pas entravés dans l'exercice de leurs fonctions par son absence.

L'ensemble de ces propos témoigne des ambivalences vivant derrière l'attraction pour les costumes du droit. On les estime nécessaires, il faut les protéger, et en même temps, s'il faut les protéger, c'est peut-être que l'on n'en a plus besoin. Peut-être faut-il assumer qu'ils n'ont rien de nécessaire, mais les draper de modernité en reconnaissant que dans une société régie par l'image, où le garde des Sceaux se prononce en faveur d'une justice filmée⁵⁵, elle est un facilitateur de reconnaissance et de performance des rôles de chacun.

⁵⁴ P. CASSIA, « Pour des magistrats administratifs en tenue civile », *AJDA* 2012. 849 ; R. MELKA et S. MOREL, « La robe fait-elle le juge ? », *AJDA* 2007. 1338.

⁵⁵ J.-M. PASTOR, « Filmer le procès sans en faire un spectacle », *D. actu* 16 avril 2021.

Transparence de la justice et spectacle

Emmanuel JEULAND et Kenneth KPONOU

Qui voudrait d'une justice opaque ? Le principe de transparence paraît s'imposer par la force de l'évidence. Il est apparu dans les années 1990¹ probablement à partir d'une traduction de l'idée anglaise (et du Commonwealth) d'*open justice*² au Québec. Cette idée recouvrait au départ le libre accès aux documents concernant un procès et la publicité des débats. Dans sa version plus universelle qui s'est étendue au pays d'Amérique du Sud et à toute l'Europe, l'idée de transparence de la justice en est venue à signifier, pêle-mêle, le libre accès à la justice, aux informations concernant les statistiques, aux décisions judiciaires et à leur motivation, aux budgets des tribunaux et aux modes de désignation des magistrats et d'attribution des affaires. Il s'agit dès lors d'un principe de bonne administration de la justice qui est censé renforcer la confiance dans la justice. Il demeure un principe procédural qui peut être associé à la publicité des débats au travers notamment de la visioconférence et de la diffusion en différé des audiences.

L'étymologie de transparent est moins abstraite qu'il n'y paraît ; s'il veut bien dire « voir à travers sans rien cacher », le terme latin *parere* signifie à l'origine se préparer et vient d'une racine indo-européenne qui veut dire enfanter. On pourrait dire que le terme « transparent » signifie se préparer à rendre des comptes. Or, le thème de la transparence de la justice a émergé en lien avec les risques de corruption, le besoin d'accès à la justice et est maintenant associé à la numérisation de la justice.

Pourtant les filtres qui devraient être transparents pour laisser voir la justice dans toute son essence ne le sont pas, qu'il s'agisse des écrans (visioconférence, diffusion des audiences), des algorithmes (open data), des critères objectifs (attribution des

¹ Cette information peut être tirée d'une recherche sur le site Ngram Viewer (s'appuyant sur toutes les informations moissonnées par Google) et des premiers ouvrages francophones employant l'expression lorsqu'elle a pris son envol.

² J. SPIGELMAN, « *Seen to be Done: The Principle of Open Justice – Part II* », ([2]000) 74 *Australian Law Journal* 378; J. J. BOSLAND and J. TOWNEND, « *Open Justice, Transparency and the Media: Representing the Public Interest in the Physical and Virtual Courtroom* », *Communications Law*, vol. 23, n° 4, pp. 183-202, 2018, <https://ssrn.com/abstract=3336948>.

affaires, désignation des juges) ou des indicateurs et des statistiques (détermination des budgets). Le thème de la transparence de la justice paraît ainsi se développer en relation avec les nouvelles technologies et de la communication judiciaire. Néanmoins, il semble appeler une part d'occultation (par ex. l'anonymisation des décisions de justice dans *l'open data*). Quant à la justice elle-même, on peut se demander si elle peut être réellement connue même en transparence : son allégorie n'a-t-elle pas les yeux bandés pour exprimer qu'elle doit être impartiale mais peut-être aussi pour dire qu'elle peut être aveugle et générer une part d'ombre ? N'y a-t-il pas un fantasme à croire que l'on pourrait voir la justice à l'œuvre dans toute sa vérité ?

Selon la CEDH, la transparence de la justice est une justification du principe de publicité et de divulgation des documents (25 juillet 2000, *Tierce c. Saint-Marin*³) : « Par la transparence qu'elle (la publicité) confère à l'administration de la justice, elle contribue à la réalisation du but de l'article 6 § 1 : le procès équitable » (confirmé CEDH, 13 déc. 2007, *Foglia c. Suisse*, no 35865/04, parag.75). Il existe également des textes de *soft law* en Europe tels que la Résolution sur la transparence et l'accès à la justice (Réseaux européens de conseils de la magistrature, Bucarest 2009) prévoyant : « Un système de justice ouvert et transparent est un système dans lequel : Chaque personne, quels que soient ses antécédents ou ses capacités, a accès à la justice ou à un système de règlement alternatif des litiges, financièrement abordable et dans des lieux accessibles, de sorte que toutes les procédures peuvent être facilement engagées contre toute personne, publique ou privée, physique ou morale ». Se trouvent ici réunis les ingrédients de la transparence de la justice, y compris sa relation avec l'état de droit.

La transparence est un concept paradoxal qui semble tout à fait positif, mais qui peut s'avérer négatif à cause précisément de son idéalisme et de son angélisme. Par exemple, le palais de justice de Bordeaux avait été conçu de manière transparente pour que les citoyens puissent observer le travail des juges à travers les vitres. Un juge d'instruction ayant été lui-même poursuivi dans une affaire politico-financière s'est rendu compte que les journalistes pouvaient l'observer pendant qu'il était interrogé par deux autres juges d'instruction ; il a écrit : « la tendance actuelle est de construire des palais de justice en verre qui seraient un symbole de transparence et d'accessibilité mais une enquête a toujours besoin de discrétion⁴ ».

L'architecture du nouveau palais de justice de Paris (réalisée par Renzo Piano) prenant la forme d'une superposition de parallélépipèdes en verre exprime parfaitement ce symbolisme abstrait. Le caractère froid, transparent – faussement transparent car en miroir - et sécuritaire reflète le mouvement de rationalisation, de numérisation et de managérialisation de la justice. Il n'est pas certain que ce bâtiment dédramatise la justice et canalise les émotions des parties ; il peut même

³ Requêtes n° 24954/94, 24971/94 et 24972/94, parag. 92.

⁴ Ph. COURROYE, *Reste la justice*, Michel Lafon, 2018, première partie, v. paragraphe « liturgie judiciaire ».

susciter un certain malaise, y compris pour les juges (qui disposent d'ascenseurs spécifiques selon leur étage avec des codes, le tout géré par un partenaire privé).

L'émergence du principe de transparence de la justice s'explique, me semble-t-il, par la conjonction de deux facteurs : la numérisation de la justice qui donne l'impression que l'on va parvenir à une transparence de la justice et l'idée que la transparence de la justice va restaurer la confiance des citoyens dans la justice et donc la responsabilité des juges⁵.

Nous traiterons de deux sujets en relation avec la transparence, la visioconférence et la diffusion des audiences.

⁵ Nous nous permettons de renvoyer à E. JEULAND, *Vers un principe de transparence de la justice ?* *Mél. L. Cadiet*, LexisNexis 2023.

I.- L'absence des acteurs du procès civil

Kenneth KPONOU

Doctorant contractuel à l'École de droit de la Sorbonne

Résumé : S'inscrivant dans le cadre du Séminaire « Droit et spectacle », organisé par l'Institut de Recherche Juridique de la Sorbonne, la présente étude a pour vocation de peindre le portrait de la notion d'absence dans le cadre du procès civil. Alors que la présence a été le mode privilégié et traditionnel d'organisation du procès, l'absence est aujourd'hui convoquée comme nouveau mode d'organisation du procès civil. Poursuivant les objectifs d'efficacité et de célérité, elle s'installe, prend ses marques, se développe et dévoie progressivement le procès civil. Au-delà de la description du phénomène, l'étude se propose également de proposer des pistes de solutions afin de trouver l'équilibre juste dans la dualité absence-présence.

Mots-clés : Absence – Présence physique – Audience – Procès civil – émotions

Abstract : *As part of the seminar on law and performance organised by the Institut de Recherche Juridique de la Sorbonne, this study aims to paint a portrait of the notion of absence in the context of civil litigation. Whereas presence has traditionally been the preferred way of organising a trial, absence is now being called upon as a new way of organising a civil trial. In pursuit of the objectives of efficiency and speed, absence is taking root, gaining a foothold, developing and gradually disrupting civil litigation. In addition to describing the phenomenon, the study also proposes possible solutions for striking the right balance in the absence-presence duality.*

Keywords: *Absence – Physical presence – Hearing – Civil trial – Emotions*

La dualité présence-absence trouve son déploiement total dans le cadre du procès de manière générale, et en particulier celui du procès civil. Si la notion n'a jamais fait l'objet d'une définition processuelle spécifique ni d'une consécration légistique, la notion irrigue fortement l'ensemble du code de procédure civile. Cette notion procédurale non identifiée (NPNI) peut se laisser étudier de deux manières. D'une part, elle se rencontre par son association avec des termes juridiques habituels. Ainsi, le code de procédure civile évoque-t-il l'absence de litige¹, l'absence de mise en état ou encore l'absence de contestation². Le législateur se sert de la notion, afin de marquer l'inexistence d'une situation juridique ou pour signaler le non-accomplissement d'une charge processuelle pouvant faire l'objet de sanction. D'autre part, et surtout, la notion est utilisée pour signaler le « fait de n'être pas dans un lieu où

¹ Art. 25 du CPC « Le juge statue en matière gracieuse lorsqu'en absence de litige... »

² Art. 707 du CPC « En absence de contestation par l'adversaire dans le délai... »

l'on pourrait, devrait être³ ». Ici, dans une démarche de juridicisation, la définition courante de la notion rejoint une possible définition juridique, processuelle, afin de marquer le rapport à la présence physique des acteurs du procès civil. Le législateur parle ainsi de l'absence des parties, de l'absence d'avocat, ou encore de l'absence du ministère public. La présente étude privilégiera la seconde robe de la notion et exclura la première. En effet, c'est surtout dans son rapport à la nécessité de comparaître⁴ à l'audience, à la place de l'oralité⁵, à la distance⁶, ou même de communication par voie électronique⁷, que la notion suscite un intérêt particulier, surtout dans le cadre du procès civil, avec un accent mis sur les parties, les avocats et le juge. Même si l'implication de l'absence dans le cadre du procès pénal ou du contentieux administratif est d'intérêt particulier, la focale sera réduite au procès civil.

1. L'absence, une question absente. Parler de l'absence dans le cadre de la procédure civile paraît antinomique, car la présence, en ce qu'elle conduit à une comparution des parties, a été depuis l'antiquité et Saint Louis sous chêne le « mode d'organisation du procès⁸ ». Les parties s'expriment et l'oralité détient une place centrale, sinon primordiale. Les procédures sont donc essentiellement, sinon exclusivement orales et très formalistes⁹. L'essor de l'écriture a permis de remettre en cause l'omniprésence de l'oralité, sans pour autant altérer la présence physique des acteurs du procès civil. Cette hégémonie se justifiait non seulement par la recherche de conciliation¹⁰ entre les parties, de renouement du lien social¹¹, mais également dans la mise en œuvre des principes directeurs du procès civil tels que le principe du contradictoire. L'absence était donc absente.

2. L'absence, une question présente. Aujourd'hui en revanche, cette présence physique est concurrencée par la démocratisation de l'absence des acteurs du procès. Caractérisée par la multiplicité de ses modalités, l'absence se traduit par l'objectif de réduction du temps des procès, la promotion des mécanismes de représentation à l'instance, mais également d'outils techniques tels que la « visioaudience ». Par la lourdeur apparente attribuée à la présence des parties, à l'audience, l'absence permet au législateur, sous vecteur d'efficacité et de célérité, de gérer les stocks, laissant

³ V. « Absence », in *Le Petit Robert de la langue française*, 2022, p. 9.

⁴ Art. 56 du CPC qui pose la nécessité de comparaître pour le défendeur en cas d'assignation.

⁵ Art. 446-1 et s. du CPC.

⁶ Art. 714 du CPC ; Art. 746 du CPC.

⁷ Art. 748 et s. du CPC.

⁸ A. DANET, *La présence en droit processuel*, Dalloz, coll. « Bibl. de la justice », 2018, n° 6.

⁹ V. N. GERBAY, *L'oralité du procès civil*, Thèse droit, Paris 1, 2008, n° 7 et s., p. 12 et s.

¹⁰ V. not. C. BARAILLER, *L'oralité en procédure civile*, Thèse droit, Nice, 2004 ; A. LYLIAN ONDO OKEMVELE, *La procédure orale*, Thèse droit, Nantes, 2005 ; F. REA-SABATIER, *L'oralité en matière prud'homale*, Thèse droit, Montpellier I, 2007 ; N. GERBAY, *L'oralité du procès civil*, Thèse droit, Paris 1, 2008 ; D. VERONE, *L'écrit dans la procédure orale*, Thèse droit, Montpellier, 2019.

¹¹ S. AMRANI-MEKKI, « Comparaître aujourd'hui Introduction générale », in L. ASCENSI, C. DUPRAC et S. JOBERT (dir.), *Comparaître aujourd'hui : la comparution des parties devant le juge*, Dalloz, 2023, n° 6, p. 4.

crainte *in fine* la promotion d'une justice déshumanisée¹². L'absence devient donc un outil de gestion des procédures. La crise sanitaire covidienne n'a pas manqué d'être un facteur d'exacerbation du phénomène en ce qu'il fallait rompre les liens, être à distance, promouvoir les mesures barrières, avec des implications réelles dans le procès civil.

Si l'étude théorique de l'absence a peu ou prou été ignorée en procédure civile¹³, elle apparaît tout de même à travers diverses études sur la présence. On peut ainsi faire référence aux travaux de Anaïs Danet comme *La présence en droit processuel*, mais également les récents travaux doctrinaux sur la *comparution*¹⁴ qui rendent – presque – futiles les prochains développements. L'ensemble de ces travaux démontre tout de même que traiter de l'absence sans la présence, et de la présence sans l'absence serait illusoire. Les deux sont liés comme le recto et le verso d'une page blanche pour reprendre l'une des célèbres métaphores de Saussure.

Il ne serait pas ainsi inintéressant de faire le point du déploiement de l'absence à travers sa manifestation dans le procès civil. Si elle permet de prendre en compte une certaine réalité procédurale, judiciaire, faudrait-il également mettre en avant les risques que porte une telle promotion. Il conviendra ainsi d'aborder l'absence manifestée dans le code de procédure civile (A), puis la procédure civile dévoyée par l'absence (B).

A.- L'absence manifestée dans le procès civil

Le premier réflexe est de voir dans l'association absence-procès une contradiction en ce que la présence physique constitue le mode conventionnel, traditionnel, d'organisation du procès civil. Cette intimité entre la présence physique et le procès civil apparaissait comme un devoir¹⁵, sinon une obligation¹⁶, légitimant la sanction de ce défaut de présence physique. Dans cette vision, on part du principe que les absents ont « toujours » tort (1). Au-delà de cette dimension sanctionnatrice, le

¹² O. DUFOUR, *La justice en voie de déshumanisation : Demain, les hommes jugés par l'intelligence artificielle ?*, LGDJ, Lextenso, 2021.

¹³ De manière générale, le droit civil traite de la question. En ce sens l'ouvrage général de J. HOAREAU-DODINAU et G. MÉTAIRIE (dir.), *L'absence : Du cas de l'absent à la théorie de l'absence*, Pulim, « Cahiers de l'Institut d'Anthropologie Juridique » n° 29, 2011 ; v. aussi, « Absence », in D. ALLAND et S. RIALS, *Dictionnaire de la culture juridique*, PUF, 2003.

¹⁴ L. ASCENSI, C. DUPRAC et S. JOBERT (dir.), *Comparaître aujourd'hui : la comparution des parties devant le juge*, Dalloz, 2023.

¹⁵ S. JOBERT, « La comparution : un devoir ? », in L. ASCENSI, C. DUPRAC et S. JOBERT (dir.), *Comparaître aujourd'hui : la comparution des parties devant le juge*, Dalloz, 2023, p. 51 et s.

¹⁶ V. par ex C. CHAINAIS, F. FERRAND, L. MAYER et S. GUINCHARD, *Procédure civile*, 36^e éd., Dalloz, 2022, n° 339, p. 283 : « La demande en justice crée un lien d'instance : elle instaure un rapport juridique propre, qui met à la charge des parties et du juge un certains nombres d'obligations [...]. Celles-ci existent pour les parties (*obligation de comparaître*, d'accomplir un certain nombre d'actes) ».

procès civil organise lui-même l'absence de ses acteurs, soit en mettant la présence des parties entre parenthèses, ou en concourant à sa disparition (2).

1.- *L'absence sanctionnée dans le procès civil*

Justifiée par la recherche d'une conciliation efficace entre des parties¹⁷, la présence physique et personnelle est une obligation devant certaines juridictions telles que le conseil de prud'hommes. D'un point de vue historique, la loi salique a pu prévoir que « la première infraction envisagée était le défaut de comparution, car la première difficulté rencontrée par la justice était d'être acceptée et de susciter la confiance de telle sorte que les parties renoncent à se faire justice à elles-mêmes¹⁸ ». Cette sévérité s'expliquait par la légitimité recherchée par l'institution judiciaire et le besoin de renforcer la « force symbolique du procès¹⁹ ». Si l'article 24 du code de procédure civile²⁰ est le témoin de cet héritage, la sanction de l'absence des parties au procès est aujourd'hui plus tempérée. Cette tempérance s'entrevoit à l'égard de deux acteurs du procès civil : le demandeur et le défendeur.

3. Sanction du défaut de présentation du demandeur. En effet, si le demandeur est celui qui initie naturellement le procès civil par le jeu de l'acte introductif d'instance, l'article 468 alinéa 2 donne la possibilité au juge de déclarer caduque cette citation en cas de défaut de comparution. Au-delà de l'extinction de l'instance, cette sanction peut s'avérer néfaste et dévastatrice pour le demandeur lorsqu'il est acquis en jurisprudence que l'assignation dont la caducité a été constatée n'interrompt pas la prescription²¹.

4. Sanction défaut de présentation du défendeur. Quant au défendeur, deux situations doivent être distinguées. La première est celle du défendeur, non-comparant à l'audience, à qui la citation du demandeur n'a pas été délivrée à personne, et dans le cas où la décision susceptible d'être rendue est en dernier ressort²². Dans ce cas, le jugement rendu sera qualifié de « jugement par défaut » et le défendeur

¹⁷ Anc. art R. 1453 du Code du travail.

¹⁸ V. E. JEULAND, *Droit processuel général*, 5^e éd., Paris, Montchrestien, 2022, n° 40, p. 91 ; C'est également le cas d'un rescrit de 213 de l'empereur Caracalla où il est précisé qu'« il est impossible de recevoir l'appel de celui qui, absent par contumace, bien qu'il eût été appelé à plaider une cause, est condamné après que l'affaire a été sommairement examinée avec soin ». C., 7, 65, 1 [Caracalla, a. 213], cité in R. GUILLAS, *Le jugement de l'absent. La contumace dans la procédure romano-canonique médiévale (IX^e-XIII^e siècle)*, Thèse droit. Paris Panthéon-Assas, 2022, p. 303.

¹⁹ S. AMRANI-MEKKI, « Comparaitre aujourd'hui Introduction générale », in L. ASCENSI, C. DUPRAC et S. JOBERT (dir.), *Comparaitre aujourd'hui : la comparution des parties devant le juge*, Dalloz, 2023, n° 6, p. 4.

²⁰ Art. 24 du CPC « Les parties sont tenues de garder en tout le respect dû à la justice. Le juge peut, suivant la gravité des manquements, prononcer, même d'office, des injonctions, supprimer les écrits, les déclarer calomnieux, ordonner l'impression et l'affichage de ses jugements ».

²¹ Cass., ass. plén., 3 avr. 1987, n° 86-11.536 P : *JCP* 1987. II. 20792, concl. CABANNES ; D. 1988, Somm. 122, obs. JULIEN ; *Gaz. Pal.* 1987. 2. Somm. 486, obs. CROZE et MOREL ;

²² Art. 473 al. 1 du CPC

ne pourra que contester ladite décision par une opposition. L'opposition devient ici la voie de recours de l'absence justifiable du défendeur²³, dans l'objectif de rétablir pleinement le contradictoire.

La seconde situation est celle du défendeur n'ayant pas comparu, nonobstant le fait que la citation a quand même été délivrée à personne²⁴. Dans ce cas, le jugement est réputé contradictoire et la voie de recours ouverte au défendeur est l'appel. Dans cette dernière hypothèse, le code de procédure civile permet à la cour d'appel de le condamner au paiement des dommages et intérêts. Le but poursuivi par ce mécanisme en matière civile est de pouvoir dissuader ceux qui ont refusé de comparaître en première instance de pouvoir interjeter des appels dilatoires²⁵.

5. Obligation de présentation en procédure orale. Au-delà des sanctions qui frappent les parties au début de l'instance, certaines procédures font de la présence des parties une marque de fabrique. C'est le cas de la procédure orale qui consacre, à l'article 446-1 al 1, l'obligation pour les parties de se présenter à l'audience en vue de formuler leurs prétentions et moyens. C'est ce que Corinne Bléry²⁶ qualifie « d'audience de la mise en état ». La partie qui se contenterait de formuler des prétentions écrites, sans se présenter à l'audience, se verrait opposer une irrecevabilité desdites prétentions²⁷. L'irrecevabilité vient sanctionner l'absence de la partie qui a l'obligation de se présenter à l'audience, sauf si l'absence est organisée par le législateur lui-même.

2.- L'absence organisée

Si la nécessité d'être présent à son procès est une nécessité, une charge²⁸, qui pèse sur l'ensemble des acteurs du procès civil, tend-elle à décliner, voire à disparaître, sous l'impulsion du législateur et du pouvoir règlementaire ?

²³ La même logique suit les demandes d'injonction de payer qui sont, par principe, des procédures non contradictoires. L'opposition à l'ordonnance d'injonction de payer permet de renouer avec le contradictoire.

²⁴ Art. 473 al. 2 du CPC.

²⁵ Art. 559 du CPC.

²⁶ C. BLÉRY, « Comparaître aujourd'hui : Introduction générale », in L. ASCENSI, C. DUPRAC et S. JOBERT (dir.), *Comparaître aujourd'hui : la comparution des parties devant le juge*, Dalloz, 2023, n° 1, p. 109.

²⁷ V. par ex. Cass. 2^e civ., 27 sept. 2012 *Bull. civ. II*, n° 155 « Statuant sur l'opposition formée à une ordonnance portant injonction de payer, la juridiction de proximité ne peut se fonder sur les prétentions écrites d'une partie qui n'était pas représentée, ni présente à l'audience, alors qu'elle n'en était pas dispensée » ; ou encore Cass. 2^e civ., 17 oct. 2013, n° 12-26.046 P : « Une juridiction de proximité, requise de rendre un jugement sur le fond par la défenderesse et qui n'est saisie d'aucun moyen par le demandeur qui n'a pas comparu et ne s'est pas fait représenter pour formuler valablement ses prétentions et en justifier, sans dispense accordée par le juge, ne peut que rejeter ses demandes. »

²⁸ S. JOBERT, art. préc, p. 58 et s.

6. L'absence des parties par le jeu de la représentation. Cette organisation de l'absence s'est d'abord manifestée par l'implémentation, puis l'extension, de la représentation obligatoire en justice des parties *stricto sensu* par un professionnel du droit, en l'occurrence un avocat. Pendant longtemps, la représentation obligatoire par avocat (représentation *ad litem*) avait un domaine d'application restreint. En effet, les auteurs du code de procédure civile ont jugé utile de consacrer la possibilité²⁹ de se défendre soi-même comme principe directeur du procès civil³⁰. Dans cette logique, lorsque les parties font usage de ce choix, elles ont l'obligation de se présenter elles-mêmes devant le juge pour présenter leurs prétentions et moyens. C'était le cas devant les juridictions prud'homales, commerciales, et l'ancien tribunal d'instance. Cependant, depuis la loi Macron de 2015³¹ et ensuite la loi Belloubet de mars 2019³², cette faculté est limitée. La première a consacré dans le nouvel article L. 1453-4 du code du travail la fonction de « défenseur syndical » chargé d'assister et de représenter les parties devant les conseils de prud'hommes. La seconde, par le jeu du décret n° 2019-1333 du 11 décembre 2019, a consacré l'obligation de constituer avocat, au-delà de 5 000 euros, parfois 10 000 euros, devant certaines juridictions où la représentation était libre. C'est le cas par exemple du tribunal de commerce³³.

7. Procédures sans audience et visioconférence. Ensuite, deux autres mouvements d'organisation de l'absence peuvent être identifiés. Tandis que le premier tend vers la disparition de l'audience en procédure civile, notamment par la consécration des procédures sans audience, le second se sert des nouvelles technologies pour renouveler la question de l'audience, notamment par la démocratisation de la visioconférence.

8. Absence par la réduction – voire la disparition – de l'audience physique. Le mouvement de suppression progressive de l'audience physique s'est fait par touche successive. La première graine fut plantée il y a bientôt vingt ans. En effet, la relativisation de l'intérêt des plaidoiries dans les procédures écrites a fait naître, chez les avocats, la pratique du dépôt de dossier, leur permettant de se passer de l'audience des plaidoiries. Prenant acte de la pratique, le décret du 28 décembre 2005³⁴ a instauré une option radicale qui consiste à se passer purement et simple-

²⁹ La précision est-elle utile lorsque la légistique du législateur fait défaut en prévoyant par exemple à l'article 762 du CPC que lorsque la représentation par avocat n'est pas obligatoire, les parties *se défendent* elle-même. L'utilisation du présent de l'indicatif ne constituant en aucun cas, ici, une obligation.

³⁰ Art. 18 du CPC : « Les parties peuvent se défendre elles-mêmes, sous réserve des cas dans lesquels la représentation est obligatoire. »

³¹ Loi n° 2015-990 du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques.

³² Loi n° 2019-222 du 23 mars 2019 de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice.

³³ Art. 853 du CPC : « Les parties sont, sauf disposition contraire, tenues de constituer avocat devant le tribunal de commerce.

La constitution de l'avocat emporte élection de domicile.

Les parties sont dispensées de l'obligation de constituer avocat dans les cas prévus par la loi ou le règlement, lorsque la demande porte sur un montant inférieur ou égal à 10 000 euros [...] »

³⁴ Décret n° 2005-1678 du 28 décembre 2005 relatif à la procédure civile, à certaines procédures d'exécution et à la procédure de changement de nom.

ment des plaidoiries. Pour cela, l'adhésion de tous les protagonistes est nécessaire (ancien article 786-1 du code de procédure civile ; aujourd'hui article 806). Quoique critiqué³⁵, le mécanisme est aujourd'hui bien ancré. La deuxième graine est sans doute le décret du 1^{er} octobre 2010³⁶ qui a consacré à l'article 446-1 al. 2 du code de procédure civile une procédure orale dite « moderne », permettant aux parties de se voir dispenser de l'obligation de se présenter physiquement à l'audience afin de formuler leurs prétentions et moyens. Éloignant de plus en plus le juge civil³⁷, les parties ou leurs représentants peuvent, sans crainte de la sanction, valablement saisir le juge par des écritures ou des conclusions, sans se présenter à l'audience.³⁸ Vint enfin la réforme Belloubet qui a apporté les engrais pour entériner le déploiement total de l'absence physique des acteurs du procès civil, avec la création des PSA (procédures sans audience). En effet, cette loi a créé, dans le code de l'organisation judiciaire, l'article L. 212-5-1 qui prévoit que devant le tribunal judiciaire la procédure peut, à l'initiative des parties lorsqu'elles en sont expressément d'accord, se dérouler sans audience. Dans ce sens, la procédure est entièrement écrite ou numérique. Au-delà de cet aspect, la disparition de l'audience physique est-elle également favorisée par la démocratisation des visioaudiences.

9. La visioaudience. L'usage de la visioconférence avait déjà été admis le 29 mai 2000 dans le cadre de la convention européenne d'entraide judiciaire, notamment en matière pénale pour les prisonniers appartenant à la mafia. D'ailleurs à cette occasion la Cour européenne des droits de l'homme a jugé le dispositif compatible avec l'article 6 § 3 de la Convention, car l'accusé avait pu voir et s'entretenir avec son avocat. En droit interne, la visioconférence fut instaurée avec la loi du 20 décembre 2007³⁹ relative à la simplification du droit. Cette loi consacre à l'article L. 111-12 dans le code de l'organisation judiciaire la possibilité de recourir, sous réserve de l'accord de l'ensemble des parties, à la visioconférence en matière judiciaire (à savoir devant les juridictions pénales et civiles).

³⁵ F. ANCEL, « La plaidoiries et les procédures contentieuses écrites », *Procédures* 2017, dossier 6 : « L'audience de plaidoiries ne doit pas être considérée comme l'aboutissement d'une affaire, le "feu d'artifice" du dossier, ou la récompense publique d'un travail effectuée dans le silence du cabinet. Elle doit être conçue et préparée comme une phase autonome de la procédure ayant sa propre utilité (même en procédure écrite) ».

³⁶ Décret n° 2010-1165 du 1^{er} octobre 2010 relatif à la conciliation et à la procédure orale en matière civile, commerciale et sociale.

³⁷ C. BLÉRY, « Un juge civil toujours plus lointain... ? Réflexion sur la dispense de présentation et la procédure sans audience », *D. actualité*, dossier, 22 déc. 2020.

³⁸ Cette disparition de l'audience de la mise en état en procédure orale n'est que la manifestation du désamour des avocats pour ce type de procédure et ses contraintes. Dans ce sens v. le rapport de l'association Droit & Procédure, « L'oralité est morte... vive la plaidoirie ! » ; C. BLÉRY et J.-P. TEBOUL, « D'un principe de présence à une libre dispense de présentation ou les évolutions en cours de l'oralité », in *Quarantième anniversaire du Code de procédure civile (1975-2015)*, éd. Panthéon-Assas, 2016, p. 109.

³⁹ Loi n° 2007-1787 du 20 décembre 2007 relative à la simplification du droit.

Disposant de belles côtes à leur lancement⁴⁰, la PSA et la visioaudience paraissent peu ou prou surcotées, sinon dépréciées⁴¹, et appellent à une application raisonnée⁴², notamment depuis leurs usages imposés durant la période covidienne.

10. Les innovations de la période covidienne. La crise covidienne a permis de prendre en compte les avantages et les limites de ces outils, par le biais de la mise en vigueur des ordonnances du 25 mars et du 18 novembre 2020 portant adaptation des règles applicables aux juridictions de l'ordre judiciaire statuant en matière non pénale et aux contrats de syndic de copropriété. Ces ordonnances peu ou prou similaires consacraient plusieurs articles qui traitaient de l'absence des parties en procédure civile. C'est le cas des articles 7 et 8 qui prévoyaient respectivement le recours à la visioaudience et aux procédures sans audience sans l'accord des parties⁴³, laissant entrevoir, pour certains auteurs, leur transposition au droit de demain⁴⁴. Si en matière pénale, le Conseil d'État avait bloqué à juste titre l'extension de la visioconférence sans l'accord des parties devant la cour d'assises, en estimant que la présence physique de l'accusé est essentielle, la matière civile n'a pas été jugée à la même enseigne.

11. Conseil constitutionnel et PSA. Le Conseil constitutionnel a d'ailleurs eu l'occasion de montrer son (dét)attachement à la présence physique des parties en matière civile à la lumière d'une question prioritaire de constitutionnalité⁴⁵. La décision du Conseil constitutionnel était scrutée⁴⁶ à deux égards. En effet, soit le Conseil constitutionnel ouvrait la boîte de pandore à la propagation, et la légitimation de la procédure sans audience, sans l'accord des parties, soit le Conseil constitutionnel hissait l'oralité comme principe constitutionnel en matière civile.

⁴⁰ Elles ont suscité l'intérêt des magistrats, tout au moins de certains d'entre eux, en tant qu'instrument de régulation des flux : faire l'économie de l'audience permettant de gagner du temps et de faire ouvrir de célérité. Sur cette idée v., C. BLÉRY et G. TEBOUL, « L'avenir de l'audience », *D. actualité*, 29 avr. 2021.

⁴¹ Elles ont suscité l'hostilité des avocats qui se sont opposés à ce qu'elle soit imposée par un juge.

⁴² A. BERGEAUD-WETTERWALD, « L'application raisonnée de la procédure sans audience », *JCP* 2022, Étude 536.

⁴³ Dans le même temps, du côté du contentieux administratif caractérisé par une procédure écrite et froide, la crise sanitaire a conduit le Conseil d'État à indiquer le 27 novembre 2020, le déploiement de l'oralité afin d'expérimenter les échanges directs avec les parties. D'après son vice-président, ces audiences « ont démontré les avantages de l'échange oral pour saisir au mieux la complexité des situations et rendre la décision la plus juste, la plus pertinente et plus applicable à la réalité » : O. DUFOUR, « Le Conseil d'État se met à l'oralité pour améliorer la qualité de ses décisions », *Actu-juridique*, 30 nov. 2020.

⁴⁴ C. BLÉRY, « Covid-19 et procédure civile : nouveau droit transitoire ou préfiguration du droit de demain ? », *Gaz. Pal.* 1^{er} déc. 2020, p. 14.

⁴⁵ Une QPC sur la base de l'article de l'ordonnance du 25 mars 2020 et de son article 8 sur les procédures sans audience sans l'accord des parties (Cass, 2^e civ., 24 sept. 2020, n° 19-40. 056) en se fondant sur le fait que « la tenue d'une audience publique en matière civile est l'un des moyens propres à assurer un droit à un procès équitable, garanti par l'article 16 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen de 1789 ».

⁴⁶ S. AMRANI-MEKKI, « Transmission d'une QPC sur les procédures sans audience », *Procédures* n° 11, novembre 2020, n° 193.

Le 19 novembre 2020,⁴⁷ le Conseil constitutionnel a validé, au regard du contexte sanitaire, les dispositions prévues à l'article 8 de l'ordonnance tout en affirmant au paragraphe 14 que « l'organisation d'une audience devant ces juridictions (non pénales) est une garantie légale des exigences constitutionnelles des droits de la défense et du procès équitable ». Cependant – et cela paraît plus critiquable – le Conseil constitutionnel n'a pas manqué de légitimer le dispositif de la PSA sans accord des parties aux motifs, d'une part, que la présence d'un avocat garantissait aux justiciables la possibilité de défendre utilement leur cause dans le cadre d'une procédure écrite⁴⁸ et, d'autre part, par la faculté offerte au juge d'apprécier, au regard de chaque espèce, la nécessité de la tenue d'une audience.

Au demeurant, on constate que si l'absence a été, dans un premier temps, traitée comme notion procédurale non identifiée et dont la manifestation est sanctionnée, elle apparaît aujourd'hui comme une notion à part entière, apprivoisée et organisée. Cependant, elle conduit à une expansion de l'écrit, des outils numériques, participant à la même occasion à la disparition progressive de l'audience, aussi bien en procédure orale qu'en procédure écrite avec tout son lot de risque pour le procès civil.

B.- Le procès civil dévoyé par l'absence

Peindre la manifestation et le déploiement de l'absence dans le cadre du procès civil met en lumière les ombres de cette notion. Elle dévoie le procès civil de son essence première : la rencontre physique, mutuelle, des acteurs du procès civil. Faudrait-il prendre conscience des risques inhérents à ce procédé (1), en vue de mieux l'encadrer (2).

1.- L'absence risquée

Dispense de présentation (comparution) en procédure orale, dépôt de dossier, des procédures sans audience, visioconférences, sont les nouvelles manifestations de l'absence des acteurs du procès civil. Que les parties comparaissent en personne ou par l'intermédiaire d'un avocat, la présentation physique devant un juge n'est plus une nécessité, laissant penser à une équivalence entre la comparution virtuelle et la comparution physique des acteurs du procès civil.

12. Dévoiement de la notion de présence et de comparution. Ce mouvement a été favorisé par un dévoiement de la notion de présence. En effet, si le *Petit Robert de la langue française*⁴⁹ définit la présence à travers des critères spatio-temporels

⁴⁷ Décision n° 2020-866 QPC du 19 novembre 2020.

⁴⁸ Procédure écrite qui brille par son formalisme rigoureux à travers l'articulation des conclusions qui doivent être qualificatives et récapitulatives.

⁴⁹ V. « Présence », in *Le petit Robert de la langue française*, *op. cit.*, p. 2010.

(le fait d'être dans le lieu dont on parle), la présence peut être également celle qui laisse des traces. Des traces écrites, des traces spirituelles. Se fait donc jour l'opposition philosophique classique entre Derrida et Husserl sur la métaphysique de la présence⁵⁰. Ainsi, si l'audience a d'abord été physique, elle peut aujourd'hui – pour reprendre les termes de certains auteurs – être virtuelle, pour parler à la fois de la visioconférence (visioaudience)⁵¹, mais également pour caractériser les échanges écrits (audience virtuelle)⁵² entre les différents acteurs de la justice. Ce qui importe, c'est de comparaître *lato sensu*, plus que d'être présent *stricto sensu*⁵³.

13. Le mirage de l'équivalence fonctionnelle. Cependant, ce dévoiement de la notion de présence qui permet de rendre équivalentes présence physique et présence virtuelle, notamment par visioaudience, est un mirage. S'il ne peut être contesté que ces nouvelles modalités de présence permettent de pallier des situations d'éloignements géographiques réelles, de résorber le coût économique de la présence⁵⁴, en vue d'atteindre les objectifs d'efficacité et de célérité de la justice⁵⁵, il n'en demeure pas moins que l'équivalence fonctionnelle promise par les défenseurs de leur prolifération n'est que mirage. Mirage d'une part, car en écho à certains auteurs⁵⁶, l'équivalence suppose que les équipements techniques soient en accord avec de l'ambition. La crise sanitaire n'a pas manqué de mettre à jour les lacunes numériques de la justice française (problème de connexion, d'ordinateur). Mirage d'autre part, car ces différentes modalités participent en commun à l'affaiblissement, sinon une détérioration du rite judiciaire. Or l'audience physique, témoin du rituel judiciaire, permet, non seulement de faire passer des émotions, mais également de constater la place spécifique assignée aux acteurs de la justice, dans un décor particulier et par une *costuma* distinguable des avocats et du juge. C'est ainsi que le « spectacle judiciaire » se joue, au risque d'entraîner une recomposition des pratiques professionnelles à l'audience⁵⁷. Comme le dit l'adage anglais : « *justice must not only be done but also be seen to be done* » : la justice ne doit pas seulement être rendue, mais elle doit paraître être rendue (dans une traduction littérale). Mirage

⁵⁰ Dans sa philosophie de la métaphysique de la présence, Edmund Husserl considère la présence, qu'il qualifie de « présence physique » comme le fait d'être là « en personne » ou « en chair et en os » : E. HUSSERL, *Leçons pour une phénoménologie de la conscience intime du temps*, Paris, PUF, 1954, critiquée par Derrida

⁵¹ N. FRICERO, « Comprendre le nouveau schéma procédural à l'épreuve de la justice numérique », in *Dalloz action Droit et pratique de la procédure civile*, 112.21, 2021.

⁵² Expression utilisée par une convention conclue entre la cour d'appel de Lyon et le Barreaux de son ressort ; expression dénoncée par H. CROZE, « Qu'est-ce qu'une audience ? », *Procédures* 2012, repère 5.

⁵³ *La comparution lato sensu qui se prive de la présence physique des parties permet, comme le précise l'article 446-1, d'avoir un jugement contradictoire.*

⁵⁴ A. DANET, *La présence en droit processuel*, op. cit., n° 234 et s, p. 182 et s.

⁵⁵ D. CHOLET, *La célérité en droit processuel*, LGDJ, 2006 ; S. AMRANI-MEKKI, « Le principe de célérité », *RFAP*, n° 125, 2008.

⁵⁶ V. L. BENABOU et E. JEULAND, « Vers la généralisation du principe de présence ? », *JCP* 2021. 140 ; A. B. W, Comparution.

⁵⁷ L. DUMOULIN, « La visioconférence dans le procès pénal : une solution pragmatique devenue le vecteur d'une politique managériale de la justice », *RSC* juin 2018, entretien.

enfin, car les neurosciences ne manquent pas de préciser les difficultés pour le cerveau de recevoir deux informations contradictoires perpétuellement (voire sans toucher) ; la barrière de l'écran diminuant de plus de cinquante pourcents l'intérêt, la concentration qu'on aurait pour une chose si l'on était physiquement présent. En somme, la visioaudience n'est donc « qu'un mode dégradé de l'audience⁵⁸ », qui ne peut remplacer ou concurrencer l'audience physique. À terme, c'est l'humanité de la justice qui est en cause, accompagnée d'un risque démocratique.

14. Risque démocratique. En effet, la démocratisation de la visioconférence, ou des procédures sans audience, favorisant l'absence physique des acteurs du procès civil, peut avoir pour effet pervers de faire désertier – on y certes loin pour les grandes juridictions – les juridictions par des gens de justice. Ce qui pourrait avoir pour conséquence de conduire à remettre en cause l'implantation de certains tribunaux. Or cela porte un risque démocratique par l'absence même du « sentiment de la justice⁵⁹ », et par la même occasion un possible retour à ce que l'humain a de primitif, la vengeance individuelle, la vindicte populaire.

15. Risque d'atteinte aux principes fondamentaux. Par ailleurs, la question se pose également de savoir si ces différentes modalités de présence des parties respectent les différents principes fondamentaux du procès. L'usage permanent de la visioconférence et la consécration de procédure intégralement écrite, permettent-ils d'assurer l'objectif de publicité du procès civil ? La réponse n'est pas évidente. Ensuite, quid du principe du contradictoire, principe central de tout procès, qui suppose que nulle partie ne peut être jugée sans avoir été entendue ou appelée⁶⁰ ? Peut-on véritablement affirmer qu'une procédure sans audience, entièrement écrite, ou numérique, satisfasse à cette exigence ? Le doute peut subsister. L'histoire du contradictoire témoigne que pour entendre une personne, il faut d'abord la voir. Gardons-nous donc du risque de dévoyer les principes. Il apparaît donc nécessaire d'encadrer suffisamment et fortement la prolifération de l'absence des acteurs du procès civil, car c'est par la présence de l'absence que l'on mesure l'importance de la présence physique.

2.- *L'absence mieux encadrée*

16. Nécessité d'un véritable principe de présence physique. La proportion, entre les bénéfices et les risques de la prolifération de l'absence, impose un encadrement rigoureux de la notion. L'encadrement efficace de la manifestation de l'absence des acteurs du procès civil, passe indéniablement par la nécessité d'une

⁵⁸ O. DUFOUR, *La justice en voie de déshumanisation : Demain, les hommes jugés par l'intelligence artificielle ?*, LGDJ, Lextenso, 2021, p. 223.

⁵⁹ V. à ce titre : Conseil national des Barreaux, « L'audience : état des lieux et réflexions prospectives », rapport du groupe de travail : Avenir de l'audience et de la plaidoirie, 13 nov. 2020.

⁶⁰ Art. 14 du CPC.

revalorisation de la présence physique des parties. Cette revalorisation nécessite d'ériger la présence physique des parties comme véritable principe du procès civil. Cette idée n'est pas nouvelle⁶¹. Le principe de présence physique de manière générale sert non seulement à assurer l'effectivité du droit d'être vu et entendu pour un justiciable, mais constitue également un référentiel émotionnel à l'audience. Il est souhaitable que les parties soient présentes physiquement à leur audience, plutôt qu'elles soient présentes uniquement par écrits ou par visioaudience. La justice n'est pas uniquement le lieu des contradictions, mais également celui des réconciliations. La présence physique favorise nettement cette réconciliation. Comme l'affirme la doctrine, « cette utilité de la comparution pour la fonction sociale du procès, qu'il s'agisse de la reconstruction du lien social ou de la poursuite de la vérité judiciaire, est aussi une condition de sa légitimité, car la comparution n'est pas qu'une obligation, elle est aussi un droit fondamental⁶² ». Le temps de l'audience physique est un temps utile et ne doit guère paraître comme un temps mort⁶³ qui doit être supprimé pour répondre à un objectif de célérité.

17. Présence physique non absolue. Cette nécessité d'un principe de présence physique n'implique pas non plus un dogmatisme aveugle et absolu de la présence physique. La légitimité d'un principe passe par l'encadrement de ces exceptions. En effet, si la présence physique se fait de manière à garantir la qualité de la contradiction, doit-elle également s'accommoder aux contingences liées à la bonne administration de la justice considérée comme un objectif à valeur constitutionnelle⁶⁴. La visioaudience apparaît ainsi comme un outil utile permettant de pallier les situations de distance géographiques, ou de situation de crise, notamment sanitaire.

18. Renforcer l'audience interactive. Par ailleurs, il faut également considérer la réalité des présences physiques où les parties sont absentes : les audiences non interactives. En effet, une partie peut être très bien présente physique sans interagir avec le juge. En matière pénale, le droit de se taire est d'ailleurs un droit fondamental du mis en cause. La présence physique doit donc être le lieu de la compréhension, de la précision et de l'interaction. C'est à ces conditions que la dualité absence-présence pourra trouver l'équilibre nécessaire afin de garantir les droits des justiciables.

⁶¹ En effet, c'est Julius Glaser, juriste autrichien, qui est à l'origine du principe de l'égalité des armes, qui a été également à l'origine du principe d'immédiateté dans la réforme de la procédure pénale autrichienne au milieu du XIX^e siècle. Ce principe existe également en procédure civile espagnole qui promeut une procédure orale et non écrite (v. (v. E. JEULAND, *Droit processuel général*, LGDJ 5^e éd, 2022, n° 240, p. 399 ; D. DE LORGERIL, *Procédure civile et nouvelles technologies*, L'Harmattan, 2016 p. 107).

⁶² S. AMRANI-MEKKI, « Comparaitre aujourd'hui : Introduction générale », art. préc., n° 6, p. 4 ; v. aussi, L. CADIET, J. NORMAND, S. AMRANI-Mekki, *Théorie générale du procès*, PUF, 3^e éd mise à jour., 2020, p. 631, n° 333.

⁶³ S. AMRANI-MEKKI, « Le principe de célérité », art. préc., p. 51 et s.

⁶⁴ Cons. const. 11 déc. 2014, n° 2014-704, à propos de la loi relative à la désignation des conseillers de prud'hommes, spéc. Cons. 2

II.- La diffusion des audiences et la question du spectacle

Par Emmanuel JEULAND

Professeur à l'Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne

Résumé : La diffusion des audiences en différé permis par la loi n°2021-1729 du 22 décembre 2021 pour la confiance dans l'institution judiciaire a pris la forme d'une série d'émissions télévisées appelée « Justice en France ». Quoique les promoteurs de la réforme et de cette émission affirment qu'il s'agit de faire de la pédagogie et non de la justice-spectacle, le visionnage de ces émissions montre que la vérité judiciaire y est un moment du faux comme l'annonçait Debord à propos de la société du spectacle et que tous les ingrédients d'un spectacle sont présents : prises de vues, scénarisation, mise en scène de l'émission et musique. Ces diffusions conduisent non pas à une meilleure transparence de la justice conduisant à ce qu'elle rende des comptes de son fonctionnement et à accroître la confiance dans la justice mais à une hyper-transparence mettant les téléspectateurs à la place des juges et mettant en lumière des détails des parties qu'un membre du public ne pourrait pas voir. Cette diffusion participe donc d'une opération de communication de la justice et d'une quasi-propagande qui s'inscrit dans un vaste mouvement de managérialisation de la justice.

Mots clefs : diffusion des audiences, principe de publicité, communication, spectacle, managérialisation."

Les arguments favorables et défavorables à la diffusion des audiences méritent tout d'abord d'être énumérés. Pour : le principe de publicité, la connaissance de la justice, la sérénité et la transparence de la justice, la liberté de la presse et le fait de rendre des comptes et donc la confiance dans la justice. Contre : la pression médiatique, le risque de lynchage et de partialité ainsi que la justice-spectacle qui porterait atteinte à la sérénité de la justice. La question que je souhaiterais poser à propos de la possibilité de diffuser des audiences en différé créée par la loi n° 2021-1729 du 22 décembre 2021 sur la confiance dans l'institution judiciaire est de savoir s'il s'agit d'un épiphénomène sans grande importance ou d'un changement plus profond, plus systémique. J'essaierai de montrer pourquoi il s'agit d'un élément participant d'un changement profond. L'hypothèse est que la diffusion des audiences participe d'un mouvement de managérialisation et de numérisation de la justice impliquant un soin particulier apporté à la communication tenant compte d'un changement de régime des émotions. La critique de la société du spectacle de G. Debord peut être partiellement mobilisée ; il considérerait notamment que le vrai dans un spectacle est un moment du faux. La question de la vérité judiciaire apparaît ainsi être en jeu (A) et il semble bien que l'on puisse parler de justice spectacle (B).

A.- La vérité judiciaire, moment du faux.

Après avoir fait le point sur les textes interdisant la diffusion des audiences et leur raison d'être, il sera possible d'appliquer certaines idées de Debord à la diffusion des audiences en différé.

1.- Raisons d'être de l'interdiction de la diffusion des audiences.

À la fin du XIX^e siècle, les médias se sont emparés des prétoires sans aucune restriction. Les photographies et les films étaient tolérés. Après la seconde guerre mondiale, l'arrivée de la télévision a généré une prise de conscience. Il faut dire que certaines photographies célèbres, telles celles de Marie Besnard, une femme suspectée d'empoisonnement, avaient montré que certains angles, certains cadrages pouvaient transformer une personne en monstre ou en sorcière et participer ainsi au lynchage médiatique. Le développement de la télévision a fait craindre que les procès ne soient filmés et diffusés en direct. Le procès Dominici qui a conduit à la condamnation du patriarche d'une famille peu à l'aise en français pour le triple meurtre d'une famille anglaise sans beaucoup de preuves a précipité le vote de la loi. C'est le jour même de la condamnation de Dominici que la loi est votée. La loi n° 54-1218 du 6 décembre 1954 a posé le principe de l'interdiction de la captation des débats judiciaires. L'article 38 *Ter* de la loi du 29 juillet 1881 relative à la liberté de la presse est dorénavant le siège de cette interdiction générale :

« Dès l'ouverture de l'audience des juridictions administratives ou judiciaires, l'emploi de tout appareil permettant d'enregistrer, de fixer ou de transmettre la parole ou l'image est interdit. Le président fait procéder à la saisie de tout appareil et du support de la parole ou de l'image utilisés en violation de cette interdiction ».

La loi n° 81-82 du 2 février 1981 a tempéré l'interdiction pour les procès historiques mais on ne peut avoir accès au film avant 50 ans. Le Code du patrimoine aux articles L.221-1 et suivants permet ainsi l'enregistrement des audiences d'un procès lorsque celui-ci présente un intérêt pour la constitution d'archives historiques de la justice. Ces enregistrements doivent être « réalisés dans des conditions ne portant pas atteinte ni au bon déroulement des débats ni à l'exercice des droits de la défense ».

Par ailleurs, l'article L.111-12 du Code de l'organisation judiciaire permet la diffusion en circuit fermé des débats, lorsque ceux-ci sont retransmis dans une autre salle que la salle d'audience : même entre deux tribunaux on l'a vu avec les attentats de Nice.

La Cour européenne des droits de l'homme a jugé que les États :

« doivent bénéficier d'une grande marge d'appréciation lorsqu'ils réglementent la liberté pour la presse de retransmettre des audiences judiciaires en direct¹ ».

La Recommandation du Conseil de l'Europe 2003-13, du 10 juillet 2003, sur la diffusion d'informations par les médias en relation avec les procédures pénales énonce quant à elle dans son Principe 14 :

« Les reportages en direct ou les enregistrements effectués par les médias dans les salles d'audience ne devraient pas être possibles, sauf si et dans la mesure où la loi ou les autorités judiciaires compétentes le permettent explicitement. De tels reportages ne devraient être autorisés que s'il n'en résulte aucun risque sérieux d'influence induite sur les victimes, les témoins, les parties aux procédures pénales, les jurés ou les magistrats ».

La loi du 22 décembre 2021 sur la confiance dans les institutions judiciaires étend les possibilités de dérogation à l'interdit de la diffusion d'un procès. Les images ne peuvent être diffusées qu'après que les affaires ont été définitivement jugées, et sans porter « atteinte ni à la sécurité, ni au respect de la vie privée des personnes enregistrées, ni au respect de la présomption d'innocence ». L'avantage est de sensibiliser le public au procès et de préserver le sens du principe de publicité.

Le décret n° 2022-462 du 31 mars 2022 précise que l'accord des parties est requis dans tous les cas, même lorsque l'affaire n'a pas été jugée en audience publique. Le décret fixe également le régime et les délais de l'autorisation préalable du premier président de la cour d'appel. Ce dernier est compétent pour donner son autorisation sur un projet éditorial qui doit être suffisamment élaboré. Il doit recueillir l'avis du ministère public et dispose d'un délai de quarante-cinq jours à compter de la transmission de la demande d'enregistrement pour se prononcer (son silence vaut refus). S'il n'autorise pas la diffusion, un recours est possible, dans un délai de huit jours, devant la Cour de cassation.

On peut considérer qu'en réalité le régime est toujours celui de l'interdiction de la diffusion sauf dérogation et donc autorisation. Ni le décret ni la loi ne donnent de précision sur les angles de vue (alors qu'ils peuvent ou non donner une impression de culpabilité). La retransmission des procès est un gage de transparence dit le chroniqueur judiciaire D. Verdheillan en charge d'une série tous les mois sur FR3 appelée « La justice en France² ».

S'agit-il de faire respecter le principe de publicité (mais est-il en danger ?), le principe d'impartialité (la pression médiatique peut mettre à mal ce principe), de faire connaître la justice, d'améliorer son image, d'accroître la confiance dans la justice ? Ou bien s'agit-il de transformer les procès en spectacle pour la télévision ?

¹ REFFF.

² La justice en France le ministère de la Justice et France Télévisions ont signé une convention en mars 2022 pour la diffusion de procès dans le cadre d'une série documentaire, « Justice en France » (début le 19 oct. 2022).

Il s'agit à tout le moins d'élargir l'audience à des personnes qui ne viennent pas généralement assister à un procès.

L'idée est qu'il s'agit d'une entreprise de communication liée à la managérialisation de la justice qui modifie le régime de vérité et des émotions. Il est possible de s'appuyer sur l'analyse de Debord tout en tenant compte des critiques de Rancière notamment.

Pour aller plus loin dans la critique de la justice-spectacle on ne peut pas ne pas faire référence à Guy Debord qui avec son essai sur la société du spectacle a ouvert en 1967 un champ de réflexion³.

2.- *Debord au prétoire.*

Guy Debord a fait des études de droit à la faculté de Paris, mais il suit surtout les cours de philosophie sur Hegel. Il fonde son approche du spectacle sur le fétichisme de la marchandise qu'il emprunte à Marx : dans le capitalisme, la valeur d'échange prévaut sur la valeur d'usage ; elle dépend donc de l'argent que l'on est prêt à y mettre mais pas de sa valeur d'usage ce à quoi elle sert ou de sa valeur en termes de travail : par exemple une chaussure Nike à 800 euros (valeur d'échange) n'a coûté que quelques euros de fabrication, et s'il s'agissait de couvrir un usage, on trouve des baskets à 30 euros. Il s'agit d'un fétichisme en ce sens qu'il crée une déconnexion avec le réel qui est le temps de travail et le besoin ; il crée une forme de déréalisation. On pourrait en dire autant aujourd'hui du système financier lorsque l'on dit qu'il est déconnecté de l'économie dite réelle. Or, pour compenser cette perte de réalité, de sentiment de vraie vie, le spectacle constitue l'image comme marchandise ; autrement dit l'image est valorisée en argent mais aussi est là pour compenser l'absence de réalité en ce sens que l'on s'identifie à un personnage d'une série ou à un joueur de football (dont le salaire stratosphérique correspond lui aussi à une valeur d'échange). Le spectateur vit alors par procuration ; cela le rend passif et il ne ressent pas le besoin de réclamer un retour à une vie plus authentique. Les spectateurs ne prennent donc pas en majorité d'engagement politique ou syndical. On boucle le système avec la publicité de la marchandise et en faisant porter des chaussures Nike aux sportifs dans lesquels les spectateurs s'identifient.

Debord écrit ainsi : « le spectacle n'est pas un ensemble d'images, mais un rapport social entre des personnes, médiatisé par des images »⁴. A. Jappe, un commentateur allemand de Debord explique : « dans la société fondée sur la production de marchandises, le lien social est extérieur aux hommes parce que ceux-ci ne socialisent pas immédiatement dans la production mais seulement dans l'échange qui a lieu à

³ Gallimard, Folio, 1992.

⁴ Op. cit., n° 4.

travers la transformation de tout produit »⁵ et aussi « le fétichisme de la marchandise, décrit par Marx, était la transformation des rapports humains en rapports entre choses ; à présent, ceux-ci se transforment en rapports entre image »⁶. Debord citant Gabel parle ainsi de : « la vie quotidienne soumise au spectacle ; qu'il faut comprendre comme une organisation systématique de la « défaillance de la faculté de rencontre » et comme son remplacement par un fait hallucinatoire social »⁷. Notre société du spectacle est donc liée à un certain régime économique. Si l'on croise cette déduction avec l'existence d'un système technique mis à jour par Ellul⁸, on aboutit à un double système séparé de la vie réelle, la société du spectacle (sport, série, télé-réalité, etc.) et le système technicien qui se combine dans l'internet pour donner un miroir cohérent de notre société qui est en réalité fragmentée et sans grande possibilité de rencontre réelle sauf des rencontres elles-mêmes appauvries sur Tinder notamment.

Qu'en est-il du droit et de la justice ? Viennent-ils juste de rencontrer la société du spectacle ? Il y a un élément à prendre en compte ici qui est que la justice est un lieu où l'on recherche la vérité, même si l'on sait qu'elle est essentiellement inatteignable mais que l'on peut s'en approcher. Or Debord affirme que « dans le monde réellement renversé (le monde du spectacle, où le réel disparaît), le vrai est un moment du faux »⁹. Le vrai de la justice serait donc un moment du faux comme spectacle. On voit ainsi dans le 1^{er} épisode de l'émission « Justice en France » un prévenu rationaliser le fait qu'il roulait en état d'ivresse, ce qui paraît vrai tout en s'inscrivant dans une fictionnalisation/scénarisation. Dans l'épisode sur une audience de cour d'assises, un accusé dit « c'est la vérité je n'ai pas eu l'intention de tuer, c'était gratuit » ; le président réagit : « mais si vous avez tapé dans la tête, vous deviez savoir que c'est une partie fragile et que l'on peut en mourir¹⁰, d'ailleurs sa sœur n'a pas reconnu la victime tant sa face était abîmée » ; le procureur dit alors : « on est là pour rechercher la vérité, il y a une volonté de tuer car il a tapé dans la tête, il en avait donc l'intention ».

Filmer la justice, c'est filmer les mensonges d'un justiciable ordinaire dans le premier documentaire « Justice en France » et dans le 3^o devant une cour d'assises, donc le film dit le vrai mais transforme la justice en spectacle, l'en transforme en marchandise.

⁵ *Un complot permanent contre le monde entier, essais sur Guy Debord, L'échappée, 2023, p. 91.*

⁶ *Op. cit.*, p. 37.

⁷ *Op. cit.*, n° 217.

⁸ *Le système technicien, Cherche Midi, 2012.*

⁹ *Op. cit.*, n° 9.

¹⁰ On peut noter que la question du visage est en jeu, c'est une histoire de sans visages alors que les visages des parties sont floutés dans la diffusion, or, le visage est au cœur de l'éthique d'un philosophe tel que Levinas. Cela donne à réfléchir...

B.- Une justice-spectacle ?

Après avoir montré que la diffusion en différé des audiences relève de la justice spectacle (1), j'essaierai de mettre à jour des éléments d'explication (2).

1.- Une scénarisation de la justice.

Le ministère ainsi que la doctrine ont précisé à plusieurs reprises qu'il ne s'agissait pas de faire de la justice-spectacle. Le journaliste D. Verdheillan le souligne : « Comme l'a indiqué la Chancellerie, il ne s'agira pas d'une justice-spectacle, mais d'une justice d'explication »¹¹. Mais si l'on ressent le besoin de le préciser c'est qu'il y a un doute et que l'on veut prendre les devants pour le lever. Il faut revenir à la notion de spectacle pour essayer de comprendre¹² : il vient du latin *spectaculum* et veut dire A.- « ce qui se présente au regard », B.- « représentation de théâtre, de danse, de cinéma, d'opéra, de numéro de variétés, qui est donnée en public »¹³.

La diffusion des audiences ne peut être du spectacle vivant car il est en différé mais un spectacle au sens d'une représentation. Il y a bien une scénarisation, une fictionnalisation et une bande-annonce accompagnée d'une musique de film policier. Il y a donc bien tout un dispositif très proche d'une émission de télé-réalité. Il y a aussi tout un ensemble de choix fait à propos des plans, du montage et donc des coupures temporelles. A. Garapon s'est demandé si derrière la peur de l'atteinte à la sérénité de la justice par les médias ne se cachait pas la crainte d'une atteinte au rituel judiciaire¹⁴.

Il est vrai que pour certains on ne peut parler de justice-spectacle que s'il s'agit d'un spectacle vivant et donc que s'il a lieu en direct. « La justice ne doit pas devenir un spectacle¹⁵ » selon le réalisateur Jean-Xavier de Lestrade. Il a suivi un procès aux Etats-Unis diffusé en direct :

« Je suis favorable à ce que la justice soit filmée, mais pas à ce qu'elle soit diffusée en direct. Car le danger serait de transformer le prétoire en salle de spectacle. Or, pour être efficace, la justice a besoin d'un minimum de sérénité. Il faut aussi protéger des parties prenantes d'un procès : les jurés, les accusés, les témoins. Ce n'est pas pareil de témoigner devant cinquante personnes dans l'enceinte du tribunal, et devant une centaine de milliers de gens via les caméras. Cela peut même changer la teneur du témoignage. Si demain les audiences sont diffusées

¹¹ Entretien <https://www.francetelevisions.fr/et-vous/notre-tele/a-ne-pas-manquer/justice-en-france-13901> consulter le 8 novembre 2023.

¹² Voir dans ce dossier la contribution de V.-L. BENABOU.

¹³ CNRTL.

¹⁴ *Bien juger : Essai sur le rituel judiciaire*, 2001, O. Jacob, p. 57 : « Comment la présence de tels appareils peut-elle troubler la sérénité de la justice ? L'explication est plutôt à chercher du côté du rituel ».

¹⁵ *Faut-il filmer et diffuser les procès ?* Entretien par Béatrice BOUNIOL et Aude CARASCO, le 28 septembre 2020, La Croix.

en direct, il y aura le procès au sein du prétoire avec des jurés qui prennent une décision avec la Cour et, à côté, celui de l'opinion publique. J'en ai fait l'expérience en réalisant la série documentaire *Souçon* (en 2004, puis 2018) sur l'affaire Michael Peterson en Caroline du nord. »

La question n'est donc pas tant de pouvoir filmer les procès, ce qui est un apport patrimonial indéniable. La France a beaucoup de retard par rapport à de nombreux pays sur cette question. Sur les principes, rien ne s'oppose à ce que les cameras puissent entrer dans les prétoires, mais dans quelles conditions et comment ?

Le journaliste D. Verdheillan affirme que la diffusion d'audience permettrait de lutter contre les fictions en matière de justice¹⁶. C'est une curieuse conception de la fiction comme contraire à la réalité et à la vérité alors qu'une reconstitution jouée par des acteurs peut en dire davantage sur les faits d'une affaire qu'une captation (voir par exemple le docu-fiction sur l'affaire Courjault de J.-X. de Lestrade). À l'inverse, la captation peut être fictionnalisée et scénarisée de telle sorte que la « réalité » soit construite. Certes, on pourrait dire que la diffusion des procès est un spectacle pour certains téléspectateurs mais pas pour les autres. Il faut aussi tenir compte de ce qui est caché à travers ce type de présentation de la justice : notamment les tensions internes entre les acteurs de la justice et le ministère, le manque de moyen et la managérialisation. Le rapport à la réalité est complexe et il existe des risques de déréalisation même en filmant des audiences réelles.

La bande-annonce, la musique et l'organisation du plateau opèrent une scénarisation qui crée une certaine représentation de la justice et non un accès à l'équivalent de ce qu'un citoyen pourrait connaître en se rendant dans un tribunal. Est-ce pour autant un spectacle. Il n'est pas possible d'affirmer que ces émissions ont un but seulement pédagogique. Elles ne sont certes pas racoleuses, mais la temporalité des coupes dans les plaidoiries et dans le réquisitoire crée une rhétorique essentiellement factuelle et émotionnelle. Le rituel est peu présent même en cour d'assises sauf la robe rouge de la présidente qui est omniprésente. Les jurés sont tellement floutés qu'ils sont complètement absents. Un avocat explique l'absence d'émotions d'un accusé, indiquant qu'il est incapable de parler de lui, comme un antisocial. Or, son visage flouté le rend pas très humain, il a commis un meurtre gratuit monstrueux et il ne demande pas vraiment à être pardonné contrairement à son complice. Les jours d'audience sont notés comme dans un film. Le téléspectateur ressent un peu de voyeurisme car il est plus proche des acteurs que dans une salle d'audience. C'est une fausse transparence car on voit un procès d'assises ayant duré trois jours en 45 minutes : la sélection qui en est faite est une écriture avec des coupes, il n'y a pas d'approfondissement des faits. Les prises de vues ne sont régulées alors que dans la loi concernant la diffusion historique, il est précisé qu'il faut un plan fixe. Au plan de la justice pénale internationale, il est précisé qu'il faut 6 caméras. Dans l'émission, les suspects sont condamnés dès le début. On peut y voir un mécanisme de bouc émissaire, même les avocats sont ambigus et ne les défendent pas vraiment.

¹⁶ Art. Précit.

Le journaliste se place en président de juridiction sur son plateau Télé devant une sorte de chaire et il écoute ses invités placés de part et d'autre de la table un juge et un avocat. En arrière-fond, un cube transparent est représenté dans lequel on devine la salle d'audience et une grosse porte en chêne fermée, comme un élément de rituel. C'est un peu comme une bibliothèque de vieux livres de droit dans un cabinet d'avocat ultramoderne où l'on ouvre plus de livres. Les invités donnent, certes, des explications dans l'épisode sur la cour d'assises notamment sur les récusations des jurés et sur le ministère public, mais rien n'est dit sur les cours criminelles, rien sur la notion d'intention de tuer, sur le nœud du problème. La discussion est centrée sur l'affaire humaine plus que sur le droit.

On peut remarquer qu'aucun épisode n'a porté sur les comparutions immédiates ou sur des audiences d'action civile passant en revue des dizaines de dossiers en une après-midi. La justice fait donc un peu de propagande. Le manque de moyens de la justice, la fatigue et les tensions des gens de justice ne sont pas abordés.

Le journaliste D. Verdheilan critique les fictions sur la justice comme si elle ne donnait pas une image exacte de la justice notamment le film *Tête haute* d'E. Bercot¹⁷. Or, la diffusion en différé d'une audience crée une fausse réalité en s'appuyant sur une prétendue réalité. Le vrai est donc bien ici un moment du faux. On peut d'ailleurs avancer qu'il s'agit aussi d'une fausse pédagogie lorsque journaliste et commentateurs prétendent qu'il ne s'agit pas justice-spectacle. On prévient ainsi une critique, on devance une analyse parfaitement soutenable. Debord souligne que dans le spectacle « ce qui apparaît est bon, ce qui est bon apparaît »¹⁸. En montrant ainsi la justice elle apparaît bonne et l'on espère ainsi renouer le lien de confiance avec la justice.

Certes, Debord peut être critiqué. Se rattachant à des critiques marxistes et donc matérialistes, on peut considérer qu'il tombe dans un réductionnisme explicatif et un schème interprétatif unique qui le fait passer à côté d'autres analyses du spectacle comme ce qui divertit de la vie réelle mais aussi fait réfléchir à la vie réelle. Ainsi, J. Rancière dans le spectateur émancipé¹⁹ affirme que les spectateurs ne sont pas si passifs que cela. On reste acteur en regardant. Tout une histoire du théâtre au XX^e siècle implique le spectateur avec notamment le théâtre de la cruauté d'Artaud. Il y eut de nombreuses tentatives pour rendre le spectateur acteur. L'idée que la technique tue l'art et rend passif les citoyens n'est donc pas confirmée par les faits. Rancière écrit : « l'écran est une surface de manifestation mais il est aussi une surface opaque qui empêche les identifications »²⁰. L'auteur se montre ici opposé à l'idée de transparence. Ce qui nous donne peut-être une piste : ce n'est pas la justice-spectacle qui est à craindre mais la justice transparente, celle qui prétend tout

¹⁷ 2014.

¹⁸ Op. cit., n° 12.

¹⁹ La Fabrique, 2008.

²⁰ Op. cit., p. 136.

faire voir. On peut songer à des émissions de télé-réalité qui suivent des candidats dans tout leur mouvement pendant des semaines et qui font voter soit un jury soit les candidats eux-mêmes sur leur partenaire soit même public qui se trouve ainsi actif en position de juge. Or, dans l'émission *Justice en France*, le spectateur voit parfois ce qu'un membre du public présent physiquement au tribunal ne pourrait pas voir dans un mouvement d'ultra-transparence.

Un épisode a ainsi concerné une affaire de violences conjugales : en appel, la femme change le récit des faits et raconte que son mari ne l'a pas touché mais que c'est elle qui, à cause des médicaments qu'elle prend, est tombée. La caméra glisse derrière la chaire des juges créant une impression d'hyper-transparence (terme proposé par une étudiante de master 2) puisqu'est montré ce que l'on n'est pas censé voir lorsque l'on est dans le public en présentiel. La caméra s'attarde enfin sur les deux époux assis sur le banc à la fin de l'audience, la main dans la main, ils sont floutés mais pas leurs mains qui sont ainsi mises en évidence. La caméra nous montre l'angle que verraient les juges. Le spectateur est ainsi mis à la place des juges. Les commentateurs invités dans l'émission, une avocate et une juge d'instruction, n'expliquent pas pourquoi la chambre des appels correctionnels a maintenu la condamnation de l'époux en disant simplement que la « loi est passée » et en tenant des propos vagues sur la notion d'emprise alors qu'elle n'apparaît pas dans la qualification et la motivation juridique. L'épisode raconte donc une histoire sans faire de pédagogie contrairement à ce qui était annoncé par le gouvernement et le journaliste. Il surfe au contraire sur l'air du temps par ce retournement de situation et la prise en compte d'une emprise dont la preuve n'a pas été établie à l'audience. Le ministère public a d'ailleurs renoncé à sa demande de condamnation. Il est vrai que l'on peut y voir, comme l'a dit une étudiante de master, un homme de plus de 50 ans peu enclin à condamner un homme que son épouse dédouane. Il n'empêche que la conclusion de l'analyse est qu'il s'agit bien de justice spectacle. Certes, il ne s'agit pas pour un téléspectateur de s'identifier à ce couple mais plutôt au juge. Selon la définition simple et large d'un spectacle comme représentation publique, on a bien affaire à un spectacle dans cet épisode.

Un indice peut ici être relevé : un appel à participer cette émission a été envoyé aux avocats, il place le droit pénal en premier puis le droit de l'environnement, le droit de l'enfant, le droit des détenus et même le droit rural. Il ne s'agit pas vraiment de la justice civile ordinaire mais plutôt d'une liste de matières. Cette liste montre que les choix sont dictés par ce qui peut intéresser le public mais elle ne constitue pas une image cohérente de la justice. Entrent d'ailleurs dans cette liste le surendettement et les tutelles ; or ces domaines en principe sont non publics. Les procédures gracieuses qui ont lieu en principe à huis clos sont ainsi rendues publiques ce qui traduit à nouveau l'hyper-transparence de la diffusion des audiences.

En conclusion, il fallait élargir la diffusion des audiences mais pas essentiellement pour des raisons pédagogiques plutôt pour lutter contre la concurrence culturelle des procès américains en direct et pour tenir compte de l'appréhension du monde par

l'image, « la France a du retard » dit J.-X. de Lestrade. La justice devenait invisible. L'approche du management/marketing implique de la communication ; il s'agit de quasi-propagande. Il ne s'agit pas de montrer comment la justice fonctionne. Le but n'est donc pas pédagogique et la visée n'est pas purement d'intérêt général. Le principe de publicité est même élargi aux procédures gracieuses. Rien n'est occulté. On peut parler de transparence de la justice mais aussi des justiciables même s'ils sont floutés (le gros plan sur le polo Lacoste, des mains moites etc. le montrent en occultant le reste de leur corps). Le principe de transparence dépasse le principe de publicité. On assiste à la levée d'un tabou, l'interdit de filmer et diffuser.

2.- Recherches d'explications.

Il est curieux de constater que l'interdiction de 1954 a correspondu au début de la télévision alors que les années 2020 marquent la fin de la télévision traditionnelle : chacun peut la regarder quand il veut sur n'importe quel écran. Il y a par ailleurs un nouveau régime de l'émotion et de la raison qui s'est mis en place, l'intime se fait « extime²¹ » : même les divorces peuvent devenir publics (épisode 2 de « Justice en France »). Les émotions doivent être exprimées et contrôlées comme on le voit dans la télé-réalité (considérée comme la seule véritable nouveauté de la télévision sinon il s'agit de théâtre filmé, de variétés filmées, de journal filmé). Juridiquement la diffusion d'audience ne porte pas atteinte à l'intimité de la vie privée car les parties donnent leur consentement mais sait-on bien à quoi on s'engage ? On existe en étant vu à la télé ; la justice entre ainsi dans le giron de la société des images et du spectacle, sinon elle serait invisibilisée. La culture de l'émotion change et la diffusion des audiences s'inscrit dans cette évolution.

Pourquoi aujourd'hui ? Est-ce que le juge est une résistance au système, est-ce le tribunal qui ramène à la réalité ? L'existence d'un tiers impartial est la caractéristique même de la justice, le tiers observe les rapports existants et les conflits de manière impartiale, il remet en cause le système du fétichisme en cherchant les vraies relations même dans une simple affaire. On se souvient du procès Nike.

Comment relier le spectacle de la justice et la transparence ? Il n'y a pas d'autres réalités que ce que nous montre la diffusion de l'audience ; le juge est un homme comme les autres, plutôt affalé dans le premier épisode, il n'est pas un vrai tiers. Dans le 3^e épisode, la présidente est omniprésente, presque trop puissante lorsqu'elle fait la police de l'audience. Le tiers d'autorité mis en scène ne court-il pas le risque d'être désactivé ou d'être qualifié d'abusif ?

Pour autant la justice est peut-être un lieu de résistance, mais les juges sont pris dans les grandes tensions du moment liées notamment à l'émergence d'une société

²¹ J. BERNARD, « Les voies d'approche des émotions », *Terrains/Théories* [En ligne], 2 | 2015, mis en ligne le 17 octobre 2014, consulté le 22 février 2021.
URL : <http://journals.openedition.org/teth/196> ;
DOI : <https://doi.org/10.4000/teth.196>, spéc. n° 28.

du spectacle numérisée : ils résistent car ils participent de tout ce qui ramène au réel et qui éloignent de la consommation de marchandises et de la financiarisation.

Dans cette optique la diffusion des audiences fait certainement partie du spectacle, la justice devient entreprise traitant de flux de contentieux et d'images/marchandises selon l'analyse de Debord. Les explications et la pédagogie paraissent être un alibi ou à tout le moins un objectif secondaire.

La diffusion des audiences renforce-t-elle la confiance dans la justice. La confiance n'est guère un concept juridique : entre le téléspectateur et la justice on ne peut guère parler d'un juridique d'administration à administré. La question de la confiance traduit peut-être en réalité une adaptation de la justice à une époque où prédomine le système technique et spectaculaire comme compensation d'une absence de réalité. Il se peut que ces émissions ne fassent pas beaucoup d'audience, il y avait moins de 500 000 téléspectateurs pour la première représentation dont s'est félicité le ministre de la justice qui a ajouté : « La loi Confiance l'a permis, la Justice fait enfin son entrée dans le salon des Français. Mieux la connaître, c'est aussi mieux la comprendre. Renouer le lien de confiance passe aussi par-là ! »²².

Une étude menée en Hollande montre²³ que la diffusion des audiences n'attire pas spécialement ceux qui connaissent déjà la justice et ne renforce pas nécessairement la confiance dans la justice de ceux qui ne la connaissent pas car ils voient alors des personnes en chair et en os avec leur défaut et leur qualité. En revanche, une frange de la population connaissant un peu la justice apprend à encore mieux la connaître avec la diffusion des audiences. Sa confiance dans la justice s'en trouve alors renforcée. D'autres documentaires dont faites entrer l'accusé qui reconstitue un procès en entendant des témoins et parfois l'accusé permettent l'identification mais aussi la projection de ses zones d'ombre. Cette diffusion en différé dénature le rituel qui implique un effet de présence et ne favorise pas les rencontres et les relations : on passe à côté du vrai travail de la justice sur des conflits pouvant faire évoluer la société. La diffusion des audiences participe donc du mouvement d'évitement du juge dont la promotion de la médiation fait partie.

La transparence suppose un filtre devenu invisible afin de rendre visible et connaissable ce qu'il cachait. Il s'agit d'une métaphore qui laisse accroire que la justice peut être vue et donc évaluer et que partant la confiance dans la justice pourrait être réinstaurée ; les juges pourraient rendre des comptes. Or, la connaissance par la vue peut être facilement faussée par la manière dont sont fabriquées les images (prises de vues, montage, structure d'une *open data*).

²² Twitter 12:46 PM 20 oct. 2022 consulté le 8 janvier 2023.

²³ S. GRIMMELIKHUIJSEN and A. KLIJN, « The Effects of Judicial Transparency on Public Trust: Evidence from a Field Experiment », *Public Administration* Vol. 93, n° 4, 2015 (995-1011) © 2015 John Wiley & Sons Ltd. Downloaded from: <https://onlinelibrary.wiley.com/doi/10.1111/padm.12149>.

Que deviennent le droit et la justice ? est-ce une technique au service du système technique et du spectacle ? S'agit-il de s'identifier à un suspect pour se faire peur ou justement ne pas s'identifier ? Or, dans le même temps la justice subit la managérialisation comme tous les services publics au moyen d'indicateurs quantitatifs, d'évaluation et d'objectifs chiffrés avec son lot de souffrance et d'irrationalité au nom de la rationalité. Il faut réussir à tenir en même temps cette managérialisation qui peut expliquer la disparition des audiences en matière civile et la diffusion des audiences pénales surtout en différé.

Un fait divers est significatif me semble-t-il : des affiches critiquant la souffrance au travail collées dans le tribunal de Nantes par des syndicats ont été arrachées pendant un week-end, une enquête a été ouverte, les caméras de surveillance ont établi que c'était le président du tribunal qui les avait arrachées. Dans l'obscurité de la justice aujourd'hui qui est une forme d'organisation fondée sur le rendement, des objectifs quantifiés en nombre d'affaire et en durée, on accroît la diffusion des audiences. Il y a là un grand paradoxe, comme si en montrant ce qui apparaît on montrait que la justice était bonne comme le dit Debord et que l'on cachait ce qui ne va pas.

En conclusion, la Justice se veut transparente et devient spectaculaire : s'agit-il d'un épiphénomène dans une culture globale où un phénoménal central ? Le lieu du conflit devient un lieu de spectacle, on le fait disparaître en le montrant trop, et par ailleurs il est évité par différents moyens (les obligations de conciliations, deux fois moins de contentieux en matière prud'homale avec les barèmes notamment).

La transparence de la justice est un élément de discours lié à l'administration judiciaire qui peut avoir un impact procédural. Il s'agit d'un concept visuel qui conduit vers une justice en image : on la voit à travers un écran qui n'est pas si transparent mais qui peut améliorer l'accès à distance de témoins ou de parties. Il y a une notion concrète de la transparence (les vitres des palais de justice, les box des salles d'audience pénale et les écrans) et une notion abstraite. On peut se demander quel est l'écran dans la métaphore de la transparence de la justice. La justice est aveugle mais aussi aveuglante. Elle est par principe une boîte noire, car elle n'est pas toujours aisée à comprendre, notamment un jugement cherchant un chemin parmi des positions contradictoires n'est souvent pas aisé à interpréter, il peut rester énigmatique.

L'ouverture de la diffusion des audiences et plus largement le thème de la transparence n'est donc pas un épiphénomène, mais le cœur d'un bouclage du système technique et spectaculaire qui déréalise en portant atteinte à une fonction tierce de résolution des litiges. Néanmoins il y a des résistances, les juges eux-mêmes qui tiennent bon, l'université qui doit continuer son travail critique, les artistes et les spectacles qui mettent à jour les dissensus dont parlent Rancière, les conflits liés à des moments de transition difficiles à dépasser (justice climatique notamment). Il y a donc un spectacle en différé qui endort, rend passif et compense l'absence de

réel et un spectacle vivant qui réveille²⁴ ; un spectacle qui contribue à appauvrir le droit, à le rendre technocratique, lourd car il devient l'outil de la technique, écrit souvent de manière très technique. La question n'est pas pour ou contre la diffusion des audiences mais comment et avec quelles précautions ? Quelles prises de vues ? Quelle justice ? Quelle réalité ? Quelle liberté d'expression ? Quelle vérité ? Quel respect de la vie privée ? dans quel contexte et système ? Il faut espérer que ces textes donnent lieu à une jurisprudence qui permette de répondre à toutes ces questions.

²⁴ Par ex. Thomas KLOTZ, *Justice*, photos T. KLOTZ, texte M. POIVERT, éd. C.F., 2022

Le Tribunal international Monsanto : une tribune à l'appel de l'évolution du droit

Joris FONTAINE

*Doctorant en droit à l'Université Paris I Panthéon-Sorbonne
Avocat au Barreau de Luxembourg*

Résumé : Le Tribunal international Monsanto est un tribunal d'opinion destiné à condamner moralement une société pour ses activités néfastes sur les droits humains et l'environnement. L'emprunt aux méthodes judiciaires dépasse cependant le simple mode d'expression. Le Tribunal international Monsanto s'analyse comme une véritable proposition doctrinale vers une plus grande responsabilisation des entreprises transnationales et offre un aperçu de ce à quoi le futur judiciaire est susceptible de ressembler.

Mots-clés : Tribunal d'opinion – Crime de guerre – Écocide – Devoir de vigilance – Principes directeurs des Nations Unies sur les entreprises et les droits de l'homme – Monsanto

Abstract: *The International Monsanto Tribunal is an opinion tribunal designed to morally condemn a company for its harmful activities on human rights and the environment. However, the use of judicial methods goes beyond a simple mode of expression. The International Monsanto Tribunal can be seen as a doctrinal proposal for greater accountability on the part of transnational corporations and offers a glimpse of what the judicial future is likely to look like.*

Keywords: *Opinion Tribunal – War Crime – Ecocide – Due diligence – UN Guiding Principles on Business and Human Rights – Monsanto*

Créée au début du ^{xx}^{ème} siècle, Monsanto est une société américaine historique de l'industrie agrochimique. Plus particulièrement, elle a été active dans le domaine de l'industrie chimique et des biotechnologies agricoles jusqu'en 2018 et son absorption par la société allemande Bayer, autre géante de l'industrie. Aujourd'hui, les produits développés par Monsanto subsistent et sont toujours commercialisés, même si, pour l'anecdote, la marque Monsanto a disparu pour des raisons d'image défavorable¹.

À travers son histoire, la société Monsanto a été impliquée dans plusieurs scandales sanitaires et environnementaux. Au rang des plus fameux, nous retiendrons la production des « PCB », correspondant à une substance chimique utilisée comme isolant presque ininflammable qui affecte notamment la fertilité humaine et animale

¹ *Le Point*, « Bayer se déleste de Monsanto, symbole décrié de l'agrochimie », 4 juin 2018.

ou bien encore la fabrication de « l'agent orange » qui est un herbicide et défoliant utilisé par l'armée américaine durant la guerre du Vietnam contenant un fort taux d'impuretés cancérigènes et qui provoque des malformations congénitales. Surtout, nous mentionnerons les effets du *Roundup* sur la santé humaine et l'environnement. Le *Roundup* est le nom commercial de l'herbicide le plus utilisé au monde et est associé aux monocultures transgéniques principalement de soja, maïs et colza. Il est considéré comme un cancérogène probable par le Centre international des recherches sur le cancer².

Dans le même temps, le modèle économique de Monsanto repose sur une importante culture du lobbying auprès des agences de réglementation et autorités gouvernementales ainsi que l'enterrement des études scientifiques défavorables voire leur falsification³.

Ces différents scandales ont au fil du temps positionné la société Monsanto à la place, peu enviable, de « symbole d'une agriculture industrielle et chimique qui pollue, accélère la perte de biodiversité et contribue de manière massive au réchauffement climatique⁴ » ayant « durablement contaminé l'environnement et rendu malades ou causé la mort de milliers de personnes dans le monde⁵ ». De façon plus générale et schématique, et considérant le succès limité des procédures judiciaires intentées contre la société Monsanto à travers le monde, la société Monsanto incarne « un paradigme de l'impunité des entreprises transnationales et de leurs dirigeants⁶ ».

Face à ces injustices, a émergé l'idée de mettre la société Monsanto au banc des accusés dans un tribunal extraordinaire : le Tribunal international Monsanto (ci-après dénommé « le Tribunal Monsanto » ou « le Tribunal ») L'objectif est clair. Le Tribunal Monsanto est institué spécialement pour juger les dommages commis par la société.

L'initiative est née d'un comité d'organisation qui comprend des éminents membres de la société civile, des directeurs d'organisations non gouvernementales, des juristes et des scientifiques⁷.

La démarche est clairement affichée. Dès la première phrase, l'avis consultatif rendu par le Tribunal Monsanto explique qu'« il [le Tribunal Monsanto] est ce que

² Sur l'ensemble de ces questions, voir notamment M.-M. ROBIN, *Le monde selon Monsanto : De la dioxine aux OGM, une multinationale qui vous veut du bien*, Issy-les-Moulineaux/Paris, Arte Ed./La Découverte, coll. « Cahiers libres », mars 2008, 370 p.

³ Voir par exemple : *Le Monde*, « "Monsanto Papers", désinformation organisée autour du glyphosate », 4 octobre 2017.

⁴ <http://fr.monsantotribunal.org/Pourquoi>, <dernière consultation le 16 février 2023>.

⁵ *Ibid.*

⁶ *Ibid.*

⁷ Pour la composition complète du comité d'organisation, voir :

<http://fr.monsantotribunal.org/Comite>, <dernière consultation le 16 février 2023> ;

Corinne LEPAGE, Olivier DE SCHUTTER, Émilie GAILLARD et Valérie CABANES participent au comité d'organisation s'agissant plus précisément de la communauté des juristes.

l'on appelle un tribunal d'opinion⁸ ». Il s'agit d'une « cour exceptionnelle née de la détermination de la société civile⁹ ». Ce faisant, il s'inscrit dans l'exacte lignée de ses illustres prédécesseurs, les tribunaux Russell-Sartre¹⁰ et le tribunal permanent des peuples. Tout comme l'ensemble des tribunaux d'opinion, le Tribunal Monsanto sera « chargé d'examiner, selon la méthode judiciaire, les règles de droit applicables à des événements ou des situations hautement problématiques¹¹ ».

Au-delà de la seule société Monsanto, c'est plus généralement la carence morale et le manque d'effectivité du droit, notamment du droit international et du droit pénal, à l'égard des entreprises transnationales que le Tribunal Monsanto entend pointer du doigt. En cela, le format judiciaire est utilisé comme une tribune, dans le sens d'un lieu d'expression surélevé et destiné à la transmission d'un message¹². Il s'agit d'abord d'alerter l'ensemble de la société d'un comportement inacceptable et injustifiable et, ensuite, de contribuer à l'évolution du droit national et international¹³ en montrant à quoi pourraient ressembler des poursuites à l'encontre d'une entreprise transnationale pour les atteintes aux droits humains et environnementaux qu'elle a commis dans le cadre de son activité.

Le Tribunal Monsanto s'est tenu à La Haye les 15 et 16 octobre 2016 pour répondre à six termes de références. Les quatre premiers concernent la détermination de la violation de droits fondamentaux, respectivement le droit à un environnement sain, le droit à l'alimentation, le droit à la santé et la liberté de recherche scientifique. Les deux derniers sont quant à eux relatifs à la recherche d'une qualification infractionnelle des faits commis par la société Monsanto. Ainsi, la question est posée de la possibilité d'admettre la responsabilité pénale de la société Monsanto en tant que complice de crime de guerre et, dans une démarche prospective, de déterminer si les faits sont susceptibles de recevoir la qualification de crime d'écocide.

Le Tribunal Monsanto a répondu à ces six termes de références dans un avis consultatif rendu le 18 avril 2017. Sans rentrer dans le détail du contenu de l'avis consultatif, il est intéressant de remarquer que l'emprunt des méthodes judiciaires ne dissimule à aucun moment le constat que le Tribunal Monsanto est une démarche militante. La forme judiciaire s'analyse en ce sens comme un choix d'expression, parmi d'autres, pour la délivrance d'un message. Les audiences du Tribunal Monsanto puis son avis consultatif visent donc avant tout à faire état de la violation des droits et de la gravité des faits reprochés à la société Monsanto et à les partager avec le plus grand nombre. Ce point est nettement précisé dans l'avis consultatif où l'on

⁸ Avis consultatif du Tribunal international Monsanto du 18 avril 2017, p. 9.

⁹ Avis consultatif du Tribunal international Monsanto du 18 avril 2017, p. 9.

¹⁰ Voir à ce sujet dans le même Séminaire l'intervention de D. CHILSTEIN, « Les tribunaux Russell ou le spectacle de la justice d'opinion ».

¹¹ Avis consultatif du Tribunal international Monsanto du 18 avril 2017, p. 9.

¹² Dictionnaire en ligne La langue française, « Tribunal », <http://www.lalanguefrancaise.com/dictionnaire/definition/tribunal>, <dernière consultation le 16 février 2023>.

¹³ Avis consultatif du Tribunal international Monsanto du 18 avril 2017, p. 9.

peut lire que c'est grâce à la large diffusion des travaux et conclusions des tribunaux d'opinion que des impacts et des évolutions du droit peuvent être observés¹⁴. Néanmoins, à demi-mot, la démarche se veut plus spécifique et se conçoit comme une véritable œuvre doctrinale sur la responsabilisation des entreprises transnationales à destination des législateurs, des praticiens du droit et du monde universitaire dans un souci de faire évoluer le droit positif en la matière.

Il ne s'agit donc pas seulement pour le Tribunal Monsanto de crier haut et fort la gravité des manquements commis par la société. Au contraire, conscient du fait qu'il n'est qu'un tribunal d'opinion, le Tribunal Monsanto a cherché à construire sa légitimité (I) pour renforcer sa force de proposition doctrinale (II).

I.- Une alerte militante en faveur des droits humains et environnementaux

Le Tribunal Monsanto se conçoit avant tout comme un tribunal à charge de la société Monsanto. Son premier objectif ne fait aucun doute. Il s'agit de condamner moralement la société pour ses activités néfastes. Pour autant, il est intéressant de relever que la démarche est consciente des limites inhérentes à la forme du tribunal d'opinion (A). Afin d'atténuer ces limites, le Tribunal Monsanto tente de renforcer sa légitimité (B).

A.- La conscience des limites du Tribunal Monsanto

Le Tribunal Monsanto n'est pas un tribunal au sens traditionnel d'une juridiction chargée de trancher un différend en droit dans une décision exécutoire. Il sait pertinemment que son office n'aboutira pas aux mêmes conséquences et que la démarche est purement morale¹⁵.

Dans son introduction, l'avis consultatif du 18 avril 2017 montre ainsi la pleine conscience des limites de la démarche et la distingue de la situation dans laquelle une véritable juridiction aurait été instituée pour juger des mêmes faits. Ainsi, « le Tribunal ne détient aucun pouvoir d'investigation et son avis consultatif n'est pas juridiquement contraignant¹⁶ ». Le Tribunal Monsanto n'est donc pas une véritable juridiction car il n'est pas en mesure de mobiliser des prérogatives de puissances publiques pour recueillir des éléments de preuve à charge et à décharge contre le mis en cause. Par ailleurs, sa décision ne pourra pas être exécutée et obtenir pour elle-même une suite concrète.

¹⁴ Avis consultatif du Tribunal international Monsanto du 18 avril 2017, p. 9.

¹⁵ F. CARPENTIER, « Du tribunal Russell-Sartre au tribunal Monsanto : une justice fictionnelle pour penser le droit au-delà des États », *RFDC*, 2017/4, n° 112, p. 821-844.

¹⁶ Avis consultatif du Tribunal international Monsanto du 18 avril 2017, p. 10.

Aussi, la structuration même du Tribunal Monsanto témoigne de lacunes importantes au regard du respect des principes fondamentaux du procès. Il s'agit d'une procédure exclusivement à charge et non-contradictoire.

Le banc des accusés est vide. Bien que convoquée par le Tribunal Monsanto à communiquer ses observations et participer aux audiences¹⁷, la société n'a pas daigné répondre à ce qu'elle qualifie de « parodie¹⁸ » et de « mascarade¹⁹ ». La référence à la terminologie du spectacle est ici intéressante puisque si le Tribunal Monsanto se conçoit comme une tribune, dans un sens destiné à grandir sa démarche, la société Monsanto mobilise une terminologie similaire pour discréditer la mobilisation citoyenne à son encontre. L'avis est donc rendu par défaut sans que la société ne puisse discuter contradictoirement des éléments recueillis à son encontre et sans que des règles procédurales particulières aient été pensées pour y faire opposition.

Le Tribunal Monsanto forge par ailleurs sa conviction, que l'on ne peut pas qualifier d'intime, sur des éléments de preuve exclusivement à la charge de la société poursuivie. Celui-ci a travaillé sur la base de documents écrits, notamment des mémoires d'expertise scientifique et des rapports juridiques²⁰ et les déclarations de nombreux témoins²¹, pour la plupart des agriculteurs victimes de Monsanto, venus témoigner à la barre. Néanmoins, si le Tribunal précise qu'il n'a « aucune raison de douter de la sincérité ni de la véracité des propos des personnes qui se sont portés volontaires pour témoigner²² », il marque néanmoins un tempérament en prenant la peine de préciser que ces témoignages n'ont pas été effectués sous serment et sans faire l'objet d'un quelconque contre-interrogatoire²³. Ainsi, pour éviter toute forme de discrédit et confusion avec l'office d'une véritable juridiction, le Tribunal Monsanto explique qu'il n'est « pas en position de tirer des conclusions concernant les allégations de manquements à l'encontre de l'entreprise²⁴ ». Il est donc clair que le Tribunal Monsanto ne tranchera pas la question de l'éventuelle responsabilité de la société Monsanto et de la réparation des dommages. Alors à quoi bon ?

B.- La construction de la légitimité du Tribunal Monsanto

La finalité est ailleurs. Le Tribunal Monsanto est parfaitement conscient de ce qu'il ne fera pas et de ce qu'il cherche à faire. Il ne s'agit pas de répondre aux questions en fait mais de montrer la réponse que certains faits, à les supposer établis,

¹⁷ Avis consultatif du Tribunal international Monsanto du 18 avril 2017, annexe n° 1, p. 63-64.

¹⁸ *Le Monde*, « Monsanto accusé de « crime contre l'humanité et écocide » par un tribunal international citoyen », 14 octobre 2016.

¹⁹ *Ibid.*

²⁰ Avis consultatif du Tribunal international Monsanto du 18 avril 2017, p. 13.

²¹ Avis consultatif du Tribunal international Monsanto du 18 avril 2017, annexe n° 2 et n° 3, p. 65.

²² Avis consultatif du Tribunal international Monsanto du 18 avril 2017, p. 13.

²³ Avis consultatif du Tribunal international Monsanto du 18 avril 2017, p. 13.

²⁴ Avis consultatif du Tribunal international Monsanto du 18 avril 2017, p. 13.

seraient susceptibles de recevoir d'un point de vue juridique²⁵. Il a donc besoin de se rapprocher au plus près de ce à quoi pourraient ressembler des poursuites dirigées contre une société transnationale pour des manquements aux droits humains et environnementaux. Pour ce faire, le Tribunal Monsanto a cherché à construire sa légitimité juridique.

Cette légitimation passe à travers le mimétisme de la justice internationale, le caractère universalisant de la démarche et sa rigueur scientifique.

Tout d'abord, le lieu où s'est tenu le Tribunal n'est pas anodin. La ville de La Haye est en effet un théâtre important de la justice internationale et abrite le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, la Cour pénale internationale et la Cour Internationale de Justice. Le Tribunal Monsanto est ainsi érigé dans le cœur battant de la justice internationale où il partage la scène avec de célèbres acteurs.

Sur le plan de la méthode, le Tribunal Monsanto emprunte la méthode de l'avis consultatif à la Cour internationale de Justice conformément au Chapitre IV du Statut de la Cour internationale de Justice et aux articles 102 à 109 du Règlement de la Cour. Il est donc chargé de rendre un avis consultatif concernant les six termes de références. Autrement dit, « il examine [...] des questions juridiques nécessitant une interprétation par le Tribunal²⁶ ». Aussi, si le Tribunal copie la manière dont fonctionne la Cour internationale de justice, il cherche à éviter de caricaturer le cérémonial judiciaire. Le fait que les juges ne revêtent pas la robe des magistrats en est révélateur.

Dans le même temps, le Tribunal entend ne pas tomber dans un autre travers qui consisterait à ce qu'il se transforme en tribune politique. Il a ainsi été nettement distingué durant le temps de l'événement entre ce qui relève du judiciaire et ce qui relève du politique en instituant en marge du tribunal une « Assemblée des Peuples » correspondant à un forum de discussion où les visiteurs ont pu échanger sur les stratégies à adopter pour contrer les problèmes causés par l'agriculture industrielle²⁷.

Le Tribunal a également cherché à regrouper d'éminents juristes venus du monde entier et pourvu d'un haut niveau d'honorabilité dans leurs carrières respectives au niveau national et international²⁸. Le collège des juges²⁹ chargé de rendre l'avis consultatif était plus spécifiquement composé de cinq juges originaires de zones géographiques différentes et issus de cultures juridiques de *Common Law* et de droit

²⁵ Avis consultatif du Tribunal international Monsanto du 18 avril 2017, p. 12.

²⁶ Avis consultatif du Tribunal international Monsanto du 18 avril 2017, p. 13.

²⁷ <http://fr.monsantotribunal.org/Assemblee-des-Peuples>, <dernière consultation le 16 février 2023>.

²⁸ Avis consultatif du Tribunal international Monsanto du 18 avril 2017, p. 9.

²⁹ Le détail de la composition du collège et la biographie des différentes personnalités sont à retrouver au lien suivant : http://fr.monsantotribunal.org/main.php?obj_id=664727965, <dernière consultation le 16 février 2023>.

continental. Il était présidé par Madame Françoise Tulkens, professeure de droit et ancienne vice-présidente de la Cour européenne des droits de l'Homme.

La légitimité de l'avis consultatif du 18 avril 2017 provient par ailleurs des normes mobilisées pour fonder son travail. C'est d'ailleurs grâce à cette approche légaliste que le Tribunal Monsanto dépasse la simple condamnation morale³⁰. En effet, le raisonnement du Tribunal repose essentiellement sur les instruments des Nations Unies, notamment le Pacte international relatif aux droits civils et politiques du 16 décembre 1966, le Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels du 16 décembre 1966, la Convention relative aux droits de l'enfant du 20 novembre 1989 et la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes du 18 décembre 1979. Le choix de ces instruments n'est pas anodin car, comme l'explique le Tribunal Monsanto, bien que non contraignants pour les entreprises privées, « ils sont juridiquement contraignants pour les États parties³¹ ». Ce faisant, ils permettent d'établir « des points de repère normatifs permettant d'évaluer le comportement des entreprises³² ». Autrement dit, le Tribunal Monsanto propose une méthode d'interprétation des conventions internationales relatives à la protection des droits de l'homme permettant d'imputer à des acteurs non étatiques transnationaux des violations dépassant un certain standard. Ce standard est déterminé à travers un raisonnement par analogie avec celui que les acteurs étatiques n'auraient pas dû dépasser.

Le Tribunal Monsanto pousse encore davantage sa démarche puisqu'il mobilise encore les Principes directeurs de l'ONU relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme (ci-après dénommé « Principes directeurs »). Ce faisant, le Tribunal a conscience que ces Principes directeurs demeurent un instrument de *soft law* non contraignant au niveau international³³. Néanmoins, le Tribunal Monsanto s'appuie sur le fait que les Principes directeurs « reconnaissent la responsabilité des entreprises de respecter les droits de l'homme et d'honorer le droit des victimes de bénéficier d'un recours effectif³⁴ ». Il s'agit alors pour le Tribunal de montrer à quoi une application contraignante des Principes directeurs pourrait ressembler. En cela, l'avis consultatif rendu par le Tribunal fait office de véritable œuvre doctrinale.

II.- Une proposition doctrinale en faveur des droits humains et environnementaux

Le Tribunal Monsanto ne fera jamais jurisprudence. Il n'y a pas de quoi en faire une tragédie puisqu'il fait doctrine. En effet, derrière le masque, l'avis consultatif

³⁰ G. PRETE et C. CURNIL, « Staging International Environmental Justice: The International Monsanto Tribunal », *PoLAR*, nov. 2019, p. 191-209.

³¹ Avis consultatif du Tribunal international Monsanto du 18 avril 2017, p. 11.

³² Avis consultatif du Tribunal international Monsanto du 18 avril 2017, p. 11.

³³ Avis consultatif du Tribunal international Monsanto du 18 avril 2017, p. 12.

³⁴ Avis consultatif du Tribunal international Monsanto du 18 avril 2017, p. 12.

du 18 avril 2018 dévoile une véritable proposition doctrinale en faveur de la responsabilisation des entreprises transnationales et du renforcement des droits humains et environnementaux (A). Cependant, si le Tribunal Monsanto a rencontré une large audience médiatique, qu'en est-il auprès des juristes qui se trouvaient dans le public (B) ?

A.- Le positionnement pour davantage de responsabilisation des entreprises

L'objectif du Tribunal Monsanto n'est pas que son avis consultatif fasse autorité juridique. Il n'est doté d'aucune force exécutoire et ne le sera jamais. La démarche se veut être une source de proposition. Ce faisant, le Tribunal Monsanto est une proposition doctrinale, c'est-à-dire qu'il est « une proposition de droit dans un contexte d'étude du droit³⁵ ». Comme l'explique le professeur Jestaz, « le juriste invente – en partie seulement, car il n'invente pas les lois ni les décisions de justice ! – mais invente tout de même l'ordre juridique³⁶ ». Le Tribunal Monsanto entend donc délivrer une opinion de spécialistes qui présente une certaine vision³⁷ de l'ordre juridique où les entreprises transnationales devraient davantage répondre juridiquement de leurs activités et de la façon dont elles sont menées au regard de leur impact sur les droits humains et environnementaux. Il cherche ainsi à montrer qu'une certaine mobilisation des normes existantes est susceptible d'engager vers une plus grande responsabilisation des entreprises. Il s'inscrit en ce sens dans la droite lignée des forces imaginantes du droit professée par Mireille Delmas-Marty qui renvoient à la capacité d'inventer avec des normes existantes afin de surmonter les contradictions³⁸.

Le Tribunal reconnaît ainsi, grâce à la méthode précédemment mise en évidence, la violation par la société Monsanto des droits à un environnement sain, à la santé, à l'alimentation et à la liberté scientifique en réponse aux quatre premiers termes de références.

S'agissant du crime de guerre, l'avis consultatif commence par expliquer que certains membres parmi les hauts gradés de l'armée américaine auraient pu être accusés de crimes de guerre lors de la guerre du Vietnam en raison de l'utilisation de l'agent orange durant le conflit³⁹. La situation de la société Monsanto se révèle quant à elle plus délicate. Le Tribunal constate que les éléments de preuve qui lui sont présentés ne sont pas suffisants pour conclure définitivement de l'éventuelle

³⁵ P. DEUMIER, *Introduction générale au droit*, L.G.D.J., Coll. « Manuels », 5^{ème} Éd., 2019, n° 382.

³⁶ Ph. JESTAZ, *Le droit*, Dalloz, 7^{ème} Éd., 2012, p. 67.

³⁷ Voir également la définition de la doctrine proposée par Ph. MALINVEAUD, *Introduction à l'étude du droit*, LexisNexis, Coll. « Manuels », 20^{ème} Éd., 2020, n° 226 et s.

³⁸ M. DELMAS-MARTY, *Les forces imaginantes du droit*, Seuil, 4 Vol., 2004-2011.

³⁹ Avis consultatif du Tribunal international Monsanto du 18 avril 2017, p. 49.

complicité de crimes de guerre par la société Monsanto⁴⁰. Le Tribunal Monsanto va plus loin dans sa réflexion puisqu'il saisit cette opportunité pour suggérer une réforme du droit international pénal afin que les entreprises privées soient plus responsabilisées. Il propose ainsi d'amender le Statut de Rome pour inclure la responsabilité pénale des personnes morales « qui contribuent, à travers leurs produits à l'accomplissement de crimes de guerre⁴¹ ».

Face aux difficultés posées par les qualifications de crimes internationaux existantes, le Tribunal Monsanto s'engage dans une voie prospective visant à inclure dans le Statut de Rome un cinquième crime international relatif aux atteintes graves et durables à l'environnement : le crime d'écocide. Retraçant la genèse du concept, l'avis consultatif propose une définition du crime d'écocide. Constitue ainsi un écocide, selon le Tribunal, « le fait de porter une atteinte grave à l'environnement ou de détruire celui-ci de manière à altérer de façon grave et durable le bien commun et les services écosystémiques dont dépendent certains groupes humains⁴² ». Il insiste également, au-delà des sanctions pénales, sur l'importance de « l'obligation de restaurer l'environnement et l'intégrité des écosystèmes⁴³ ». Le Tribunal reprend ensuite la définition de l'infraction qu'il a lui-même proposée pour démontrer que ses différents éléments constitutifs sont susceptibles d'être caractérisés en l'espèce. Par conséquent, sous réserve des blocages tenant au principe de non-rétroactivité de la loi pénale qu'il conviendrait de lever dans la pratique, la société Monsanto pourrait être condamnée du chef d'écocide.

Enfin, le Tribunal Monsanto se sert des réponses données aux six termes de références pour prendre de la hauteur et transmettre un appel en faveur d'une plus grande responsabilisation des entreprises au niveau international. En effet, selon le Tribunal, les réponses aux termes de références traduisent « le fossé grandissant entre le droit international des droits de l'homme et la responsabilité d'entreprise⁴⁴ ». Il apparaît donc nécessaire « d'affirmer la primauté du droit international des droits de l'homme et de l'environnement⁴⁵ » sur le droit du commerce international et le droit des investissements. Dans le même temps, le Tribunal insiste sur la nécessité de tenir pour responsable des acteurs non étatiques, notamment les sociétés, pour violation des droits humains et environnementaux⁴⁶. Pour paraphraser la célèbre formule de Ronald Dworkin⁴⁷, il s'agirait désormais de prendre les droits humains et environnementaux au sérieux.

⁴⁰ Avis consultatif du Tribunal international Monsanto du 18 avril 2017, p. 49.

⁴¹ Avis consultatif du Tribunal international Monsanto du 18 avril 2017, p. 48.

⁴² Avis consultatif du Tribunal international Monsanto du 18 avril 2017, p. 53.

⁴³ Avis consultatif du Tribunal international Monsanto du 18 avril 2017, p. 54.

⁴⁴ Avis consultatif du Tribunal international Monsanto du 18 avril 2017, p. 55.

⁴⁵ Avis consultatif du Tribunal international Monsanto du 18 avril 2017, p. 57.

⁴⁶ Avis consultatif du Tribunal international Monsanto du 18 avril 2017, p. 58-59.

⁴⁷ R. DWORKIN, *Prendre les droits au sérieux*, PUF, Coll. Léviathan, 1995, 595 p.

B.- L'influence du Tribunal Monsanto sur le droit positif

Si l'on ne regarde que le seul exemple français, les travaux du Tribunal Monsanto ont reçu un écho important à la fois dans la presse généraliste⁴⁸ et dans la communauté des juristes⁴⁹. Il est rare qu'un tribunal d'opinion rencontre un public aussi large. De ce point de vue, le comité d'organisation a indéniablement rempli son premier objectif d'alerter l'ensemble de la société d'un comportement inacceptable et injustifiable.

Cette représentation sur les planches de la scène médiatique a-t-elle cependant eu une influence concrète en droit positif ? Autrement dit, les propositions formulées par le Tribunal Monsanto ont-elles influencé la législation et les jurisprudences postérieures ?

Il est difficile d'affirmer avec certitude les liens d'influence entre l'avis consultatif du 18 avril 2017 et la jurisprudence postérieure directement relative à la société Monsanto. Aucune mention du Tribunal Monsanto ne figure dans l'arrêt *Lasso* de la Cour de cassation du 21 octobre 2020⁵⁰ confirmant la condamnation de la société à indemniser un agriculteur intoxiqué par l'utilisation des produits de la société. Cela n'est pas totalement étonnant s'agissant d'une action en responsabilité civile du fait des produits défectueux. Il semble néanmoins possible d'affirmer, sans trop de doute, que l'avis consultatif a été dans les esprits du procès *Tran To Nga* qui s'est déroulé devant le Tribunal judiciaire d'Évry et dont le jugement a été rendu en mai 2021. En effet, un des avocats de Madame Tran To Nga, une victime de l'agent orange agissant contre quatorze sociétés de l'industrie agrochimique, dont Monsanto, n'est autre que Maître William Bourdon qui a œuvré au Tribunal Monsanto en qualité d'expert juridique⁵¹. Le Tribunal judiciaire n'a cependant pas eu l'occasion de se pencher sur le fond dans cette affaire. L'action a été jugée irrecevable compte tenu du fait que les sociétés avaient « agi sur ordre et pour le compte de l'État américain et qu'elles pouvaient se prévaloir de l'immunité de juridiction⁵² ».

⁴⁸ Voir par exemple : *Le Monde*, « Quel est le contexte juridique du vrai-faux “procès” de Monsanto ? », 16 octobre 2016 ; *Le Monde*, « Tribunal Monsanto : la firme américaine reconnue coupable d'atteinte aux droits humains », 18 avril 2017 ; France Info, « Procès fictif de Monsanto : la firme américaine reconnue coupable de crime contre la nature », 19 avril 2017 ; C. LE BRIS, « Tribunal Monsanto : la société civile se saisit des crimes contre la nature », *The Conversation*, 16 octobre 2016.

⁴⁹ Voir notamment F. CARPENTIER, *loc. cit.* ; G. PRETE et C. CURNIL, *loc. cit.* ; E. GAILLARD, « Le tribunal Monsanto, un tribunal d'opinion atypique et audacieux », *EEL*, juin 2017, n° 6, comm. 34 ; H. ROUIDI, « La répression des atteintes à l'environnement entre droit positif et droit prospectif », *RJE*, 2018/1, Vol. 43, p. 13 à 26 ; G. POISSONNIER, « Tribunal international Monsanto : portée de l'avis consultatif », *D.*, 2017, p. 1123 ; G. POISSONNIER, « Tribunal Monsanto : vers une définition de l'écocide », *D.*, 2017, p. 2512.

⁵⁰ Cass. civ. 1^{ère}, 21 octobre 2020, n° 19-18.689, Publié au bulletin ; *JCP Gén.*, 2020, n° 47, obs. B. PARANCE ; *Dr. rural*, 2021, n° 489, comm. n° 10, obs. B. GRIMONPREZ.

⁵¹ Avis consultatif du Tribunal international Monsanto du 18 avril 2017, annexe n° 3, p. 65.

⁵² *Le Monde*, « “Agent orange” : la justice déboute Tran To Nga », 10 mai 2021.

L'héritage du Tribunal Monsanto ne saute également pas aux yeux lorsque l'on observe le développement postérieur du droit positif concernant la question du respect des droits fondamentaux par les entreprises. Néanmoins, il est indéniable que l'avis consultatif du Tribunal Monsanto s'inscrit dans l'exacte lignée du mouvement législatif visant à leur renforcement. Cela est notamment visible avec la nouvelle incrimination d'écocide dans le Code de l'environnement qui sanctionne les atteintes d'une particulière gravité à l'environnement⁵³. Surtout, la proposition du Tribunal Monsanto d'une meilleure responsabilisation des entreprises transnationales à travers la mobilisation des Principes directeurs se retrouve dans la nouvelle loi sur le devoir de vigilance des sociétés dont la promulgation coïncide presque avec la publication de l'avis consultatif⁵⁴. En effet, si les travaux du Tribunal Monsanto ne sont pas directement référencés dans la proposition de lois, la référence aux Principes directeurs, de façon similaire aux termes de références du Tribunal, figure au premier plan⁵⁵. Cette référence aux Principes directeurs se retrouve également au cœur de la proposition de directive européenne sur le devoir de vigilance⁵⁶. Ce faisant, le Tribunal Monsanto peut s'analyser comme un *mock trial* des procédures judiciaires actuelles⁵⁷ et futures intentées sur le fondement du devoir de vigilance des sociétés. Du spectacle de la justice d'opinion, les questions relatives au respect des droits humains et environnementaux par les entreprises arrivent progressivement à la réalité des prétoires. Une série dont la nouvelle saison s'annonce d'ores et déjà captivante.

⁵³ Art. L. 231-3 du Code de l'environnement créé par la loi n° 2021-1104 du 22 août 2021 portant lutte contre le dérèglement climatique et renforcement de la résilience face à ses effets, JORF n° 0196 du 24 août 2021.

⁵⁴ Loi n° 2017-399 du 27 mars 2017 relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre, JORF n° 0074 du 28 mars 2017.

⁵⁵ Proposition de loi relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre, n° 2578, 11 fév. 2015.

⁵⁶ Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil sur le devoir de vigilance des entreprises en matière de durabilité et modifiant la directive (UE) 2019/1937, 23 fév. 2022, 2022/0051(COD).

⁵⁷ Pour un inventaire des procédures en cours, voir <http://plan-vigilance.org/les-affaires-en-cours/>, <dernière consultation le 6 novembre 2023>.

Entre République et religion, une approche politique des cérémonies familiales

Martin BAUX DUPUY

*Doctorant en droit privé (Institut de recherche juridique de la Sorbonne, Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne),
Enseignant-chercheur contractuel (Laboratoire d'études juridiques et politiques, CY Paris Cergy Université)*

Rébecca DEMOULE

Doctorante en droit privé (Institut de recherche juridique de la Sorbonne, Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne)

Résumé : Mariage, baptême, funérailles : l'encadrement des cérémonies familiales par les pouvoirs publics français se développe aujourd'hui autour de références à la République. L'institutionnalisation de ces cérémonies est ainsi justifiée et renforcée par leur caractère républicain. Ce phénomène peut trouver une explication dans les rapports entre l'État et les religions. Marquant le développement de cérémonies civiles, ils n'ont pas cessé d'éclairer leur évolution. La tendance actuelle n'en constitue ainsi qu'un renouvellement, fondé sur la *laïcité*.

Mots-clés : Cérémonies familiales, République, religions, sécularisation, *laïcité*

Abstract: *Marriage, christening, funeral... Today, French public authorities regulate family ceremonies with reference to the Republic. The institutionalisation of these ceremonies is thus justified and strengthened by their republican nature. An explanation for this trend can be found in the relationship between the State and religions. These relations marked the development of civil ceremonies and still shed light on their evolution. The contemporary trend only represents a renewal of this pattern, based on *laïcité**

Keywords: *Family ceremonies, Republic, religions, secularisation, *laïcité**

Le 13 février 2020, l'Observatoire de la *laïcité* rendait un avis sur l'instauration de nouveaux rites républicains. Cet avis est loin de représenter une position isolée. De nombreux travaux parlementaires récents sur les cérémonies familiales ont proposé de préciser la cérémonie du mariage, d'institutionnaliser les parrainages ou baptêmes en mairie, ou encore de permettre des obsèques ou funérailles civiles¹. La

¹ Observatoire de la *laïcité*, 13 févr. 2020, avis sur l'instauration de nouveaux rites civils et républicains.

volonté des pouvoirs publics de légiférer sur ce type de cérémonie paraît pourtant étonnante à plusieurs titres. Le rapport aux cérémonies familiales se veut plus personnalisé et moins institutionnel. En effet, elles sont désormais mobilisées par les individus en réponse à leurs propres aspirations. Ce constat s'applique aussi bien aux cérémonies civiles, comme le mariage, qu'aux fêtes plus privées (enterrement de vie de jeune fille ou de jeune garçon, cérémonie de renouvellement de vœux du mariage, *gender reveal parties*, ...)². Par ailleurs, la diminution du sentiment religieux s'accompagne d'un rejet progressif des cérémonies qui lui étaient liées, comme les mariages à l'église³. Ce mouvement privilégie l'État comme institution régulant le domaine des cérémonies familiales. Les cérémonies civiles avaient précisément été construites dans une volonté de sécularisation. Le désinvestissement des cérémonies religieuses interroge donc le devenir des cérémonies civiles.

Nous faisons ainsi face à ce qui semble être une contradiction : les cérémonies familiales, qui semblent pourtant s'individualiser en dehors des sphères institutionnelles, se trouvent particulièrement investies par les pouvoirs publics. On pourrait expliquer ce phénomène de plusieurs manières. Par exemple, il pourrait s'agir de répondre à une recherche croissante de moments de célébration par les citoyens, ou encore de renforcer l'appartenance au groupe social en instituant des cérémonies qui favoriseraient un partage de valeurs communes. Sans pour autant rejeter ces deux pistes, il est également possible d'analyser ce récent investissement comme un objectif politique de renouveler le rapport de l'État aux religions.

Principalement justifiées par des références à la République, ces cérémonies familiales constituent en effet un objet politique essentiel. Comme depuis plus de deux siècles et malgré de nombreuses évolutions, cet investissement politique s'explique par le rapport que l'État souhaite entretenir avec les institutions religieuses. Les cérémonies familiales sont aujourd'hui placées au service de la République (I), de sorte qu'elles représentent l'expression d'un rapport renouvelé de l'État aux institutions religieuses (II).

I.- Des cérémonies familiales au service de la République

Depuis plusieurs années, les cérémonies familiales sont institutionnalisées à travers la promotion de cérémonies dites « républicaines ». En 2015, l'Association des maires de France incitait ses membres à proposer une cérémonie de mariage

² Sur la ritualisation de la vie familiale qui opère dorénavant davantage « par choix que par tradition », ainsi que sur l'émergence de nouveaux rites, v. S. DUPONT, « Le cycle de vie familial : un concept essentiel pour appréhender les familles contemporaines », in S. DUPONT (dir.), *Le cycle de vie des familles contemporaines*, Toulouse : Érès, 2022, Relations p. 32.

³ F. MAILLOCHON, « De la tradition à la personnalisation : redéfinition des normes du mariage en France de 1960 à nos jours », *Population*, vol. 74, n° 1-2, 2019, p. 41-72.

« empreinte d'une solennité républicaine plus affirmée⁴ ». L'Observatoire de la laïcité proposait en 2020 son avis sur l'instauration des rites républicains qui seraient « nécessaires pour faire vivre l'idéal républicain⁵ ».

Ce discours associant les cérémonies familiales à la République s'accompagne d'un mouvement législatif. Si la cérémonie du mariage était déjà encadrée par la loi, son caractère « républicain » en constitue désormais une caractéristique supplémentaire (A). La même motivation a justifié les tentatives d'institutionnalisation des cérémonies de parrainage et de funérailles (B).

A.- Une nouvelle caractéristique au mariage

Bien loin de l'improvisation, le droit positif encadre en détail la cérémonie du mariage. Les articles 75 et 165 du Code civil en prévoient ainsi les règles applicables : lieu de la cérémonie, lecture par l'officier de l'état civil des articles du même code relatifs aux devoirs des époux et à l'autorité parentale, réception des consentements, prononcé du mariage.

Une volonté curieuse d'associer la cérémonie du mariage à la République s'est récemment fait jour. D'une cérémonie « publique », le mariage est en effet devenu une cérémonie « publique et républicaine » à compter de la loi du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe⁶. Ce changement s'inscrit dans le contexte de la réforme de 2013, car selon l'amendement qui l'a suggéré, « l'ouverture du mariage aux personnes de même sexe fait aujourd'hui progresser encore cette institution dans le champ des valeurs de notre République⁷ ».

Loin d'être anodin, cet ajout a été rappelé par la loi du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI^e siècle qui permet de célébrer le mariage dans tout bâtiment communal, et non plus uniquement en mairie. La loi précise en effet que cette possibilité est permise à condition que « le procureur de la République veille

⁴ AMF, *Maires de France, le magazine des maires et des présidents d'intercommunalités*, Hors-Série : « Laïcité : le vade-mecum de l'AMF », nov. 2015, p. 17.

⁵ Observatoire de la laïcité, 13 févr. 2020, avis sur l'instauration de nouveaux rites civils et républicains, p. 2. L'Observatoire de la laïcité s'appuyait notamment sur un discours de 2019 du Président de la République : Emmanuel Macron. Discours du Président Emmanuel Macron au Congrès des Maires et des Présidents d'intercommunalité de France. [en ligne]. Paris : Présidence de la République, 19 novembre 2019. [consulté le 15 nov. 2023]. Disponible en ligne : <<https://www.elysee.fr/emmanuel-macron/2019/11/19/discours-du-president-emmanuel-macron-au-congres-des-maires-et-des-presidents-dintercommunalite-de-france>>.

⁶ C. civ., art. 165 : « Le mariage sera célébré publiquement lors d'une cérémonie républicaine par l'officier de l'état civil [...] ».

⁷ Amendement n° 4361, présenté par A. TOURRET *et al.*, sur le projet de loi ouvrant le mariage aux couples de personne de même sexe, texte n° 628 en première lecture à l'Assemblée nationale, 25 janv. 2013.

à ce que la décision du maire garantisse les conditions d'une célébration solennelle, publique *et républicaine*⁸ ».

Ce mouvement de « républicanisation » de la cérémonie matrimoniale s'est étendu au principe d'antériorité du mariage civil. Cette règle, qui sanctionne le ministre d'un culte qui célébrerait un mariage religieux avant la cérémonie civile, a vu sa peine passer de six mois à un an d'emprisonnement⁹. Or, ce durcissement de la loi pénale est intervenu à l'occasion de la loi du 24 août 2021 confortant le respect des principes de la République.

Indéniablement, une tendance à se saisir d'une cérémonie familiale par la référence à la République se dessine. Elle n'est pas restreinte au mariage. Les cérémonies de parrainage et de funérailles, qui ne sont pas organisées par la loi, sont précisément entrées dans une phase d'institutionnalisation en tant que cérémonies républicaines.

B.- Une justification de l'institutionnalisation des cérémonies de parrainage et de funérailles

Tout comme la cérémonie civile de mariage, les cérémonies civiles de parrainage et de funérailles sont apparues à la Révolution. Toutefois, contrairement au mariage, elles n'ont pas été encadrées en droit¹⁰. Ces cérémonies ont pourtant fait l'objet d'un regain d'attention ces dernières années. Certaines mairies organisent en effet des parrainages, qu'elles appellent parfois « baptême¹¹ ». Un peu plus rarement, elles mettent à disposition une salle communale pour permettre aux familles endeuillées de se réunir et, à cette occasion, le maire peut prononcer un discours. Ces pratiques,

⁸ CGCT, art. L. 2121-30-1, al. 2 (nous soulignons).

⁹ C. pén., art. 433-21 : « Tout ministre d'un culte qui procédera, de manière habituelle, aux cérémonies religieuses de mariage sans que ne lui ait été justifié l'acte de mariage préalablement reçu par les officiers de l'état civil sera puni d'un an d'emprisonnement et de 7 500 euros d'amende. »

¹⁰ J. LALOUILLE, « Les baptêmes républicains de la Révolution à nos jours », in M.-F. MOREL (dir.), *Accueillir le nouveau-né, d'hier à aujourd'hui*, Toulouse : Érès, 2013, « 1001 BB », p. 288 : « L'histoire des baptêmes républicains remonte à la Révolution française ; cependant, aucun texte officiel de cette période n'a jamais sanctionné cette pratique [...] » ; D. FENOUILLET, P. GONOD, « Le parrainage républicain, entre citoyenneté et état civil », in P. GONOD, J.-P. DUBOIS (dir.), *Citoyenneté, souveraineté, société civile*, Paris : Dalloz, 2003, « Thèmes & commentaires », p. 95 : « La Législative décidera en effet de la laïcisation de l'état civil sans accompagner la déclaration de naissance d'une quelconque cérémonie. » Sur les cérémonies funéraires réalisées par des opérateurs privés, v. J. RUELLAN, « Les cérémonies "civiles" en développement et en quête de sens », *Études sur la mort* 2011, vol. 140, n° 2, p. 55 : « Contrairement aux idées reçues, les cérémonies civiles ne sont ni une invention du XXI^e siècle, ni même du XX^e siècle. » Sur « le mythe du fondement légal révolutionnaire du baptême civil », v. A. MANDRET-DEGEILH, *Gouverner par les rites. Socio-histoire des rites d'institution municipaux autour de la parenté en France, au miroir de la situation en Allemagne (1789-1989)*, thèse : Science politique. Paris : Institut d'études politiques de Paris, 2015, 655 p., spéc. p. 411.

¹¹ R. GUIDONI, « Le parrainage civil : une pratique française revisitée », *Ateliers* 28, 2004, p. 9 ; J. LALOUILLE, *loc. cit.*, p. 300 : « La pratique du baptême républicain, qui était tombée en désuétude, a ressurgi vers la fin des années 1970, et, depuis le début des années 2000, elle suscite un intérêt croissant. »

qui ne sont pourtant pas prévues en droit positif, s'inscrivent cependant dans une tendance à l'institutionnalisation également marquée par une empreinte républicaine.

Depuis les années 2000, en effet, de nombreuses propositions de loi ont été déposées pour consacrer ces cérémonies issues de la pratique dans le droit, ce qui permettrait aux familles de demander aux municipalités de les organiser¹². Deux propositions de loi, en particulier, ont fait l'objet de discussions parlementaires.

La première, déposée par des députés socialistes en 2014, visait à « instituer des funérailles républicaines¹³ ». Elle permettrait d'intégrer et de pérenniser un « rite propre pour commémorer la mort de ses citoyens¹⁴ », dans la continuité des autres cérémonies civiles qui rythment la vie des individus. Les travaux parlementaires ont ainsi insisté sur le rapport à la République de cette cérémonie. En ce sens, le rapport de la commission a pu faire le parallèle avec les autres cérémonies républicaines qui « contribuent à renforcer le lien social et la citoyenneté, dans une démarche laïque¹⁵ », tout en invoquant les « valeurs de la République », dans lesquelles ces cérémonies s'inscriraient pleinement¹⁶. En séance publique, le rapporteur a pu souligner que ce projet était « d'esprit profondément républicain¹⁷ ». Pour autant, malgré son

¹² Proposition de loi relative à la sécularisation des rituels civils dans la République et au respect de la neutralité de l'État et des services publics, présentée par M. CHARASSE *et al.*, déposée au Sénat le 9 sept. 2003 ; Proposition de loi visant à instaurer le parrainage civil, présentée par J. MYARD, déposée à l'Assemblée nationale le 13 juin 2006 ; Proposition de loi relative au baptême républicain, présentée par P. GUINCHARD, déposée à l'Assemblée nationale le 23 mai 2007 ; Proposition de loi instituant des funérailles républicaines, présentée par P. GUINCHARD, déposée à l'Assemblée nationale le 23 mai 2007 ; Proposition de loi relative au baptême républicain, présentée par R. MALLIÉ *et al.*, déposée à l'Assemblée nationale le 29 janv. 2008 ; Proposition de loi visant à permettre aux personnes désirant des obsèques civiles d'avoir le droit à une cérémonie dans un lieu décent, présentée par M. SAPIN *et al.*, déposée à l'Assemblée nationale le 29 janv. 2008 ; Proposition de loi tendant à instituer une reconnaissance juridique aux parrain et marraine civils, présentée par D. CINIERI *et al.*, déposée à l'Assemblée nationale le 16 déc. 2013 ; Proposition de loi relative au parrainage civil, présentée par B. LE ROUX *et al.*, déposée à l'Assemblée nationale le 11 juin 2014. *Adde* : Amendement n° 66, présenté par M. DREYFUS-SCHMIDT *et al.*, sur la proposition de loi relative à l'autorité parentale, texte n° 387 en première lecture au Sénat, 21 nov. 2001 ; Amendement n° 43, présenté par R. MALLIÉ *et al.*, sur le projet de loi relative à l'immigration, à l'intégration et à la nationalité, texte n° 2814 en première lecture à l'Assemblée nationale, 24 sept. 2010 ; Amendement n° 384, présenté par S. MAZETIER *et al.*, sur le projet de loi relative à l'immigration, à l'intégration et à la nationalité, texte n° 2814 en première lecture à l'Assemblée nationale, 24 sept. 2010 ; Amendement n° CL 69, présenté par S. MAZETIER *et al.*, sur le projet de loi relative à l'immigration, à l'intégration et à la nationalité, texte n° 3161 en deuxième lecture à l'Assemblée nationale, 15 févr. 2011 ; Amendement n° 1, présenté par R. MALLIÉ *et al.*, sur le projet de loi relative à l'immigration, à l'intégration et à la nationalité, texte n° 3180 en deuxième lecture à l'Assemblée nationale, 1er mars 2011.

¹³ Proposition de loi instituant des funérailles républicaines, présentée par B. LE ROUX *et al.*, députés, enregistrée le 9 déc. 2014.

¹⁴ *Ibid.*, p. 5.

¹⁵ Rapport (n° 4244) fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République sur la proposition de loi (n° 2434) instituant des funérailles républicaines, par M. Hervé FÉRON, enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 23 nov. 2016, p. 13.

¹⁶ *Ibid.*, p. 15.

¹⁷ JOAN n° 120 [1], 1er déc. 2016, p. 8137, H. FÉRON.

adoption en première lecture par l'Assemblée nationale en 2016, la proposition de loi a été rejetée par les sénateurs en raison des contraintes qu'elle aurait fait peser sur les municipalités¹⁸.

La seconde, déposée en 2015 par des sénateurs socialistes, est « relative au parrainage civil¹⁹ ». Cette cérémonie consisterait à célébrer l'engagement des parrains et marraines qui promettraient de prendre en charge un enfant si ses parents venaient à disparaître. Les discours qui ont entouré la discussion de ce texte font là encore référence à la République. Ainsi, ces parrains et marraines devraient s'engager à « développer en l'esprit de l'enfant les qualités indispensables qui lui permettront de devenir un citoyen dévoué au bien public²⁰ ». Le rapport de la Commission souligne que le parrainage permet d'« accompagner l'enfant dans son apprentissage de la citoyenneté et des valeurs républicaines²¹ ». Pour appuyer cette « portée symbolique », le rapport décide même de renommer ce parrainage civil en « parrainage républicain²² ». Lors de la discussion en séance publique, la majorité des groupes politiques a approuvé cet acte symbolique d'adhésion aux valeurs de la République. La secrétaire d'État a estimé que cette proposition contenait une « importante potentialité de restauration du vivre-ensemble républicain²³ ». Adoptée en 2015, la proposition de loi a été renvoyée à l'Assemblée nationale et à nouveau transmise sous les législatures suivantes²⁴, mais cette chambre ne s'en est cependant toujours pas saisie.

L'attention contemporaine à l'aspect républicain des cérémonies familiales s'est aussi accompagnée d'un changement terminologique au sein du discours des gouvernements successifs. Les ministres avaient en effet pris pour habitude de répondre aux questions parlementaires en désignant les cérémonies civiles. Depuis la fin des années 2000, ils ont désormais tendance à parler de cérémonies *républicaines*²⁵.

¹⁸ Rapport (n° 177) fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du Règlement et d'administration générale sur la proposition de loi, adoptée par l'Assemblée nationale, instituant des funérailles républicaines, par M. Loïc HERVÉ, enregistré à la Présidence du Sénat le 5 déc. 2018. Sur la discussion générale, v. JO Sénat n° 124 (C.R.), 13 déc. 2018, p. 21423-21431.

¹⁹ Proposition de loi relative au parrainage civil, présentée par Y. DAUDIGNY *et al.*, sénateurs, enregistrée à la Présidence du Sénat le 1^{er} avr. 2015.

²⁰ *Ibid.*, p. 5.

²¹ Rapport (n° 442) fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du Règlement et d'administration générale sur la proposition de loi de M. Yves Daudigny *et al.* relative au parrainage civil, par M. Yves DÉTRAIGNE, enregistré à la Présidence du Sénat le 12 mai 2015, p. 15.

²² *Ibid.*, p. 16.

²³ JO Sénat n° 60, 22 mai 2015, p. 5195, P. BOISTARD.

²⁴ Proposition de loi, adoptée par le Sénat, relative au parrainage républicain, déposée le 6 juil. 2017 et renvoyée à la Commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République ; Proposition de loi, adoptée par le Sénat, relative au parrainage républicain, déposée le 11 juil. 2022 et renvoyée à la Commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République.

²⁵ Pour le renvoi aux cérémonies « civiles », v. Rép. min. n° 12670, JO Sénat n° 25, 20 juin 1973, p. 907, F. PALMERO ; Rép. min. n° 15339, JOAN n° 3 (Q), 18 janv. 1975, p. 183, A. NOTEBART ; Rép.

L'affirmation du caractère républicain des cérémonies familiales peut s'expliquer à l'aune des relations entre État et religions.

II.- L'expression d'un rapport renouvelé de l'État aux religions

Les cérémonies familiales républicaines semblent exprimer un rapport renouvelé de l'État aux religions. Les relations entre l'État et les cultes ont forgé le développement des cérémonies familiales civiles (A). L'évolution des cérémonies républicaines s'inscrit dans la continuité de ce phénomène en y marquant une nouvelle tension (B).

A.- Un rapport ancien

Les cérémonies institutionnelles familiales ont une histoire intimement liée au rapport de l'État avec l'Église. Deux temps ont marqué cette évolution des cérémonies familiales en droit : la Révolution et la création du Code civil ; puis la III^e République.

Durant la Révolution et l'élaboration du Code civil, la sécularisation de l'État est notamment passée par la famille, institution qui a pu être au service de l'État²⁶. En effet, pour atteindre cet objectif politique, les cérémonies familiales ont constitué des outils symboliques.

Le caractère laïc du mariage a été affirmé dès la Constitution du 3 septembre 1791 et un décret du 20 septembre 1792 a précisé l'organisation de la cérémonie. Il

min. n° 23203, JOAN n° 3 (Q), 21 janv. 1980, p. 210, F. AUTAIN ; Rép. min. n° 21455, JOAN n° 49 (Q), 13 déc. 1982, p. 5169, B. DEROSIER ; Rép. min. n° 22866, JOAN n° 1 (Q), 3 janv. 1983, p. 78, H. BAYARD ; Rép. min. n° 22727, JO Sénat n° 27 (Q), 4 juill. 1985, p. 1263, L. MERCIER ; Rép. min. n° 50356, JOAN n° 44 (Q), 3 nov. 2009, p. 10459, B. POLETTI ; Rép. min. n° 70224, JOAN n° 33 (Q), 17 août 2010, p. 9157, M. LEFAIT ; Rép. min. n° 9938, JOAN n° 6 (Q), 5 févr. 2013, p. 1364, J. VALAX ; Rép. min. n° 30469, JOAN n° 37 (Q), 10 sept. 2013, p. 9502, P. FOLLIOU. *Idem*, alors même que l'auteur de la question évoquait des cérémonies « républicaines », v. Rép. min. n° 37442, JOAN n° 16 (Q), 18 avr. 1988, p. 1684, J.-L. MASSON ; Rép. min. n° 16693, JOAN n° 36 (Q), 11 sept. 1989, p. 4083, J.-L. MASSON ; Rép. min. n° 33285, JOAN n° 25 (Q), 17 juin 1996, p. 3285, T. MARIANI ; Rép. min. n° 41617, JOAN n° 37 (Q), 9 sept. 1996, p. 4846, M. BERSON ; Rép. min. n° 19510, JOAN n° 47 (Q), 24 nov. 2003, p. 9036, G. GEOFFROY ; Rép. min. n° 2388, JO Sénat n° 9 (Q), 28 févr. 2008, p. 398, J. PANIS ; Rép. min. n° 23633, JOAN n° 3 (Q), 20 janv. 2009, p. 548, A. RODET ; Rép. min. n° 75083, JOAN n° 23 (Q), 9 juin 2015, p. 4357, M. DELAUNAY ; Rép. min. n° 75082, JOAN n° 31 (Q), 2 août 2016, p. 7155, M. DELAUNAY. Récemment, le gouvernement mobilise désormais les deux qualificatifs, v. Rép. min. n° 7913, JO Sénat n° 4 (Q), 17 oct. 2013, p. 3030, J.-L. MASSON ; Rép. min. n° 5430, JO Sénat n° 46 (Q), 21 nov. 2013, p. 3388, A. LEFÈVRE ; Rép. min. n° 15462, JO Sénat n° 22 (Q), 2 juin 2016, p. 2394, S. SUTOUR ; Rép. min. n° 7644, JO Sénat n° 51 (Q), 27 déc. 2018, p. 6804, F. PILLET. Il arrive également qu'il ne vise que les cérémonies « républicaines », v. Rép. min. n° 7763, JO Sénat n° 49 (Q), 10 déc. 1987, p. 1944, J. DE ROHAN ; Rép. min. n° 31337, JOAN n° 52 (Q), 23 déc. 2008, p. 11173, J.-P. ABELIN ; Rép. min. n° 36090, JOAN n° 20 (Q), 20 mai 2014, p. 4102, M.-J. ZIMMERMANN.

²⁶ Portalis indiquait ainsi que « la durée et le bon ordre de la société générale tiennent essentiellement à la stabilité des familles, qui sont les premières de toutes les sociétés, le germe et le fondement des empires », v. P.-A. FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, t. 1, Paris : Videocoq, 1936, p. 489.

ne s'agissait pourtant pas d'un changement radical, mais plutôt de la ritualisation civile d'une cérémonie religieuse préexistante²⁷. Le Code civil de 1804 a conservé cet héritage révolutionnaire, ajoutant à la cérémonie la lecture hautement symbolique de différents articles du Code. La sacralité de la cérémonie a donc survécu à sa sécularisation, seul son fondement s'étant transformé²⁸. À la même période, le principe d'antériorité du mariage civil a été mis en place. S'il a pu être justifié par la protection des futurs époux²⁹, c'est sans occulter l'objectif politique qui le sous-tendait, c'est-à-dire le conditionnement de la cérémonie religieuse au mariage civil.

La même volonté de distanciation de l'État par rapport à l'Église a imprégné les cérémonies de parrainages. S'il n'était pas question dans le décret du 20 septembre 1792 ni même dans le Code civil d'organiser une cérémonie à la naissance de l'enfant, l'institution d'une déclaration de naissance obligatoire auprès des autorités civiles peut toutefois être rapprochée du baptême religieux. Dans les deux situations, en effet, l'enfant est présenté à une autorité, qu'elle soit civile ou religieuse, il reçoit un prénom, et l'ensemble se déroule sous le regard de témoins. Dans les premiers temps de la Révolution, on pouvait même assister à des célébrations spontanées de « baptêmes civiques », ce qui témoignait à la fois d'un détachement de la religion et d'un attachement aux valeurs révolutionnaires³⁰. En ce sens, un autre décret, en date du 26 juin 1792, prévoyait que la naissance de l'enfant était célébrée publiquement devant un autel de la Patrie érigé sur la place publique³¹. Ces cérémonies laïques ont toutefois quasiment disparu au début du XIX^e siècle³².

Durant la III^e République, la sécularisation des cérémonies a fait l'objet d'une attention particulière, preuve d'une nouvelle tension entre État et Église.

La loi du 9 décembre 1905 concernant la séparation des Églises et de l'État, qui constitue un élément central de leurs relations, ne régit pas les diverses cérémonies civiles. Le texte interrogeait pourtant, en droit, le devenir du principe d'antériorité

²⁷ J. GAUDEMET, *Le mariage en Occident : les mœurs et le droit*, Paris : les Éditions du Cerf, 1987, Histoire, 520 p., p. 384 : « C'était la transposition dans le monde laïc des formes prescrites par le concile de Trente, l'officier public venant prendre la place du curé. » En effet, le décret Tametsi du concile de Trente « fait du mariage un acte public et solennel à peine de nullité » (A. LEFEBVRE-TAILLARD, *Introduction historique au droit des personnes et de la famille*, Paris : Presses universitaires de France, 1996, « Droit fondamental. Droit civil », 475 p., p. 169). Sur la question, v. aussi J. GAUDEMET, *op. cit.*, p. 292 s.

²⁸ R. CABRILLAC, « La sacralité civile du mariage », in *Le discours et le code : Portalis, deux siècles après le Code Napoléon*, Paris : Litec, 2004, p. 173 s., spéc. p. 176 : « Le caractère sacré du mariage repose désormais non plus sur un fondement religieux mais sur un fondement civil : l'intérêt de la famille que va faire naître le mariage, et au-delà l'intérêt de la société et de l'État. »

²⁹ E. FOREY, *État et institutions religieuses : contribution à l'étude des relations entre ordres juridiques*, Strasbourg : Presses universitaires de Strasbourg, 2007, « Collections de l'Université Robert Schuman. Société, droit et religion en Europe », 397 p., p. 164.

³⁰ D. FENOUILLET, P. GONOD, *loc. cit.*, p. 96 : « Le parrainage républicain est généralement perçu comme étant rattaché sans conteste à la République et au combat mené en faveur de la République. »

³¹ A. MANDRET-DEGEILH, *op. cit.*, p. 152.

³² Sur cette question, v. *ibid.*, p. 154.

du mariage civil. En effet, un amendement proposait d'abroger l'infraction de violation du principe d'antériorité en s'appuyant sur la logique même de la loi, car « un État qui ne reconnaissait plus aucun culte devait se désintéresser de l'acte par lequel les couples célèbrent leur union religieusement³³ ». La loi de 1905 souhaitant proposer une relation différente entre État et religion fondée sur la neutralité, la sécularisation explicite de la cérémonie matrimoniale aurait pu en sortir bousculée. Pourtant, les dispositions furent maintenues sous l'argument qu'elles « ne sont pas une conséquence nécessaire de l'organisation officielle des cultes », et plutôt « d'ordre public³⁴ ». La sécularisation des cérémonies familiales n'a pas été bouleversée par l'affirmation de la neutralité de l'État.

Au contraire, la III^e République, avant comme après 1905, a marqué une évolution des pratiques et des législations sur les cérémonies familiales. La cérémonie civile du mariage, jusque-là délaissée par les couples qui n'y voyaient qu'une formalité administrative, s'y est développée³⁵. Les baptêmes sont réapparus à la fin du XIX^e siècle³⁶. Ils ne constituaient alors toujours pas une pratique institutionnalisée, car ce réinvestissement des baptêmes laïcs s'est d'abord fait dans la pratique. Certains militants se sont en effet opposés délibérément à la religion en proposant un baptême désormais qualifié de « civil ». Après la Première Guerre mondiale, la pratique a eu tendance à s'institutionnaliser, mobilisée par les mairies socialistes et communistes pour marquer leur politique anticléricale. Enfin, les funérailles ont également été remobilisées, même si elles n'ont connu qu'une évolution mitigée. En effet, les lois de la III^e République ont bien modifié le régime des funérailles en prévoyant leur laïcisation, par exemple en transférant leur monopole des Églises aux municipalités³⁷ ou en consacrant la liberté de choisir des funérailles civiles ou religieuses³⁸. De même, la violation de cette liberté est sanctionnée par renvoi au principe d'antériorité du mariage³⁹, signifiant une logique commune. Pour autant, la volonté militante de mettre en place des funérailles civiles, en opposition aux funérailles religieuses, n'a pas véritablement été suivie, car les funérailles sont restées majoritairement organisées par les Églises. Ce n'est qu'à titre exceptionnel que certaines municipalités ont pu offrir des cérémonies civiles sans pour autant souhaiter concurrencer les cérémonies religieuses⁴⁰.

Historiquement, les cérémonies civiles ont ainsi été construites dans une opposition affirmée aux cérémonies religieuses, que ce soit institutionnellement,

³³ E. FOREY, *op. cit.*, p. 164.

³⁴ Formule citée par E. FOREY, *op. cit.*, p. 165. Cette même conception des textes a été reprise par la Cour de cassation, v. Crim., 9 nov. 1906, *D. P.* 1907 I, p. 161 s.

³⁵ A. MANDRET-DEGEILH, *op. cit.*, p. 127.

³⁶ Pour une analyse de cette réapparition, v. *ibid.*, p. 157 et s.

³⁷ Loi du 28 décembre 1904 portant abrogation des lois conférant aux fabriques des églises et aux consistoires le monopole des inhumations, JO 29 déc., p. 7738.

³⁸ Loi du 15 novembre 1887 sur la liberté des funérailles, JO 18 nov., p. 5077.

³⁹ *Ibid.*, art. 5.

⁴⁰ A. MANDRET-DEGEILH, *op. cit.*, p. 337 et s.

dans la pratique individuelle ou dans la pratique municipale. C'est dans un rapport similaire que s'inscrivent aujourd'hui ces nouvelles cérémonies républicaines.

B.- *Un rapport renouvelé*

En s'appuyant sur leur dimension républicaine, le réinvestissement politique actuel dans les cérémonies familiales pourrait être l'expression d'une démarcation du fait religieux fondée sur la laïcité.

L'ajout dans la loi du 17 mai 2013 du qualificatif « républicain » au mariage est tout à fait révélateur de cette logique. Lors de l'examen de la proposition de loi sur le pacte civil de solidarité, les parlementaires avaient écarté l'idée d'une célébration en mairie pour préférer un enregistrement au greffe du tribunal d'instance⁴¹. Ce choix leur permettait d'éviter toute assimilation avec la cérémonie du mariage, solennelle et symbolique⁴². Il pouvait s'analyser comme un compromis⁴³ opéré entre la volonté d'instituer une nouvelle forme de conjugalité pour les personnes de même sexe et le souhait de ne pas remettre en cause une certaine conception religieuse de la famille qui imprégnait les débats parlementaires souvent violents⁴⁴. Au contraire, en 2013, la stratégie est toute autre. L'ouverture du mariage aux couples de même sexe a lieu dans un fort contexte d'opposition des autorités religieuses⁴⁵ ; et c'est justement à cette occasion que les parlementaires ont souhaité affirmer le caractère républicain de la cérémonie du mariage. Le mariage « est aussi, depuis la Révolution française, une institution laïque [et] le rite civil qui l'entoure en atteste⁴⁶ » ; on note « la différence qui existe entre le mariage civil, républicain, et le mariage religieux⁴⁷ ». Dans un contexte de lutte entre État et Église autour de l'institution du mariage, la cérémonie est passée d'un objet de compromis à un objet d'affrontement.

⁴¹ W. RAULT, *L'invention du PACS. Pratiques et symboliques d'une nouvelle forme d'union*, Paris : Presses de Sciences Po, 2009, p. 125 et s.

⁴² *Ibid.*, spéc. p. 38.

⁴³ Déjà en ce sens, v. Rapport (n° 1097) fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République sur les propositions de loi de M. Jean-Pierre MICHEL *et al.*, visant à créer un contrat d'union civile et sociale, de M. Jean-Marc AYRAULT *et al.*, relative au contrat d'union sociale, et de M. Georges HAGE *et al.*, relative aux droits des couples non mariés, par J.-P. MICHEL, enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 23 sept. 1998, p. 44 et s.

⁴⁴ Sur ce point, v. D. BORRILLO, P. LASCOUMES, *Amours égales ? Le Pacs, les homosexuels et la gauche*, Paris : La Découverte, 2002.

⁴⁵ C. BÉRAUD, P. PORTIER (dir.), *Métamorphoses catholiques : Acteurs, enjeux et mobilisations depuis le mariage pour tous*, Paris : Éditions de la Maison des sciences de l'homme, 2015 ; D. HERVIEU-LÉGER, « L'Église catholique contre le "mariage pour tous" : une offensive normative à haut risque », *Grief*, vol. 1, n° 1, 2014, p. 78 et s.

⁴⁶ Amendement n° 4361, présenté par A. TOURRET *et al.*, sur le projet de loi ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe, texte n° 628 en première lecture à l'Assemblée nationale, 25 janv. 2013.

⁴⁷ JOAN n° 10 [2] (C.R.), 3 févr. 2013, p. 875, A. TOURRET.

De même, la loi « confortant le respect des principes de la République » est aussi appelée « loi séparatisme⁴⁸ ». Il s'agit précisément d'une loi tournée autour du rapport, voire d'une tension, entre la République et la religion. Alors même que le maintien du principe d'antériorité du mariage civil, vieux de plus de deux siècles, aurait pu être interrogé, cette loi en a renforcé la sanction. La permanence de cette règle de droit au fil des décennies « souligne combien l'État ne saurait être concurrencé par quiconque dans les matières où il est souverain » et « a pour but d'assurer l'autorité exclusive du pouvoir civil dans le domaine matrimonial et pas seulement de sauvegarder les intérêts particuliers⁴⁹ ». Cette justification s'est retrouvée lors des débats parlementaires sur le projet de loi. L'augmentation de la peine en cas de violation du principe d'antériorité permettrait ainsi d'affirmer que « la loi de la République est supérieure à la loi religieuse⁵⁰ ».

L'appréhension du parrainage républicain s'inscrit dans le même mouvement. Le choix même de l'appellation de cette cérémonie en est le témoin. Pour des parlementaires, le terme de « parrainage » plutôt que celui de « baptême » permettrait de « s'affranchir de toute connotation religieuse⁵¹ ». Comme pour le mariage, le parrainage est utilisé pour promouvoir une certaine conception de la République et de la laïcité. Durant la discussion parlementaire, la secrétaire d'État avait approuvé l'institutionnalisation du parrainage, car « à l'heure où le vivre-ensemble est menacé et, avec lui, les valeurs fondamentales d'égalité et de liberté », ce parrainage « apparaît comme un outil de lutte qui nous rappelle le sens de la vie en société au sein de la République française⁵² ». La référence au vivre-ensemble n'est pas anodine : il constitue un objectif de la laïcité⁵³. Un discours similaire se retrouve dans la société

⁴⁸ D'après le compte-rendu du Conseil des ministres du 9 déc. 2020, le projet de loi était présenté comme « constitu[ant] un élément structurant de la stratégie gouvernementale pour lutter contre le séparatisme et les atteintes à la citoyenneté. Il apporte des réponses au repli identitaire et au développement de l'islam radical, idéologie hostile aux principes et valeurs qui fondent la République. Face à cette réalité du séparatisme, l'arsenal juridique demeurerait insuffisant », v. Conseil des ministres. Compte rendu du Conseil des ministres du 9 décembre 2020 [en ligne]. Paris : Service d'information du Gouvernement, 9 décembre 2020. [consulté le 15 nov. 2023]. Disponible sur internet : <<https://www.gouvernement.fr/conseil-des-ministres/compte-rendu-du-conseil-des-ministres-du-09-12-2020>>. Sur ce point, v. V. GAZAGNE-JAMMES, « Réflexions sur l'intitulé initial de la loi sur le respect des principes de la République, dite Loi contre le séparatisme et "les atteintes à la citoyenneté" », *La Revue des droits de l'homme* 2022, n° 22. [consulté le 15 nov. 2023]. Disponible sur Internet : <<http://journals.openedition.org.ezpaarse.univ-paris1.fr/revdh/15203>>

⁴⁹ E. FOREY, *op. cit.*, p. 168.

⁵⁰ JOAN n° 19 [3] (C.R.), 13 févr. 2021, p. 1504, J.-C. LAGARDE, auteur de l'amendement ayant proposé l'augmentation de la sanction.

⁵¹ Rapport (n° 442) fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du Règlement et d'administration générale sur la proposition de loi de M. Yves Daudigny *et al.*, relative au parrainage civil, par M. Yves DÉTRAIGNE, enregistré à la Présidence du Sénat le 12 mai 2015, p. 15.

⁵² JO Sénat n° 60 (C.R.), 22 mai 2015, p. 5195, P. BOISTARD.

⁵³ J. BAUBÉROT, *Histoire de la laïcité en France*, 8e éd., Paris : Presses Universitaires de France / Humensis, 2021, « Que sais-je ? », 126 p., p. 4 : « Si la réalisation de la laïcité suppose un processus de laïcisation, ses deux objectifs sont la liberté de conscience incluant le libre exercice des cultes et l'égalité des droits, sans tenir compte de l'appartenance religieuse. La neutralité de l'État et de

civile. Le « vade-mecum de la laïcité » de l'Association des maires de France rappelle par exemple que les « maires sont les premiers garants et défenseurs au quotidien du principe de laïcité⁵⁴ ». L'Observatoire de la laïcité a souhaité l'instauration de rites républicains dans le but de s'inscrire dans « une logique de rassemblement de la Nation qui s'oppose aux replis de certains visant à se séparer de la société⁵⁵ ». Les cérémonies familiales constituent alors le support d'une démarcation du fait religieux reposant sur la laïcité.

La justification de l'institutionnalisation des cérémonies familiales par la laïcité et de la République est menée dans une dynamique d'opposition revendiquée. Pour reprendre les termes mobilisés, il s'agit de « lutter », de « défendre », de « s'opposer ». Les commentateurs de ces évolutions n'ont pas manqué de le relever. Marc Nicod, qui a étudié la discussion parlementaire autour des funérailles républicaines, a souligné que « la teneur idéologique de la proposition » témoigne d'une « vision combative de la laïcité⁵⁶ ». Dans le même sens, Ariane Gailliard a analysé cette volonté de se réapproprier les rites « comme une réponse politique aux crises [...] que notre société traverse⁵⁷ ». Cela suppose une recomposition des logiques habituellement à l'œuvre : « alors que la laïcité porte en elle une idée de *désacralisation*, elle implique également une *resacralisation* suffisamment puissante pour concurrencer la religion⁵⁸ ». Ces analyses sont particulièrement éclairantes. Ainsi, dès la Révolution, l'État s'était approprié des rituels pour concurrencer les institutions religieuses et l'exact même mouvement se retrouve aujourd'hui autour de la République.

La fonction de cette nouvelle sacralité doit être interrogée. Derrière la promotion du « vivre-ensemble », on pourrait trouver l'idée d'une « famille républicaine ». Dans cette hypothèse, on peut alors se demander si la famille instituée par le rite républicain constituerait le seul modèle valable. Autrement dit, s'agirait-il de différencier les familles qui se conformeraient aux valeurs de la République, des familles qui ne s'y conformeraient pas ?

la loi civile, leur séparation avec la religion constituent des moyens appropriés. La laïcisation ne va pas sans conflit, l'objectif est de permettre un vivre-ensemble pacifié » ; J. BAUBÉROT, *Laïcité 1905-2005 : entre passion et raison*, Paris : Éd. du Seuil, 2004, La Couleur des idées, 280 p., p. 262 : « La loi de séparation des Églises et de l'État (1905) représente la défaite de l'idée de nation catholique. Mais elle implique également un renoncement à une religion civile républicaine, même s'il en reste (dans les deux cas) quelques éléments. La laïcité avait tendance à apparaître comme le bien exclusif d'un camp dans le combat des deux France. Elle devient progressivement une laïcité inclusive, une règle du jeu du vivre-ensemble, un pacte laïque au cœur du pacte républicain. »

⁵⁴ AMF, *Maires de France, le magazine des maires et des présidents d'intercommunalités*, Hors-Série : « Laïcité : le vade-mecum de l'AMF », nov. 2015, p. 5.

⁵⁵ Observatoire de la laïcité, 13 févr. 2020, avis sur l'instauration de nouveaux rites civils et républicains, p. 2.

⁵⁶ M. NICOD, « Faut-il instituer des funérailles républicaines ? », *Dr. famille* 2017, n° 7-8, repère 7.

⁵⁷ A. GAILLIARD, « Funérailles républicaines, inhumation d'un terroriste : les nouvelles figures d'un sacré laïc », *D.* 2017, p. 654.

⁵⁸ *Ibid.*

JOP 2024 : ne pas gâcher la fête ?¹

Florence BELLIVIER

Professeure à l'Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne (IRJS)

Antonin GUILLARD

Doctorant contractuel à l'Université Paris Nanterre

Résumé : Les jeux Olympiques et Paralympiques de 2024 seront l'occasion d'expérimenter deux techniques, l'analyse génétique au service de la lutte antidopage et la vidéosurveillance algorithmique, qui, chacune à sa façon, amplifieront le caractère spectaculaire de la manifestation. La première se veut au service d'un spectacle intègre, la seconde observe avec des moyens inédits les comportements des spectateurs et des passants. Attention à certaines libertés, ces innovations doivent être scrutées par les juristes pour savoir si l'expérience JO 2024 est ou non concluante.

Mots-clés : Jeux Olympiques, événement, menace, génétique, dopage, surveillance, algorithmique, cadre juridique, expérimentation.

Abstract: *The 2024 Olympic and Paralympic Games will provide an opportunity to experiment with two techniques – genetic analysis to combat doping and algorithmic video surveillance – each of which will enhance the spectacular nature of the event. The former is designed to ensure the integrity of the show, while the latter uses unprecedented means to observe the behaviour of spectators and passers-by. These innovations, which threaten certain freedoms, will have to be scrutinised by legal experts to determine whether or not the 2024 Olympic Games are conclusive.*

Keywords: *Olympic Games, event, threat, genetics, doping, surveillance, algorithm, legal framework, experimentation.*

Quand bien même on ne serait pas spécialement sportif ou amateur de compétitions sportives, les jeux Olympiques et Paralympiques (JOP) captent l'attention, surtout lorsqu'ils sont organisés dans la ville où l'on vit ou travaille : telle piscine est en rénovation, les bouquinistes des bords de Seine doivent plier bagage, de multiples chantiers éventrent les rues de la capitale, les propriétaires songent déjà à louer leurs

¹ Nous remercions Mesdames GHOLIZADEH, KOZLOVSKY et DE GUILHEM DE LATAILLADE pour l'organisation du séminaire d'où est issue cette contribution, ainsi que Messieurs LAGARDE, JEULAND et PLIQUE pour les échanges qui ont suivi notre présentation le 21 avril 2023 et qui ont pu confirmer ou infirmer telle ou telle hypothèse.

biens à prix d'or, etc. L'événement, qui se caractérise par un gigantisme de plus en plus marqué², comporte des dimensions géopolitiques, économiques, logistiques, sociales, politiques et juridiques dont la complexité appelle l'analyse³. Celle qui sera proposée ici s'arrime au caractère spectaculaire et festif de la manifestation qui se déroulera du 26 juillet au 8 septembre 2024, souvent mis en avant pour justifier l'intervention du législateur dans ce domaine. Et en effet, la loi du 19 mai 2023 relative aux jeux Olympiques et Paralympiques de 2024 et portant diverses autres dispositions⁴, les rapports parlementaires et le communiqué de presse du Conseil des ministres en date du 22 décembre 2022 usent bien du registre sémantique du spectacle. Ainsi la loi évoque-t-elle le « spectateur » (au singulier ou au pluriel) (art. 15, 17, 20). Les rapports ayant précédé l'adoption de la loi recourent à un certain nombre des acceptions du terme « spectacle » tel que défini par le *Petit Robert* : faits ou choses qui vont s'offrir aux regards comme une représentation, une industrie ou un spectacle vivant parfois sous la forme d'un « grand spectacle ». Ce dernier point est particulièrement mis en exergue dans les rapports qui évoquent un « événement⁵ », un « grand événement⁶ » qu'il faut préparer de façon très anticipée (mais en un temps relativement court) ou encore une « manifestation », qui dure des semaines, se déroule en plusieurs endroits et comporte une charge symbolique et historique d'autant plus forte qu'elle interviendra exactement 100 ans après les derniers jeux Olympiques de Paris. Or il s'avère que la loi JOP prend précisément appui sur le défi que lance à tous les acteurs concernés l'organisation d'un tel événement pour, en miroir, faire des sportifs et du public un objet de regards et donc une source d'empreintes ou d'images. C'est que deux menaces, qui du reste ne sont

² Voir par exemple le Rapport n° 248 (2022-2023) de la sénatrice Madame Agnès CANAYER, fait au nom de la commission des lois, déposé le 18 janvier 2023, p. 8-9 :

« Il s'agit d'un événement d'une ampleur inégalée. Ainsi, 10 500 athlètes olympiques sont attendus pour participer à 549 épreuves dans 32 sports et 4 350 athlètes paralympiques participeront à 329 épreuves dans 22 sports.

Ces épreuves, qui auront lieu dans 63 collectivités hôtes, mobiliseront plus de 40 000 bénévoles et verront 13,5 millions de spectateurs y assister. 20 000 journalistes sont attendus.

Aux 37 sites olympiques et paralympiques s'ajoutent la Seine et ses quais, qui accueilleront la cérémonie d'ouverture. C'est la première fois qu'une cérémonie d'ouverture des Jeux Olympiques et Paralympiques se tiendra en dehors d'un stade. Chaque délégation nationale défilera dans des embarcations sur six kilomètres de la Seine, d'est en ouest, pour s'achever devant le Trocadéro où se dérouleront les spectacles et les cérémonies protocolaires ».

³ Voir le colloque intitulé « L'organisation des Jeux olympiques et paralympiques de Paris 2024. Questions de droit public », organisé les 17 et 18 novembre à l'Université Paris Nanterre.

⁴ Loi du 19 mai 2023 relative aux jeux Olympiques et Paralympiques de 2024 et portant diverses autres dispositions, JO 20 mai.

Déposé au Sénat le 22 décembre 2022, le projet de loi a été adopté après engagement de la procédure accélérée le 31 janvier 2023, puis déposé à l'AN le lendemain et voté avec modifications le 28 mars 2023. Après convocation d'une commission mixte paritaire, le texte a été définitivement adopté le 12 avril 2023 puis déféré au Conseil constitutionnel qui l'a déclaré conforme moyennant des réserves qui concernent précisément les deux techniques dont il est question dans cet article (décision n° 2023-850 DC du 17 mai 2023).

⁵ Le terme « événement » est utilisé par le législateur dans deux sens différents : les Jeux eux-mêmes (voir art. 15 : grand événement) ; le trouble que l'on cherche à prévenir (voir la détection en temps réel d'un événement à l'article 10).

⁶ Voir Rapport n° 248 (2022-2023), préc., p. 11 et s.

pas nouvelles, pèsent sur ce spectacle d'un genre particulier. Tout d'abord, même si le spectacle nécessite une longue et minutieuse préparation (des corps et de l'esprit des sportifs, des installations, des transports, etc.), son intérêt réside dans la mise en scène d'une performance sportive, et non artistique, qui est fondée sur un pacte de vérité et non de fiction. L'aspect fédérateur attendu du sport, son image surtout, seraient entachés s'il s'avérait que les sportifs trichent. Cela fait bien longtemps que le dopage – et donc la lutte antidopage – s'est invitée dans le sport mais la loi JOP 2024 innove sur le plan technique en permettant d'entrer encore plus avant dans le corps des sportifs par le recours à l'analyse génétique (I). Ensuite, plus la fête est grande, plus elle est belle mais les phénomènes de foule peuvent aussi être à la source de divers dangers : écrasements de spectateurs, intrusion de hooligans, commission d'infractions diverses. Là encore, on n'a pas attendu 2024 pour inventer des dispositifs techniques de surveillance mais les débats qui ont entouré l'adoption de la loi ont principalement tourné autour d'une innovation qui met au-devant de la scène les images augmentées des spectateurs et même des simples passants (II).

I.- L'analyse génétique au service d'un vrai spectacle

Moins discutée que la vidéosurveillance augmentée par un traitement algorithmique⁷, la place qu'accorde l'article 5 de la loi du 19 mai 2023 à l'analyse génétique peut être rattachée à la notion de spectacle alors même que la technique en cause – l'analyse des gènes des sportifs – relève au contraire de l'infiniment petit, de l'invisible et de l'intime et que la pratique qu'il s'agit de contrer, le dopage, est par définition occulte. En effet, l'analyse génétique est, à tort ou à raison, présentée comme nécessaire à la lutte contre le dopage qui risquerait de saper une valeur fondamentale du sport, à savoir l'honneur : scruter l'infiniment petit (les gènes) pour mettre au jour une pratique obscure est alors considéré comme servant le spectacle lui-même. Celui-ci n'est pas dénué d'une dimension d'édification (A), quitte à mettre les sportifs à nu (B), ce qui peut, finalement, faire de ce spectacle une expérience (C).

A.- Un spectacle destiné (aussi) à l'édification

Pour justifier du recours à l'analyse génétique, dans le prolongement des techniques classiques anti-dopage, les travaux préparatoires à la loi se sont principalement fondés sur le respect, par la France, de ses obligations internationales et sur le précédent des jeux Olympiques qui se sont tenus à Tokyo durant l'été 2021. Ce faisant, la loi pourrait rester à l'abri de la critique de la Cour européenne des droits de l'homme qui considère que la vie privée et le domicile des sportifs doivent être conciliés avec des motifs d'intérêt général, donc celui du sport propre.

⁷ Voir *infra*, point II.

1. Hiérarchie des normes. L'article 4 de la loi a été présenté comme résultant d'une pure application de l'article 55 de la Constitution qui pose le principe de la supériorité des traités régulièrement approuvés et ratifiés (ici la Convention internationale contre le dopage dans le sport, adoptée sous l'égide de l'Unesco le 19 octobre 2005, à laquelle sont partie 191 États et que la France a ratifiée sans réserve le 5 février 2007, et plus précisément son article 3⁸) sur les lois (en l'espèce, l'article L. 232-9 du Code du sport⁹)¹⁰. Pour comprendre pourquoi le principe d'articulation énoncé par l'article 55 de la Constitution conduit à légaliser les examens génétiques au titre de la lutte antidopage, il faut toutefois faire un détour. En effet, d'une part, au titre des contrôles, la partie réglementaire du Code du sport énonce que « les analyses sont effectuées conformément aux normes internationales » (art. R. 232-43 al. 2) ; d'autre part, l'article 4.3 de la convention de l'UNESCO, relatif à la relation entre le Code mondial antidopage adopté par l'Agence mondiale antidopage le 5 mars 2003 à Copenhague – aux exigences duquel le dossier de candidature de la ville de Paris pour les JOP disait se soumettre¹¹ – et la Convention, précise que « les annexes font partie intégrante de la présente Convention ». Or l'annexe 1, publiée en France par voie de décret, contient une liste des interdictions, dont, au titre des « méthodes », le « dopage génétique et cellulaire¹² ». Il n'en fallait pas plus pour estimer que le moment était venu de sauter le pas, et ce d'autant que si la Cour européenne des droits de l'homme ne s'est pas encore prononcée sur le recours à l'analyse génétique dans ce contexte, elle n'y est pas par principe défavorable dans le cadre certes *a priori* différent de la recherche des auteurs d'infractions et de prévention de la récidive¹³.

⁸ L'article 3 de la Convention internationale contre le dopage dans le sport énonce :
« Aux fins de la présente Convention, les États parties s'engagent à :
(a) adopter des mesures appropriées aux niveaux national et international qui soient conformes aux principes énoncés dans le Code ;
(b) encourager toute forme de coopération internationale visant à protéger les sportifs et l'éthique du sport et à communiquer les résultats de la recherche ;
(c) promouvoir une coopération internationale entre eux et les organisations qui jouent un rôle de premier plan dans la lutte contre le dopage dans le sport, en particulier l'Agence mondiale antidopage ».

⁹ Voir article L. 232-9 II, dernier aliéna du Code du sport : « La liste des interdictions mentionnées au présent article est la liste énumérant les substances et méthodes interdites élaborée en application de la convention internationale mentionnée à l'article L. 230-2 ou de tout autre accord ultérieur qui aurait le même objet et qui s'y substituerait. Elle est publiée au Journal officiel de la République française ».

L'article a été modifié par l'ordonnance n° 2021-488 du 21 avril 2021 relative aux mesures relevant du domaine de la loi nécessaires pour assurer la conformité du droit interne aux principes du code mondial antidopage et renforcer l'efficacité de la lutte contre le dopage, JO 22 avril.

¹⁰ Voir Rapport n° 248 (2022-2023), préc., p. 24 et s.

¹¹ *Idem*.

¹² Décret n° 2022-1583 du 16 décembre 2022 portant publication de l'amendement à l'annexe I de la convention internationale contre le dopage dans le sport, adopté à Paris le 15 novembre 2022, JO 18 décembre.

¹³ CEDH, 4 décembre 2008, n° 30562/04 et 30566/04, *S. et Marper c/ Royaume-Uni*, CEDH, 22 juin 2017, n° 8806/12, *Aycaguer c/ France*.

2. Santé publique, morale du sport. Saisie de la conformité à l'article 8 de la Convention des règles du code du sport détaillant les renseignements que doivent fournir les sportifs sur leur localisation et leur emploi du temps afin que soient possibles des contrôles antidopage inopinés, y compris à domicile¹⁴, la Cour a considéré à l'unanimité que si l'ingérence dans la vie privée et familiale ainsi que l'atteinte au droit au domicile étaient caractérisées, elles poursuivaient plusieurs buts légitimes : la protection de la santé des sportifs, l'équité par rapport aux compétiteurs qui ne recourent pas aux substances dopantes ; la protection de la jeunesse qui ne doit pas être incitée à utiliser de tels procédés ; l'intérêt des spectateurs qui sont légitimement attachés à une compétition loyale¹⁵. La Cour fait ici état d'une communauté de vue européenne et internationale sur la nécessité d'opérer des contrôles inopinés pour considérer que la France, qui, observe la Cour, fait partie des États européens ayant transposé quasi intégralement les règles du code mondial anti-dopage en matière de localisation des athlètes – a ménagé un juste équilibre entre les intérêts en présence. Les mêmes impératifs justifient-ils une autre forme d'intrusion que les visites inopinées, à savoir la plongée au cœur de l'ADN ?

B.- Les sportifs mis à nu

3. À chaque tricherie, sa parade. De même que certains metteurs en scène utilisent la nudité des acteurs comme dispositif scénique¹⁶, de même – et *mutatis mutandis* – dans les coulisses du spectacle, le corps du sportif pourrait être de plus en plus sollicité pour satisfaire à l'« exigence de transparence et de disponibilité¹⁷ » que requiert la lutte antidopage. En effet, l'article 5 de la loi du 19 mai 2023 autorise l'examen des caractéristiques génétiques et la comparaison des empreintes génétiques au titre des mesures visant à renforcer la lutte contre le dopage. Plus précisément, le texte a créé un article L. 232-12-2 du Code du sport qui permet au laboratoire français accrédité par l'Agence mondiale antidopage¹⁸ « à procéder, à partir de prélèvements sanguins ou urinaires des sportifs qui lui seront transmis, à la

¹⁴ Voir articles L. 232-13 et s. du Code du sport.

¹⁵ Voir CEDH, 18 janv. 2018, *Fédération nationale des associations et des syndicats sportifs (FNASS) et autres c/ France*, n° 48151/11 et 77769/13. Voir M. Maisonneuve, « La CEDH et les obligations de localisation des sportifs : le doute profite à la conventionnalité de la lutte contre le dopage », *RDLF* 2018 chron. n° 9 (www.revuedlf.com). *Adde* : Convention contre le dopage du Conseil de l'Europe adoptée le 16 novembre 1989, ratifiée par la France le 21 janvier 1991 (STE n° 135).

¹⁶ C. LAVALETTE, « Spectateurs mis à nu et dispositifs d'interaction sur les scènes de théâtre : la nudité partagée comme émergence d'une communauté », *Corps*, 2021/1 (n° 19), p. 223 et s.

¹⁷ CEDH, 18 janv. 2018, préc., § 157 (donc à propos, non des analyses génétiques mais des contrôles inopinés).

¹⁸ Laboratoire antidopage français (LADF) de Paris Saclay.

comparaison d’empreintes génétiques et à l’examen de caractéristiques génétiques » dans quatre cas :

- une « administration de sang homologue », autrement dit un « boost » du sang de l’athlète avec du sang d’un donneur compatible ;
- « une substitution d’échantillons prélevés », qui vise l’hypothèse où le sportif soumet aux autorités de contrôle un échantillon de sang ou d’urine qui n’est pas le sien ;
- « une mutation génétique dans un ou plusieurs gènes impliqués dans la performance induisant une production endogène d’une substance interdite en application du [même] article L. 232-9 ». Il s’agit cette fois de détecter la possibilité que la constitution génétique de l’athlète lui permette de produire naturellement des substances comme l’EPO ou la testostérone, en quantité inhabituelle, pouvant faire suspecter un dopage en réalité non avéré ;
- « une manipulation génétique pouvant modifier les caractéristiques somatiques aux fins d’augmentation de la performance », autrement dit le cas où, cette fois, l’athlète a reçu une injection de matériel génétique externe (ARN libre ; ADN ou ARN apporté dans un vecteur viral de thérapie génique) destinée à lui faire produire une substance naturellement non sécrétée ou dans des quantités insuffisantes (« dopage génétique »).

Ce n’est pas ici le lieu de commenter cet article au regard des espoirs, peut-être infondés, qu’il met dans la génétique, de la difficulté de sa mise en œuvre, de l’imprégnation du dispositif par une logique de droit pénal mais aussi médicale, du devenir des échantillons prélevés et informations obtenues¹⁹. Observons seulement que c’est l’impératif de montrer des corps performants mais « vrais » qui est présenté comme justifiant d’aller chercher ce qui pourrait y avoir été altéré de manière frauduleuse. Certes des conditions drastiques sont mises à l’analyse génétique : aucune atteinte supplémentaire au corps n’a lieu puisque l’analyse est effectuée sur les prélèvements urinaires ou sanguins déjà transmis dans le cadre des contrôles classiques (art. L. 232-12-2 I al. 1 du Code du sport) ; l’analyse génétique est subsidiaire car il ne peut y être recouru que dans l’hypothèse où les autres techniques disponibles ne permettent pas de détecter une substance ou une méthode interdites (art. L. 232-12-2 I al. 1 du Code du sport) ; le sportif concerné peut s’être opposé au prélèvement initial – inviolabilité du corps humain oblige (art. 16-1 alinéa 2 du Code civil) – et avec la même conséquence : il ou elle ne pourra participer à la compétition²⁰. C’est du reste pourquoi le Conseil constitutionnel, se fondant, comme à l’accoutumée en matière de sciences et techniques, sur le pouvoir du législateur, les objectifs poursuivis par ce dernier (santé

¹⁹ Sur tous ces points, on se permettra de renvoyer à F. BELLIVIER et C. NOIVILLE, « Trois questions à Catherine Bourgain, Directrice de recherche à l’Inserm, et Elsa Supiot, Professeure à l’Université d’Angers », *Cahiers Droit, Sciences & Technologies* [En ligne], 16 | 2023.

²⁰ Voir les articles L. 232-21 et s. du Code du sport pour les sanctions administratives, mesures conservatoires et autres conséquences de la violation des dispositions anti-dopage.

des sportifs et loyauté des compétitions) et les garde-fous contenus dans la loi, n'a émis qu'une réserve de faible portée :

« Il appartiendra aux autorités administratives compétentes de s'assurer, sous le contrôle du juge, que les conditions dans lesquelles cette information est délivrée au sportif sont de nature à garantir que, en décidant de prendre part à la compétition, il consent également à ce que les échantillons prélevés puissent faire l'objet d'analyses génétiques²¹. »

4. Un spectacle sans fin... Or on voit bien tout de même qu'avec la possibilité de ces analyses génétiques, même fortement encadrées, l'on change de dimension. Le spectacle n'est plus clos sur lui-même car les techniques utilisées peuvent aboutir à la découverte incidente de caractéristiques génétiques pouvant être responsables d'une affection justifiant des mesures de prévention ou de soins pour le sportif ou au bénéfice de membres de sa famille potentiellement concernés. Alors, sauf si elle s'y est préalablement opposée, la personne contrôlée est informée de l'existence d'une telle découverte et invitée à se rendre à une consultation chez un médecin qualifié en génétique pour une prise en charge. Ne bascule-t-on pas vers le théâtre expérimental ?

C.- *Un spectacle expérimental ?*

5. Utilité de l'expérimentation. On aurait pu imaginer que l'introduction des analyses génétiques dans le Code du sport se fasse à titre expérimental, c'est-à-dire qu'il soit fondé sur l'expérience et qu'il serve d'expérience, et ce pour deux raisons. D'une part, les applications de la génétique à la médecine humaine relèvent de la loi de bioéthique, laquelle est expérimentale dans un sens temporel et substantiel : elle est révisée tous les sept ans²² ; certaines techniques ont été, en leur temps, autorisées précisément à titre expérimental²³. D'autre part, selon les sources journalistiques et parlementaires, si les mesures anti-dopage génétiques ont été mises en œuvre à Tokyo et Pékin, leurs résultats n'ont pas été utilisés, ce qui aurait pu conduire à placer ces techniques sous le signe de la prospective²⁴. Le rapport de la sénatrice Cayaner était du reste partiellement en ce sens, appelant à distinguer le recours aux empreintes génétiques destiné à repérer une substitution d'empreinte, laquelle s'intégrerait sans encombre dans notre droit, de la recherche de caractéristiques génétiques permettant de déceler soit une mutation génétique naturelle soit un véritable « dopage génétique ». Pour ces deux dernières techniques, la commission « a fixé le cadre d'une véritable expérimentation menée sur un temps long, jusqu'en juin 2025, et suivie par le Comité consultatif national d'éthique pour

²¹ Décision n° 2023-850 DC du 17 mai 2023, considérant 14.

²² Voir article 41 de la loi n° 2021-1017 du 2 août 2021 relative à la bioéthique, JO 3 août.

²³ Voir par exemple l'article L2131-4-1 du Code de la santé publique dans sa version issue de la loi n° 2004-800 du 6 août 2004.

²⁴ Voir « Paris 2024 : le dopage génétique, une nouvelle forme de triche sous surveillance », *Le Monde* du 5 juillet 2023 ; Rapport n° 248 (2022-2023), préc. p. 25.

les sciences de la vie et de la santé et la Commission nationale de l'informatique et des libertés. Elle ferait l'objet d'un rapport remis au Parlement six mois avant son terme pour envisager une pérennisation des mesures, offrant ainsi une perspective de mise en conformité avec le Code mondial antidopage²⁵. »

6. La solution au rabais de l'évaluation. Si l'article 5, point V de la loi prévoit bien que le 1^{er} juin 2025 au plus tard, le Gouvernement devra remettre au Parlement, au CCNE et la CNIL un rapport d'évaluation de la mise en œuvre du présent article, il n'évoque pas explicitement la notion d'expérimentation, qui paraît d'autant plus écartée que l'article 5 de la loi JOP a modifié les articles 16-10 et 16-11 du Code civil semblant graver dans le marbre une technique, en partie largement expérimentale, incertaine, dont l'utilité n'est pas démontrée. C'est en effet dès la première discussion au Sénat que Madame Canayer, qui avait pourtant suggéré le *distinguo*, a proposé de renoncer l'expérimentation au sens strict :

« Depuis lors, nous avons poursuivi nos échanges, notamment avec l'Agence française de lutte contre le dopage (AFLD) et l'*International Testing Agency* (ITA), qui nous ont affirmé que cette distinction posait des difficultés techniques et n'assortissait pas l'ensemble des tests des mêmes garanties. C'est pourquoi je vous proposerai de pérenniser l'ensemble de ces tests tout en renforçant les garanties afférentes²⁶. »

Il est regrettable qu'on n'ait pas fait des JOP un théâtre expérimental, si l'on veut bien raisonner par analogie avec la notion brechtienne d'un théâtre fondé sur la démarche empirique, l'esprit critique et la lutte des contraires²⁷. On aurait pu observer *in situ* ces pratiques durant les jeux Olympiques pour voir si le dispositif est appliqué, dans quelles conditions et avec quelles éventuelles difficultés d'interprétation.

L'autre expérimentation de la loi a été, elle, sous les feux de la rampe.

²⁵ Rapport n° 248 (2022-2023), p. 15.

²⁶ Intervention A. CANAYER, compte rendu intégral des débats, séance du 24 janvier 2023.

²⁷ G. NOIRIEL, « L'institutionnalisation du théâtre français et ses effets sur la définition légitime de la création », *Revue internationale de philosophie*, 2011/1 (n° 255), p. 65 et s.

Dans son avis du 22 décembre 2022, le Conseil d'État a estimé que l'article 5 ne méconnaissait aucune norme supérieure mais s'est tout de même montré circonspect sur les modifications apportées aux articles 16-10 et 16-11 du Code civil. En effet, « ces articles sont issus des lois de bioéthique dont le processus d'élaboration garantit, en amont du débat législatif, le temps nécessaire à une analyse approfondie, experte et pluraliste des questions posées par l'évolution des techniques médicales et des questions éthiques et sociétales qu'elles posent » (CE, « Avis sur un projet de loi relatif aux Jeux olympiques et paralympiques de 2024 et portant diverses autres dispositions », 22 décembre 2022, n° 406383, par. 8 et s.). Voir aussi le paragraphe 11 sur le caractère temporaire ou non du dispositif et le paragraphe 17 recommandant de compléter l'étude d'impact notamment sur le caractère ciblé et non systématique des zones ou séquences d'ADN sur lesquelles portent les analyses et les modalités techniques du déroulement de chacune d'entre elles.

II.- Le spectacle sous le regard de la vidéosurveillance algorithmique

Depuis quelques années déjà, le maintien de l'ordre public comme la recherche d'infractions déterminées peuvent résulter du recueil des données de connexion²⁸, de la localisation²⁹, des données informatiques³⁰ du son ou de l'image³¹. S'agissant plus précisément de cette dernière, ses ressources sont utilisées sur tous les fronts. En droit administratif, le recours aux caméras de surveillance installées la voie publique³², dans des aéronefs³³ ou dans des lieux fréquentés par le public permet de saisir la comédie quotidienne des citoyens au marché, à la mairie, au théâtre, à l'hôpital. En droit du renseignement, la technique de fixation d'images dans des lieux privés et des véhicules offre aux services compétents une place dans les gradins des tragédies menaçant les intérêts fondamentaux de la Nation³⁴. La procédure pénale n'est pas exclue du plateau de tournage car le spectacle à huis clos des groupes criminels peut être pénétré par les enquêteurs à l'aide d'un dispositif de fixation d'images installé dans des lieux privés ou des véhicules. La chambre criminelle de la Cour de cassation admet même que cette surveillance peut intervenir au moyen d'un drone³⁵, témoin volant du discret balai criminel. En aval, le rituel judiciaire est remodelé par l'irruption de l'image à l'audience. Les éléments de preuve visuels sont présentés sur des écrans dirigés vers les magistrats, les jurés et le public à leur tour fixés sur la pellicule à des fins pédagogiques, informatives, culturelles ou scientifiques³⁶. L'arène judiciaire a un pendant sportif avec le développement de l'assistance vidéo à l'arbitrage dans certaines compétitions de football ou de tennis. Le joueur n'est plus seulement l'objet de l'image festive mais aussi de l'image contrôle, perçue par les spectateurs comme un instrument indispensable à la compétition.

Le recours à l'image dans la prévention des atteintes aux intérêts fondamentaux de la Nation, la répression des infractions ou le contrôle des sportifs prend une ampleur nouvelle avec l'essor des algorithmes³⁷. La technique jouait déjà un rôle central dans le recueil de l'image mais l'acte d'interprétation restait, en majeure partie, sous la responsabilité des personnels. L'ajout d'un module de reconnaissance

²⁸ Articles 60-2, 77-1-2 et 706-95-20 du code de procédure pénale. Articles L. 851-1, L. 851-2 et L. 851-6 du code de la sécurité intérieure.

²⁹ Article 230-32 du code de procédure pénale. Articles L. 851-4 et L. 851-5 du code de la sécurité intérieure.

³⁰ Article 706-102-1 du code de procédure pénale. Article L. 853-2 du code de la sécurité intérieure.

³¹ Article 706-96 du code de procédure pénale. Article L. 853-1 du code de la sécurité intérieure.

³² Article L. 252-1 du code de la sécurité intérieure

³³ Article L. 242-1 du code de la sécurité intérieure.

³⁴ Article L. 811-3 du code de la sécurité intérieure.

³⁵ Cass. crim., 15 novembre 2022, n° 22-80.097, Publié au bulletin.

³⁶ Article 38 *quater*. Loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse.

³⁷ Le dictionnaire Larousse définit l'algorithme comme un « ensemble de règles opératoires dont l'application permet de résoudre un problème énoncé au moyen d'un nombre fini d'opérations. Un algorithme peut être traduit, grâce à un langage de programmation, en un programme exécutable par un ordinateur. »

faciale au fichier de traitement des antécédents judiciaires³⁸ réduit l'influence de l'enquêteur. Celui-ci insère des images parfois issues de caméras de vidéosurveillance dans le traitement de données puis il reçoit le résultat de la comparaison avec les images précédemment enregistrées³⁹. Sa mission interprétative ne disparaît pas mais elle intervient en aval d'une préparation autonome qui limite le champ des interrogations et des solutions.

La substitution de l'examen algorithmique à l'œil humain dans l'étude de l'image change de dimension avec les JOP de Paris 2024. La loi prévoit en effet, dans son article 10, la possibilité de coupler, à titre expérimental, la vidéosurveillance à des traitements algorithmiques⁴⁰. La transformation du spectacle en un objet de surveillance augmentée s'est heurtée aux craintes de certains parlementaires⁴¹ qui se sont prononcés contre l'article⁴². Toutefois, leur argumentaire relatif à la protection de la vie privée⁴³ n'a pas prospéré face au discours du gouvernement⁴⁴ guidé par le Conseil d'État⁴⁵, la Commission nationale de l'informatique et des libertés⁴⁶ puis soutenu par le Conseil constitutionnel dans sa décision *a priori*⁴⁷. Reconnus conformes à la Constitution, les trente-cinq alinéas qui composent l'article⁴⁸ déterminent les caractères du spectacle-surveillance selon des limites très lâches, et ce d'autant plus que le législateur n'a pas jugé nécessaire de proposer une définition synthétique de

³⁸ Articles 230-6, R. 40-23 et R. 40-26 du code de procédure pénale. Les dispositions réglementaires ont été validées par le Conseil d'État. CE, 26 avril 2022, n° 442364.

³⁹ Le dispositif a été décrit assez précisément par La Quadrature du Net. *La Quadrature du Net*, « Nous attaquons la reconnaissance faciale dans le TAJ », 7 août 2020.

⁴⁰ Loi n° 2023-380 du 19 mai 2023 relative aux jeux Olympiques et Paralympiques de 2024 et portant diverses autres dispositions.

⁴¹ Le texte a été qualifié de « cheval de Troie » par Sylvie ROBERT et Thomas DOSSUS. Sénat, Compte rendu intégral, Séance du mardi 24 janvier 2023, p. 400 et 401. La transformation « en cobayes » des citoyens et des touristes a aussi été évoquée par Sandra REGOL. Assemblée nationale, Compte rendu intégral, Séances du mercredi 22 mars 2023, p. 2885.

⁴² Amendements n° 47 et n° 63. Sénat, Compte rendu intégral, Séance du mardi 24 janvier 2023, p. 400.

⁴³ Le droit au respect de la vie privée est protection au niveau national et à l'échelle européenne. Article 2 de la Déclaration des droits de l'Homme et du Citoyen tel qu'interprété par le Conseil constitutionnel. Article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme. Articles 7 et 8 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne.

⁴⁴ Étude d'impact, Projet de loi relatif aux jeux Olympiques et Paralympiques de 2024, 20 décembre 2022, p. 76.

⁴⁵ D'après le Conseil d'État, ce type de dispositif peut « nécessiter un assentiment exprès du législateur et la fixation de garanties spécifiques. » CE, Étude à la demande du Premier ministre, Intelligence artificielle et action publique : construire la confiance, servir la performance, Étude adoptée en assemblée générale plénière du 31 mars 2022, p. 137.

⁴⁶ Ainsi, « le recours à des analyses algorithmiques d'images de caméras de vidéoprotection, réalisées en temps réel en vue d'une intervention immédiate ou de l'enclenchement de procédures administratives ou judiciaires par les services de police, semble devoir être subordonnée à l'existence d'un encadrement législatif spécifiques ». Commission nationale de l'informatique et des libertés, « Caméras dites "intelligentes" ou "augmentées" dans les espaces publics. Position sur les conditions de déploiement », juillet 2022, p. 15.

⁴⁷ CC, Décision n° 2023-850 DC, 17 mai 2023, Loi relative aux jeux Olympiques et Paralympiques de 2024 et portant diverses autres dispositions, Considérant 49.

⁴⁸ C'est le second article le plus long du texte derrière l'article 29 qui est composé de 45 alinéas.

la vidéosurveillance algorithmique. Il préfère procéder à une énumération de ses caractères disséminés dans l'ensemble de l'article 10 de la loi JOP et de son décret d'application⁴⁹. Trois aspects essentiels ressortent de l'analyse de ces textes⁵⁰ : le dispositif est autorisé à titre expérimental de l'entrée en vigueur de la loi jusqu'au 31 mars 2025⁵¹ ; il constitue un traitement de données autonome fondé sur une phase d'apprentissage⁵² qu'il ne faut pas confondre avec les caméras de vidéosurveillance auxquelles il peut être couplé ; les données collectées ne sont pas soumises à une identification biométrique ou à une reconnaissance faciale⁵³ mais seulement à une analyse de situation⁵⁴. La nature du spectacle placé sous le regard de la vidéosurveillance algorithmique n'est dès lors pas facile à saisir. Les opérations mobilisent en effet des acteurs pluriels (A) qui interviennent dans un champ étendu (B) afin que se produise l'un des multiples dénouements espérés (C).

A.- Les acteurs pluriels de la surveillance du spectacle

La vidéosurveillance algorithmique du spectacle requiert la participation d'un organe de contrôle *a priori* et *a posteriori* symbolisé par la Warner Préfecture Production, d'équipes de tournage composée des forces de sécurité intérieure et de secours ainsi que d'une troupe de comédiens anonymes formée par les spectateurs.

7. La Warner Préfecture Production. Les caméras de vidéosurveillance installées sur le fondement du code de la sécurité intérieure et les traitements algorithmiques qui peuvent leur être appliqués poursuivent un objectif de protection de l'ordre public. Il s'agit d'activités de police administrative qui ne sont dirigées vers aucune infraction précisément déterminée et qui relèvent sans surprise de la

⁴⁹ Pour plus de détail sur la définition du dispositif, v. A. GUILLARD, V. LOUIS, « La loi « jeux olympiques » : l'arbre de l'expérimentation algorithmique cache la forêt de l'extension sécuritaire », *La Revue des droits de l'homme*, Actualités Droits-Libertés, 18 septembre 2023. M. J. FABIEN, « le Parlement autorise une expérimentation de caméras dites « augmentées » : enjeux et garanties », *Revue pratique de la prospective et de l'innovation*, n° 1, mai 2023, Dossier 5.

⁵⁰ Décret n° 2023-828 du 28 août 2023 relatif aux modalités de mise en œuvre des traitements algorithmiques sur les images collectées au moyen de systèmes de vidéoprotection et de caméras installées sur des aéronefs, pris en application de l'article 10 de la loi n° 2023-380 du 19 mai 2023 relative aux jeux Olympiques et Paralympiques de 2024 et portant diverses autres dispositions, JORF, n° 0200, 30 août 2023, texte n° 9.

⁵¹ Article 37-1 de la Constitution du 4 octobre 1958. Article 10 al. 1. Loi n° 2023-380 du 19 mai 2023 préc. La date d'achèvement est fondée sur l'exigence d'une évaluation suffisamment longue du dispositif. Étude d'impact, préc., p. 81.

⁵² Article 10 al. 18. Loi n° 2023-380 du 19 mai 2023 préc. Articles 4 à 10. Décret n° 2023-828 du 28 août préc.

⁵³ Article 10 al. 5. Loi n° 2023-380 du 19 mai 2023 préc. Article 2 al. 1. Décret n° 2023-828 du 28 août préc.

⁵⁴ Sénat, Commission des lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du règlement et d'administration générale, Rapport d'information n° 627 sur la reconnaissance faciale et ses risques au regard de la protection des libertés individuelles, Enregistré à la Présidence du Sénat le 10 mai 2022, p. 26.

compétence de l'autorité préfectorale⁵⁵. La décision d'appliquer un traitement algorithmique aux caméras de vidéosurveillance n'est pas guidée par la licence artistique mais soumise à des conditions strictes. L'autorisation du préfet ou, pour Paris et la petite Couronne, du préfet de police, doit être proportionnée à la finalité poursuivie, motivée et publiée⁵⁶. La décision doit viser les réalisateurs⁵⁷, l'évènement⁵⁸, le périmètre géographique⁵⁹, les modalités d'informations du public⁶⁰ et la durée de la surveillance fixée à un mois maximum renouvelable dans les mêmes conditions de forme⁶¹. Ces exigences sont complétées par un suivi de l'exécution de la mesure en lien étroit avec l'équipe de réalisation qui peut entraîner sa suspension ou son abandon⁶².

8. Les forces de sécurité intérieure et de secours au tournage. Le *continuum* de sécurité incarné par le Centre de coordination opérationnelle de sécurité (CCOS), installé à la préfecture de police de Paris pour contrôler le réseau de transports en commun⁶³, influence aussi les acteurs de la vidéosurveillance algorithmique. L'exécution des traitements de données dépend non seulement de la police nationale et de la gendarmerie nationale mais encore des services d'incendie et de secours, de la police municipale, des services internes de sécurité de la SNCF et de la Régie autonome des transports parisiens⁶⁴. La capture et l'analyse algorithmique de l'image sont donc ouvertes à un grand nombre de services malgré leur complexité et leur incidence sur le droit au respect de la vie privée. Les instruments de tournage sont en contrepartie assez précisément limités. Il s'agit seulement des caméras immobiles installées sur la voie publique ou dans des lieux ouverts au public⁶⁵ et des caméras fixées à des aéronefs⁶⁶ dont le régime juridique a récemment été précisé par la voie réglementaire⁶⁷. Les caméras piétons portées par un nombre croissant d'agents

⁵⁵ Article 10 al. 23. Loi n° 2023-380 du 19 mai 2023 préc.

⁵⁶ Article 10 al. 23, 25. Loi n° 2023-380 du 19 mai 2023 préc. Le Conseil constitutionnel a relevé la précision du dispositif. CC, Décision no 2023-850 DC, préc. Considérant 38.

⁵⁷ Article 10 al. 26. Loi n° 2023-380 du 19 mai 2023 préc.

⁵⁸ Article 10 al. 27. Loi n° 2023-380 du 19 mai 2023 préc.

⁵⁹ Article 10 al. 28. Loi n° 2023-380 du 19 mai 2023 préc.

⁶⁰ Article 10 al. 29. Loi n° 2023-380 du 19 mai 2023 préc.

⁶¹ Article 10 al. 30. Loi n° 2023-380 du 19 mai 2023 préc.

⁶² Article 10 al. 32. Loi n° 2023-380 du 19 mai 2023 préc. Le Conseil constitutionnel précise dans une réserve d'interprétation que la disposition au sens de laquelle le préfet peut suspendre ou mettre fin à tout moment à une autorisation lorsque les conditions qui l'on justifié ne sont plus remplies doit être entendue dans le sens qu'il y est contraint dès que les conditions d'autorisation ne sont plus satisfaites. CC, Décision n° 2023-850 DC, préc. Considérant 39.

⁶³ V. <https://www.prefecturedepolice.interieur.gouv.fr/mission/les-acteurs-du-projet-o>

⁶⁴ Le décret prévoit les conditions précises de désignation des responsables de traitement. Article 13. Décret n° 2023-828 du 28 août préc.

⁶⁵ Article 10 al. 1. Loi n° 2023-380 du 19 mai 2023 préc. Article L. 252-1 du code de la sécurité intérieure

⁶⁶ Article 10 al. 1. Loi n° 2023-380 du 19 mai 2023 préc. Article L. 242-1 du code de la sécurité intérieure.

⁶⁷ Décret n° 2023-283 du 19 avril 2023 relatif à la mise en œuvre de traitements d'images au moyen de dispositifs de captation installés sur des aéronefs pour des missions de police administrative. Arrêté du 19 avril 2023 relatif au nombre maximal de caméras installées sur des aéronefs pouvant être simultanément utilisées dans chaque département et collectivité d'outre-mer.

sont exclues du dispositif qui suppose « davantage une vision grand angle⁶⁸ ». Les personnes qui participent au spectacle et, par extension, celles qui se trouvent à proximité, sont happées par ces objectifs analytiques qui les transforment en comédiens malgré eux.

9. Les spectateurs comédiens malgré eux. Les personnes impliquées dans les festivités se pensent légitimement destinataires des événements alors qu'elles sont les objets d'un second niveau de connaissance. À l'inverse du droit du renseignement qui ne prévoit pas de notification des individus surveillés ou de la procédure pénale qui prévoit une notification indirecte des personnes mises en cause lorsqu'elles accèdent au dossier de la procédure, la vidéosurveillance algorithmique donne lieu à plusieurs mesures d'information. Une campagne de sensibilisation est organisée par le ministère de l'Intérieur à l'égard de l'ensemble du public afin de présenter l'acte⁶⁹. Elle est complétée par une information sur l'emploi de chaque traitement algorithmique qui intervient par tout moyen approprié⁷⁰. Ces mécanismes rassurants font l'objet de deux exceptions dont on peut imaginer qu'elles trouveront souvent matière à s'appliquer. En effet, la notification peut être exclue lorsque les circonstances l'interdisent ou quand elle entre en contradiction avec les objectifs poursuivis⁷¹. La démarche du législateur apparaît assez clairement : celui-ci a fait le choix de donner une portée maximale à l'ensemble des composantes de l'acte et particulièrement à son champ d'application qui décuple le nombre de citoyens surveillés.

B.- Le champ étendu de la surveillance du spectacle

Les opérations de contrôle ont une dimension bien plus large que les jeux Olympiques et Paralympiques de Paris 2024. Les thèmes et les scènes du spectacle potentiellement soumis à une vidéosurveillance algorithmique sont délimités de manière extensive.

10. La multiplication des thèmes du spectacle. La surveillance est envisageable à l'égard des festivités qui répondent à deux critères cumulatifs⁷². Le premier tient à la nature des rassemblements qui doivent présenter un caractère sportif, récréatif ou culturel⁷³. Cette énumération assez ouverte englobe un très grand nombre d'événements sociaux à l'exception des rencontres politiques et religieuses. Le second est alternatif : le spectacle doit être menacé du fait de l'ampleur de sa

⁶⁸ Étude d'impact, préc., p. 81.

⁶⁹ Article 10 al. 4. Loi n° 2023-380 du 19 mai 2023 préc.

⁷⁰ Article 10 al. 3. Loi n° 2023-380 du 19 mai 2023 préc. Article 17 al. 2. Décret n° 2023-828 du 28 août préc.

⁷¹ Article 10 al. 3. Loi n° 2023-380 du 19 mai 2023 préc.

⁷² Le Conseil constitutionnel a mis en avant la pertinence de ces critères. CC, Décision n° 2023-850 DC, préc. Considérant 37.

⁷³ La liste est tout de même limitée par l'exclusion des rassemblements politiques et religieux. Article 10 al. 1. Loi n° 2023-380 du 19 mai 2023 préc.

fréquentation ou de ses circonstances⁷⁴. Or, ces deux situations ne sont pas très compliquées à qualifier pour le préfet qui peut arguer de la menace terroriste ou des risques de mouvements de foules.

11. Le rayonnement des scènes du spectacle. Le domaine d'une représentation est aisément borné lorsqu'elle intervient dans un lieu clos alors qu'il est beaucoup plus difficile à circonscrire quand elle a lieu en plein air. Pour éviter cet écueil, le législateur a tracé trois cercles autour du spectacle afin d'appliquer une surveillance aussi efficace aux ballets de l'opéra Garnier à Paris et au théâtre de rue d'Aurillac. Le premier cercle comprend « les lieux accueillant ces manifestations⁷⁵ », le second « leurs abords⁷⁶ » et le troisième « les véhicules et les emprises de transport public et [sur] les voies les desservant⁷⁷. » L'appréhension dynamique de l'espace de la fête entraîne une extension temporelle de la surveillance qui a vocation à précéder, à accompagner et à prolonger le spectacle. Les épreuves des jeux Olympiques et Paralympiques qui auront lieu dans des grandes villes pourront faire l'objet d'une surveillance algorithmique très étendue par l'intermédiaire des zones récréatives qui entourent les stades et des réseaux de transports qui les quadrillent. L'acte est donc loin d'être aussi encadré que la lecture rapide du très complexe article 10 de la loi JOP ne le laisse penser. Il fixe toutefois un peu plus clairement les dénouements espérés d'une vidéosurveillance algorithmique.

C.- Les multiples dénouements espérés de la surveillance spectacle

La mise en abyme du spectacle par sa soumission à un processus d'analyse de l'image a pour objectif de prévenir les menaces qui pèsent sur lui en procédant à des alertes lorsque des événements préoccupants surviennent.

12. Le spectacle menacé. Les conditions matérielles et spatiales sont complétées par un critère attaché au risque qui plane sur le spectacle et qui est constitué de deux éléments cumulatifs. D'abord, la menace suppose un seuil de gravité élevé car le spectacle doit être « particulièrement exposé⁷⁸ » à un risque. Ce genre de *criterium* est toujours difficile à apprécier car un événement hypothétique ne peut supporter une évaluation précise. Ensuite, la nature du péril peut revêtir deux formes : la vidéosurveillance algorithmique couvre les risques « d'actes de terrorisme ou d'atteintes graves à la sécurité des personnes⁷⁹. » Le premier aléa est identifiable alors

⁷⁴ Exemple d'un lieu difficile à sécuriser : les berges de la Seine lors de la cérémonie d'ouverture des jeux Olympiques et Paralympiques de Paris 2024. Article 10 al. 1. Loi n° 2023-380 du 19 mai 2023 préc.

⁷⁵ Ils peuvent être fermés (stade) ou ouverts (bord de mer). Article 10 al. 1. Loi n° 2023-380 du 19 mai 2023 préc.

⁷⁶ Cas des esplanades et des parkings. Article 10 al. 1. Loi n° 2023-380 du 19 mai 2023 préc.

⁷⁷ Article 10 al. 1. Loi n° 2023-380 du 19 mai 2023 préc.

⁷⁸ Article 10 al. 1. Loi n° 2023-380 du 19 mai 2023 préc.

⁷⁹ Article 10 al. 1. Loi n° 2023-380 du 19 mai 2023 préc.

que le second correspond à un champ d'application extrêmement vaste qui englobe d'ailleurs le terrorisme. Une fois de plus, le législateur procède par énumérations donnant une impression de rigueur alors que l'exécution de l'acte peut produire un nombre important d'alertes qu'il ne sera pas toujours facile d'interpréter.

13. *The show must go on.* Le point d'orgue de l'examen de l'image est la transmission d'un signalement pour contrer un trouble grave à l'ordre public. L'alerte ne peut intervenir à l'égard de n'importe quel comportement mais uniquement à propos d'un certain nombre de situations prédéterminées repérées en temps réel. Le décret d'application de l'article 10 de la loi JOP précise les exemples présentés lors de l'élaboration du texte⁸⁰. Il distingue huit situations qu'il est possible de classer en trois catégories⁸¹. La première a trait à la détection de choses telles que des objets abandonnés, des armes⁸² ou des départs de feux. La deuxième comprend les règles de circulation des personnes et des véhicules qui sont signalés lorsqu'ils ne respectent pas le sens de circulation commun ou qu'ils pénètrent dans une zone interdite ou sensible. La troisième vise la concentration des personnes et particulièrement les chutes, les mouvements de foule et les niveaux de densité excessifs. Le répertoire des événements qui provoquent un « signalement d'attention⁸³ » est suivi d'une phase de contrôle humain⁸⁴ saluée par le Conseil constitutionnel⁸⁵. Les opérateurs apprécient la pertinence du signalement⁸⁶ avant que les « mesures nécessaires⁸⁷ » soient prises. Leur nature n'est pas précisée dans les textes qui énoncent seulement que les signalements ne peuvent servir de fondement à une « décision individuelle » ou un « acte de poursuite⁸⁸. » Le dénouement de cet appareil de surveillance complexe se résume à une simple alerte dont il est difficile, en l'état, d'estimer la participation au maintien de l'ordre. Si l'étude d'impact adossée au projet de loi JOP se montre

⁸⁰ L'avis du Conseil d'État mentionnait l'apparition d'un objet abandonné ou d'une arme, d'un mouvement dans une zone interdite ou contrôlée ou encore d'un mouvement de foule. CE, Assemblée générale, Avis n° 406383 sur un projet de loi relatif aux jeux olympiques et paralympiques de 2024 et portant diverses autres dispositions, 15 décembre 2022, p. 7.

⁸¹ Article 3. Décret n° 2023-828 du 28 août préc.

⁸² Article R. 311-2 du code de la sécurité intérieure.

⁸³ Article 10 al. 6. Loi n° 2023-380 du 19 mai 2023 préc.

⁸⁴ Article 2 al. 1. Décret n° 2023-828 du 28 août préc.

⁸⁵ Le Conseil constitutionnel a rappelé l'importance du contrôle humain sur le dispositif qui peut seulement communiquer des alertes. CC, Décision n° 2023-850 DC, préc. Considérant 43.

⁸⁶ Il s'agit des agents de la police nationale individuellement désignés et spécialement habilités par le chef du service, des militaires de la gendarmerie nationale individuellement désignés et spécialement habilités par le commandant de l'unité de gendarmerie, des personnels des services d'incendie et de secours individuellement désignés et spécialement habilités par le responsable du service, des agents de police municipale individuellement désignés et spécialement habilités par le maire ou le responsable du service de police municipale et des agents des services internes de sécurité de la SNCF et de la Régie autonome des transports parisiens individuellement désignés et spécialement habilités par les responsables de ces services. Article 15. Décret n° 2023-828 du 28 août préc.

⁸⁷ Article 10 al. 1. Loi n° 2023-380 du 19 mai 2023 préc.

⁸⁸ Article 10 al. 6. Loi n° 2023-380 du 19 mai 2023 préc.

très optimiste⁸⁹, l'efficacité pratique de l'acte dépend fortement de la formation des personnels⁹⁰, d'un minutieux travail d'interprétation et d'une réelle coordination des acteurs.



Des techniques innovantes destinées à détecter l'invisible dans le corps du sportif (une fraude ou une anomalie génétique) ou le signal d'une menace (un comportement) se sont bien invitées aux JOP 2024. Reste à savoir si, au-delà du discours officiel sur leur caractère provisoire ou pérenne, elles participeront de l'éphémère de tout spectacle ou si elles perdureront d'une manière ou d'une autre à l'issue des JOP. Les discours des autorités publiques sur cette manifestation insistent beaucoup sur sa dimension d'héritage, matériel (équipements sportifs, logements, aménagements de la voirie) et immatériels (développement de la pratique sportive et inclusion des personnes en situation de handicap). Les techniques spectaculaires envisagées pour maintenir les sportifs en bonne santé, porter la valeur de loyauté de la compétition, éviter que la fête ne se transforme en catastrophe feront-elles aussi partie de cet héritage une fois les lumières éteintes ? Pour cela au moins faudrait-il disposer d'évaluations approfondies et fiables, reprendre à nouveaux frais les dispositifs à travers les catégories et les ressources fondamentales du droit (le consentement, la nécessité, le juge, etc.), réfléchir plus avant aux rapports qu'entretiennent la technique et les droits de l'homme car spectateurs et sportifs sont aussi des citoyens.

⁸⁹ Pour les rédacteurs de l'étude d'impact il s'agit d' « un outil particulièrement efficace d'aide à l'exploitation des images » car « la visualisation en direct de l'ensemble des images captées par les caméras de vidéoprotection est matériellement impossible. » Étude d'impact, préc., p. 76.

⁹⁰ Ainsi, « Leurs agents devront être formés pour gérer les signalements engendrés par les systèmes d'intelligence artificielle. S'agissant de la mise en œuvre des droits des personnes, tous les agents qui visionnent des images de vidéoprotection sont déjà formés à l'application du RGPD et de la LIL (article L. 255-1 du CSI). » Étude d'impact, préc., p. 85.

La loi relative aux influenceurs : spectacle(s) et réseaux sociaux

Tatiana KOZLOVSKY

*Doctorante contractuelle en droit privé
Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne, IRJS
Département de recherche en Droit de l'immatériel de la Sorbonne*

Robin PLIQUE

*ATER et doctorant en droit privé
Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne, IRJS
Département de recherche en Droit de l'immatériel de la Sorbonne*

1. Naissance médiatique de la loi Influenceurs : un spectacle numérique.

La loi n° 2023-451 du 9 juin 2023 visant à encadrer l'influence commerciale et à lutter contre les dérives des influenceurs sur les réseaux sociaux (ci-après « loi Influenceurs ») est une loi transpartisane, soutenue par le gouvernement et qui a fait l'objet d'une forte concertation citoyenne ainsi que d'une large médiatisation. Voté à l'unanimité dans sa version finale par l'Assemblée nationale, ce nouvel élément de notre système juridique trouve sa source réelle (ou matérielle)¹ dans diverses affaires grandement médiatisées², à l'instar de l'affaire « Shauna Events » opposant le célèbre rappeur Booba à Magali Berdah, fondatrice de l'agence susnommée et dite « papesse des influenceurs », le premier accusant avec véhémence la seconde de diverses arnaques et pratiques commerciales trompeuses³. D'autres affaires, parfois plus anciennes, ont également participé à l'émergence de cette loi, comme celle « Nabilla » dans laquelle la célébrité du petit écran avait illicitement fait la promotion de placements

¹ P. DEUMIER, *Introduction générale au droit*, LGDJ, 7^e éd., 2023, n° 65, p. 67. Selon cet auteur, la distinction classique entre les sources matérielles ou réelles de la loi et ses sources formelles a été introduite par F. GÉNY, *Méthode d'interprétation et sources du droit privé positif*, LGDJ, 2^e éd., 1919.

² V. *infra* notes n° 94 à 104, où sont référencés quelques articles de presse contemporains de la rédaction de la loi.

³ Pour un résumé de l'affaire, v. S. LAURENT, « La vendetta virtuelle et juridique de Booba contre l'influenceuse Magali Berdah », *Le Monde*, 20 juil. 2022 ([en ligne](#)).

en Bitcoin et qui s'est conclue par une amende transactionnelle avec la Direction générale de la concurrence, consommation et de la répression des fraudes, ci-après, la DGCCRF⁴. Dans chacune de ces affaires, le problème récurrent semblait être celui de l'influence qu'on prête, à tort ou à raison, à ces diverses personnalités.

2. Première approche de l'influence. En synthétisant les diverses définitions disponibles, l'influence peut être décrite comme une action graduelle, difficilement perceptible, qui agit sur une personne et ses opinions morales, intellectuelles, artistiques, ou encore politiques⁵. C'est une pression, plus ou moins grande, exercée sur la volonté ou l'autonomie des personnes qui la perçoivent. Cette définition n'est d'ailleurs pas inconnue du droit, qui l'appréhendait déjà dans diverses situations avant même cette loi. L'influence, au sens large, ne connaît pas de définition juridique précise mais elle fait l'objet d'une approche qui est tantôt préventive, tantôt répressive.

3. Les approches juridiques préexistantes de l'influence. Selon l'approche préventive ou *ex ante*, il s'agit d'empêcher l'influence de se constituer de façon trop insidieuse. L'objet est alors de réglementer les conflits d'intérêts et d'empêcher ceux-ci de se constituer, afin que ne puisse pas être exercée une influence inappropriée sur la personne⁶. L'influence peut ainsi être illicite, un constat qui n'est d'ailleurs pas spécifique au droit français : c'est également le cas dans le droit anglais, qui connaît la notion d'*undue influence*⁷, sorte de vice de consentement du contrat qui peut entraîner sa nullité lorsqu'une partie arrive à prouver en équité qu'elle a été indûment influencée par son contractant lorsque celui-ci était dans une relation de confiance spéciale avec lui (parent-enfant, docteur-patient, avocat-client) et que le contrat est manifestement désavantageux pour l'influencé. De façon plus spéciale,

⁴ DGCCRF, « Paiement d'une amende de 20 000 € par l'influenceuse Nabilla Benattia-Vergara, pour pratiques commerciales trompeuses sur les réseaux sociaux », communiqué du 28 juill. 2021 ([en ligne](#)).

⁵ *Trésor de la langue française informatisé*, (TLFi) ([en ligne](#)) v° « Influence » : « Action (généralement lente et continue) d'un agent physique (sur quelqu'un, quelque chose), suscitant des modifications d'ordre matériel », « Action (généralement graduelle et imperceptible) qui s'exerce sur les dispositions psychiques, sur la volonté de telle personne [...] » ; Comp. A. LALANDE, *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, PUF, Quadrige, 2010, v° « Influence » : « A. Action d'une circonstance, d'une chose ou d'une personne sur une autre, au sens le plus vague de ce mot. Le mot influence emporte presque toujours l'idée que l'action dont il s'agit s'exerce d'une façon graduelle, continue, presque insensible, et coopère avec d'autres causes dans la production de ses effets [...] ».

⁶ Par ex., v. 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, « Sapin II », art. 2 : « I. - Au sens de la présente loi, constitue un conflit d'intérêts toute situation d'interférence entre un intérêt public et des intérêts publics ou privés qui est de nature à influencer ou à paraître influencer l'exercice indépendant, impartial et objectif d'une fonction. » Pour des études doctrinales précises, v. J. VALIERGUE, *Les conflits d'intérêts en droit privé. Contribution à la théorie juridique du pouvoir*, LGDJ, t. 589, 2019 ; Th. DOUVILLE, *Les conflits d'intérêts en droit privé*, Institut Universitaire Varenne, t. 104, 2014.

⁷ V. H. KÖTZ, « Comparative Contract Law », in M. REIMANN et R. ZIMMERMANN (dir.), *The Oxford Handbook of Comparative Law*, Oxford University Press, 2019, Section IV, « Illegal, Immoral and Unfair Contracts », note 57.

le droit s'est saisi du *lobbying* ou de la représentation d'intérêts à travers diverses dispositions rejaillissant sur les questions d'influence. L'influence et la représentation d'intérêt désignent en effet toutes deux « les activités ayant pour objet d'influer sur la décision publique, notamment sur le contenu d'une loi ou d'un acte réglementaire en entrant en communication » avec des membres du gouvernement, des membres de cabinets ministériels ou collaborateurs du Président de la République, des personnes chargées d'une mission de service public, etc⁸. L'idée est donc de rendre cette influence transparente. C'est pourquoi les articles 25 et suivants de la loi Sapin-II ont créé un répertoire numérique public des représentants d'intérêts⁹ dans lequel ceux-ci doivent communiquer diverses informations¹⁰. De même, chaque année, les fabricants, les importateurs et les distributeurs de produits du tabac ainsi que les entreprises, les organisations professionnelles ou les associations les représentant doivent adresser au ministre chargé de la santé un rapport détaillant l'ensemble des dépenses liées à des activités d'influence ou de représentation d'intérêts¹¹. Parallèlement, selon l'approche répressive ou *ex post*, c'est non pas la constitution d'une influence qui est problématique mais l'utilisation illicite de celle-ci. Le droit pénal réprime ainsi le fait de faire trafic de son influence¹².

4. Redéfinition de l'influence à l'aune d'un spectacle numérique. Ainsi l'influence n'était pas une inconnue pour le droit, mais aucun des prismes évoqués ne permet de saisir le phénomène des influenceurs sur les réseaux sociaux. Les « influenceurs » dont il est question diffèrent des lobbyistes ou des politiciens. Ils agissent surtout comme un relais publicitaire, au fondement des stratégies de marques¹³, dont l'audience est parfois très jeune. Il s'agit alors de présenter au regard de potentiels consommateurs une vue d'ensemble qui « attire leur attention », voire « éveille des réactions », ce qui correspond bien à la définition d'un spectacle¹⁴. C'est la crainte de dérives et d'« arnaques » produites par ce spectacle qui a justifié l'action législative des députés via le dépôt d'une proposition de loi spécifiquement dédiée¹⁵, dont les premières lignes de l'exposé des motifs renvoient à ce constat : « la proposition de loi que nous présentons est inédite à plusieurs titres. Tout d'abord, ce texte vient encadrer un phénomène bien connu de millions de Françaises et de Français pourtant inexistant dans notre droit : l'influence sur

⁸ Pour la liste complète, v. CSP, art. R. 3512-1-1 et art. L. 3512-7.

⁹ Ce répertoire est tenu par la Haute Autorité Pour la Transparence de la Vie Publique (HATVP), disponible [ici](#).

¹⁰ Pour la liste complète des informations que ceux-ci doivent fournir, v. Loi n° 2013-907 du 11 octobre 2013 relative à la transparence de la vie publique, art. 18-3.

¹¹ CSP, art. L. 3512-7.

¹² C. pén., art. 433-2.

¹³ S. MARTY, « Swipe up et codes promo : quand les influenceurs donnent vie à un storyliving dédié aux marques », *Communication & Management*, vol. 18, n° 1, 2021, p. 47-65.

¹⁴ V° « Spectacle », dans le *TLFi*, [en ligne](#), sens A : « Ce qui se présente au regard ; vue d'ensemble qui attire l'attention et/ou éveille des réactions. »

¹⁵ Proposition de loi n° 790 visant à lutter contre les arnaques et les dérives des influenceurs sur les réseaux sociaux.

les réseaux sociaux, et le statut des personnalités qui exercent cette influence, et des agences qui l'organisent. »

5. Objet et plan. Dès lors, la loi Influenceurs entend régir un phénomène sociologique selon lequel certaines personnes, devenues particulièrement visibles, usent de leur notoriété pour susciter des actions, des désirs, ou une consommation chez leurs concitoyens. Afin d'établir le lien qu'entretient cette loi avec le « spectacle » médiatique, nous verrons en quoi l'influence dont il est question ici est singulière. Elle se forme par le biais d'un spectacle sur les réseaux socio-numériques, ce qui a fondé une appréhension juridique spécifique des influenceurs (I). Toutefois ce nouveau cadre juridique est critiquable en ce qu'il semble lui-même être un spectacle (II).

I.- Le spectacle comme source de l'appréhension juridique des influenceurs

Il est nécessaire de décrire le spectacle de l'influence sur les réseaux sociaux afin de mieux le comprendre (A). Cela nous permettra ensuite d'étudier comment sont qualifiés juridiquement les influenceurs en relation avec cette notion de spectacle (B).

A.- *Le spectacle des influenceurs sur les réseaux sociaux*

Au préalable, il s'avère important de bien comprendre comment l'influenceur acquiert son influence. C'est précisément la notion de spectacle qu'il est ici utile de mobiliser. Debord disait que « le spectacle n'est pas un ensemble d'images, mais un rapport social entre des personnes, médiatisé par des images¹⁶ ». Il faut en tirer toutes les conséquences. Il faut se demander, à l'égard de notre contexte, qui médiatise ici et qui fait quoi ? On déterminera ainsi, tout d'abord, ce que font les influenceurs (1) et on s'intéressera ensuite à l'opérateur sans qui l'influenceur n'est rien, à savoir les plateformes en ligne leur permettant d'apparaître (2).

1.- Ce que font les influenceurs : mises en scène et publicité

6. Première approche : une mise en scène du quotidien. À un premier niveau, on peut comprendre les actions des influenceurs comme une mise en scène de leur quotidien sur des plateformes en ligne proposant un réseau social. D'un côté, ils vont ainsi parler, se filmer en train de jouer à un jeu vidéo (*streaming*), réaliser des vidéos sur YouTube – qu'il s'agisse de vulgarisation scientifique ou d'évaluation de produits (tests) – ou encore poster des *vlogs*¹⁷ de leur vie quotidienne, de leur

¹⁶ G. DEBORD, *La société du spectacle*, Gallimard, 2018 (Folio, 644), thèse n° 4, p. 16.

¹⁷ Contraction de *video log*, ce mot signifie littéralement « journal vidéo ».

choix d'habillement de la journée, etc.¹⁸ D'un autre côté, tous les réseaux sociaux semblent d'ailleurs utilisés : Facebook, Instagram, YouTube, Twitter, TikTok, Snapchat ou encore Twitch.tv¹⁹. Les influenceurs produisent ainsi du contenu numérique sur des plateformes en ligne²⁰. Ils se servent de l'architecture des plateformes et des *affordances* permises par celles-ci pour toucher une audience²¹. Cette première approche n'est toutefois que la surface du spectacle, ce qui se donne directement à voir. Il faut approfondir pour découvrir les interactions concrètes des influenceurs avec les diverses entreprises qui leur permettent une mise en visibilité.

7. Seconde approche : véhiculer de la publicité. À un second niveau en effet, on peut se rendre compte que le contenu numérique produit par les influenceurs est surtout un véhicule pour la publicité propulsée par divers annonceurs : plus grande est leur audience, plus ils pourront obtenir de revenus publicitaires. À en croire la typologie proposée par un manuel de marketing digital²², la forme la plus utilisée de communication d'influence est par exemple le « *post sponsorisé* », soit le fait d'obtenir un quelconque revenu ou avantage de la part d'un annonceur en échange de la diffusion d'un contenu promotionnel pour lui. Le *post* peut prendre plusieurs formes : la marque rédige le contenu, qui n'est que diffusé ; le contenu peut être élaboré par l'influenceur selon le cahier des charges de la marque ; ou encore l'influenceur met en avant un produit de la marque auprès de sa communauté (test, retour d'expérience). Une deuxième forme très utilisée est le jeu-concours : en échange de likes, commentaires, abonnements, le spectateur se trouve enrôlé dans une loterie où il pourra gagner un prix. Enfin, la dernière pratique est le *take over* : la marque laisse l'influenceur gérer sa communication pour une journée, une semaine sur les réseaux sociaux de celle-ci. En définitive, diverses techniques se trouvent mobilisées. Mais on ne sait pas encore pourquoi l'influenceur est influent. Il faut donc étudier *ce qui lui donne son influence*, soit le spectacle.

¹⁸ Les lecteurs voudront bien nous pardonner de ne pas avoir reproduit ici le travail d'illustration fait par diapositive des différentes pratiques des influenceurs lors de notre communication orale. Pour un aperçu, v. par ex. J. GODEFROY, « Des influenceurs sous influence ? La mobilisation économique des usagers d'Instagram », in *Travail et emploi*, vol. 164-165, n° 1-2, 2021, DARES, p. 59-83 ([en ligne](#)).

¹⁹ Une *étude* par une agence de communication spécialisée dans ce secteur indiquait en 2021 que 93 % des influenceurs étaient présents sur Instagram. Une *autre étude* de la même agence en 2023 indique toutefois que ces chiffres sont à réviser dans la mesure où l'application TikTok a connu un succès fulgurant.

²⁰ Le contenu numérique connaît une définition juridique depuis l'adoption de la directive (UE) 2019/770 du Parlement européen et du Conseil du 20 mai 2019 relative à certains aspects concernant les contrats de fourniture de contenus numériques et de services numériques, article 2.1 : « des données produites et fournies sous forme numérique », transposé à l'article liminaire du Code de la consommation.

²¹ Pour une explication de l'*affordance*, v. [ici](#).

²² C. GALLIC et R. MARRONE, « Le marketing d'influence », in *Le grand livre du marketing digital*, 2^e éd., Paris, Dunod, 2020, p. 447-461.

2.- Ce que font les plateformes : le théâtre des métriques réputationnelles

8. Aux origines de l'influence : les métriques réputationnelles. Il nous semble en effet assez clair que c'est le *spectacle* (un rapport social médiatisé par des images²³) qui fait l'influence. Toutefois, ce spectacle n'est pas le seul fait de l'acteur, mais également de celui qui permet le jeu, c'est-à-dire la plateforme en ligne. Elle est à la fois celle qui a construit le théâtre et celle qui met en scène le spectacle. C'est elle qui est l'architecte de l'endroit où se déroulent les interactions en ligne (les réseaux sociaux)²⁴. Surtout, elle va intégrer dans son interface toutes sortes de « métriques réputationnelles » (*followers, likes, retweets*)²⁵ et ce sont elles qui vont contribuer à *construire* l'influence, bien plus qu'à la mesurer. La distinction tient à ce que dans le cas d'une mesure, l'observateur ne fait qu'enregistrer de façon convenue une réalité à observer ; tandis que dans le cas d'une construction, l'observateur *contribue à l'élaboration de ce qu'il observe*. Il convient de préciser. Ces métriques réputationnelles produites par les réseaux sociaux ne sont pas de pures mesures d'une réalité immuable²⁶. On dit que ces mesures sont performatives²⁷, en raison de ce qu'on appelle la loi de Goodhart : quand une mesure devient un objectif, elle cesse d'être une mesure précise de la réalité²⁸. En effet, quand un agent quelconque sait qu'une (bonne) mesure conditionne un résultat positif ou une sanction, cette mesure cessera petit à petit de mesurer fidèlement la réalité²⁹. S'agissant des influenceurs, le fait d'avoir beaucoup de *followers* conditionne directement leurs revenus : plus grande est leur audience, plus ils toucheront de revenus publicitaires, ceux-ci étant

²³ G. DEBORD, *La société du spectacle*, op. cit., thèse n° 4, p. 16.

²⁴ Sur les conséquences juridiques du rôle de la plateforme comme architecte de nos choix, v. M. HILDEBRANDT, « The Issue of Proxies and Choice Architectures. Why EU Law Matters for Recommender Systems », in *Frontiers in Artificial Intelligence*, vol. 5, 2022.

²⁵ D. CARDON, « Réputation et prédiction », in *Culture numérique*, Presses de Sciences Po, Les petites humanités, 2019, p. 373-384 ([en ligne](#)) : « Les métriques de réputation mesurent le pouvoir qu'a l'internaute de faire relayer par les autres les messages qu'il émet sur le réseau. L'influence procède toujours d'un ratio entre le nombre de personnes que l'on connaît et le nombre de personnes dont on est connu » ; v. aussi D. BOULLIER, « Médiologie de la vanité en ligne », *Esprit*, n° 489, sept. 2022, p. 81-90, qui parle plutôt de *vanity metrics* [sic] : « Les likes, les cœurs, les "retweets", les partages, les followers et surtout leur affichage et leur comptabilité permanente. »

²⁶ V. D. CARDON, « Popularité et autorité », in *Culture numérique*, op. cit., p. 361-372.

²⁷ O. MARTIN, *L'empire des chiffres*, Armand Colin, 2020, p. 248-249 : « Dans tous ces cas [quand les chiffres deviennent des objectifs] il ne s'agit pas seulement de données quantitatives dont on peut tenir compte pour agir, mais de contraintes dont il est impératif de tenir compte si on souhaite être bien évalué, bien noté, bien rémunéré, bien récompensé : l'indicateur quantitatif n'est pas seulement une boussole indiquant un cap, il constitue la cible à atteindre, voire un objectif à obtenir de manière impérative sous peine de sanctions [...] La performativité de la quantification est donc d'autant plus grande que les indicateurs quantitatifs deviennent des instruments d'un pilotage très contraint, d'un gouvernement précis des autres ou de soi. »

²⁸ Considérée comme une application de la Loi de Campbell, la Loi de Goodhart illustre la performativité des mesures sociales. Pour plus de précisions, v. A. CHARPENTIER, « Une mesure ne peut être un objectif », in *Risques* n° 125, mars 2021, p. 122-127.

²⁹ L'effet selon lequel les hommes ont tendance à déclarer que leur hauteur est supérieure à ce qu'ils ont réellement mesuré est bien connu : v. D. FREEMAN et J. FREEMAN, « The height of confidence (and a little paranoia) », *The Guardian*, 29 janv. 2014, ([en ligne](#)) et les sources citées par les auteurs.

versés par la plateforme proportionnellement à l'audience atteinte. Ils sont donc directement incités à interférer avec cette mesure, à la faire croître. C'est pour cela que les pratiques d'achat de *followers* ou de vues sur les plateformes de partage de vidéos sont monnaie courante³⁰. De plus, une des caractéristiques des métriques réputationnelles est leur visibilité permanente, mise à jour et publique³¹. Ce spectacle est un genre de panoptique numérique où chacun se regarde : nos regards de consommateurs sont paramétrés et attirés par des métriques, construites et surveillées par une plateforme qui a intérêt à maximiser le temps que l'on passe sur son réseau³² ; ces métriques sont aussi regardées par l'influenceur qui souhaite les voir augmenter, et ainsi de suite. C'est ce spectacle qui bâtit peu à peu l'influence de l'influenceur.

9. Synthèse. En définitive, quelques traits saillants permettent de comprendre ce qu'est un influenceur : il s'agit de la personne qui a une large audience, telle que construite et mesurée par les métriques réputationnelles des réseaux sociaux ; audience qui lui permet d'atteindre un public et d'influencer celui-ci ; il s'agit d'un *leader* d'opinion³³ : « [f]ondamentalement, l'influence (au sens moderne de sa déclinaison sur les médias sociaux) est la capacité d'organiser la spéculation sur sa propre image³⁴. » Ayant mieux cerné ce qu'on peut entendre par « influence », on peut maintenant voir comment la loi étudiée appréhende juridiquement le spectacle des influenceurs.

B.- L'appréhension juridique des acteurs du spectacle des influenceurs

10. La mise en exergue du canevas. La loi dessine pour la première fois les contours de l'activité de l'influenceur en droit positif. Le texte dépeint les grandes lignes du « spectacle » décrit précédemment, les projecteurs étant braqués sur les acteurs. Ainsi le législateur français ne se contente pas d'apporter une définition juridique de l'influenceur (1) mais appréhende aussi son agent (2).

³⁰ V. D. BOULLIER, art. préc., p. 85 : « Ni l'achat possible de *followers* (*astroturfing*) ni le rôle des robots omniprésents sur ces plateformes ne découragent la mise en valeur de ce score dont l'énoncé *followers* est un appel au leadership ». L'ARPP inclut le fait de ne pas avoir de faux abonnés comme condition pour obtenir le certificat « influence responsable », v. *ici*.

³¹ D. BOULLIER explique en effet qu'une des caractéristiques principales des métriques de vanité (ou réputationnelles) est sa visibilité permanente, mise à jour et publique, cf. « Médiologie de la vanité en ligne », art. préc., p. 85.

³² C. ZOLYNSKI, M. LE ROY et F. LEVIN, « L'économie de l'attention saisie par le droit. Plaidoyer pour un droit à la protection de l'attention », *Dalloz IP/IT* 2019, p. 614.

³³ P. LAZARSFELD et E. KATZ, *Personal Influence : The Part Played by People in the Flow of Mass Communications*, New York, Routledge, 2017, 1955.

³⁴ O. ERTZSCHEID, « En défense d'Hugo Clément et sur une zone grise de l'influence et des influenceurs », *affordance.info*, 19 avr. 2023 ([en ligne](#)).

1.- La définition juridique de l'influenceur à l'avant-scène

11. L'influenceur comme acteur principal. La définition de « l'activité d'influence commerciale » est centrale pour cette loi à plusieurs titres, et le dialogue entre les deux chambres a été particulièrement animé à son égard, générant de multiples amendements³⁵. La définition occupe la première place d'un point de vue formel, puisqu'elle inaugure le texte en figurant au sein du premier article de la loi. Elle l'occupe également d'un point de vue substantiel, le législateur renvoyant minutieusement au fil des articles à cette définition liminaire³⁶ et martelant que les influenceurs sont désormais juridiquement définis comme :

« Les personnes physiques ou morales qui, à titre onéreux, mobilisent leur notoriété auprès de leur audience pour communiquer au public, par voie électronique, des contenus visant à faire la promotion, directement ou indirectement, de biens, de services ou d'une cause quelconque exercent l'activité d'influence commerciale par voie électronique. »

Si le rôle de l'influenceur est affiché comme étant de premier plan, il n'est en fait que l'écho de l'activité qu'il exerce³⁷, une première subtilité venant nuancer l'apport de la loi.

12. Un assemblage de définitions. À y regarder de plus près, l'originalité de cette création législative pourrait cependant être contestée, car elle semble composée de bribes d'autres définitions issues du droit positif. Plusieurs points attirent l'attention du juriste qui peut y voir un jeu de piste où chaque terme est une balise l'aiguillant vers d'autres dispositions. Par exemple, l'article premier précise que l'activité de l'influenceur implique la mobilisation de sa « notoriété » auprès d'une « audience ». Il s'agit de termes déjà évoqués dans d'autres définitions légales, sans toutefois qu'un lien soit établi avec les notions y étant associées. La notoriété est en effet un élément mobilisé pour définir le parasitisme de la marque dite « notoirement connue³⁸ » ou encore pour saisir la publicité comparative qui ne peut « tirer indûment profit de la notoriété attachée à une marque³⁹ ». L'exigence d'une notoriété crée ainsi un effet de seuil dans l'application d'une règle, raison pour laquelle la présence de ce terme ne faisait pas consensus au sein des hémicycles⁴⁰,

³⁵ Par ex., Proposition de loi n° 100, adoptée par l'Assemblée nationale visant à encadrer l'influence commerciale et à lutter contre les dérives des influenceurs sur les réseaux sociaux, qui complétait la définition en précisant que la promotion était faite « en contrepartie d'un bénéfice économique ou d'un avantage en nature », ce qui a été supprimé tout comme la référence à la « notoriété » dans le Texte n° 105 (2022-2023) modifié par le Sénat le 9 mai 2023, « notoriété » étant à nouveau ajouté dans Proposition de loi n° 122, adoptée par l'Assemblée nationale, visant à encadrer l'influence commerciale et à lutter contre les dérives des influenceurs sur les réseaux sociaux.

³⁶ Il y est fait au moins vingt renvois explicites, au sein des articles 2 à 9 et de l'article 15 de la loi évoquée.

³⁷ V. en ce sens, G. LOISEAU, « Une loi sur les influenceurs », in *Communication Commerce électronique*, 2023, n° 9, comm. 60.

³⁸ CPI, art. L. 713-5.

³⁹ C. conso., art. L. 122-2.

⁴⁰ Texte n° 105 (2022-2023) modifié par le Sénat le 9 mai 2023, art. 1^{er}.

certaines parlementaires craignant l'exclusion des « petits » influenceurs du champ d'application de la loi⁴¹. La référence à la notoriété est finalement restée, certainement pour manifester l'existence d'un public captif⁴², mais elle pourrait nourrir un débat sur l'interprétation de la disposition devant le juge ultérieurement. Par ailleurs, la notion de publicité est présente en filigrane à travers l'expression « communiquer au public par voie électronique des contenus visant à faire la promotion, directement ou indirectement, de biens, de services ou d'une cause quelconque ». Ces mots correspondent en effet peu ou prou à ceux utilisés par le législateur européen qui définit la publicité comme « toute forme de communication faite dans le cadre d'une activité commerciale, industrielle, artisanale ou libérale dans le but de promouvoir la fourniture de biens ou de services [...] »⁴³. En outre, en complément de cette définition, la loi précise que sont communiqués des « contenus ». Or, ce terme est non seulement une référence explicite à un terme juridique mais aussi un renvoi au règlement sur les services numériques⁴⁴ évoqué par la suite dans le texte⁴⁵. Ainsi la définition se réfère à des notions juridiques précises sans pour autant impliquer la mise en jeu du régime attendant. En outre elle se conclut par exemple par l'expression « activité d'influence commerciale », ce qui est troublant. Cette expression est l'épicentre du texte et demeure identique dans les différentes versions proposées par les deux chambres. Elle aurait pourtant pu être discutée car le nom auquel l'adjectif « commerciale » est adjoint est indéterminé, alors même que les expressions « activité commerciale d'influence » et « activité d'influence commerciale » diffèrent dans leurs implications juridiques.

13. L'incertaine qualification de commerçant. D'une part, dans l'hypothèse d'une « activité commerciale d'influence » l'activité visée est celle d'un commerçant s'adonnant à des pratiques d'influence. Or, « sont commerçants ceux qui exercent des actes de commerce et en font leur profession habituelle⁴⁶ ». Si l'idée d'onérosité est bien présente dans la définition de l'activité de l'influenceur, il n'y est nullement fait mention d'un caractère professionnel ou commerçant. Limiter l'activité saisie à une activité commerciale reviendrait en outre à exclure les influenceurs qui ne vivent pas de l'influence, alors même qu'ils constituent l'écrasante majorité des influenceurs⁴⁷

⁴¹ « Il convient de ne pas laisser subsister de doutes quant à l'application du champ de cette proposition de loi aux micro et aux nano-influenceurs [...] », amt n° COM-40, présenté par M^{me} la sénatrice Gacquerre en 1^{ère} lecture.

⁴² Ce que relève notamment un auteur qui décrit l'influenceur comme une « personne qui, par sa notoriété, sa compétence dans un domaine et son exposition médiatique, bénéficie d'un puissant pouvoir de suggestion, lui permettant d'orienter le choix des internautes [...] », P. LE TOURNEAU, *Contrats du numérique 2022-2023*, 12^e éd., coll. « Dalloz référence », Dalloz, 2022, n° 451-14.

⁴³ Directive 2006/114/CE du 12 décembre 2006 en matière de publicité trompeuse et de publicité comparative (version codifiée), art. 2, a).

⁴⁴ Règlement (UE) 2022/2065 du Parlement européen et du Conseil du 19 octobre 2022 relatif à un marché unique des services numériques et modifiant la directive 2000/31/CE.

⁴⁵ V. *infra*, à notre § 24.

⁴⁶ C. com., art. L. 121-1.

⁴⁷ Une étude de l'agence Reech estimait en 2021 que seuls 15 % des influenceurs français exercent cette activité à temps plein, et la médiane du *reach* est de 10 000 personnes, ce qui signifie que

et que le législateur souhaite les viser⁴⁸. Néanmoins la qualification de l'influenceur comme commerçant ne serait pas une nouveauté, puisque la qualité de commerçant a déjà pu être reconnue à l'influenceur par la jurisprudence, avant qu'il y ait une définition spécifique ; cette interprétation est donc plausible. La cour d'appel de Paris l'avait par exemple retenue à propos de Monsieur Dream, aussi connu sous le nom de Cyprien, un créateur de contenus qui s'est fait connaître grâce à la plateforme YouTube. Dans un arrêt de 2021, elle affirmait ainsi qu'il était à l'origine d'actes de commerce, confirmant par conséquent la compétence du tribunal de commerce⁴⁹.

14. Le doute jeté sur la qualification de professionnel. D'autre part, pour déterminer la qualité de professionnel d'une personne, l'appréciation en la matière se veut casuistique. C'est ce qu'affirme la Cour de Justice de l'Union européenne dans l'arrêt *Kamenova* en établissant que le simple but lucratif ne suffit pas à entraîner une telle qualification⁵⁰. La qualification de professionnel est susceptible d'être démontrée dans deux cas alternatifs :

1. Soit la personne « agit à des fins qui entrent dans le cadre de son activité commerciale, industrielle, artisanale ou libérale⁵¹ » ;
2. Soit elle agit « au nom ou pour le compte d'un professionnel⁵² ».

Si la qualification selon la première branche peut être hasardeuse pour un « petit » influenceur, elle demeure possible selon la seconde : il peut agir « au nom ou pour le compte du professionnel », une marque dont il fait par exemple la publicité, et recevoir un paiement de quelque nature qu'il soit⁵³. L'influenceur pouvait donc d'ores et déjà être qualifié de professionnel et se voir appliquer le droit des pratiques commerciales déloyales⁵⁴. Ainsi, avant même l'entrée en vigueur de la loi, la DGCCRF avait déjà sanctionné des influenceurs pour avoir effectué des pratiques

pour la moitié des contenus diffusés par des influenceurs, le nombre de personnes y étant exposées sera inférieur à ce nombre. Reech, Étude annuelle, 2021, p. 10 ([en ligne](#)).

⁴⁸ V. amt n° COM-40, *op.cit.*

⁴⁹ En l'espèce, un magazine people lui reprochait d'avoir tenu des propos qu'elle considérait comme dénigrants à l'égard d'un de ses numéros. Il avait publié en effet un message sur le réseau social Twitter dans lequel il qualifiait de « merde » le magazine, v. CA Paris, Pôle 5 - chambre 11, 24 sept. 2021, n° 19/17218.

⁵⁰ « [...] le simple fait que la vente poursuit un but lucratif ou qu'une personne physique publie, de manière simultanée, sur une plateforme en ligne un certain nombre d'annonces offrant à la vente des biens neufs et d'occasion ne saurait suffire, à lui seul, pour qualifier cette personne de "professionnel" au sens de cette disposition », CJUE, 4 oct. 2018, aff. C-105/17, *Evelina Kamenova*, p. 44.

⁵¹ Directive pratiques commerciales déloyales, art. 2, b).

⁵² Communication de la Commission — Orientations concernant l'interprétation et l'application de la directive 2005/29/CE du Parlement européen et du Conseil relative aux pratiques commerciales déloyales des entreprises vis-à-vis des consommateurs dans le marché intérieur, 29 déc. 2021, 2021/C 526/01, v. spéc. n° 2.2 et n° 4.2.6.

⁵³ CJUE, *Peek & Cloppenberg*, 2 sept. 2021, aff. C-371/20, spéc. pts 44 et 45.

⁵⁴ En ce sens, Communication de la Commission, *op. cit.*, n° 2.2.

commerciales déloyales⁵⁵. La lecture croisée de la loi avec d'autres sources apporte donc des indices, mais le texte seul échoue à expliciter la qualification de l'influenceur. Si l'on se réfère aux travaux préparatoires, l'expression « activité d'influence commerciale » serait plutôt une traduction hasardeuse du *marketing d'influence* : ce serait ainsi l'influence qui serait commerciale, et non pas l'activité. Le législateur n'a pas souhaité semble-t-il figer la qualification de l'influenceur, mais une clarification serait bienvenue. Le texte vient au contraire brouiller les lignes, car la signification d'une « influence commerciale » est une énigme : s'agit-il d'influencer le commerce ? De quel commerce s'agirait-il ? L'objet même de l'activité est donc flou au seul stade de la définition, qui fut pourtant médiatisée comme devant être l'apport central du texte. En outre, d'autres qualifications, plus disparates, pourraient être cumulées sans que cette définition ne les place sous les feux de la rampe. Un influenceur pourrait ainsi être maître d'œuvre par le biais d'un contrat d'entreprise, artiste-interprète ou encore salarié⁵⁶. Autant de points que n'évoque finalement pas la définition, qui se borne, pour l'essentiel, à associer l'influenceur à un publicitaire sans l'expliquer.

2.- La définition juridique de l'agence d'influenceurs en coulisses

15. L'appréhension juridique de l'imprésario. L'activité de l'agent d'influenceur est elle aussi définie, par le biais d'un nouveau contrat spécial. Le droit positif définit désormais l'agent comme celui qui représente ou met en relation, à titre onéreux, les influenceurs, et le cas échéant leurs mandataires, toujours dans ce but publicitaire⁵⁷. Cette définition, contrairement à la première, ne figure pas en tête du texte mais au sein du septième article, intégré dans un chapitre abordant les « contrats d'influence commerciale par voie électronique » ainsi que la « responsabilité civile solidaire et à l'assurance civile professionnelle »⁵⁸. On notera que l'idée d'une appréhension juridique de l'agent n'est pas nouvelle, le Code de commerce l'évoquant explicitement⁵⁹ et l'associant au mandat⁶⁰. Néanmoins il s'agit alors d'un

⁵⁵ V. par ex. V. VASSEUR et A. SOUBIRAN, « Quatre nouveaux influenceurs sanctionnés par la répression des fraudes, dont Anthony Matéo et Capucine Anav », *Radio France*, 2 juin 2023.

⁵⁶ Qualifications alternatives proposées par P. LE TOURNEAU, *Contrats du numérique 2022-2023*, coll. « Dalloz référence », Dalloz, 12^e éd., 2022, n° 451-14. D'autres auteurs évoquent la variété des qualifications possibles, v. par ex. T. GIRARD-GAYMARD, « Les influenceurs et le droit », *Recueil Dalloz*, 2020, p. 92, qui évoque notamment celle du contrat de travail ; v. égal. I. BOISMERY, « La responsabilité des influenceurs », *Communication commerce électronique*, 2022, étude 8.

⁵⁷ Loi Influenceurs, art. 7, I : « L'activité d'agent d'influenceur consiste à représenter, à titre onéreux, les personnes physiques ou morales exerçant l'activité d'influence commerciale par voie électronique définie à l'article 1er avec des personnes physiques ou morales et, le cas échéant, leurs mandataires, dans le but de promouvoir, à titre onéreux, des biens, des services ou une cause quelconque. »

⁵⁸ *Ibid.*, Chapitre III, art. 7 à 9.

⁵⁹ C. com., art. L. 110-1 : « La loi répute actes de commerce : 6° Toute entreprise de fournitures, d'agence, bureaux d'affaires, établissements de ventes à l'encan, de spectacles publics. »

⁶⁰ *Ibid.*, art. L. 134-1 : « L'agent commercial est un mandataire [...] » mais l'article précise que « ne relèvent pas des dispositions du présent chapitre les agents dont la mission de représentation s'exerce dans le cadre d'activités économiques qui font l'objet, en ce qui concerne cette mission, de dispositions législatives particulières. »

contrat consensuel⁶¹, tandis que la loi fixe ici un formalisme fort pour le contrat liant l'agent à l'influenceur. Le législateur impose en effet certaines stipulations écrites sous peine de nullité, comme l'indication du pays de résidence fiscale de l'influenceur⁶². Il fait de l'agent un relais du texte par le biais du contrat devant mentionner « la soumission du contrat au droit français, notamment au code de la consommation, au code de la propriété intellectuelle et à la présente loi⁶³ ».

16. Didascalies à destination de l'agent. Outre ces exigences de forme à respecter, le législateur impose de nouvelles obligations dont la portée est conséquente pour l'agent d'influenceurs. L'article n'est ainsi pas seulement dédié à cette définition ; il décrit en sus des obligations spécifiques pesant sur l'agent, qui doit en somme « garantir la conformité de [l'activité des influenceurs] à la présente loi ». Il instaure une responsabilité solidaire explicite entre l'agent, l'annonceur, et l'influenceur⁶⁴, en plus d'imposer l'existence d'un guichet européen. En effet, l'influenceur extra-européen doit impérativement désigner par écrit une personne morale ou physique à même de le représenter légalement sur le territoire de l'Union⁶⁵. Le texte a alors pour objectif affiché d'éviter un contournement des nouvelles règles par les influenceurs et de leurs agents établis à l'étranger⁶⁶, notamment à Dubaï, devenue place forte de l'influence⁶⁷. Plus largement, l'ensemble de ces nouvelles règles a pour but d'influencer le jeu des acteurs principaux – les influenceurs –, par le biais de leurs agents, qui se trouvent finalement être autant leurs imprésarios que des acteurs à part entière. La forte présence médiatique de ces agents, mais aussi leur présence au sein même du processus législatif corroborent cette conclusion. Madame Magali Berdah, célèbre agent d'influenceurs déjà mentionnée, a ainsi été auditionnée par le Sénat en tant que fondatrice de l'agence *Shauna Events*, pionnière du secteur en France⁶⁸.

La loi relative aux influenceurs est née d'un spectacle, celui inhérent aux réseaux socio-numériques. Ce constat semble établi dans la loi relative aux influenceurs, et ce dès les origines de la proposition de loi. Mais au-delà de l'ambition politique, l'appréhension juridique semble lacunaire. L'analyse de la substance du texte démontrera qu'en répondant au spectacle, le texte lui-même revêt les caractéristiques de ce dernier.

⁶¹ *Ibid.*, art. L. 134-2.

⁶² Loi Influenceurs, art. 8, I, 1^o.

⁶³ *Ibid.*, art. 8, 5^o.

⁶⁴ *Ibid.*, art. 8, III : « L'annonceur, son mandataire le cas échéant, et la personne exerçant l'activité définie à l'article 1^{er} et, le cas échéant, l'activité définie à l'article 7 sont solidairement responsables des dommages causés aux tiers dans l'exécution du contrat d'influence commerciale qui les lie. »

⁶⁵ *Ibid.*, art 9, I.

⁶⁶ Proposition de loi n^o 790, préc., exposé des motifs : « Cette disposition vise notamment à répondre aux craintes exprimées par de nombreux acteurs et consommateurs quant au sentiment d'impunité de certains influenceurs opérant depuis l'étranger. »

⁶⁷ V. par ex. A. RIOU, « Influenceurs à Dubaï », Enquête en cinq parties, *Le Parisien*, 2021.

⁶⁸ Sénat, Audition "rapporteur" de Mme Magali Berdah - PPL Influenceurs, Commission des affaires économiques, 13 avr. 2023, ([en ligne](#)).

II. L'encadrement légal des influenceurs comme reflet du spectacle

Le régime de l'influenceur tel qu'il résulte de cette loi offre un curieux spectacle au juriste : celui d'une loi qui se donne en spectacle. En effet, ne contenant que de maigres apports normatifs (A), elle intervient surtout comme une réaction médiatique participant de l'inflation normative (B).

A.- *L'opportunité relativisée du régime juridique façonné pour les influenceurs*

La loi « Influenceurs » revêt tout d'abord un apport normatif étonnant. À son crédit, il faut ranger le renforcement des pouvoirs de la DGCCRF (1). Pour le reste, nombre de ses dispositions destinées aux influenceurs comme aux plateformes semblent dénuées de force normative tant elles sont redondantes avec des règles déjà existantes (2).

1.- Un maigre apport : le renforcement des pouvoirs de la DGCCRF

17. Seul apport à saluer : un renforcement des pouvoirs de la DGCCRF. Le seul véritable apport normatif de la loi à l'égard des influenceurs semble être le renforcement des pouvoirs de la DGCCRF⁶⁹ qui pourra désormais assortir les injonctions de mise en conformité qu'elle prononce d'une astreinte journalière d'un montant de 3 000 euros maximum⁷⁰. Cela mérite certainement d'être salué car si un problème de régulation existait au niveau des influenceurs, il se situait au niveau des moyens alloués à la DGCCRF pour faire appliquer le droit des pratiques commerciales trompeuses, et la réglementation de la publicité plus généralement. On rejoindra toutefois la rapporteure de la proposition de loi qui déplorait cet étoffement des pouvoirs de sanction de cette administration dans un contexte où presque un quart de ses effectifs a été supprimé entre 2007 et 2022⁷¹. Le reste de la loi nous semble devoir encourir la critique.

2.- L'absence de caractère normatif : la redondance de la loi

18. L'inutilité de la clause déclarative et l'exemple des pratiques commerciales trompeuses. Par une clause très générale, le législateur vient déclarer que « [l]es dispositions législatives, réglementaires et prévues par des règlements

⁶⁹ Art. 13, 1^o et 2^o de la loi modifiant les articles L. 521-1 et L. 521-2 du Code de la consommation.

⁷⁰ Dans la limite de 300 000 euros ou si l'infraction est passible d'une amende d'au moins 75 000 euros, ce qui est le cas pour les pratiques commerciales trompeuses (C. conso., art. L. 132-1 et s., en fonction du chiffre d'affaires mondial hors taxes, jusqu'à 5 % sur toute l'astreinte).

⁷¹ Les effectifs sont en effet passés de 3 723 à 2 812, v. A. GACQUERRE, Rapport n° 562 (2022-2023), Commission des affaires économiques du Sénat, déposé le 3 mai 2023 ([en ligne](#)).

européens relatives à la diffusion par voie de services de communication au public en ligne de la publicité et de la promotion des biens et des services sont applicables à l'activité d'influence commerciale définie à l'article 1^{er} ». Et l'article de lister à l'alinéa suivant une série de cinq réglementations, qui sont *notamment* applicables à l'activité d'influence commerciale définie dans le texte⁷². Comme cela a été écrit ailleurs, on ne peut que relever que ce rappel était « sûrement inutile⁷³ » dans la mesure où le champ d'application de chacune de ces réglementations faisait que l'influenceur pouvait se les voir appliquer⁷⁴. Pour s'en convaincre davantage, on peut toutefois s'attarder sur l'une de ces réglementations : celle des pratiques commerciales trompeuses. Si l'on relit la clause énoncée, on voit qu'elle déclare applicable à tout influenceur *notamment* l'article L121-4, 9^o du Code de la consommation. Celui-ci répute irréfragablement trompeuse les pratiques commerciales qui ont pour objet « de déclarer ou de donner l'impression que la vente d'un produit ou la fourniture d'un service est licite alors qu'elle ne l'est pas ». Il nous semble pourtant qu'il était évident que le droit des pratiques commerciales trompeuses, issu du droit de l'Union⁷⁵, était applicable aux influenceurs : les prohibitions qu'il porte s'appliquent dès que quelqu'un a commis une *pratique commerciale* et qu'il est un professionnel⁷⁶. Or il était déjà clair tant dans la lettre de la directive⁷⁷, dans la jurisprudence de la Cour de Justice⁷⁸ que pour la doctrine⁷⁹ que la publicité est à ranger dans les pratiques commerciales. Dès lors, il n'y avait aucune raison que cette législation ne soit pas applicable aux influenceurs, tout en rappelant que le doute entretenu sur la qualité de professionnel de l'influenceur, exposé précédemment, était inutile.

⁷² Ces réglementations sont celles relatives au règlement concernant les allégations nutritionnelles et de santé, celles relatives à l'interdiction de la promotion de produits du tabac, la réglementation de la publicité pour l'alcool, les règles sur le démarchage bancaire et financier ou la retransmission des matchs sportifs. Pour la liste complète, voyez l'article 3, 1^o à 5^o de la loi Influenceurs. Toutefois, si vous souhaitez une visualisation plus aisée dans la mesure où le texte procède par une foule de renvois, le tableau proposé par L. CARRIÉ, « L'influenceur et son influence commerciale depuis la loi du 9 juin 2023 », *Légipresse*, n^o 417, sept. 2023, p. 459.

⁷³ C. MARÉCHAL POLLAUD-DULIAN, « Influencer sur l'influence. La loi n^o 2023-451 du 9 juin 2023 visant à encadrer l'influence commerciale et à lutter contre les dérives des influenceurs sur les réseaux sociaux », *Communication Commerce Électronique*, Oct. 2023, n^o 10, étude n^o 19, au § 15.

⁷⁴ Par ex. s'agissant de la publicité pour le tabac, v. CSP, art. L. 3512-4.

⁷⁵ Directive 2005/29/CE du Parlement européen et du Conseil du 11 mai 2005 relative aux pratiques commerciales déloyales des entreprises vis-à-vis des consommateurs dans le marché intérieur et modifiant la directive 84/450/CEE du Conseil et les directives 97/7/CE, 98/27/CE et 2002/65/CE du Parlement européen et du Conseil et le règlement (CE) n^o 2006/2004 du Parlement européen et du Conseil.

⁷⁶ v. par ex. CJUE, 24 févr. 2022, aff. Jointes C-143/20 et C-213/20, pt. 129 : « À cet égard, la Cour a précisé que, premièrement, la notion de « pratiques commerciales » est définie, à l'article 2, sous d), de cette directive, au moyen d'une formulation particulièrement large, *les pratiques ainsi visées devant être, d'une part, de nature commerciale, c'est-à-dire émaner de professionnels* » (nous soulignons).

⁷⁷ Dir. 2005/29/CE, *op. cit.*, 2.d : « toute action, omission, conduite, démarche ou communication commerciale, y compris la publicité et le marketing, de la part d'un professionnel, en relation directe avec la promotion, la vente ou la fourniture d'un produit aux consommateurs » (Nous soulignons).

⁷⁸ CJUE, *BKK Mobil Oil*, 3 oct. 2013, aff. C-59/12, point 34.

⁷⁹ Par ex., J. JULIEN, *Droit de la consommation*, 4^e éd., précis Domat droit privé, 2022, n^o 118, p. 169.

19. L'inutilité des dispositions de rappel du Règlement sur les services numériques. Par ailleurs, les articles de la loi « Influenceurs » concernant les plateformes nous paraissent également dépourvus d'apport normatif. Comparons le nouvel article 6-4-1 de la loi pour la confiance dans l'économie numérique⁸⁰ amendé par l'article 10 de la loi sur les influenceurs, à la disposition issue du règlement sur les services numériques⁸¹ :

Article 16 du DSA :

« Les fournisseurs de services d'hébergement mettent en place des mécanismes permettant à tout particulier ou à toute entité de leur signaler la présence au sein de leur service d'éléments d'information spécifiques que le particulier ou l'entité considère comme du contenu illicite [...]»⁸². »

Nouvel article 6-4-1 de la LCEN :

« Les fournisseurs de services d'hébergement mettent en place des mécanismes permettant à toute entité ou à tout particulier de leur signaler la présence au sein de leur service d'éléments d'information spécifiques que le particulier ou l'entité considère comme du contenu illicite, y compris au regard de [la loi Influenceurs], dans les conditions prévues à l'article 16 du [règlement sur les services numériques]»⁸³. »

On ne peut alors s'empêcher de se demander quel est l'apport de la loi : le Règlement précise *déjà* que les fournisseurs de services d'hébergement ont l'obligation de mettre en place des mécanismes de signalement. Il est également prévu par la loi que les plateformes devront traiter en priorité des signalements envoyés par des « signaleurs de confiance⁸⁴ » régis par l'article 22 du Règlement sur les services numériques. Là encore, l'article ne fait que recopier ce qui est déjà dit à cet article. Il n'y avait donc *aucun besoin* de reprendre ces éléments dans la loi, le DSA étant déjà directement applicable en France à la date de son entrée en vigueur en vertu du fait qu'il s'agit d'un règlement de l'Union européenne⁸⁵. Certes, un faible apport normatif aurait tenu à la précision que l'Autorité de régulation des communications⁸⁶ doit certifier les personnes sur les réseaux sociaux qui s'entraînent à repérer les manquements à la loi Influenceurs et qui sont dignes de confiance, mais cela reste léger.

20. Un coup de projecteur mal calibré. La loi semble viser un éclairage neuf sur un texte pourtant limpide. Ainsi son article 5 qui entend « renforcer » (ou tout du moins *préciser* si besoin était) la portée du principe de transparence de la publicité n'apporte rien de précis aux textes antérieurs. Le principe, déjà applicable aux influenceurs bien avant l'entrée en vigueur de la loi, est formulé à l'article 20 de la LCEN selon lequel « Toute publicité, sous quelque forme que ce soit, accessible

⁸⁰ Ci-après, la « LCEN ».

⁸¹ Règlement (UE) 2022/2065 du Parlement européen et du Conseil du 19 octobre 2022 relatif à un marché unique des services numériques et modifiant la directive 2000/31/ CE, ci-après « le DSA » pour « *Digital Services Act* ».

⁸² *Ibid.*, art. 16-1.

⁸³ Nous soulignons.

⁸⁴ Loi Influenceurs, art. 11.

⁸⁵ V. Règlement sur les services numériques, art. 93 : le 17 février 2024 ; l'alinéa 2 des articles 10 et 11 de la Loi influenceurs précisent d'ailleurs que ces deux articles n'entreront en vigueur qu'à la date de l'entrée en vigueur du Règlement sur les services numériques.

⁸⁶ L'ARCOM.

par un service de communication au public en ligne, *doit pouvoir être clairement identifiée comme telle*. Elle doit rendre *clairement identifiable la personne physique ou morale pour le compte de laquelle elle est réalisée*⁸⁷ ». Il recelait certes un défaut intrinsèque, ne paraissant pas avoir de sanction autonome dans la mesure où son deuxième alinéa indique, curieusement, que « [l]’alinéa précédent s’applique sans préjudice des dispositions réprimant les pratiques commerciales trompeuses prévues à l’article L. 121-1 du code de la consommation ». Ce « sans préjudice » a toujours été d’interprétation difficile. Il semble en effet évident que les pratiques commerciales déloyales et trompeuses constituent un droit répressif de la publicité. Comment lire autrement l’article L. 121-3 du Code de la consommation, qui indique qu’« une pratique commerciale est trompeuse [...] lorsqu’elle n’indique pas sa véritable intention commerciale dès lors que celle-ci ne ressort pas déjà du contexte » ? Cet article semble bien garantir le principe de transparence de la publicité ; de même que l’article L. 121-4, 21° du même Code qui répute comme irréfragablement trompeur le fait de « donner l’impression que le professionnel n’agit pas à des fins qui entrent dans le cadre de son activité commerciale, industrielle, artisanale ou libérale, ou se présenter faussement comme un consommateur ». Les textes paraissaient donc limpides : il est impératif que tout publicitaire identifie très clairement la nature commerciale de sa publication. Quel besoin, dès lors, que l’article 5, I, de la loi influenceurs vienne ajouter que « [l]a promotion de biens, de services ou d’une cause quelconque réalisée par les personnes mentionnées à l’article 1^{er} doit être explicitement indiquée par la mention “Publicité” ou la mention “Collaboration commerciale” » et que « [c]ette mention est claire, lisible et identifiable sur l’image ou sur la vidéo, sous tous les formats, durant l’intégralité de la promotion »⁸⁸ ? Deux raisons semblent avoir conduit le législateur à faire cette précision. Premièrement, les influenceurs ne semblaient pas très enclins à respecter ce principe, dans la mesure où la DGCCRF révélait quelques mois avant l’adoption de la loi que 60 % de ceux qui avaient été contrôlés n’étaient pas en conformité avec la réglementation en vigueur⁸⁹. Secondement, il est vrai que dans son rapport sur l’Influence responsable de 2023, l’Autorité de régulation professionnelle de la publicité (ARPP) mentionne que sur l’ensemble des contenus analysés chez les influenceurs non-certifiés, 29 % sont « améliorables⁹⁰ », signifiant que le partenariat entre l’influenceur et l’annonceur est « mentionné mais insuffisamment explicite ou instantané⁹¹ » ; le principe de transparence de la publicité ne semblait donc pas respecté.

⁸⁷ Nous soulignons.

⁸⁸ Le texte précise de plus que le fait de manquer à cette obligation est sanctionné de deux ans d’emprisonnement et 300 000 euros d’amende dans les conditions prévues aux art. L. 132-1 à L. 132-9 C. conso. Ce sont les sanctions prévues pour les pratiques commerciales trompeuses : la loi n’ajoute rien.

⁸⁹ DGCCRF, « Marketing d’influence : 60 % des influenceurs ciblés par la DGCCRF en anomalie » ([en ligne](#)).

⁹⁰ ARPP, « Observatoire de l’Influence Responsable », 2023 ([en ligne](#)), p. 10.

⁹¹ *Ibid.*, p. 13.

In fine, il est une exigence constitutionnelle que la loi soit normative⁹². À travers ses dispositions redondantes, la loi manque singulièrement à cet objectif. On le voit donc, la loi semble bien difficile à approuver. Ce sentiment sortira renforcé du dernier temps de notre étude, qui montrera que cette loi peut finalement s'analyser comme un spectacle alimentant l'inflation normative.

B.- L'opportuniste législatif d'une « loi-spectacle »

La proposition de loi s'est fait l'écho de l'actualité et le texte final s'impose en conséquence comme une « loi-miroir » de faits divers (1). Ce faisant, il devient lui-même un spectacle et ouvre à des interrogations sur le bien-fondé de son adoption (2).

1.- Une « loi-miroir » du spectacle des influenceurs

21. Des dispositions « à la une ». Quelques dispositions de la loi de juin 2023 semblent être de véritables « captures » juridiques du spectacle des influenceurs. En particulier, l'article 4, qui interdit la promotion de certains éléments, semble n'être qu'une liste de réactions à plusieurs scandales récents. En voici une liste d'exemples à la Prévert, selon l'ordre retenu par le texte. Ainsi, il y est explicitement interdit aux influenceurs de promouvoir « des actes, procédés, techniques et méthodes à visée esthétique » ou encore « de produits, actes, procédés, techniques et méthodes présentes comme comparables, préférables ou substituables à des actes, protocoles ou prescriptions thérapeutiques⁹³ ». Or, à travers ces éléments, on lit une réaction du législateur à la multiplication des publicités pour la chirurgie ou les médicaments, multiplication dont l'écho médiatique fut important et les troubles entraînés connus, que ce soit en ce qui concerne la promotion de kit de blanchiment dentaire « maison » à destination d'un jeune public⁹⁴, d'injections d'acide hyaluronique⁹⁵,

⁹² Le Conseil constitutionnel s'est d'ailleurs prononcé à plusieurs reprises à ce propos, v. Cons. Const., 21 avr. 2005, n° 2005-512 DC, *Loi d'orientation et de programme pour l'avenir de l'école* : « la loi a pour vocation d'énoncer des règles de droit et doit par suite être revêtue d'une portée normative. » La censure, il est vrai, portait sur des dispositions contenant des énoncés généraux tels que « l'objectif de l'école est la réussite de tous les élèves ». V. M. FABRE-MAGNAN et F. BRUNET, *Introduction générale au droit*, PUF, 2^e éd., « Thémis droit », 2022, n° 24, p. 24-25 ; Comp. P. DEUMIER, *Introduction générale au droit*, LGDJ, 7^e éd., 2023, n° 255, pour qui la décision ayant réellement instillé ce nouveau principe est Cons. Const. 29 juill. 2004, n° 2004-500 DC, *Loi organique relative à l'autonomie financière des collectivités locales*. Pour un exemple récent de censure pour absence de normativité de la loi, v. Cons. Const., 21 juin 2018, n° 2018-766 DC, *Loi relative à l'élection des représentants au Parlement européen*.

⁹³ Loi Influenceurs, art. 4, I et II.

⁹⁴ V. par ex. A. LANDAIS, « Ces influenceurs qui vantent des produits dangereux pour se blanchir les dents », *RTL*, 3 juin 2022 ([en ligne](#)).

⁹⁵ V. par ex. « Le Syndicat national de chirurgie plastique “a fait fermer 30 comptes Instagram” faisant la publicité d'injectrices illégales d'acide hyaluronique », *France Info*, Radio France, 30 mars 2023 ([en ligne](#)).

de promotions avérées d'un supposé traitement alternatif pour le cancer⁹⁶ ou la promotion par des influenceurs de l'usage du produit à des fins hydratantes en période de pénurie d'une crème bien connue du public pour traiter les brûlures superficielles⁹⁷. Par ailleurs, l'article 4 dispose, sans transition, qu'il est interdit aux influenceurs de faire la promotion « des produits considérés comme produits de nicotine pouvant être consommés et composés, même partiellement, de nicotine⁹⁸ ». Il s'agit ici certainement d'une référence aux *Puff*, ces cigarettes électroniques jetables là encore à destination d'un jeune public, colorées et ludiques, aux goûts attractifs (melon, framboise ou encore pastèque)⁹⁹. Par la suite encore, le texte dispose que les influenceurs ne peuvent pas impliquer dans leur activité certains animaux¹⁰⁰, certains d'entre eux n'hésitant effectivement pas à se mettre en scène aux côtés d'animaux exotiques potentiellement issus de trafic¹⁰¹. Les exemples de réactions légales à l'actualité pourraient ainsi être multipliés, puisque sont encore évoquées l'interdiction de la promotion d'actifs financiers et jetons¹⁰², la prohibition de toute promotion en faveur d'abonnements à des conseils ou à des pronostics sportifs¹⁰³, ou encore la promotion de formations financées par le compte personnel de formation (CPF)¹⁰⁴. D'autres dispositions semblent refléter des inquiétudes sur la manipulation des images. Il est ainsi imposé aux influenceurs de préciser par une mention que des images sont retouchées voire « virtuelles » car générées par une intelligence artificielle¹⁰⁵. La loi agrège ainsi nombre d'exemples, parfois très spécifiques, mais relevant pleinement de l'actualité récente.

22. Le législateur comme régisseur. Le texte cherche à replacer sous le joug de la loi un ensemble de pratiques pour le moins diverses. C'est davantage le processus que suit le législateur que ces éléments épars qui éclairent le rôle qu'il souhaite se donner. Il organise en effet, plus globalement, les moyens matériels du spectacle

⁹⁶ T. DESZPOT, « L'influenceur Dylan Thiry fait la promotion d'un pseudo-traitement contre le cancer et déclenche un tollé », *TF1 Info*, 15 nov. 2022 ([en ligne](#)). Cette affaire est d'ailleurs évoquée par Mme Béatrice Descamps au cours de la réunion du mercredi 22 mars 2023 de la Commission des affaires économiques, v. Rapport n° 1006 de la commission des affaires économiques, n° 790.

⁹⁷ V. par ex. S. EYENE, « La Biafine comme crème de jour : pourquoi cette nouvelle tendance TikTok est une fausse bonne idée », *Midi Libre*, 4 août 2022 ([en ligne](#)).

⁹⁸ Loi Influenceurs, *op.cit.*, art. 4, III.

⁹⁹ V. par ex. Y. RIEFFEL, « Le Comité national contre le tabagisme dénonce les publicités illégales pour les nouveaux produits de vapotage », *Le Monde*, 13 févr. 2023 ([en ligne](#)).

¹⁰⁰ Loi Influenceurs, *op.cit.*, art. 4, IV. « Les animaux impliqués doivent être domestiques, ou doivent pouvoir être détenus soit comme animaux de compagnie soit dans le cadre d'élevage d'agrément selon une liste fixée par arrêt du ministre chargé de l'environnement », v. C. envir., art. L. 413-1, A, I.

¹⁰¹ V. par ex. J. PEZET, « Près de Dubaï, les influenceurs cumulent les fauves de goût », *Libération*, 19 févr. 2021 ([en ligne](#)).

¹⁰² Loi Influenceurs, *op.cit.*, art. 4, V ; pour une illustration, v. N. AÏT-KACIMI, « Quel impact des stars et influenceurs sur le bitcoin et cryptos ? », *Les Echos*, 2 avr. 2023 ([en ligne](#)).

¹⁰³ *Ibid.*, art. 4, VI ; pour une illustration, v. L. HEIDSIECK, « Paris sportifs : les "tipsters", des marchands de rêve à la limite de la légalité », *Le Figaro*, 15 juin 2021 ([en ligne](#)).

¹⁰⁴ *Ibid.*, art. 4, VIII ; pour une illustration, v. K. ZEROUALI, « Arnaques à la formation : les influenceurs en roue libre », *Mediapart*, 14 sept. 2022 ([en ligne](#)).

¹⁰⁵ *Ibid.*, art. 5, II, 1° et 2°.

et s’octroie le pouvoir de réduire l’influence des influenceurs. Il met en place des sanctions plutôt classiques en cas de violation de la loi, à savoir la possibilité d’une peine d’emprisonnement et d’une amende. Plus précisément, cette peine peut être de deux ans d’emprisonnement et l’amende de 300 000 euros¹⁰⁶. Mais il évoque aussi la possibilité, plus novatrice, d’une peine d’interdiction potentiellement définitive d’exercer l’activité d’influence commerciale par voie électronique. La loi prend ainsi acte de ce modèle économique par le biais d’une sanction commerciale spécifique. Cette conception est d’ailleurs cohérente avec la description consensuelle des réseaux sociaux comme source d’influence évaluable en monnaie¹⁰⁷.

B.- La pertinence interrogée d’une « loi-spectacle »

23. Une loi marquée par quelques effets de manche. Par ces incises la loi elle-même pourrait être associée à une forme de spectacle législatif. Il ne s’agirait néanmoins pas d’une critique nouvelle formulée à l’encontre de la production législative, le thème de la « crise de la loi » étant devenu classique¹⁰⁸. Le professeur François Terré explique ainsi que la loi n’est parfois plus le reflet d’une volonté générale mais l’expression de la volonté d’un législateur, d’une politique, car « on veut faire plaisir aux uns et aux autres, selon les saisons, selon les époques, spécialement en période électorale¹⁰⁹ ». Cette loi transpartisane eut pu effectivement avoir un rendement médiatique avantageux dans un contexte politique mouvementé¹¹⁰, et si l’on ajoute à cela la tiédeur de son contenu normatif, on comprend finalement qu’elle ait été votée à l’unanimité sans grande difficulté. Les mots du professeur Bertrand Mathieu trouvent ici un écho, lui qui déplore des lois qui « sont nombreuses et instables, souvent mal rédigées », estimant qu’elles « [...] portent fréquemment sur des points de détail et sont parfois dépourvues d’effectivité¹¹¹ ». Une loi si vite promulguée qu’il est déjà envisagé de la réécrire par voie d’ordonnance pour la rendre conforme au droit de l’Union¹¹².

¹⁰⁶ *Ibid.*, art. 4, IX.

¹⁰⁷ V. *supra*, nos § 10 et 11.

¹⁰⁸ V. par ex. F. TERRÉ, « La “crise de la loi” », in H. BATIFFOL (dir.), *La loi*, Archives de philosophie du droit, n° 25, Sirez, rééd 2022 ; v. aussi CE, *Simplification et qualité du droit*, étude annuelle, 2016 ([en ligne](#)).

¹⁰⁹ F. TERRÉ, « La “crise de la loi” », *ibid.*, p. 22.

¹¹⁰ La période est notamment marquée par l’adoption de la réforme des retraites en France, v. Loi n° 2023-270 du 14 avril 2023 de financement rectificative de la sécurité sociale pour 2023.

¹¹¹ B. MATHIEU, *La loi*, coll. « Connaissance du droit », Dalloz, 1996, p. 77.

¹¹² Projet de loi portant diverses dispositions d’adaptation au droit de l’Union européenne en matière d’économie, de finances, de transition écologique, de droit pénal, de droit social et en matière agricole, Texte n° 112 (2023-2024), [en ligne](#). Art 3, « I. – Dans les conditions prévues à l’article 38 de la Constitution, le Gouvernement est autorisé à prendre par ordonnance, dans un délai de neuf mois à compter de la publication de la présente loi, toute mesure permettant : 1° De mettre les dispositions issues de la loi n° 2023-451 du 9 juin 2023 visant à encadrer l’influence commerciale et à lutter contre les dérives des influenceurs sur les réseaux sociaux en conformité avec les règles européennes applicables [...]. »

24. La loi instrumentalisée aux fins d'un spectacle. Bien que la loi échoue à unifier le régime de l'influenceur, elle a le mérite de dresser le constat d'une situation qui, en pratique, faisait bel et bien fi du droit. Elle crée un régime de l'influenceur ainsi que de son agent et affirme clairement l'application du droit de la publicité. Toutefois, *in fine*, on reste dubitatif face à ses dispositions, qui semblent avoir un apport plus pédagogique que normatif. Il s'agit principalement de rappeler aux influenceurs, par cette loi et grâce au spectacle médiatique orchestré autour d'elle, que les pouvoirs publics agissent contre les « dérives » de l'influence commerciale. Deux propositions font particulièrement preuve de pédagogie. La première est celle aux termes de laquelle le droit de la publicité s'applique aux influenceurs, notamment le droit des pratiques commerciales trompeuses, l'interdiction de la promotion du tabac, l'encadrement des paris sportifs, et tous les autres exemples que nous avons pu évoquer. La seconde est l'article 5 de la loi, qui entend « renforcer », ou à tout le moins préciser si besoin était, la portée du principe de transparence de la publicité. Si la volonté des pouvoirs publics d'agir contre les dérives de l'influence commerciale nous paraît particulièrement louable¹¹³, on déplorera l'instrument normatif choisi pour ce faire : « il ne faut recourir à la norme que lorsque tous les autres moyens pour parvenir à l'objectif envisagé ont été expertisés, débattus et écartés¹¹⁴ » et non pour un spectacle...

¹¹³ Ainsi que le rappelle le titre de la proposition de loi initiale, « Proposition de loi visant à lutter contre les arnaques et les dérives des influenceurs sur les réseaux sociaux ».

¹¹⁴ CE, *Simplification et qualité du droit*, étude annuelle, 2016, *op. cit.*, p. 125.

DOSSIER :
LA LIBERTÉ D'EXPRESSION
ET DE LA PRESSE

*COLLOQUE FRANCO-TUNISIEN, SFAX,
8 ET 9 DÉCEMBRE 2022*

La liberté d'expression et de la presse

Colloque des 8 et 9 décembre 2022

Sfax, Tunisie

Jonas KNETSCH

Professeur à l'Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne

Coresponsable du département CRCA de l'IRJS

Les 8 et 9 décembre 2022 s'est tenu à Sfax en Tunisie un colloque international autour du thème « La liberté d'expression et de la presse ». Cet événement a été organisé par la Faculté de droit de Sfax, en coopération avec l'Institut de recherche juridique de la Sorbonne (IRJS), sous la direction de Sami Jerbi, professeur émérite de l'Université de Sfax, de Salma Abid Mnif, agrégée de droit privé et maître de conférences à la faculté de droit et de sciences politiques de l'Université Tunis I, ainsi que de Jonas Knetsch, professeur de droit privé à l'Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne.

Ce colloque s'inscrit dans une longue de tradition de coopération académique entre l'IRJS et la Faculté de droit de Sfax, qui fut initiée en 2003 par les professeurs Sami Jerbi et Patrice Jourdain et qui a donné lieu à une quinzaine de manifestations scientifiques.

Au regard de l'actualité politique, en Tunisie, en France et ailleurs dans le monde, il nous a semblé important de réunir des universitaires tunisiens et français pour réfléchir à la protection de la liberté d'expression et de la presse, malmenée par les conflits internes et internationaux. Issue de conventions internationales, de textes de nature constitutionnelle ou législative, la liberté d'expression pose un défi au système juridique en ce qu'il interroge des normes en droit constitutionnel, en droit pénal, en droit des obligations, en droit international privé ou encore en droit processuel.

Nous sommes très heureux que les travaux de ce colloque, riches et variés, puissent faire l'objet d'une publication dans les colonnes de la *Revue juridique de la Sorbonne*. Que le lecteur veuille bien trouver ici l'essentiel des contributions qui ont été présentées lors de cette rencontre franco-tunisienne.

La liberté d'expression, un droit constitutionnel

Khalil FENDRI

*Professeur de l'enseignement supérieur
Doyen de la Faculté de Droit de Sfax
(Université de Sfax)*

La liberté d'expression est un droit fondamental caractéristique d'une société libre et pluraliste. Cette liberté garantit à toute personne la possibilité d'émettre, librement, une opinion sur un sujet, une personne, une institution, une question... etc. La liberté d'expression est un droit. Et comme tout droit, son abus peut être sanctionné. Il faut en effet concilier la liberté d'expression avec les autres droits¹.

La Cour européenne des droits de l'homme considère la liberté d'expression comme « l'un des fondements essentiels d'une société démocratique, l'une des conditions primordiales de son progrès et de l'épanouissement de chacun »².

On entend par liberté d'expression le pouvoir dont jouit toute personne, lui permettant d'exprimer, en toute discrétion, ses opinions par tous les moyens qu'elle juge utiles³.

Cette liberté a pour corollaire la liberté de presse, définie comme étant le pouvoir de s'exprimer librement à travers des supports qui, quel qu'en soit la nature, peuvent communiquer l'opinion au public d'une manière organisée.

Le lien entre ces deux libertés semble être, certes, évident, dès lors que la dernière est le support de la première, mais sans être pour autant systématique. En effet, la liberté d'expression peut se servir d'autres canaux placés en dehors du champ de la liberté de la presse, tels que les forums de discussion, les réseaux

¹ H. OBERDORFF, « Les limites démocratiques de la liberté d'expression. L'exemple de la radicalisation violente », *Les Lettres de la SPF* 2018, n° 40, p. 85.

² CEDH, 4 novembre 1976, req. n° 5493/72, *Handyside c. Royaume Uni*.

³ H. OBERDORFF, *Droits de l'Homme et libertés fondamentales*, LGDJ, 8^e éd. 2021, p. 621.

sociaux⁴ considérés par la Cour de cassation tunisienne comme ne relevant pas des moyens de communication au sens de la liberté de presse, car elles ne répondent pas à la condition du caractère public de l'information communiquée⁵, même si cette position demeure discutable en raison de la satisfaction, parfois, de cette condition à l'épreuve des faits, tels que les transmissions juxtaposées du contenu de l'information ou de l'opinion qui peut la rendre publique.

Placée au cœur du clivage liberté-droit, l'expression constitue une liberté perçue du côté de la personne qui en dispose. En tant que liberté, elle consiste à choisir de s'exprimer ou de ne pas s'exprimer, à choisir le support, le temps, etc. En tant que droit, elle est un pouvoir juridique que détient la personne à l'égard de l'État et des tierces personnes.

Divers textes juridiques garantissent et organisent la liberté d'expression et la liberté de presse.

Figure au sommet du cadre juridique la constitution du 25 juillet 2022, dont l'article 37 qui garantit la liberté d'expression et la liberté de presse⁶, et l'article 55 en pose les limites⁷.

Par ailleurs, diverses conventions internationales ratifiées par la Tunisie garantissent ces deux libertés, et dont l'exposé sera fait au cours des développements qui vont suivre.

Enfin, une multiplicité de textes ayant valeur législative organise la liberté d'expression et la liberté de presse. Ces textes sont parfois en conflit, comme c'est le cas du code pénal, du code des télécommunications, du décret-loi n° 2011-115 du 2 novembre 2011⁸, du décret-loi n° 2011-116 du 2 novembre 2011⁹ et du décret-loi n 2022-54 du 13 septembre 2022¹⁰. Ce conflit trouve sa solution dans l'identification

⁴ K. MEJRI, « Facebook : quel espace public ? », in H. Mrad (dir.), *Facebook en Tunisie faiseur de politique ou espace public ?*, Association tunisienne d'études politiques, 2017, p. 27.

⁵ C. cass., Crim., 3 janvier 2018, req. 52620/2016, inédit.

⁶ Cet article dispose que « les libertés d'opinion, de pensée, d'expression, d'information et de publication sont garanties. Aucun contrôle préalable ne peut être exercé sur ces libertés ».

⁷ Cet article dispose qu'« aucune restriction ne peut être apportée aux droits et libertés garantis par la présente Constitution qu'en vertu d'une loi et pour répondre aux exigences d'un régime démocratique et en vue de sauvegarder les droits d'autrui ou pour répondre aux impératifs de la sûreté publique, de la défense nationale ou de la santé publique. Ces restrictions ne doivent pas porter atteinte à la substance des droits et libertés garantis par la présente Constitution, et elles doivent être justifiées par leurs objectifs et proportionnelles à leurs justifications. Aucune révision ne peut porter atteinte aux acquis en matière des droits de l'Homme et de libertés garantis par la présente Constitution. Les instances juridictionnelles assurent la protection des droits et libertés contre toute atteinte ».

⁸ Ce décret-loi est relatif à la liberté de la presse, l'imprimerie et l'édition.

⁹ Ce décret-loi est relatif à la liberté de la communication audiovisuelle et portant création d'une Haute autorité indépendante de la communication audiovisuelle.

¹⁰ Ce décret-loi est relatif à la lutte contre les infractions se rapportant aux systèmes d'information et de communication.

du texte général et du texte spécial, et la recherche de l'équilibre entre le principe de la liberté et les exceptions qui y sont apportées, équilibre contrôlé par le juge¹¹.

Traiter de la liberté d'expression, comme droit constitutionnel, présente des intérêts évidents. D'abord, la liberté d'expression est un critère de mesure du degré de démocratie du système politique. C'est une unité de mesure de la portée du pluralisme, d'un État respectueux des droits de l'Homme. Ensuite, l'exercice de la liberté d'expression est limité par la protection des droits d'autrui, notamment contre l'injure, la diffamation, la réputation... etc., ce qui explique l'incrimination des excès de la liberté d'expression, de même que la mise en œuvre de la responsabilité civile de l'auteur des dépassements. Il s'agit aussi de sauvegarder l'ordre public par l'activité de police administrative¹², de prévenir et de réprimer les crimes ou appels aux crimes... etc.

Aujourd'hui, la liberté d'expression est au cœur d'un débat public entre les défenseurs de cette liberté et ceux de la limitation de la liberté d'expression¹³, quand cette liberté est unanimement considérée comme l'acquis par excellence de la révolution tunisienne de 2011.

L'ensemble de ces intérêts nous amène à poser la problématique du difficile équilibre entre l'exercice de la liberté d'expression et ses limites, au nom de la sauvegarde de l'ordre public et de la préservation des droits d'autrui conformément à la Constitution de 2022.

La réponse à cette problématique suggère que l'on étudie, d'abord, la liberté d'expression comme un droit constitutionnel garanti (I) et, ensuite, la liberté d'expression comme un droit constitutionnel limité (II).

I.- La liberté d'expression, un droit constitutionnel garanti

La garantie constitutionnelle de la liberté d'expression passe, de toute évidence, par la garantie de sa substance (A) et par son acception large conformément aux standards internationaux (B).

¹¹ EUROMED DROITS, *État des lieux des droits humains en Tunisie*, 2021, p. 7.

¹² Y. BEN ACHOUR, *Droit administratif*, Centre de publication universitaire, 3^e éd. 2010, p. 269.

¹³ Notons, à cet égard, des mouvements perpétuels de défense et de contestation médiatique de la liberté d'expression, dont le dernier en date est suggéré par la diffusion d'une séquence vidéo publiée sur les réseaux sociaux, dans laquelle une élève s'attaque à un enseignant de théâtre et le dénigre.

A.- Une garantie constitutionnelle de la substance de la liberté d'expression

La garantie constitutionnelle de la substance de la liberté d'expression, c'est-à-dire la consistance de cette liberté telle que définie ci-haut, se vérifie à travers les différentes constitutions, aussi bien tunisiennes, que comparées.

S'agissant d'abord des constitutions tunisiennes, la garantie est explicite. Les trois constitutions tunisiennes font de la liberté de s'exprimer sur un objet quelconque, un fait, une personne... etc. une garantie essentielle pour un État démocratique.

Ainsi, nous lisons dans l'article 8 nouveau de la Constitution du 1^{er} juin 1959 que :

« les libertés [...] d'expression, de presse, [...] sont garanties et exercées dans les conditions définies par la loi ». La même règle est reprise par l'article 31 de la constitution du 27 janvier 2014, puis par l'article 37 de la constitution du 25 juillet 2022, mais tout en y apportant l'interdiction explicite du contrôle préalable. Ainsi, l'article 31 dispose que « les libertés d'opinion, de pensée, d'expression, d'information et de publication sont garanties. Aucun contrôle préalable ne peut être exercé sur ces libertés ».

Les mêmes termes sont reproduits par l'article 37 de la Constitution de 2022.

S'agissant ensuite de quelques constitutions comparées, on peut citer l'article 41 de la Constitution algérienne de 1996, qui prévoit que « les libertés d'expression [...] sont garanties au citoyen », de même que l'article 25 de la constitution marocaine de 2011, qui dispose que « sont garanties les libertés de pensée, d'opinion et d'expression sous toutes ses formes ».

Ces garanties sont à rapprocher de certaines constitutions ou normes constitutionnelles européennes. C'est ainsi qu'en France, l'article 11 de la Déclaration française des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789 garantit à toute personne le « droit à la liberté d'expression. Ce droit comprend la liberté d'opinion et la liberté de recevoir ou de communiquer des informations ou des idées sans qu'il puisse y avoir ingérence d'autorités publiques et sans considération de frontières ». On y voit bien l'intéressement de cette norme faisant partie du bloc de la constitutionnalité à la substance de celle liberté.

En République fédérale d'Allemagne, l'article 5 de la Loi fondamentale dispose que « chacun a le droit d'exprimer et de diffuser librement son opinion par la parole, par l'écrit et par l'image, et de s'informer sans entraves aux sources accessibles au public ». De même, l'article 20 alinéa 1^{er} de la Constitution espagnole reconnaît et protège « le droit d'exprimer et de diffuser librement les pensées, les idées et les opinions par la parole, l'écrit ou tout autre moyen de reproduction ».

La garantie de la substance de la liberté comprend aussi, et à un degré non moins important, la régulation de la liberté d'expression.

En effet, Il s'agit de réguler une partie de la liberté de la presse et de la liberté de l'expression, à savoir celle exercée dans le cadre du secteur audiovisuel, à l'exclusion des autres secteurs de la presse écrite et la presse électronique. Ceci se manifeste à travers les termes de l'article 127 de la Constitution tunisienne de 2014, selon lesquels :

« L'Instance de la communication audiovisuelle est chargée de la régulation et du développement du secteur de la communication audiovisuelle, elle veille à garantir la liberté d'expression et d'information, et à garantir une information pluraliste et intègre. »

Vraisemblablement, cette disposition s'intègre dans le cadre de l'institution des autorités publiques constitutionnelles¹⁴. Une telle garantie, qui était l'un des apports de la Constitution de 2014, ne figure plus dans la Constitution de 2022, qui ne connaît plus de statut constitutionnel aux autorités publiques constitutionnelles, et les régresse au statut législatif. Dans cet ordre d'idées, il n'existe plus de statut constitutionnel de la haute autorité indépendante pour la communication audiovisuelle. Son statut est désormais législatif, et ne bénéficie plus d'une protection constitutionnelle contre la discrétion du législateur. Néanmoins, l'interdiction du contrôle préalable n'empêche pas le maintien en exercice de la HAICA, ce qui se vérifie d'ailleurs à travers la Constitution de 2014.

Il découle des développements précédents que les Constitutions tunisiennes de 2014 et 2022 diffèrent de la Constitution de 1959, en ce que cette dernière a dissocié entre la liberté d'expression (liberté générique) et la liberté de presse (liberté spécifique), alors que les deux Constitutions de 2014 et 2022 n'ont pas individualisé la liberté de presse.

La non-dissociation entre la liberté de presse et la liberté d'expression se vérifie aussi à travers les quelques déclarations et constitutions européennes et arabes étudiées. En effet, on peut penser que les règles constitutionnelles se sont limitées à garantir les libertés mères, génériques, sans pour autant s'intéresser aux libertés dérivées qui jouissent, par voie de conséquence, de la même protection constitutionnelle.

La liberté de presse jouit de la même garantie constitutionnelle que celle accordée à la liberté d'expression, quand bien même la liberté de presse est une liberté plus encadrée, contrôlée, structurée et canalisée, faisant aussi appel à la liberté de l'industrie et du commerce.

¹⁴ K. FENDRI, « L'autorité administrative dans la nouvelle constitution », in *Lectures de la Constitution de la deuxième République (la Constitution du 27 janvier 2014)*, Publications de l'École doctorale de la Faculté de Droit de Sfax, 2017, p. 175.

B.- Une garantie constitutionnelle comprenant une acception large de la liberté d'expression

Les standards internationaux adoptent une acception large des libertés d'expression et de presse. D'abord, ils ne distinguent pas entre les formes d'expression (orale, graphique, écrite, etc.) Ensuite, ils généralisent les moyens de leur exercice. Enfin, les standards internationaux ne se limitent pas, dans leur garantie de ces libertés, à des frontières bien déterminées pour leur exercice.

L'acception large adoptée par ces standards consolide la garantie de la liberté d'expression dans son principe même. En effet, toute garantie de liberté devrait être dans son principe, et non dans ses limites¹⁵, ce qui recommande que la liberté d'expression soit prise dans sa dimension large.

Ainsi en est-il de l'article 19 (2) du Pacte international des droits civils et politiques, qui dispose que :

« toute personne a droit à la liberté d'expression. Ce droit comprend la liberté de rechercher, de recevoir et de répandre des informations et des idées de toute espèce, sans considération de frontières, sous une forme orale, écrite, imprimée ou artistique, ou par tout autre moyen de son choix. »

Ainsi en est-il également de l'article 10 (1) de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales. Cet article prévoit que « toute personne a droit à la liberté d'expression. Ce droit comprend la liberté d'opinion et la liberté de recevoir ou de communiquer des informations ou des idées sans qu'il puisse y avoir ingérence d'autorités publiques et sans considération de frontière. Le présent article n'empêche pas les États de soumettre les entreprises de radiodiffusion, de cinéma ou de télévision à un régime d'autorisations ».

Il en est de même de l'article 32 (a) de la Charte arabe des droits de l'Homme, qui dispose que « la présente charte garantit [...] la liberté [...] d'expression et le droit de rechercher, de recevoir et de répandre des informations par tout moyen, sans considération de frontières géographiques ».

Par ailleurs, ces standards renvoient, souvent, aux législations nationales pour organiser ces libertés, tout en posant les conditions de leur limitation.

II.- La liberté d'expression, un droit constitutionnel limité

Aucune liberté ne peut être exercée pleinement et absolument. En effet, toute liberté comporte, dans ses germes, ses propres limites. Ces dernières constituent la manifestation de la liberté d'autrui, ou encore, sur un plan qui transcende les

¹⁵ J.-P. COSTA, « Le juge et les libertés », *Pouvoirs* 1998, p. 75.

intérêts privés, la manifestation de la suprématie de l'ordre public et de l'intérêt général par rapport aux intérêts privés.

Ces limitations sont soigneusement prévues par le droit substantiel (A). Elles sont aussi institutionnalisées (B).

A.- Les limitations de la liberté d'expression par le droit substantiel

Les limitations sont, d'abord, prévues par les constitutions tunisiennes.

C'est ainsi que l'article 55 de la Constitution de 2022 dispose que:

« Aucune restriction ne peut être apportée aux droits et libertés garantis par la présente Constitution qu'en vertu d'une loi et pour répondre aux exigences d'un régime démocratique et en vue de sauvegarder les droits d'autrui ou pour répondre aux impératifs de la sûreté publique, de la défense nationale ou de la santé publique.

Ces restrictions ne doivent pas porter atteinte à la substance des droits et libertés garantis par la présente constitution, et elles doivent être justifiées par leurs objectifs et proportionnelles à leurs justifications.

Aucune révision ne peut porter atteinte aux acquis en matière des droits de l'Homme et de libertés garantis par la présente Constitution.

Les instances juridictionnelles assurent la protection des droits et libertés contre toute atteinte ».

Cet article reprend, à quelques nuances près, les termes de l'article 49 de la Constitution de 2014, selon lesquelles « sans porter atteinte à leur substance, la loi fixe les restrictions relatives aux droits et libertés garantis par la Constitution et à leur exercice. Ces restrictions ne peuvent être établies que pour répondre aux exigences d'un État civil et démocratique, et en vue de sauvegarder les droits d'autrui ou les impératifs de la sûreté publique, de la défense nationale, de la santé publique ou de la moralité publique tout en respectant la proportionnalité entre ces restrictions et leurs justifications. Les instances juridictionnelles assurent la protection des droits et libertés contre toute atteinte. Aucune révision ne peut porter atteinte aux acquis en matière de droits de l'Homme et de libertés garantis par la présente Constitution »¹⁶.

Les limitations sont aussi prévues par les conventions internationales.

Ainsi, l'article 10 (2) de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme dispose que :

« l'exercice de ces libertés comportant des devoirs et des responsabilités peut être soumis à certaines formalités, conditions, restrictions ou sanctions prévues par la loi, qui constituent des mesures nécessaires, dans une société démocra-

¹⁶ M. GARGOURI, « Les limitations constitutionnelles des droits et libertés à travers l'article 49 de la constitution du 27 janvier 2014 », in *Lectures de la Constitution de la deuxième République (la Constitution du 27 janvier 2014)*, Publications de l'École doctorale de la Faculté de Droit de Sfax, 2017, p. 83.

tique, à la sécurité nationale, à l'intégrité territoriale ou à la sûreté publique, à la défense de l'ordre et à la prévention du crime, à la protection de la santé ou de la morale, à la protection de la réputation ou des droits d'autrui, pour empêcher la divulgation d'informations confidentielles ou pour garantir l'autorité et l'impartialité du pouvoir judiciaire. »

De son côté, l'article 19 (3) du Pacte international des droits civils et politiques dispose que :

« l'exercice des libertés prévues au paragraphe 2 du présent article comporte des devoirs spéciaux et des responsabilités spéciales. Il peut en conséquence être soumis à certaines restrictions qui doivent toutefois être expressément fixées par la loi et qui sont nécessaires :

- a) Au respect des droits ou de la réputation d'autrui ;
- b) A la sauvegarde de la sécurité nationale, de l'ordre public, de la santé ou de la moralité publiques. »

Étant exceptionnelles, les limitations à la liberté de l'expression et à la liberté de la presse (être prévue par une loi, ne pas porter atteinte à la substance de la liberté, la proportionnalité de la limitation et sa nécessité avec/pour l'objectif poursuivi) s'adressent, tant au pouvoir législatif, qu'au pouvoir exécutif et au pouvoir judiciaire. Elles doivent être interprétées dans un sens restrictif.

Quelques exemples de limitations de la liberté d'expression et de la liberté de presse peuvent être avancés.

D'abord, les articles 33 et suivants du décret-loi n° 2011-115 interdisent la concentration des supports de presse, et ce, sous le contrôle contentieux du Conseil de la concurrence.

Ensuite, la Cour européenne des droits de l'Homme a estimé que « les juridictions internes ayant eu à connaître de l'affaire ont dûment pris en compte le contexte dans lequel les déclarations avaient été faites et qu'elles ont soigneusement mis en balance le droit de la requérante à la liberté d'expression et le droit des autres personnes à voir leurs sentiments religieux protégés et la paix religieuse en Autriche préservée »¹⁷.

Enfin, le Conseil constitutionnel français a décidé que:

« la disposition introduite en 1992 dans l'article 2 de la Constitution selon laquelle « la langue de la République est le français » ne saurait servir de base juridique à la loi déferée : en admettant même, ce qui n'est d'ailleurs nullement certain, que la promotion de la langue française soit devenue de ce fait un objectif de valeur constitutionnelle, la poursuite de cet objectif permettait peut-être d'imposer l'usage du français aux gestionnaires de services publics, comme l'avait fait le législateur de 1975, mais sûrement pas de limiter la liberté d'expression et de communication de simples particuliers, laquelle comprend à l'évidence le droit

¹⁷ CEDH, 25 octobre 2018, req. 38450/12, *E.S. c. Autriche*.

de choisir librement la langue dans laquelle les personnes privées s'expriment dans leurs rapports mutuels¹⁸. »

B.- Les limitations institutionnelles de la liberté d'expression

D'abord, les limitations sont l'œuvre de l'autorité administrative, incarnant le pouvoir exécutif dans son activité de police administrative.

À ce niveau, on peut observer la tendance vers l'interdiction du contrôle préalable, et son remplacement par un contrôle a posteriori. La liberté d'expression - hormis le cas d'une poursuite pénale de la personne concernée - n'étant soumise à aucun régime de restriction préalable, alors que la liberté de presse n'est soumise qu'au régime déclaratif.

On peut, dans cet ordre d'idées, renvoyer à la compétence de la Haute autorité indépendante pour la communication audiovisuelle en tant qu'autorité de régulation¹⁹.

De même, les administrations peuvent, dans la limite de leurs attributions disciplinaires, prendre des sanctions disciplinaires à l'encontre des personnes abusant de la liberté d'expression, causant des préjudices à l'autorité administrative ou à autrui. Ici, il importe peu que ces personnes soient les agents publics de l'administration, et ce, en vertu des dispositions statutaires les régissant, ou les usagers de cette administration, en vertu des dispositions légales qui fixent le statut de ces usagers à l'égard de l'administration, tels que le statut d'étudiant ou d'élève.

Ensuite, les limitations sont l'œuvre de la justice.

Notons, de prime abord, que dans un souci de distinction entre la police administrative et la police judiciaire²⁰, il n'appartient pas aux tribunaux judiciaires d'interdire l'exercice de la liberté d'expression ou de la liberté de presse avant toute poursuite pénale ou action publique, étant donné qu'il s'agit ici d'une activité de police administrative préventive. Or, certaines juridictions pénales tunisiennes ont déjà interdit la diffusion de certaines émissions télévisées d'une manière préalable, enfreignant ainsi la séparation entre les deux activités de police, et exerçant par voie de conséquence un contrôle préalable sur la liberté d'expression.

Observons, par ailleurs, que la compétence des juridictions pour trancher les différents litiges en rapport avec ces deux libertés comprend aussi bien la justice pénale que la justice administrative, et ce, selon la nature du litige, conformément aux prescriptions de l'article 55 de la Constitution de 2022.

¹⁸ Cons. const., 29 juillet 1994, n° 94-345 DC, *Loi relative à l'emploi de la langue française*.

¹⁹ Article 16 du décret-loi n° 2011-116 du 2 novembre 2011.

²⁰ Y. BEN ACHOUR, *Droit administratif*, op. cit., p. 269.

La compétence de la justice pénale pour qualifier, apprécier et juger les faits en rapport avec la violation d'autres libertés ou droits moyennant la liberté d'expression ou de presse pose des questions d'ordre constitutionnel en rapport avec la loi pénale applicable et les conflits de loi²¹. Il convient, en effet, de déterminer la loi applicable aux limitations : s'agit-il du code pénal ? du code des télécommunications ? du décret-loi n° 2011-115 ? du décret-loi n° 2022-54 ?

Une autre question peut être posée en rapport avec les conditions de la constitutionnalité des limites à ces deux libertés, dont notamment la proportionnalité de la peine d'emprisonnement objet de l'article 24 du décret-loi n° 2022-54 avec la gravité des faits²². On rappelle, dans cet ordre d'idées, que le syndicat national des journalistes tunisiens a appelé au retrait dudit décret-loi estimé excessif et non conforme à l'article 55 de la Constitution de 2022²³. D'autres organismes de la société civile estiment que ledit décret-loi causera la dégradation du classement de la Tunisie dans le baromètre de la liberté de la presse de Reporters sans frontière. En 2023, la Tunisie occupe le 121^{ème} rang sur 180 États²⁴.

La compétence de la justice pénale n'est pas exclusive de la compétence de la justice administrative pour statuer sur le recours pour excès de pouvoir ou le contentieux administratif répressif, selon l'objet de l'acte litigieux, en faisant notamment valoir le contrôle minimum de la légalité de la sanction prise et qui s'exerce sur l'existence matérielle des faits, avec la possibilité de l'étendre à la proportionnalité de la mesure prise en cas d'erreur manifeste d'appréciation²⁵.

Le juge de l'excès de pouvoir a décidé que l'exercice, par l'agent public, de sa liberté d'expression se fait dans la limite de l'obligation de réserve. Cette dernière est qualifiée par l'administration publique à partir de chaque espèce, sous le contrôle du juge de l'excès de pouvoir. Ainsi, le Tribunal administratif a jugé :

²¹ A. ZAGHDOUDI, « La concurrence des lois en matière de liberté d'expression », in W. Ferchichi (dir.), *Les libertés au prétoire ! Les juridictions protectrices des libertés*, ADLI, 2021, p. 136.

²² Cet article dispose que « Est puni de cinq ans d'emprisonnement et d'une amende de cinquante mille dinars quiconque utilise sciemment des systèmes et réseaux d'information et de communication en vue de produire, répandre, diffuser, ou envoyer, ou rédiger de fausses nouvelles, de fausses données, des rumeurs, des documents faux ou falsifiés ou faussement attribués à autrui dans le but de porter atteinte aux droits d'autrui ou porter préjudice à la sûreté publique ou à la défense nationale ou de semer la terreur parmi la population. Est passible des mêmes peines encourues au premier alinéa toute personne qui procède à l'utilisation de systèmes d'information en vue de publier ou de diffuser des nouvelles ou des documents faux ou falsifiés ou des informations contenant des données à caractère personnel, ou attribution de données infondées visant à diffamer les autres, de porter atteinte à leur réputation, de leur nuire financièrement ou moralement, d'inciter à des agressions contre eux ou d'inciter au discours de haine. »

²³ V. S. DRIDI, « Décret-loi 54 : l'épée de Damoclès », lapresse.tn, le 18 avril 2023. Sur la base de cet article, des journalistes ont été traduits devant la justice pénale, pour des propos relatifs à la gestion par le ministre des affaires religieuses des affaires de son ministère.

²⁴ M. ISMAIL, « Classement mondial de la liberté de presse : la Tunisie perd 27 places, dégringole au 121^{ème} rang », Anadolu Agency, aa.com.fr, 3 mai 2023.

²⁵ I. BEN HASSEN, *Justice administrative et État de droit*, Sotep Grafic, 2022, p. 110.

« Considérant que l'administration n'est pas en droit de sanctionner les fonctionnaires en raison de leurs opinions, tant que ces derniers ont respecté l'obligation de réserve et celle de la neutralité et tant qu'aucune preuve n'a été apportée concernant des comportements contraires à l'article 3 du statut général de la fonction publique ou concernant des agissements prohibés par le code pénal²⁶. »

²⁶ Trib. adm., 14 avril 2001, req. 18600, inédit.

La liberté d'expression de l'universitaire

Xavier DUPRÉ DE BOULOIS

*Professeur à l'Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne
(ISJPS UMR 8103)*

La liberté d'expression, entendue ici comme la liberté de communiquer et de recevoir des informations et des idées, est l'une des libertés fondamentales les plus essentielles parce qu'elle conditionne l'exercice d'autres droits et libertés (liberté de conscience, droits politiques, etc.). Aux côtés des différents textes supra-législatifs (art. 11 de la DDHC, art. 10 de la CEDH, art. 19 du PIDCP et art. 11 de la Charte DFUE), son éminence est prise en compte dans les jurisprudences des cours « suprêmes ». Alors que la Cour EDH y voit « l'un des fondements essentiels [d'une] société [démocratique et] l'une des conditions primordiales de son progrès et de l'épanouissement de chacun¹ », le Conseil constitutionnel l'estime « d'autant plus précieuse que son exercice est une condition de la démocratie et l'une des garanties du respect des autres droits et libertés² ». Elle a cette spécificité parmi le *corpus* des libertés de déroger à la définition de la liberté qui figure à l'article 4 de la DDHC selon laquelle la liberté consiste à faire tout ce qui ne nuit pas autrui. En effet, la liberté d'expression « vaut non seulement pour les informations ou idées accueillies avec faveur ou considérées comme inoffensives ou indifférentes, mais aussi pour celles qui heurtent, choquent ou inquiètent l'État ou une fraction quelconque de la population³ ». Son importance se décline à travers un régime juridique libéral à la dénomination contre-intuitive, le régime répressif. L'expression est libre mais le législateur fixe des limites dont la transgression est sanctionnée *a posteriori* par un juge. C'est le modèle de la loi du 29 juillet 1881. Elle définit toute une série d'infractions qui incriminent des abus de la liberté d'expression : injure, diffamation, provocation à la discrimination. Beaucoup ont été abrogées (par exemple, le délit d'offense au chef de l'État), d'autres ont été ajoutées ou complétées (par exemple, le délit de négationnisme).

¹ CEDH, 7 déc. 1976, req. 5493/72, *Handyside c. Royaume-Uni*, § 49.

² Cons. const., 10 juin 2009, 2009-580 DC, *HADOPI*, Rec. p. 107.

³ CEDH, 7 déc. 1976, préc.

Comme tout un chacun, l'universitaire jouit de la liberté d'expression. Cette liberté prend une coloration particulière à raison de sa vocation professionnelle : enseigner et chercher et au-delà transmettre un savoir et contribuer au développement d'un savoir libre et universel. Aussi l'expression de l'universitaire fait-elle l'objet d'une protection renforcée. Elle est aussi évaluée à l'aune d'une déontologie professionnelle censée pourvoir aux exigences de la science. Par ailleurs, elle doit composer avec d'autres champs normatifs : la légalité générale, pour l'essentiel la loi de 1881, qui s'impose à toute personne ; le droit de la fonction publique et le lot des obligations professionnelles des agents de l'État. Il en résulte un régime juridique subtil et parfois incertain.

Forte, la liberté d'expression de l'universitaire l'est. Elle est aussi fragile. Elle est menacée, y compris dans le contexte français. Ses prédateurs sont de toute nature : L'État est tenté d'imposer un narratif et peut donc prendre ombrage de recherches qui l'infirmement ; les entreprises s'engagent dans des procédures afin de contrecarrer les expressions universitaires de nature à nuire à leurs intérêts économiques ; des groupes sociaux font de l'espace académique un champ de lutte au soutien de leurs revendications (II.). Cette liberté est d'autant plus fragile qu'elle est entourée d'un halo d'incertitudes. Dans un monde d'hypercommunication, l'expression de l'universitaire peine à se différencier de discours concurrents. Elle a pourtant vocation à une signification particulière (I.).

I.- Signification

La liberté d'expression de l'universitaire s'inscrit dans le cadre de ce qu'il est commun d'appeler la liberté académique. Si l'on se réfère à l'ouvrage qu'Olivier Beaud lui a consacrée⁴, la liberté académique a une double filiation allemande et américaine. Elle a une dimension individuelle : en tant que liberté de l'enseignant-chercheur, elle implique la liberté de la recherche, la liberté de l'enseignement et la liberté d'expression ; elle a aussi une dimension collective : elle justifie l'autonomie de l'institution universitaire qui est le cadre dans lequel se déploie cette liberté et qui en constitue une garantie. Mais pour éminente qu'elle soit, cette liberté est conditionnée.

A.- Une liberté éminente

L'éminence de la liberté académique se justifie par le rôle de l'enseignant-chercheur dans la société. Il contribue au progrès scientifique et transmet un savoir. La déclaration de l'Association américaine des professeurs d'université de 1940 évoquait l'avancement de la vérité⁵. De son côté, la recommandation 1762 (2006)

⁴ *Le savoir en danger. Menaces sur la liberté académique*, PUF, 2021, p. 29 et s.

⁵ Citée par O. BEAUD, *op. cit.*, p. 36.

de l'Assemblée du Conseil de l'Europe relative à la liberté académique en date du 30 juin 2006 a pointé le rôle historique des universités dans la poursuite d'un savoir libre et universel et a relevé que « l'Histoire a montré que les atteintes à la liberté académique et à l'autonomie des universités ont toujours entraîné un recul sur le plan intellectuel, et donc une stagnation économique et sociale ». Elle joue un rôle central à l'heure où la compétition entre les États est avant tout scientifique et technologique.

La liberté académique est proclamée par l'article 13 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. Elle a aussi reçu l'onction de la Convention européenne des droits de l'homme sur le fondement du droit à la liberté d'expression garanti par l'article 10 de la CEDH⁶. En revanche, la notion en elle-même n'a été reçue que très récemment dans le droit positif français et sur un mode dépourvu de normativité. L'article L. 952-2 du Code de l'éducation issu de la loi LPR du 24 décembre 2020 se contente en effet d'affirmer que « les libertés académiques sont le gage de l'excellence de l'enseignement supérieur et de la recherche français ». Nul doute néanmoins que les composantes de cette liberté sont protégées en droit français sur la base de deux séries de dispositions constitutionnelles : le PFRLR d'indépendance des enseignants-chercheurs dégagé par le Conseil constitutionnel dans sa décision n° 83-165 DC du 20 janvier 1984 ; la liberté de communication des idées et des opinions proclamée par l'article 11 de la DDHC⁷. De son côté, le Code de l'éducation affirme que « les enseignants-chercheurs, les enseignants et les chercheurs disposent d'une entière liberté d'expression dans l'exercice de leurs fonctions d'enseignement et de leurs activités de recherche⁸ ».

En France, la spécificité de l'expression académique s'est bien exprimée au sujet de la recherche en histoire dans deux décisions du Conseil constitutionnel relatives à la loi de 1881. La première concerne les dispositions controversées issues de la loi *Gayssot* du 13 juillet 1990 relative au délit de négationnisme. L'article 24bis de la loi de 1881 réprime la négation de l'existence des crimes contre l'humanité commis par les nazis, et en particulier le génocide juif. Après avoir relevé que les dispositions contestées incriminent exclusivement la contestation de l'existence de faits commis durant la seconde guerre mondiale, qualifiés de crimes contre l'humanité et visent à lutter contre certaines manifestations particulièrement graves d'antisémitisme et de haine raciale, le Conseil constitutionnel a souligné « que seule la négation, implicite ou explicite, ou la minoration outrancière de ces crimes est prohibée » et qu'en conséquence, « les dispositions contestées n'ont ni pour objet ni pour effet d'interdire les débats historiques⁹ ». Cette dernière mention n'est pas indifférente en ce qu'elle traduit la prise en compte des inquiétudes des historiens quant aux risques d'une criminalisation de l'activité scientifique. Les nécessités de

⁶ CEDH, 27 mai 2014, req. 39779/04, *Mustafa Erdoğan et autres c. Turquie*, § 40.

⁷ Cons. const., 28 juill. 1993, 93-322 DC, § 7.

⁸ Art. L. 952-2

⁹ Cons. const., 8 janv. 2016, n° 2015-512 QPC.

la recherche ont justifié une autre décision du Conseil constitutionnel au sujet cette fois de l'*exceptio veritatis* en matière de diffamation. Jusque-là, l'article 35 de la loi de 1881 prévoyait qu'une personne poursuivie pour diffamation pouvait s'exonérer de toute responsabilité en établissant la preuve du fait diffamatoire sauf lorsque l'imputation se référait à des faits qui remontaient à plus de dix années. Le domaine de l'*exceptio veritatis* était donc limité aux faits remontant à moins de dix ans. Le Conseil constitutionnel a censuré ces dispositions en ce que « cette interdiction vise sans distinction, dès lors qu'ils se réfèrent à des faits qui remontent à plus de dix ans, tous les propos ou écrits résultant de travaux historiques ou scientifiques ainsi que les imputations se référant à des événements dont le rappel ou le commentaire s'inscrivent dans un débat public d'intérêt général¹⁰ ». Cette décision n'est pas sans écho dans la jurisprudence de la Cour EDH¹¹.

Cette spécificité se donne également à voir dans les contentieux des délits de presse. On pense par exemple à l'affaire Neyret qui mettait en cause l'action en diffamation intentée à un universitaire par une société qui n'a pas apprécié une de ses notes d'arrêt dans la *Revue juridique de l'environnement* au sujet d'une décision de justice relative à la condamnation de ce groupe chimique. La relaxe est notamment justifiée par le constat de « la prudence dans l'expression d'un article présentée dans une forme académique propre à son objet¹² ».

B.- Une liberté conditionnelle

Au prisme de la liberté académique, la liberté d'expression est une liberté professionnelle. Il en résulte que le bénéfice et l'exercice de cette liberté s'inscrivent dans un cadre professionnel. Son bénéfice est subordonné à la qualité d'enseignant-chercheur. Elle est attribuée au terme d'un processus au sein duquel les futurs pairs, autrement dit les enseignants-chercheurs jouent le rôle central. Dans le contexte français, l'accès à cette qualité est lié à la fois à la détention d'un titre, le doctorat délivré par un jury composé d'universitaires, une qualification par une instance composée d'enseignants-chercheurs et enfin un recrutement au sein d'une université à la suite de l'intervention d'une commission elle-même composée d'enseignants-chercheurs.

Cette dimension professionnelle explique que l'exercice de la liberté académique se voit associer des devoirs professionnels. Ces exigences déontologiques sont exposées par les textes législatifs relatifs à l'activité de recherche et d'enseignement. L'article L. 211-2 du Code de la recherche issu de la loi LPR dispose que « Les travaux de recherche [...] respectent les exigences de l'intégrité scientifique visant à garantir leur caractère honnête et scientifiquement rigoureux et à consolider le lien de

¹⁰ Cons. const., 20 mai 2011, n° 2011-131 QPC.

¹¹ CEDH, 27 nov. 2006, req. 12697/03, *Mamère c/ France*, § 24.

¹² CA Paris, 28 septembre 2017, RG n° 17/00854.

confiance avec la société » et précise que « l'intégrité scientifique contribue à garantir l'impartialité des recherches et leurs résultats ». Le décret du 3 décembre 2021 définit en son article 1^{er} l'intégrité scientifique comme « l'ensemble des règles et valeurs qui doivent régir les activités de recherche pour en garantir le caractère honnête et scientifiquement rigoureux ». De son côté, l'article L. 952-2 du Code de l'éducation affirme que les enseignants-chercheurs jouissent d'une pleine indépendance et d'une entière liberté d'expression dans l'exercice de leurs fonctions d'enseignement et de leurs activités de recherche « sous les réserves que leur imposent, conformément aux traditions universitaires et aux dispositions du présent code, les principes de tolérance et d'objectivité ». Dans le même registre, l'article L. 141-6 du Code de l'éducation insiste sur l'idée que le service public de l'enseignement supérieur est laïque et indépendant de toute emprise politique, économique, religieuse ou idéologique et qu'il « tend à l'objectivité du savoir ». La liberté d'expression comme projection de la liberté académique est donc conditionnée au respect d'exigences en matière d'intégrité scientifique, d'objectivité, de rigueur et d'impartialité.

Cette conditionnalité s'est donnée à voir dans les contentieux de la liberté d'expression de l'universitaire. En matière disciplinaire, l'exemple plus notoire mettait en cause un maître de conférences qui avait publié un article négationniste dans une revue scientifique. Le Conseil d'État a écarté le recours formé contre la décision de sanction du CNESER. Ce dernier a pu juger que l'enseignant-chercheur en question avait manqué aux obligations de tolérance et d'objectivité imposées par son statut après avoir relevé qu'il contribuait à la campagne négationniste « en s'appuyant exclusivement sur des arguments non scientifiques, en écartant au contraire tous les travaux historiques, et en mettant en cause la rigueur des témoins et survivants des chambres à gaz ainsi que celle des historiens, et, d'autre part, qu'il soutenait également avec véhémence des thèses racistes et antisémites »¹³.

En revanche, le Conseil d'État a annulé une décision à l'occasion de laquelle le CNESER a refusé de sanctionner un professeur de sociologie qui avait en cours eu une attitude humiliante et avait tenu des propos de nature à porter atteinte à la dignité de deux étudiants, et ce, au motif que les agissements reprochés à l'intéressé s'inscrivaient dans le cadre de son enseignement et n'avaient pas excédé les limites de la liberté académique. À l'inverse, le juge administratif a estimé qu'un tel agissement devait être regardé comme détachable des fonctions d'enseignement¹⁴. Il peut être noté que le respect de cette déontologie est susceptible d'être opposée à un universitaire qui s'exprime en dehors de son cadre professionnel¹⁵. En matière pénale, le discours de l'universitaire n'est plus protégé dès lors qu'il s'écarte des canons de la science. La Cour EDH a ainsi écarté un recours formé contre la Norvège dans une affaire dans laquelle un chercheur en sociologie a été condamné

¹³ CE, 28 sept. 1998, n° 159236, *Notin*.

¹⁴ CE, 21 juin 2019, n° 424582, *Dufoulon*.

¹⁵ CE sect., 19 mars 2008, n° 296984, *Gollnisch* : propos à connotation négationnistes tenus à l'occasion d'une conférence de presse.

pour diffamation en raison de la publication d'un livre présentant sa production scientifique relative aux groupements et aux personnes racistes en Norvège¹⁶. Elle a estimé que la condamnation du chercheur qui n'avait pas montré assez de rigueur scientifique pour qualifier de raciste la dirigeante d'une organisation n'était pas disproportionnée.

La séquence du Covid-19 a mis la science à rude épreuve au regard de la multiplication des interventions de chercheurs et d'enseignants-chercheurs dans les médias y compris en dehors de leur champ d'expertise. Elle a donné l'occasion au comité d'éthique du CNRS de rappeler les exigences déontologiques qui pèsent sur le chercheur en matière de communication publique¹⁷. Ainsi, s'il fait état de sa qualité, le chercheur doit préciser à quel titre il prend la parole : en spécialiste apportant son expertise sur le sujet débattu, en tant que représentant de l'organisme de recherche ou d'une institution, ou bien à titre de citoyen engagé voire de militant. De même, il doit faire la distinction entre ce qui relève de connaissances validées par des méthodes scientifiques de ce qui relève d'hypothèses de travail ou fait l'objet de débats.

La portée des exigences déontologiques pose un problème spécifique dans le domaine des sciences sociales et humaines. Elle s'illustre à travers les débats sur la neutralité axiologique et sur l'engagement de l'enseignant-chercheur. De nombreux universitaires ou chercheurs en sociologie et en philosophie en particulier, contestent aujourd'hui le concept de neutralité axiologique tel qui a été dégagé par Max Weber. Dans un ouvrage récent, Claude Gautier et Michelle Zancarini-Fournel ont ainsi mené une charge sévère contre cette neutralité¹⁸. Ils réfutent la distinction développée par le sociologue Durkheim entre science et idéologie et sa conviction que la science suppose de mettre à distance les représentations et les partis pris ainsi que l'ensemble des valeurs qui les portent. Ils précisent que « la connaissance est liée au désir de transformer le réel » et que « le travail de définition des objets de la sociologie et l'interprétation des faits qu'elle établit ne peuvent pas exclure l'intervention de certains choix et orientations qui relèvent de valeurs ». De l'impossibilité de l'objectivité à l'émancipation par rapport à cette exigence, il n'y a qu'une étape que des chercheurs en SHS n'ont pas hésité à franchir¹⁹. Cette remise en cause est porteuse de menace pour l'expression de l'universitaire dès lors qu'elle est de nature à en déconsidérer la spécificité par rapport à des messages concurrents qui prétendent relever de l'expertise (émanant de *think tank* notamment).

¹⁶ CEDH, 13 févr. 2002, req. 38318/97, *Lunde c. Norvège*.

¹⁷ COMETS, *Communication scientifique en période de crise sanitaire : profusion, richesse et dérives*, avis n° 2021-42, 21 sept. 2021.

¹⁸ *De la défense des savoirs critiques. Quand le pouvoir s'en rend à l'autonomie de la recherche*, La Découverte, 2022.

¹⁹ Voir par ex. le colloque « La savante et la politique » organisé par Eric FASSIN et Caroline IBOS du 7 au 10 juin 2021 accessible sur le site du laboratoire Legs (<https://legs.cnrs.fr/archives/la-savante-et-le-politique-les-videos-du-colloque/>) et en particulier sa première journée.

II.- Menaces

Il n'est pas dans notre propos de dresser un inventaire des menaces pour l'expression de l'universitaire. Il s'agira de cibler les menaces emblématiques du moment.

A.- Les acteurs économiques : les procédures bâillons

L'expression des universitaires, en particulier dans l'espace public, est susceptible de froisser les intérêts d'acteurs économiques ne serait-ce qu'en raison du risque réputationnel qu'elle peut engendrer. Les entreprises peuvent donc être tentées de contrecarrer voire d'étouffer cette expression en ayant recours à la justice. Lorsque tel est l'objectif, nous sommes en présence d'une procédure bâillon ou, pour les Anglo-Saxons, de *slapping*²⁰. Dans le contexte français, plusieurs affaires ont retenu l'attention. La plus connue a été l'action en diffamation déjà évoquée intentée au professeur Laurent Neyret par la société CHIMIREC qui n'avait pas apprécié une de ses notes d'arrêt dans la *Revue juridique de l'environnement* au sujet d'une décision de justice mettant en cause la condamnation de ce groupe chimique pour avoir détourné à son profit les règles sur les déchets. La Cour d'appel a eu une expression forte au sujet de cette action lorsqu'elle a indiqué que « le seul fait d'examiner le caractère diffamatoire d'un tel article est une atteinte à la liberté d'expression de l'auteur²¹ ».

La multiplication de ce type d'affaires a suscité la création d'une commission à l'initiative de Thierry Mandon alors secrétaire d'État à l'enseignement supérieur. Cette commission présidée par Denis Mazeaud a rendu son rapport en avril 2017. Il a formulé toute une série de propositions. En particulier, il a proposé que les propos exprimés et les écrits rédigés de bonne foi par des chercheurs et des enseignants-chercheurs dans le cadre de leurs fonctions ne puissent donner lieu à aucune action en diffamation, injure ou outrage, la création d'une amende civile non assurable pour sanctionner toute entrave à la liberté d'expression, la modification du régime procédural très strict dans lequel est enfermée l'offre de preuve permettant de prétendre à l'exception de vérité, le renforcement des sanctions en cas de procédure abusive et l'amélioration de la protection fonctionnelle des agents. Les suites données à ce rapport ont été décevantes : une circulaire ministérielle du 9 mai 2017 s'est bornée à recommander aux chefs d'établissement d'accorder la protection fonctionnelle à ceux qui font l'objet d'actions en diffamation ou en dénigrement, sous réserve qu'ils n'aient pas commis de faute personnelle détachable du service et qu'un motif d'intérêt général ne s'y oppose pas. Il ne s'agit que d'un rappel du cadre juridique existant.

Cette question a également suscité une initiative au niveau de l'Union européenne. Un projet de directive sur la protection des personnes qui participent au débat public contre les procédures judiciaires manifestement infondées ou abusives

²⁰ Expression issue de l'acronyme SLAPP pour *Strategic Lawsuit Against Public Participation*.

²¹ CA Paris, 28 sept. 2017, préc.

a été présenté par la Commission de l'Union européenne le 27 avril 2022. Elle cible les « procédures judiciaires infondées ou exagérées généralement engagées par des personnes puissantes, des groupes de pression, des entreprises et des organes de l'État contre des parties qui expriment des critiques ou communiquent des messages dérangeants pour les requérants, sur une question d'intérêt public. Elles visent à censurer, à intimider et à faire taire les détracteurs en leur imposant le coût d'une défense en justice jusqu'à ce qu'ils renoncent à leurs critiques ou à leur opposition ». Elle a d'abord été pensée pour les actions engagées contre les journalistes mais elle n'exclut pas le message porté par les universitaires et les chercheurs. Le projet part du constat que ce type d'actions se multiplie et qu'aucun État membre ne prévoit à l'heure actuelle de garanties spécifiques contre ce type de poursuites. Aussi est-il question d'y pourvoir. Il est prévu que la juridiction saisie doit avoir le pouvoir d'obliger le requérant à fournir une garantie pour les frais de procédure, ou pour les frais de procédure et les dommages-intérêts, que le défendeur doit pouvoir solliciter un rejet rapide des procédures judiciaires manifestement infondées et qu'enfin, il existe des procédures judiciaires abusives.

B.- La tentation illibérale de L'État

Il est tentant pour l'État de s'assurer de la loyauté des universitaires. Le phénomène a acquis une actualité nouvelle avec la montée en puissance de l'autoritarisme dans des États dont la conversion à l'idéal démocratique semblait acquise. On parle couramment à leur sujet de démocraties illibérales. Sans entrer dans le débat autour de cette qualification, il semble possible de la caractériser de la manière suivante : elle renvoie à un phénomène de capture du pouvoir au sein d'institutions d'apparence démocratique par la mise sous contrôle de la justice, la maîtrise des processus électoraux et la remise en cause du pluralisme de l'information et des idées. C'est ce dernier élément qui concerne plus directement les universitaires. L'État illibéral entend étouffer les expressions dissidentes, - celles des journalistes, des universitaires, - qui remettent en cause le discours officiel, le narratif entretenu par le pouvoir en place. L'État va donc s'attaquer de manière plus ou moins directe à la liberté d'expression des universitaires, en particulier dans le domaine des sciences humaines et sociales. Il peut s'agir d'engager directement des actions contre les universitaires ou plus subtilement de prendre le contrôle des instances universitaires.

Les exemples sont aujourd'hui nombreux au sein de la grande Europe, celle du Conseil de l'Europe. Depuis le milieu des années 2010, le gouvernement turc n'a de cesse de s'en prendre aux universitaires. Avant même la tentative de coup d'État avortée (juillet 2016), il avait déjà initié des mesures administratives et pénales contre les universitaires engagés pour la paix au Kurdistan²². Par la suite et en application de l'état d'urgence, il a ordonné la fermeture d'une quinzaine

²² H. DINÇER, « La politisation à double sens de la justice dans l'ère de l'autoritarisme renforcé : le bilan des procès des Universitaires pour la Paix en Turquie », *Rev. des droits de l'homme* 2022/22.

d'établissements d'enseignement supérieur privés en se fondant notamment sur leurs liens supposés avec la fondation Güllen, prononcé la révocation par décret de centaines d'universitaires et repris en main la gouvernance des universités. De son côté, le gouvernement hongrois s'en est pris à la *Central European University*, université créée à l'initiative de Georges Soros dont l'objectif déclaré est d'encourager des échanges critiques dans le cadre de la formation des futurs décideurs des États d'Europe centrale et orientale dans lesquels le pluralisme était auparavant exclu. L'État hongrois a souhaité mettre fin à ses activités sur son territoire à travers deux modifications à la loi hongroise relative à l'enseignement supérieur d'apparence neutres qui en pratique ne concernaient que cette université. La CJUE a condamné la Hongrie pour manquement d'État notamment en ce que ces modifications législatives portaient atteinte à l'article 13 de la Charte des DFUE en tant qu'il proclame que la recherche scientifique est libre et que la liberté académique est respectée²³. En Roumanie, le gouvernement a quant à lui tenté de s'opposer à la diffusion des théories du genre comprise comme la théorie ou l'opinion selon laquelle le genre est un concept différent du sexe biologique et selon laquelle les deux ne sont pas toujours identiques. Ce projet de loi a été censuré par la Cour constitutionnelle roumaine notamment en ce que « l'interdiction de la libre expression au sujet de la théorie du genre détermine clairement la prohibition de toute initiative de recherche dans ce domaine, la règle critiquée imposant, indépendamment de tout débat ou de toute recherche libres, un enseignement dogmatique, tronqué, contraignant pour la libre expression des enseignants et des bénéficiaires de l'enseignement, au mépris de leur liberté d'opinion »²⁴.

Cette menace n'est pas un monopole des États dits « illibéraux ». Aux États-Unis, le gouverneur de Floride et candidat à l'investiture républicaine pour la prochaine élection présidentielle, Ron DeSantis, a fait de la lutte certaines théories développées au sein des universités un point central de son action²⁵. Il est possible de s'interroger sur les risques d'une telle dérive dans le contexte français. Deux considérations au moins évoquent des fragilités à cet égard. En premier lieu, l'enseignant-chercheur est un agent de l'État. Il en résulte des interrogations persistantes sur la portée à son égard des obligations professionnelles communes à l'ensemble des agents de l'État et rappelées par l'article L. 121-1 du Code général de la fonction publique telles que la neutralité et l'obligation de réserve. On pourrait être tenté d'en exonérer les enseignants-chercheurs au regard de la spécificité de leur vocation professionnelle. En réalité, la jurisprudence est plutôt incertaine et laisse entendre que les universitaires n'échappent pas au respect de ces obligations. Il en est ainsi par exemple de l'obligation de neutralité. Dans un contentieux relatif à l'élection d'un enseignant-chercheur ayant la qualité de ministre du culte à la présidence de

²³ CJUE, gr. ch., 6 oct. 2020, aff. C-66/18, *Commission c. Hongrie*.

²⁴ Cour constitutionnelle de Roumanie, 16 déc. 2020, décision n° 907, cité par G. TUSSEAU, *RFD adm.* 2021, p. 1107.

²⁵ Voir également pour la Suède : A.-F. HIVERT, « L'extrême-droite suédoise veut nettoyer les administrations », *Le Monde*, 7-8 mai 2023, p. 5.

l'Université de Strasbourg, le Conseil d'État a relevé qu'il est tenu, « eu égard à la neutralité des services publics qui découle également du principe de laïcité, à ne pas manifester ses opinions religieuses dans l'exercice de ses fonctions ainsi qu'à un devoir de réserve en dehors de l'exercice de ces fonctions »²⁶. Le propos semble également valable pour le simple enseignant-chercheur. C'est du moins ce qu'a laissé entendre le Conseil d'État dans une affaire récente²⁷. On comprend également que le respect de cette obligation doit être concilié avec les exigences spécifiques de l'activité d'enseignant-chercheur. En second lieu, les garanties statutaires dont disposent les universitaires se sont érodées au rythme de lois successives (LRU, LPR). La jurisprudence constitutionnelle illustre une grande souplesse dans l'interprétation du principe d'indépendance des enseignants-chercheurs. Il n'impose pas que toutes les personnes intervenant dans la procédure de sélection soient elles-mêmes des enseignants-chercheurs d'un grade au moins égal à celui de l'emploi à pourvoir²⁸ et n'a pas empêché la suppression de la qualification par le CNU pour l'accès aux emplois d'enseignants-chercheurs²⁹. À la vérité, ces coups de canif sont essentiellement guidés par le souci de renforcer les pouvoirs des instances universitaires et ne sont donc pas inspirés par une inclination illibérale de l'État.

En revanche, la séquence sur l'islamo-gauchisme s'inscrit dans cette veine. En 2020, le ministre de l'Éducation nationale (J.-M. Blanquer) et la ministre de l'Enseignement supérieur et de la Recherche (D. Vidal) ont critiqué la place prise au sein des universités par une supposée idéologie islamo-gauchiste mais aussi par la théorie du genre et les théories postcoloniales. Dominique Vidal a même prétendu diligenter le CNRS pour dresser « un état des lieux de ce qui se fait en recherche sur la France sur ces sujets » et pour « faire la part des choses entre le travail des scientifiques et ceux qui se servent de ces travaux pour porter une idéologie et nourrir l'activisme ». On sait que cette annonce s'est avérée être en définitive une pitoyable opération de communication politique. Cette petite musique a trouvé un certain écho lors de l'élaboration de la future loi du 24 décembre 2020 de programmation de la recherche pour les années 2021 à 2030. Un amendement parlementaire (Laure Darcos) avait prévu l'insertion d'un alinéa dont il résultait que « libertés académiques s'exercent dans le respect des valeurs de la République ». Il s'agissait selon l'auteure « d'inscrire dans la loi que ces valeurs, au premier rang desquelles la laïcité, constituent le socle sur lequel reposent les libertés académiques et le cadre dans lequel elles s'expriment ».

²⁶ CE, 27 juin 2018, n° 419595.

²⁷ CE, 15 nov. 2022, n° 451523.

²⁸ Cons. const., 6 août 2010, n° 2010-20/21 QPC, § 6.

²⁹ Cons. const., 21 déc. 2020, n° 2020-810 DC, § 23.

C.- *Le développement de la cancel culture*

L'expression des universitaires dans le cadre de leur activité au sein de l'institution est également susceptible d'être menacée par des groupes sociaux souvent composés d'usagers, autrement dit d'étudiants. L'idée est lancinante dans l'espace public. Elle est généralement associée au développement de la culture *woke* ou encore à la *cancel culture*. Comme ces expressions anglo-saxonnes le laissent entendre, le phénomène en question se donne essentiellement à voir dans les universités américaines, canadiennes et anglaises. Il se manifesterait par des revendications issues de groupes minoritaires qui entendraient contester notamment le contenu de l'enseignement au sein des institutions universitaires : utilisation de certaines expressions, choix bibliographiques, etc. Des exemples caricaturaux font souvent les délices d'une certaine presse.

Des auteurs ont pointé la surestimation de ce phénomène aux États-Unis et au Canada. La remarque s'impose *a fortiori* dans le contexte français. Les mêmes exemples reviennent en boucle. Le plus connu concerne l'affaire des Suppliantes, et pour être plus précis la représentation du premier volet des Danaïdes d'Eschyle à la Sorbonne dans le cadre d'un projet porté par un universitaire. Une cinquantaine de militants d'association de défense de la cause noire ont bloqué l'entrée de l'université pour protester contre un spectacle qu'ils jugeaient raciste en raison de l'utilisation de maquillages sombres et de masques pour personnifier les Danaïdes et donc un supposé *blackface*. Pour le reste, il est surtout question d'annulations de conférences qui s'inscrivent en marge d'activités universitaires : conférence de Sylviane Agacinski annulée à la suite des menaces formulées par des associations de défense des LGBT en raison des positions de la philosophe hostile à la GPA et à la PMA pour les couples de même sexe ; lecture spectacle d'un texte de Charb déprogrammée par l'université de Lille ou encore plus récemment la conférence à la Sorbonne de Florence Bergeaud-Blackler sur son ouvrage *Le frérisme et ses réseaux – L'enquête* annulée en raison de menaces. Force est de constater que ces annulations procèdent souvent plus de la pusillanimité des instances universitaires que du nombre ou de la puissance des protestataires. Dans ce type de situation, l'université est une instance faible. Plus généralement, le phénomène est très surestimé. Il relève surtout du fantasme porté par des personnes qui ne connaissent guère l'université et par des médias qui poursuivent un agenda politique.

Liberté d'expression et responsabilité civile

Patrice JOURDAIN

Professeur émérite de l'Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne

La liberté d'expression est un droit fondamental protégé tant par la Constitution française¹ que par la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme (Conv. EDH)², ce qui lui confère une valeur supra législative. En conséquence, une loi qui porterait atteinte à la liberté d'expression pourrait être censurée par le Conseil constitutionnel et entraîner une condamnation de l'État par la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH). Elle serait de toute façon supplantée par les dispositions de la Conv. EDH qui sont d'application directe en droit interne.

Mais il existe des limites et restrictions à la liberté d'expression. La Déclaration des droits de l'homme et des citoyens de 1789 réserve les « abus » de liberté dans les cas déterminés par la loi et la Conv. EDH envisage des restrictions prévues par la loi qui constituent des mesures nécessaires dans une société démocratique à la poursuite de certains buts légitimes (buts énumérés par l'art. 10, § 2, Conv. EDH).

Ces limites et restrictions sont, pour l'essentiel, contenues dans la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse³. Ce texte définit limitativement les infractions

¹ Art. 11 : « La libre communication des pensées et des opinions est un des droits les plus précieux de l'Homme : tout Citoyen peut donc parler, écrire, imprimer librement, sauf à répondre de l'abus de cette liberté dans les cas déterminés par la Loi. »

² Art. 10 : « 1. Toute personne a droit à la liberté d'expression. Ce droit comprend la liberté d'opinion et la liberté de recevoir ou de communiquer des informations ou des idées sans qu'il puisse y avoir ingérence d'autorités publiques et sans considération de frontière. Le présent article n'empêche pas les États de soumettre les entreprises de radiodiffusion, de cinéma ou de télévision à un régime d'autorisations.

2. L'exercice de ces libertés comportant des devoirs et des responsabilités peut être soumis à certaines formalités, conditions, restrictions ou sanctions prévues par la loi, qui constituent des mesures nécessaires, dans une société démocratique, à la sécurité nationale, à l'intégrité territoriale ou à la sûreté publique, à la défense de l'ordre et à la prévention du crime, à la protection de la santé ou de la morale, à la protection de la réputation ou des droits d'autrui, pour empêcher la divulgation d'informations confidentielles ou pour garantir l'autorité et l'impartialité du pouvoir judiciaire. »

³ « Toute allégation ou imputation d'un fait qui porte atteinte à l'honneur ou à la considération de la personne ou du corps auquel le fait est imputé est une diffamation. La publication directe ou par

constitutives d'abus de liberté d'expression et soumet la poursuite de ces infractions à des conditions restrictives et à une prescription raccourcie de trois 3 mois (art. 65).

Mais qu'en est-il en dehors de ces infractions commises par voie de presse (dites « délits de presse ») ? Quel rôle la responsabilité civile peut-elle jouer, spécialement la responsabilité pour faute de l'article 1240, anciennement 1382, du Code civil ? La faute est-elle une autre limite posée par la loi à la liberté d'expression qui autoriserait la mise en œuvre d'une responsabilité civile ?

La réponse du droit français à ces questions a connu une évolution tourmentée. Son analyse révèle une double tendance restrictive. Elle s'est exprimée aussi bien pour la délimitation du domaine de la responsabilité pour faute, ce qui s'est traduit par une exclusion partielle de l'application de l'article 1382 ou nouvellement 1240 du Code civil (I), que pour la caractérisation de la faute dans son domaine résiduel, la liberté d'expression représentant une sorte de fait justificatif de la faute (II).

I.- Éviction partielle de la responsabilité pour faute par la liberté d'expression

La tendance observée en jurisprudence est celle d'une protection croissante de la liberté d'expression au détriment du domaine et de la place de la responsabilité civile pour faute. Initialement (avant 2000), les tribunaux appliquaient l'ancien article 1382 du Code civil pour allouer des réparations civiles aux victimes d'abus dans l'exercice de la liberté d'expression. Tout au plus observe-t-on qu'en présence d'un délit de presse, l'action civile était soumise aux règles spéciales de procédure pénale, et spécialement aux conditions et restrictions de la loi du 29 juillet 1881, notamment s'agissant de la courte prescription pénale. Il s'agissait d'empêcher que le choix de la voie civile ne permette de contourner les restrictions imposées par la loi de 1881. Puis une évolution s'est produite dans le sens de la réduction du domaine de la responsabilité civile pour faute allant jusqu'à exclure l'application de l'ancien article 1382 du Code civil.

On peut distinguer schématiquement deux étapes dans cette évolution.

1. La première résulte de deux arrêts de l'Assemblée plénière de la Cour de cassation en date du 12 juillet 2000 énonçant que : « Les abus de la liberté d'expression prévus et réprimés par la loi du 29 juillet 1881 ne peuvent être réparés sur le fondement de l'article 1382 du Code civil ». ⁴ Il en résultait une exclusion de l'article 1382 en

voie de reproduction de cette allégation ou de cette imputation est punissable, même si elle est faite sous forme dubitative ou si elle vise une personne ou un corps non expressément nommés, mais dont l'identification est rendue possible par les termes des discours, cris, menaces, écrits ou imprimés, placards ou affiches incriminés.

Toute expression outrageante, termes de mépris ou invective qui ne renferme l'imputation d'aucun fait est une injure. »

⁴ Cass., ass. plén., 12 juill. 2000, n° 98-10160 et n° 98-11155.

cas d'infractions de presse visées par la loi de 1881, dont les principales sont la diffamation et l'injure publiques, la diffamation contre à la mémoire des morts, l'incitation à troubler l'ordre public (incitation à la haine, à la discrimination, provocation à commettre des crimes ou délits, diffusion des circonstances d'un crime ou d'un délit portant gravement atteinte à la dignité d'une victime si elle n'a pas donné son accord, diffusion de fausses nouvelles, etc.). S'y ajoutait les infractions visées par un « texte spécial du Code pénal » sanctionnant les abus de liberté d'expression, spécialement les contraventions pour diffamation et injure non publiques, qui relèvent du régime de la loi de 1881 (art. R 621-1 et R 621-2 C. pén.). Il suffisait que ces « délits de presse » soient *matériellement* constitués pour que la responsabilité pour faute fût écartée, même si l'infraction n'était pas intégralement constituée parce que manquait l'élément moral ou si elle n'était pas pénalement punissable (par ex. si elle était prescrite).

La responsabilité pour faute n'occupait plus qu'une place résiduelle la réduisant à une fonction « complétive ». L'application de l'article 1382 était subordonnée à l'existence d'un « fait distinct » matériellement d'un délit de presse. Cela concernait surtout la critique excessive des produits et services⁵. Mais il en a aussi été fait application en cas de divulgation de certains secrets, de présentation erronée et falsificatrice de l'histoire et de diffusion d'informations mensongères. En cas d'atteinte aux personnes, la mise en œuvre de la responsabilité pour faute était plus rare encore, mais des arrêts l'ont retenue en cas de dénonciation calomnieuse, qui suppose connaissance de l'inexactitude des faits dénoncés⁶.

Les articles 9⁷ et 9-1⁸ du Code civil, qui énoncent des droits de la personnalité (droit au respect de la vie privée, droit à l'image par assimilation, droit à la présomption d'innocence) et constituent des fondements plus ou moins autonomes de responsabilité civile, devaient connaître le même sort que l'article 1382. Ces textes s'appliquent et peuvent sanctionner des abus de liberté d'expression⁹ mais seulement tant qu'il n'y a pas de délit de presse. Ainsi, par exemple, si une diffamation accompagne l'atteinte à la personnalité, la loi de 1881 s'applique à l'exclusion de l'article 9 du Code civil¹⁰. L'existence d'un délit de presse exclut les articles 9 et 9-1 comme il exclut l'article 1382 ou 1240 du Code civil¹¹.

⁵ Par ex., Cass. 1^{re} civ., 27 sept. 2005, n° 04-12148 ; Cass. 1^{re} civ., 5 déc. 2006, n° 05-17710.

⁶ Cass. 1^{re} civ., 6 déc. 2007, n° 06-15290 ; v. aussi Cass. 1^{re} civ., 30 oct. 2008, n° 07-19223 : femme politique déclarant dans une publication les commerçants d'une commune dont elle avait recherché le soutien « peu sympas ».

⁷ « Chacun a droit au respect de sa vie privée. »

⁸ « Chacun a droit au respect de la présomption d'innocence. »

⁹ V. par ex., Cass. 1^{re} civ., 7 fév. 2006, n° 04-10941 : « les abus de la liberté d'expression qui portent atteinte à la vie privée peuvent être réparés sur le fondement de l'article 9 du Code civil » ; Cass. 1^{re} civ., 20 mars 2007, n° 05-21541 : « les abus de la liberté d'expression qui portent atteinte à la présomption d'innocence peuvent être réparés sur le fondement de l'article 9-1 du Code civil ».

¹⁰ V. par ex Cass. 1^{re} civ., 9 sept. 2020, n° 19-167415, qui exige un fait distinct d'un délit de presse pour l'application de l'art. 9 C. civ.

¹¹ Cass. 1^{re} civ., 31 mai 2007, n° 06-10747, qui écarte les art. 9 et 1382 C. civ. au profit de la loi de 1881.

2. La seconde étape de l'évolution jurisprudentielle s'est produite à la suite d'un arrêt de la Cour de cassation du 10 avril 2013 à la faveur d'un changement de motivation et de visa. Visant désormais l'article 10 de la Conv. EDH, il énonce que « la liberté d'expression est un droit dont l'exercice ne revêt un caractère abusif que dans les cas spécialement déterminés par la loi¹² ». Il en résulte que l'abus de liberté d'expression ne peut être caractérisé que dans des cas limitativement visés par un texte de loi, ce qui paraît rétrécir encore le domaine de la responsabilité civile pour faute.

Cependant un arrêt du 27 novembre 2013 admet que la concurrence déloyale puisse être sanctionnée par application de l'article 1382 en cas de dénigrement de l'activité d'une société et de discrédit jeté sur ses produits¹³. La concurrence déloyale serait donc un de ces cas déterminé par la loi.

Un arrêt du 2 juillet 2014 résume assez bien la position nouvelle de la Cour de cassation :

« Hors restriction légalement prévue, la liberté d'expression est un droit dont l'exercice, sauf dénigrement de produits ou services, ne peut être contesté sur le fondement de l'article 1382 du Code civil¹⁴. »

Il existerait ainsi deux cas d'abus de liberté :

1. Ce sont d'abord les restrictions légales à la liberté d'expression (ou « cas spécialement déterminés par la loi »). Ils résultent le plus souvent un délit de presse prévu par la loi du 29 juillet 1881 ou de dispositions du Code pénal (spéc. : art. R. 621-1 et R. 621-2) qui s'appliquent à l'exclusion du droit commun de la responsabilité civile. Des dommages-intérêts peuvent être alloués à la partie civile si une infraction est constituée et punissable. La Cour de cassation a également décidé que la dénonciation téméraire constituait un abus de liberté d'expression prévu par les articles 91, 472 et 516 du Code de procédure pénale qui autorise l'allocation de dommages-intérêts en cas de mise en mouvement de l'action publique par la partie civile suivie d'une décision de non-lieu ou de relaxe¹⁵. Une procédure spéciale est ainsi prévue devant la juridiction pénale ou la juridiction civile pour l'allocation de ces dommages-intérêts qui n'est pas fondée sur l'article 1240 du Code civil mais sur les dispositions du Code de procédure pénale.
2. C'est ensuite le dénigrement de produits ou services constitutif de concurrence déloyale qui permet la mise en œuvre de la responsabilité civile pour faute¹⁶. Là

¹² Cass. 1^{re} civ., 10 avr. 2013, n° 12-10177, qui écarte l'art. 1382 pour des propos mensongers non constitutifs d'un délit de presse.

¹³ Cass. 1^{re} civ., 27 nov. 2013, n° 12-24651, qui évoque un « abus spécifique de la liberté d'expression ».

¹⁴ Cass. 1^{re} civ., 2 juill. 2014, n° 13-16730, qui estime que les propos péjoratifs d'un journaliste sur la capacité financière du groupe François Pinault ne constituent pas un dénigrement fautif ; le rejet de la faute en espèces implique l'application de l'art. 3182.

¹⁵ Cass. 1^{re} civ., 25 mars 2020, n° 19-11554.

¹⁶ Cass. 1^{re} civ., 6 sept. 2017, n° 16-26459 ; Com., 9 janv. 2019, n° 17-18350.

encore, cependant, l'existence d'une diffamation accompagnant le dénigrement entraînerait l'application de la loi de 1881, à l'exclusion de l'article 1240 du Code civil¹⁷.

Ces solutions sont de nature à clarifier la jurisprudence. Elles laissent cependant subsister des incertitudes. Qu'en est-il en cas de faute non expressément sanctionnée par la loi pénale, ni constitutive d'un dénigrement ? Les réponses jurisprudentielles sont loin d'être uniformes.

Dans un arrêt du 22 janvier 2014, la Cour de cassation écarte l'application de l'article 1382 en cas de refus de l'auteur d'un catalogue raisonné d'y insérer une œuvre authentique, malgré cette faute d'abstention manifeste. Mais d'autres arrêts ont appliqué l'article 1382 ou 1240 du Code civil et sanctionné les fautes commises. Il en fut ainsi en présence d'une dénonciation calomnieuse¹⁸ et dans un cas de complicité par provocation d'un syndicat pour la commission d'actes illicites de salariés¹⁹.

Enfin on observera qu'en cas d'atteinte à un droit de la personnalité, les solutions de la jurisprudence antérieure sont conservées : l'atteinte est considérée comme un « cas spécialement déterminé par la loi » (art. 9 et 9-1 C. civ.) ou une « restriction légale » à la liberté d'expression, donc sanctionnable civilement ; mais si elle est accompagnée d'un délit de presse, la loi de 1881 exclurait sans doute les art. 9 et 9-1 du Code civil.

Tentons une synthèse de la jurisprudence au terme de son évolution tourmentée : la présence d'un délit de presse ou de toute autre restriction légale à la liberté d'expression exclut l'application des articles 1240, 9 et 9-1 du Code civil ; en leur absence, ces dispositions du Code civil s'appliquent pour sanctionner une concurrence déloyale en cas de dénigrement des produits et services et dans quelques autres cas comme la dénonciation calomnieuse (art. 1240) ou l'atteinte à un droit de la personnalité (art. 9 et 9-1).

La restriction du domaine de la responsabilité pour faute n'est pas la seule incidence de la liberté d'expression. Il en existe une autre consistant à justifier la faute et à écarter toute responsabilité civile.

II.- Justification de la faute par la liberté d'expression

Même si l'article 1240 du Code civil est applicable, la liberté d'expression joue le rôle d'un fait justificatif élevant le seuil de la faute. Cette justification se fonde sur l'article 10 de la Conv. EDH. On en distinguera plusieurs manifestations particulières classées selon le degré de la justification.

¹⁷ Cass. com., 17 mars 2021, n° 19-20459.

¹⁸ Cass. 1^{re} civ., 24 mai 2017, n° 16-16773.

¹⁹ Cass., ch. mixte, 30 nov. 2018, n° 17-16047.

A.- Effet justificatif renforcé

Cet effet renforcé s'observe dans trois domaines distincts.

1.- La critique des produits et services

Le premier est le droit de critique. Il est l'expression de la liberté d'opinion dans des domaines variés : critique littéraire, artistique, gastronomique, critique en matières juridique, sociale et politique... Une opinion étant nécessairement subjective, elle ouvre à son auteur une liberté particulière qui est de nature à justifier un dénigrement, au moins dans une certaine mesure, lorsqu'il affecte des produits ou services.

La Cour de cassation pose certaines conditions à la justification, inspirées de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH) : 1) les appréciations doivent se rapporter à un « débat intérêt général » ; 2) elles doivent reposer sur une « base factuelle suffisante » (c'est-à-dire être étayées sur des faits objectifs) ; 3) la critique doit s'exercer « avec mesure »²⁰. Il y aura faute si ces conditions ne sont pas remplies. Par exemple, les publications signalant le danger de plan de travail en quartz constituent un dénigrement fautif non justifié en l'absence de base factuelle suffisante²¹. Il en va de même, pour la divulgation d'une action en contrefaçon affectant une entreprise, qui avait été rejetée : le dénigrement n'est pas justifié faute de base factuelle suffisante²². Enfin, le dénigrement de la qualité des vins par un éditeur de presse n'est pas davantage justifié car il devait vérifier les faits diffusés et donner des informations exactes²³.

2.- Les informations et critiques dans un but d'intérêt général

Le second domaine de la justification concerne les informations ou critiques données dans un but d'intérêt général comme la protection de l'environnement et de la santé publique. En dépit du tort qu'elles peuvent causer, la justification est alors admise si les moyens de la critique sont proportionnés.

Plusieurs arrêts de la Cour de cassation illustrent ce type de justification.

Dans une affaire où, dans le cadre d'une campagne de prévention des dangers du tabac, des associations avaient parodié, sur des affiches et des timbres, des décors de la marque Camel (représentation d'un chameau efflanqué à terre avec une cigarette au bec auquel on faisait dire : « la cloque c'est pire que la traversée du désert »), le but de santé publique et les moyens jugés proportionnés furent de

²⁰ Cass. 1^{re} civ., 11 juill. 2018, n° 17-21457 ; 12 déc. 2018, n° 17-31758 ; com., 9 janv. 2019, n° 17-18350.

²¹ Cass. com., 4 mars 2020, n° 18-15651.

²² Cass. com., 9 janv. 2019, n° 17-18350.

²³ Cass. 1^{re} civ., 12 déc. 2018, n° 17-31758.

nature à écarter la faute²⁴. Dans une autre affaire, la reproduction par des associations de défense de l'environnement (Greenpeace) des marques Areva associées à des images négatives (tête de mort et poisson mort), n'a pas été jugée constitutive d'un abus de liberté d'expression en raison, là encore, du but d'intérêt général et de santé publique poursuivi et des moyens proportionnés mis en œuvre²⁵. Enfin, la critique d'un médicament pour nourrissons (complément de vitamine D) par l'auteur d'un article sur internet, qui le jugeait dangereux, n'a pas été jugée abusive aux motifs, repris de la CEDH, que : « lorsque l'information en cause se rapporte à un sujet d'intérêt général et repose sur une base factuelle suffisante, cette divulgation relève du droit à la liberté d'expression, qui inclut le droit de libre critique, et ne saurait, dès lors, être regardée comme fautive, sous réserve qu'elle soit exprimée avec une certaine mesure »²⁶.

3.- Les expressions humoristiques, satiriques ou parodiques

Le troisième domaine où s'exerce la justification relève de l'humour qui fait figure de fait justificatif reculant le seuil de la faute.

Dans une émission télévisée nommée « Les guignols de l'info », diffusée par la chaîne Canal plus, le PDG des sociétés Peugeot et Citroën avait été caricaturé en lui prêtant des propos par lesquels il se plaignait de la qualité des produits de ces marques. La faute a été écartée au motif que les propos étaient tenus dans une émission satirique et qu'il n'existait aucun risque de confusion entre la réalité et l'œuvre satirique²⁷.

De même, la diffusion, dans une autre émission télévisée (On n'est pas couché), d'une affiche du journal satirique Charlie hebdo associant une candidate à l'élection présidentielle à un excrément fumant avec la mention « la candidate qui vous ressemble » ne fut pas jugée fautive au motif que les limites admissibles de la liberté d'expression n'étaient pas dépassées²⁸. Il résulte de cet arrêt que le droit à l'humour prévaut sur la dignité de la personne humaine qui n'est pas considérée comme une limite légitime à la liberté d'expression²⁹.

On pourrait encore citer un arrêt où une parodie de la Cène de Léonard de Vinci par une affiche publicitaire pour des vêtements qui figurait le Christ et les apôtres remplacés par un homme nu et des femmes habillées par un créateur de mode, n'a

²⁴ Cass. 2^e civ., 19 oct. 2006, n° 05-13489.

²⁵ Cass. 1^{re} civ., 8 avr. 2008, n° 07-11251.

²⁶ Cass. 1^{re} civ., 11 juill. 2018, n° 17-21457.

²⁷ Cass., ass. plén., 12 juill. 2000, n° 99-19004.

²⁸ Cass. ass. plén., 25 oct. 2019, n° 17-86605.

²⁹ Solution confirmée par Cass. ass. plén., 17 nov. 2023, n° 21-20723, qui énonce que la dignité de la personne humaine n'est pas un fondement autonome de restriction à la liberté d'expression.

pas été jugée fautive au motif que « la parodie n'avait pas pour objectif d'outrager les catholiques et ne constituait pas une injure³⁰ ».

B.- Effet justificatif atténué

Si dans les différents domaines évoqués précédemment, l'effet justificatif de la liberté d'expression se révèle particulièrement puissant, il en est un autre où, sans disparaître, il apparaît atténué.

Lorsque la liberté d'expression et le droit à l'information du public portent atteinte à la vie privée, naît un conflit de droits fondamentaux entre la liberté d'expression et le droit au respect de la vie privée. Selon la CEDH et la Cour de cassation, le droit au respect de la vie privée et le droit à la liberté d'expression revêtent une *même valeur normative*, de sorte qu'il est nécessaire pour le juge de rechercher un équilibre entre ces droits et de *privilégier la solution la plus protectrice de l'intérêt le plus légitime*³¹. Pour ce faire, la CEDH a énoncé plusieurs critères : existence d'un débat d'intérêt général, notoriété de la personne visée, objet de la publication, comportement antérieur de la personne concernée, contenu, forme et répercussions de la publication.

Si, au terme de cette recherche d'équilibre, l'atteinte à la vie privée peut être sanctionnée sur le fondement de l'article 9 du Code civil en l'absence de délit de presse, on perçoit que l'effet justificatif de la liberté d'expression se trouve amoindri. L'examen de la jurisprudence révèle que la faute des organes de presse pour abus de liberté d'expression est parfois écartée et parfois retenue. En voici quelques illustrations.

La faute a été écartée dans une affaire où un ouvrage avait révélé l'homosexualité d'un homme politique³² et encore dans une autre où un reportage de télévision révélait des éléments de la vie privée d'un président de société³³. Les atteintes à la vie privée et au droit à l'image étaient légitimées par le droit à l'information du public.

Par contre, la faute a été retenue pour une publication rapportant le séjour en amoureux de deux ministres après leur démission du Gouvernement : l'atteinte à la vie privée et à l'image n'était plus justifiée par la liberté d'expression³⁴.

En conclusion, on observe une très large incidence de la liberté d'expression qui, non seulement réduit le champ de la responsabilité civile pour faute, mais encore

³⁰ Cass. 1^{re} civ., 14 nov. 2006, n° 05-15822.

³¹ CEDH, 10 nov. 2015, req. n° 4045/07 ; *adde*, Cass. 1^{re} civ., 1^{er} juill. 2018, n° 17-22381 ; Cass. 1^{re} civ., 10 oct. 2019, n° 18-21871.

³² Cass. 1^{re} civ., 11 juill. 2018, n° 17-22381.

³³ Cass. 1^{re} civ., 10 oct. 2019, n° 18-21871.

³⁴ Cass. 1^{re} civ., 11 mars 2020, n° 19-13716.

évince la faute dans diverses circonstances en jouant le rôle d'un fait justificatif. Solutions largement inspirées par la jurisprudence de la CEDH, très protectrice de la liberté d'expression.

Les abus de la liberté d'expression et la responsabilité civile

Sami JERBI

*Professeur émérite à la faculté de droit de Sfax Membre fondateur
de l'UR Obligations et Arbitrage*

Albert Camus, écrivait dans « Hommage à un journaliste exilé » :

« La presse libre peut sans doute être bonne ou mauvaise, mais assurément, sans la liberté elle ne sera jamais autre chose que mauvaise [...]. Avec la liberté de la presse les peuples ne sont pas sûrs d'aller vers la justice et la paix. Mais sans elle, ils sont sûrs de ne pas y aller¹ ».

Attribut des sociétés libres, dont le régime politique s'apparente aux démocraties, la liberté d'expression est consacrée par des textes internationaux et universels. La Déclaration universelle des droits de l'Homme donne une protection dans son article 19 de la liberté d'opinion et d'expression. La même formulation est reprise par l'article 19 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques de décembre 1966.

Les droits européens lui reconnaissent une grande importance. La Convention européenne de sauvegarde des Droits de l'Homme du 4 novembre 1950 dispose dans son article 10 énonce que « toute personne a droit à la liberté d'expression ». L'alinéa admet des exceptions qui limitent ce droit. La CEDH fait prévaloir le principe, sans rechercher l'équilibre entre les droits, en interprétant restrictivement l'exception².

¹ A. CAMUS, « Hommage à un journaliste exilé », *Conférences et Discours, 1936-1958*, Gallimard.

² CEDH, 4 novembre 1976, *Handyside c. Royaume-Uni* ; 26 avril 1979, *Sunday Times c. Royaume-Uni*. La liberté d'expression « vaut non seulement pour les informations ou idées accueillies avec faveur ou considérées comme inoffensives ou indifférentes, mais aussi pour celles qui heurtent, choquent ou inquiètent. Telle que consacrée par l'article 10, elle est assortie d'exceptions qui appellent toutefois une interprétation étroite, et le besoin de la restreindre doit se trouver établi de manière convaincante ». CEDH, 3 octobre 2000, *du Roy et Malaurie c. France*. E. DERIEUX, *Droit des médias. Droit français européen et international*, LGDJ, 8^e éd. 2018, p. 838. La Commission européenne des droits de l'Homme classe la liberté d'expression comme « une pierre angulaire des principes de la démocratie et des droits de l'Homme protégée par la Convention » dans son rapport du 30 nov. 1993 (aff. *Vogt c. Allemagne*).

Dans les droits nationaux, la fondamentalisation de ce droit s'est faite dans certains systèmes, par voie prétorienne. Le Tribunal fédéral suisse a reconnu que la liberté d'expression est un droit constitutionnel non écrit, grâce à une interprétation de l'article 55 de la Constitution de 1874, qui garantit la liberté de la presse. La Cour Suprême des États-Unis reconnaît dans son arrêt *Cohen c. California* que la liberté d'expression reconnue par le premier amendement de la Constitution américaine s'apparente avec « la conviction qu'aucune autre attitude ne serait cohérente avec le principe de la dignité et de la liberté de choix de chaque individu, sur lequel repose notre système politique³ ». En droit français le préambule de la Constitution du 4 octobre 1958 confère à la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen une valeur constitutionnelle. Son article 11 garantit la liberté d'expression⁴. Le Conseil constitutionnel français étend la protection de l'accès après la communication par voie de presse et d'audiovisuel, aux services de l'internet⁵.

Ce tour d'horizon est voulu. Ces sources n'ont pas été sans influence sur le droit tunisien. La Constitution de 2014 est certes, une œuvre tunisienne, mais avec des plumes et des inspirations venues d'ailleurs, de systèmes étrangers aux traditions libérales. L'intention fut de mettre le texte d'une démocratie naissante aux diapacons des régimes respectueux des droits fondamentaux. Le tout dans un melting pot aux ingrédients de la culture arabo-musulmane. La systématisation se fait à l'échelle constitutionnelle pour la première fois. La Constitution tunisienne est de ce point de vue une icône dans son environnement culturel et civilisationnel⁶. La liberté d'expression et de la presse sont consacrées dans les articles 31 et 32. Mais le système tunisien n'a pas attendu la promulgation de la Constitution du 26 janvier 2014 pour procéder à la refonte du régime de la liberté de la presse. L'Instance de la protection de la Révolution, de la réalisation des objectifs de la Révolution a eu hâte d'abroger le code de la presse de 1975, caractéristique d'un régime oppressif, répressif, s'apparentant davantage à un Code pénal spécial appliqué à la liberté de pensée. Le décret-loi de 2011 emprunte l'essentiel de sa matière de la loi française du 29 juillet 1881. Il ne fut pas pionnier sur ce point. Le Code des obligations et des contrats a lui aussi puisé dans cette même ressource matérielle. Le projet Santillana se réfère quant au contenu de l'article 87⁷, siège de l'abus de la liberté d'expression

³ R. CABRILLAC (dir.), *Libertés et droits fondamentaux*, Dalloz, 27^e éd. 2021, n° 601.

⁴ « La libre communication des pensées et des opinions est un droit les plus précieux de l'homme ; tout citoyen peut donc parler, écrire, imprimer librement sauf à répondre de l'abus de cette liberté dans les cas déterminés par la loi. »

⁵ Cons. const., 10 juin 2009, n° 2009-580 DC.

⁶ R. BEN ACHOUR, « Heurs et malheurs de la Constitution tunisienne de 2014 », in *Mélanges en l'honneur d'André Roux*, Dalloz, 2022, p. 521. La Constitution tunisienne est « une anomalie dans un monde arabe où la démocratie et l'État de droit peine à éclore ».

⁷ « Celui qui, contrairement à la vérité, affirme ou répand, par voie de presse ou autrement, des faits qui sont de nature à nuire au crédit, à la considération ou aux intérêts de la personne ou du corps auquel le fait est imputé, est tenu envers la partie lésée des dommages résultants de son fait, lorsqu'il savait ou devait savoir la fausseté des faits imputés, le tout sans préjudice des peines édictées par la loi. Cette règle s'applique à celui qui, par des paroles, des écrits ou des actes, commet le délit d'injure au sens de la loi pénale et de la loi sur la presse. La même responsabilité

à la loi du 29 juillet 1881. Cet arsenal peut être complété par d'autres textes relatifs à la presse électronique.

La liberté d'expression est une liberté de penser. La communication de la pensée est la voie d'extériorisation des idées. Le processus est complexe. Pour situer l'abus de pensée, il faudrait certainement commencer par la phase de l'émission, et aussi de la réception. Émetteur et destinataire sont en relation bijective d'interaction. Se trouvent impliquées dans ce processus discursif les nouvelles techniques de communication, donnant une diffusion formidable aux opinions et aux publications.

Sacralisée dans son principe, la liberté d'expression est au carrefour des cultures juridiques libérales occidentales. La conception américaine y voit un droit absolu, sur le fondement de l'amendement de la Constitution de 1787 « et manifeste par là sa confiance dans l'individu, dans sa faculté critique née de son libre arbitre et dans les vertus de la pédagogie ». Elle s'oppose à la française qui au contraire consacre une « vision jacobine et autoritaire qui privilégie la censure à l'éducation et constitue, de ce fait, une forme de régression dans le projet d'édification, issu des lumières, d'un individu éclairé, libre et responsable⁸ ». La culture juridique arabo musulmane est adepte d'une approche équilibrée dans l'exercice des droits, où l'abus des droits est hissé au statut de principe général de droit⁹.

Par abus de liberté d'expression, Il faudrait entendre l'hypothèse où « la présentation des thèses soutenues manifeste, par dénaturation, falsification ou négligence grave un mépris flagrant pour la recherche de la vérité¹⁰ ». Avec « la sanctuarisation¹¹ » du droit à l'image, et à la vie privée, la responsabilité civile a pris quelques distances sur la responsabilité pénale¹². L'art. 10 de la CEDH va acheminer la jurisprudence française vers une restriction du domaine de la responsabilité civile en la matière. « La liberté d'expression est un droit dont l'exercice ne revêt un caractère abusif que dans les cas spécialement déterminés par la loi¹³ ».

s'applique à celui qui aura imprimé un écrit calomnieux, diffamatoire ou injurieux, solidairement avec l'auteur... ».

⁸ R. CABRILLAC (dir.), *Libertés et droits fondamentaux*, op. cit., n° 70.

⁹ P. MORVAN, *Le principe de droit*, th. Paris 2, éd. Panthéon Assas, 1999, n° 32. L'article 103 COC énonce « Il n'y a pas lieu à responsabilité civile lorsqu'une personne, sans intention de nuire, a fait ce qu'elle avait le droit de faire. Cependant lorsque l'exercice de ce droit est de nature à causer un dommage notable à autrui et ce dommage peut être évité ou supprimé, sans inconvénient grave pour l'ayant droit, il y a lieu à responsabilité civile si on n'a pas fait ce qu'il fallait pour le prévenir ou pour le faire cesser. ». Sur cet article, v. N. BEN AMMOU, *Essai sur l'abus des droits à travers l'article 103 du COC*, mém. Tunis, 1984.

¹⁰ Civ. 1, 15 juin 1994, *Bull. civ. 1*, n° 218.

¹¹ E. DREYER, *Droit de la communication*, LexisNexis, 2018, n° 93. Sur la primauté de la loi du 29 juillet 1881, v. L. COSTES, « Liberté de la presse : la loi du 29 juillet 1881 à 140 ans », *RLDI* 2022, n° 195, p. 3.

¹² Article 9 du Code civil français. La loi tunisienne du 27 juillet 2004, texte spécial, est le siège de la protection des données à caractère personnel.

¹³ Civ. 1, 11 mars 2014, *D.* 2015, p. 342.

La présentation du système positif tunisien se limite à la Constitution de 2014, et aux textes de valeur législative portant organisation de la liberté d'expression et de la presse¹⁴. Les soubresauts qui ont suivi la vie politique tunisienne, ont relégué le droit tunisien en un système pauvre de droit négatif. La soi-disant constitution du 25 juillet 2022 ressemble plus à un portrait-robot constitutionnel. L'article 37 y garantit la liberté d'expression et la liberté de presse¹⁵, et l'article 55 en pose les limites¹⁶. Rapprochée de son contexte, et pour ne pas appeler un chat un rongeur, ou un raton laveur, elle scelle l'avènement d'un coup d'État¹⁷, et marque la déconstitutionnalisation annoncée¹⁸ de l'État. En témoigne le décret-loi n° 2022-54 du 13 septembre 2022, portant création d'une muselière pour toute liberté d'expression. Le principe de sécurité juridique y est méconnu, et ce décret-loi ne peut faire l'objet d'un recours pour inconstitutionnalité. Le schéma plonge le système tunisien dans un brouillard cognitif aussi épais que médiocre.

La question que le droit tunisien soulève est de savoir si ce décret-loi de 2011 est un système clos, mettant la responsabilité civile sur « les chemins de l'éviction ». La raison avancée s'appuie sur « l'égalité des armes », les garanties consenties par la loi de 1881 dans le procès pénal en faveur des journalistes ne doivent pas être réduites ni éludées lorsque le procès est porté devant le juge civil. En aucun cas la responsabilité civile ne pourra devenir « plus répressive que réparatrice ». Sa soumission aux règles procédurales pénales signifie « en bref... qu'il faut en toute hypothèse l'accès au juge, civil comme pénal, soit restreint¹⁹ ». Ce régime pêche par

¹⁴ V. le code des télécommunications, le décret-loi n° 2011-115 du 2 novembre 2011. Ce décret-loi est relatif à la liberté de la presse, l'imprimerie et l'édition, du décret-loi n° 2011-116 du 2 novembre 2011. Ce décret-loi est relatif à la liberté de la communication audiovisuelle et portant création d'une Haute autorité indépendante de la communication audiovisuelle.

¹⁵ Cet article dispose que « les libertés d'opinion, de pensée, d'expression, d'information et de publication sont garanties. Aucun contrôle préalable ne peut être exercé sur ces libertés ».

¹⁶ Cet article dispose qu'« aucune restriction ne peut être apportée aux droits et libertés garantis par la présente Constitution qu'en vertu d'une loi et pour répondre aux exigences d'un régime démocratique et en vue de sauvegarder les droits d'autrui ou pour répondre aux impératifs de la sûreté publique, de la défense nationale ou de la santé publique. Ces restrictions ne doivent pas porter atteinte à la substance des droits et libertés garantis par la présente Constitution, et elles doivent être justifiées par leurs objectifs et proportionnelles à leurs justifications. Aucune révision ne peut porter atteinte aux acquis en matière des droits de l'Homme et de libertés garantis par la présente Constitution. Les instances juridictionnelles assurent la protection des droits et libertés contre toute atteinte ».

¹⁷ Qui correspond aux préceptes de légitimation des coups d'État, avancés par certains anciens auteurs. G. NAUDÉ, *Considérations politiques sur les coups d'etat*, 1639, analysé par M. DEGUERGUE, « Les considérations politiques sur les coups d'État », in *Révolution, constitution, décentralisation : Mélanges en l'honneur de Michel Verpeaux*, Dalloz, 2020, p. 39, spéc. p. 42 (« Le prince bien sage et avisé doit non seulement commander les lois, mais encore aux lois même, si la nécessité le requiert. » Gabriel NAUDÉ « réussit le coup de maître de de faire rentrer dans le giron du droit des coups d'État, qui sont pourtant des actions secrètes hors la loi. Dès lors toutes les exactions peuvent être légitimes, du moment qu'elles sont légitimées par la recherche du bien public. Il ne s'agit pas du bien commun, car notre auteur ne s'adresse qu'aux souverains, sans aucune considération de leur sujet »).

¹⁸ R. BEN ACHOUR, « Heurs et malheurs de la Constitution tunisienne de 2014 », art. préc., p. 522.

¹⁹ E. DREYER, *Droit de la communication*, op. cit., n° 2016.

incohérence, lorsque la responsabilité civile fonctionne comme un fonds servant, d'un autre dominant, celui de la responsabilité pénale (I). Conçue dans un contexte historique précis, la modernisation des instruments de la protection de la liberté d'expression et de la sanction de ses abus, incite à affranchir la responsabilité civile, et restaurer de nouveaux mécanismes (II).

I.- La responsabilité civile : le fonds servant de la responsabilité pénale²⁰

La responsabilité civile garde une fonction complétive, les intérêts qu'elle protège sont privés, alors que la responsabilité pénale est protectrice d'intérêts publics. Mais cette distinction prend une autre dimension dans la liberté de la presse et de l'expression. Les limites imposées à la responsabilité civile s'expliquent par le dessein de réduire les poursuites contre les journalistes à une dimension congrue. Une société démocratique et libre est moins litigante en cas d'abus de liberté de la presse et de l'expression. La dépendance risque de laisser la responsabilité civile à la traîne. Repenser ce système, pour desserrer l'étau autour de la faute civile, tombée dans l'enclos de la responsabilité pénale (A), est une voie pour la définir, et envisager un autre régime indemnitaire en cas d'abus de liberté d'expression et de presse. Le fait générateur moins dépendant du pénal, gagnera en autonomie (B).

A.- La responsabilité civile : l'enclos de la responsabilité pénale²¹

La similitude entre le système tunisien et le système français, l'entraîne-t-elle dans la même construction jurisprudentielle ? La réponse à la question suppose au préalable décrite l'évolution du droit français, source matérielle de son homologue tunisien.

La loi de juillet 1881 ciblait de « toute évidence, la volonté de favoriser la liberté de la presse et de réduire les entraves susceptibles de lui être apportées...²² ». Qualifiée de microcosme, et de système clos²³, le dessein législatif français de limiter

²⁰ « La responsabilité pénale triomphante », selon l'expression de Ch. DUBOIS, *Responsabilité civile et responsabilité pénale. À la recherche d'une cohérence perdue*, th. Paris 2, LGDJ, n° 612.

²¹ Ch. DUBOIS, *Responsabilité civile et responsabilité pénale*, th. préc., n° 614 (« la responsabilité civile terrassée »).

²² G. VINEY, Introduction à la responsabilité, n° 144. Les travaux préparatoires voulaient éviter d'emprunter la théorie générale du droit pénal, et de rejeter son droit commun. L'intention fut de sauvegarder la liberté de la presse. Quant au droit civil, il était considéré comme insuffisant, le débiteur de la répression serait insolvable, pour assumer l'indemnisation. La faute, et son assiette l'article 1382, protège les intérêts privés, sans pouvoir défendre l'intérêt général et sanctionner sa violation. Ces raisons justifiaient l'adoption d'une législation spéciale. Ch. DUBOIS, *Responsabilité civile et responsabilité pénale*, th. préc., n° 453.

²³ J. CARBONNIER, « Le silence et la gloire », *D.* 1951, chr. p. 119 (« Un système se suffisant à lui-même, arbitrant une fois pour toutes tous les intérêts en présence, y compris les intérêts civils »).

l'accès à la justice, et d'entraver les actions en responsabilité contre les journalistes lorsque la victime opte pour le civil, a fait que le recours à la faute civile (anc. art. 1382 et art. 1240 C. civ.) est exclu lorsque, « les fautes ne sont pas matériellement distinctes²⁴ ». La responsabilité civile se trouve ensuite « évincée » suite à l'arrêt du 27 décembre 2005.

« Les abus de la liberté d'expression envers les personnes ne peuvent être poursuivis sur le fondement de l'article 1382 du Code civil²⁵ ».

Les normes tunisiennes ont-elles connu le même acheminement ? La coexistence de la loi française de 1881 et d'une disposition spéciale démontre que l'exclusivisme de la clause spéciale du droit français n'a pas été envisagé. Le Code tunisien ne s'est pas limité à poser une norme générale identique à la formule de l'article 1382-1240. Son homologue, l'article 82 est l'un des articles qui ont présenté une théorie exhaustive de la faute. Dans ses applications, l'abus de la liberté d'expression en est une illustration spéciale. La réparation du dommage moral est admise. La formule claire des articles 82 et 83 tranche avec la réserve d'autres systèmes, dont le droit français, qui ont mis du retard pour réparer ce préjudice. La coexistence du texte spécial et du droit commun de la responsabilité augure d'un rejet de l'exclusivisme de la loi de 1881. Dans le Code de 1975, la responsabilité pénale éclipse, et absorbe le recours à la responsabilité civile²⁶. Avec le décret-loi de 2011, la volonté de dépenaliser la liberté d'expression a dominé les travaux préparatoires du texte. Le conflit entre les deux ordres de responsabilité, et l'émergence d'un système clos ne furent pas évoqués. Si bien que le recours à la faute civile, dans l'hypothèse d'un abus de la liberté d'expression, n'est pas envisagé avec le prisme procédural de la loi de 1881. En l'absence d'applications jurisprudentielles l'exégèse du texte s'apprête à une pareille interprétation.

La jurisprudence tunisienne n'a pas eu à se prononcer sur la responsabilité civile pour abus de liberté d'expression suite à des poursuites pénales. Aux termes de l'article 63 al. 2 « la victime de la diffamation qui n'est pas partie au procès pénal peut dans tous les cas intenter l'action civile ». La formulation sera vidée de sa substance par l'article 68, réduisant les attributions de l'article 63 à des portions congrues²⁷. Sans prédire prospectivement ses positions, le texte conforte l'autorité du pénal sur

et enlevant du même coup, à l'article 1382 une portion de sa compétence diffuse [...] Si la liberté de la presse doit être garantie, ne faut-il pas qu'elle le soit au regard des actions en dommages-intérêts autant que de la répression pénale ? »).

²⁴ P. JOURDAIN, obs. sous Ass. plén., 12 juillet 2000, *RTD Civ.* 2000, p. 842.

²⁵ Civ. 1, 27 septembre 2005, *Bull. civ. I*, n° 348 ; 10 avril 2013, n° 12-10.177 (cassation au visa de l'art. 10 CEDH) ; 22 janvier 2014, n° 12-35.264. V. également E. DREYER, *Responsabilité civile et pénale et médias*, LexisNexis, 3^e éd. 2012, p. 50 ; *Droit de la communication*, op. cit., n°s 2013 et s.

²⁶ D. JAZI, *Les rapports entre l'État et le citoyen dans la Tunisie indépendante*, th. Paris 2, 1982, p. 232 et s.

²⁷ L'article 68 du décret-loi de 2011 pose comme principe l'interdiction d'engager l'action civile séparée de l'action publique. Sont exceptées les hypothèses du décès de l'auteur du délit, de son amnistie, ou « de l'existence d'un empêchement aux poursuites pénales ».

le civil²⁸ et une identité des fautes civile et pénale²⁹. Si bien que le schéma français risque, par d'autres détours, d'être cloné en droit tunisien.

L'examen de la jurisprudence tunisienne suite au décret-loi de 2011 marque une évolution protectrice des libertés d'expression, symptomatique d'un passage vers une perception démocratique des droits fondamentaux.

Il y est question de la nullité de la procédure des poursuites lorsque l'action publique est enclenchée sur convocation de la victime d'une diffamation, sans que le ministère public traduise le prévenu devant la juridiction pénale. L'article 1^{er} du CPP énonce que :

« L'action publique [...] est mise en mouvement et exercée par les magistrats ou par les fonctionnaires auxquels elle est confiée par la loi. Elle peut également être mise en mouvement par la partie lésée dans les conditions déterminées par le présent code³⁰ ».

La procédure est-elle si contraignante ? Le juge « doit » rendre sa décision, conformément à l'article 75 du décret-loi dans un court délai d'un mois. On comprend facilement que passé ce délai obligatoire et de rigueur, la procédure du jugement sera selon la lettre du texte, entachée de nullité. La Cour de cassation sollicitée pour le prononcer de la sanction, y voit un simple délai « incitatif », dont le dépassement reste sans effet sur la validité de la procédure³¹.

On se félicite de cette évolution dans son principe. La technique juridique a diversement convaincu³². Au fond, la Cour de cassation pose ouvertement la question de l'abrogation tacite³³ des articles du Code pénal, assiettes des infractions

²⁸ Affirmée solennellement par Ch. réunies, 16 mars 1995, Rec. p. 8 ; *Revue tunisienne de droit* 1996, p. 27, obs. M. ZINE et note N. BEN AMMOU.

²⁹ Position réitérée encore par Ch. réunies, 1^{er} décembre 2022, n° 43314, inédit.

³⁰ CA Tunis, 23 novembre 2012, n° 2002, inédit : La question de l'enclenchement de l'action publique a été révisée par le décret-loi 115/115 du 2 novembre 2011. En cas de diffamation ou d'insultes, la victime reste, selon l'article 69, exclusivement habilitée à convoquer les prévenus et le Ministère Public, pour comparaître devant le juge pénal. L'article apporte une exception facultative, dans l'hypothèse où le Ministère public « peut » engager des poursuites contre des discours négationnistes, ou incitatifs à la haine.

³¹ Cass., ch. pénale, 4 juillet 2017, n° 41726, inédit.

³² Cass., 4 avril 2017, n°s 41731 et 41744, inédits. La nullité de la procédure est fondée, selon les moyens, sur l'erreur portant sur la convocation du prévenu, alors que la validation a été constatée par les juges du fond, justifiant le rejet du pourvoi. En droit français, sur le respect de l'art. 53 de la loi du 29 juillet 1881, Crim., 1^{er} février 2022, n° 20-86.619, *Légipresse* 2022, p. 141 ; *JCP G* 2022, 925, obs. Th. BESSE.

³³ Cass., 15 décembre 2017, n° 36854, inédit.

de la diffamation par le décret-loi sur la presse³⁴. Sans que, d'autres décisions³⁵ ne viennent, où des abus d'expression ont été publiés sur les réseaux sociaux, préciser la doctrine de la jurisprudence. Le décret-loi a été appliqué avec le Code pénal, dans les infractions d'atteinte aux bonnes mœurs ou à la morale publique, ou à la pudeur, objet des articles 221 et 226. Pourtant la qualification des faits aurait pu tomber sous la coupe du texte relatif à la liberté d'expression et de l'édition. Le rejet implicite de son exclusivisme est évident. Il fut rappelé dans sa caractéristique dominante d'une disposition fondatrice d'un régime global de cette liberté.

L'étranglement de la faute civile, en lien avec les abus de la liberté d'expression est également négatif. Pour desserrer l'étau, il ne faudrait pas tomber non plus dans le schéma inverse. Pondérer la qualification de la faute devient un vecteur qui oriente le régime de la responsabilité. Ce qui signifie que toute faute dans la liberté d'expression n'est pas constitutive d'abus, et que, néanmoins, tout abus est une faute. L'équation écarte aussi bien l'adéquation que l'idée d'une « plénitude » de la faute³⁶.

La systématisation de la jurisprudence s'enrichit par les contributions observées dans les prétoires comparés. À côté de la défaillance professionnelle du journaliste d'informer et de former l'opinion publique, s'ajoute l'écart du discours par rapport au standard de l'exercice raisonnable de la liberté d'expression.

Le modèle français engendre par l'articulation de la responsabilité civile sur son homologue pénale un rétrécissement considérable du champ de la responsabilité civile³⁷. Les attendus réitérés par la Cour de cassation affirmant que « les abus de la liberté d'expression prévus et réprimés par la loi du 29 juillet 1881 ne peuvent être réparés sur le fondement de l'article 1382 du Code civil³⁸ ». La logique du système français provient de l'existence d'un régime spécial à la liberté d'expression, qui s'impose à la victime, et favorise le responsable³⁹. Rien ne l'empêche cependant d'emprunter le droit commun, si « l'illicéité ne provient pas d'un manquement à la

³⁴ L'article 80 du décret-loi de 2011, énonce que « sont abrogés tous les textes antérieurs contraires et notamment le code de la presse promulgué par la loi n° 75-32 du 28 avril 1975, et les articles 397, 404 et 405 du code de travail ». La question a été de nouveau posée dans Cass., 6 juin 2020, n° 84564, inédit. La Cour exclut l'abrogation du Code pénal par le décret-loi de 2011. Le conflit entre l'article 121ter du Code pénal, qui incrimine la distribution de tracts tendant à perturber l'ordre public, et l'article 53 du décret-loi qui punit « quiconque sciemment [...] utilise les lieux du culte pour la propagande partisane et politique ». La Cour admet l'abrogation tacite dans son principe, mais la rejette suite à l'examen des deux textes.

³⁵ CA Monastir, 18 juin 2012, n° 1056, inédit, cité par A. ELLOUMI, « Les limites de la liberté d'expression relatives à la protection de certains intérêts publics fondamentaux », *Études Juridiques* 2014, p. 136 et s.

³⁶ S. ABID MNIF, « La constitution et responsabilité civile », *Études Juridiques* 2016, p. 35.

³⁷ E. DREYER, *Droit de la communication*, op. cit., n° 2013 (« La fascination de la loi du 29 juillet 1881 en est à l'origine. »)

³⁸ Ass. plén., 12 juillet 2000, 2 esp., JCP G 2000, I, n° 2 obs. G. VINEY, *RTD civ.* 2000, p. 845, obs. P. JOURDAIN ; *Comm. Comm. électr.* 2000, comm. 108, obs. A. LEPAGE.

³⁹ J. TRAUILLÉ, *L'éviction de l'article 1382 du Code civil en matière extracontractuelle*, th. Paris 1, LGDJ, 2007, n° 106.

loi de 1881⁴⁰ ». Le rejet de l'exclusivisme de la loi de 1881⁴¹, instaure en aval un régime raisonnable, où le juge se voit confier une mission de définir l'écart par rapport à un standard raisonnable.

Le bilan fait par la doctrine sur l'évolution du droit français n'est pas unanime pour instaurer un exclusivisme inflexible de la loi du 29 juillet 1881. Si cette loi devait garder une nature pénale, et perçue comme telle, comme elle le fut à l'origine, l'application de la *clausula generalis* (ancien art. 1382 et actuel art. 1240 C. civ.) devrait marquer un recul du seuil de la faute, recul compatible avec une société démocratique, soucieuse de l'exercice de la liberté d'expression⁴², sans se limiter au souci majeur de limiter l'accès au juge, et en abandonnant « le parallélisme des responsabilités civile et pénale⁴³ ». Or le décret-loi de 2011, a été conçu comme un texte libérateur, instaurant une espèce de dépenalisation de la liberté d'expression. La clause générale, et le domaine de la faute civile en cas d'abus de liberté d'expression gardent leur applicabilité et leur effectivité. L'art. 87 COC se démarque de la loi de 1881, la loi spéciale, et se présente comme un îlot de la responsabilité civile, où la faute civile sanctionne l'abus d'expression.

Le texte tunisien pourrait s'acheminer vers le même résultat. Les normes aux sources matérielles françaises, ne semblent pas disposées à instaurer un équilibre proportionné entre la liberté d'expression et ses dérives abusives. Non seulement à cause des liens inextricables entre la procédure et le fond, mais à cause de la conjoncture transitionnelle que vit la Tunisie, où le régime de la liberté d'expression a manqué de lisibilité. Le bilan est mitigé. L'abus en tant que fait générateur gagnerait par son autonomie⁴⁴.

B.- Autonomie de la responsabilité civile en cas d'abus de liberté d'expression

Dans les sources comparées, l'éventail des fautes est plus large. L'abus de la liberté d'expression trouve plusieurs illustrations. Un florilège où se regroupent les écarts de conduite commis par les journalistes, le locuteur, et les médias.

⁴⁰ G. LÉCUYER, *Liberté d'expression et responsabilité. Étude de droit privé*, th. Paris 1, Dalloz, 2006, n° 124. Lors de la genèse de la loi du 29 juillet 1881, ses rédacteurs voulaient protéger la liberté d'expression, en instituant, pour le défendeur, un régime procédural avantageux, avec « des chausse-trappes procédurales », selon l'expression de J.-P. GRIDEL (« Liberté de la presse et protection civile des droits modernes de la personnalité en droit positif français », *D.* 2005, chr. p. 391, spéc. p. 397), sans vouloir mettre en quarantaine le droit commun (G. LÉCUYER, *Liberté d'expression et responsabilité*, th. préc., p. 153).

⁴¹ J. TRAUILLÉ, *L'éviction de l'article 1382 du Code civil en matière extracontractuelle*, th. préc., n° 442.

⁴² Ch. DUBOIS, *Responsabilité civile et responsabilité pénale*, th. préc., n° 460.

⁴³ Ch. DUBOIS, *Responsabilité civile et responsabilité pénale*, th. préc., n° 616. L'objectif n'étant pas de définir les faits générateurs de la responsabilité. Il était de restreindre l'accès à la justice. Le droit spécial s'est replié au risque de se scléroser.

⁴⁴ Dans ces conditions, autant abandonner le parallélisme des responsabilités civile et pénale.

Pour ne pas abuser de la liberté d'expression, le locuteur serait tenu d'un devoir de neutralité. L'article 15 de Constitution de 2014 énonce que l'administration est tenue d'un devoir de neutralité. Le devoir vaut-il les membres du gouvernement ? À la question, la Cour constitutionnelle allemande répond par l'affirmative. Que l'article 5 « protège les particuliers contre les autorités publiques, qui sont uniquement destinataires des obligations de respecter les droits fondamentaux » ne limite pas les ministres de leur liberté d'expression, s'ils l'exercent en tant que citoyen, et non en leur qualité politique. La position n'est pas à l'abri des critiques, car la neutralité s'impose rigoureusement à l'administration. Imposé aux ministres, cela risque de dépolitiser la vie gouvernementale.

Le discours du locuteur consiste-t-il en une parole, ou un langage vocalisé, écrit, ou matérialisé, ou s'étend-il pour embrasser des situations qui semblent « éloignées de toute conception plausible des fins poursuivies par le principe de la liberté d'expression ? ». L'assouplissement de la notion caractérise une série d'arrêts rendus par la Cour Suprême des États-Unis⁴⁵, incluant des comportements intrinsèquement expressifs.

L'autonomie du locuteur « est un indicateur de l'absence ou de la présence d'abus d'expression ». Dans les précédents du droit américain, l'arrêt *Hurley* achemine le raisonnement vers une mise en œuvre du principe de la proportionnalité, pour jauger l'expression et les dommages qui en résultent. Lorsqu'une affiche exclut la préparation de commande pour les noces gay, elle pourrait être perçue comme un comportement injurieux. L'amendement 1^{er} de la Constitution n'y voit pas un abus générateur de responsabilité n'étant pas « un préjudice dont la loi peut ou doit protéger les personnes dans un régime de liberté d'expression ».

Elle l'autorise à s'abstenir de citer des vérités, même étayées par les faits. L'omission ne sera pas constitutive d'abus de langage. Contrairement au droit français où la liberté d'expression n'implique pas pour la jurisprudence un droit à l'omission de citer certaines contributions scientifiques ou artistiques⁴⁶, le droit

⁴⁵ G. CALVÈS, « Interdiction de discriminer et conflits internes à la liberté d'expression : *Hurley v Irish-American Gay, Lesbian and Bisexual Group of Boston* (Cour Suprême des États-Unis, 1995) », *RDLF* 2020, chr. n° 78 (« la dilatation de la notion de 'speech', au sens et pour l'application de la disposition du 1^{er} Amendement qui protège la liberté de 'parole', jusqu'à inclure des actions et des situations qui, traditionnellement, auraient semblé très éloignées de toute conception plausible des fins poursuivies par le principe de la liberté d'expression parole »).

⁴⁶ L'arrêt *Branly* a retenu la faute d'un historien pour avoir omis de citer les travaux de Branly dans les avancées de la télécommunication. La faute d'abstention, même sans l'intention de nuire engage la responsabilité de son auteur. L'histoire de la peinture a vu une reconduction de ce précédent (Civ. 1, 13 mars 2008, *D.* 2008, p. 1797, note J.-M. BRUGUIÈRE). Si le doyen Carbonnier préconise la reconnaissance dans la loi du 29 juillet 1881 d'un « système juridique clos, se suffisant à lui-même, arbitrant une fois pour toutes les intérêts civils et enlevant du même à l'article 1382 une portion de sa compétence diffuse » (« Le silence et la gloire », art. préc.), l'avis de Louis Josserand penchait vers la thèse inverse, pour rendre applicable et effective la responsabilité pour faute, car « en instituant les délits de presse, le législateur du 29 juillet 1881 n'a nullement entendu faire échec aux principes généraux de la responsabilité, mais il a laissé aux articles 1382

américain allie cette liberté au pouvoir de taire, voire d'exclure certains faits. La Cour suprême américaine reprend un précédent dans l'arrêt *Hurley* en 1995 pour confirmer qu'« une manifestation importante du principe de libre expression est que celui qui choisit de parler peut aussi décider de « ce qu'il ne dit pas⁴⁷ ». Appliquée aux éditeurs, ou aux plateformes qui leur sont assimilées, cette jurisprudence les autorise à censurer les informations ou les discours qui divergent avec leurs thèses. Même le droit de réponse a été jugé inconstitutionnel, car contraire au premier amendement de la Constitution américaine. Bien qu'affiliés aux mêmes valeurs démocratiques, les systèmes européens posent des règles différentes. Le droit de réponse⁴⁸ ne porte pas atteinte à la liberté d'expression, siège de l'article 10 de la Convention de sauvegarde des droits de l'Homme, selon l'arrêt du 17 janvier 2023. Les articles 39 et 40 du décret-loi de 2011 précisent son régime.

Le contrepied de ce raisonnement est développé par la justice italienne d'obédience libérale et démocratique⁴⁹. L'influence de ces acteurs de l'information est telle qu'ils sont indéniablement très actifs dans la communication de masse et les débats politique et d'idées. La démarche des juges italiens, pour sanctionner la désactivation par Facebook de la page du parti extrémiste Casapound ne s'est pas limité aux obligations bilatérales de l'intermédiaire et des plateformes. L'analyse s'est focalisée sur l'atteinte aux principes constitutionnels italiens, en soulignant « l'importance prééminente de Facebook dans la mise en œuvre de principes essentiels du système politique tel que le pluralisme des partis politiques garanti par l'article 49 de la Constitution ». La suppression de pages partisans contredit le pluralisme et évince des droits constitutionnels. Réguler les discours ne dispense pas les intermédiaires et les plateformes de reconnaître les droits fondamentaux dans un ordre juridique donné. Le contrôle rigoureux de la proportionnalité devient un préalable à la censure de certains discours, et un mécanisme de contrôle sur certains abus d'expression.

L'équilibre recherché passe par l'appréciation des juges. « Le juge peut caractériser ainsi l'abus à partir des obligations de bonne foi, de loyauté, et d'honnêteté qui pèsent sur chacun⁵⁰ ». La construction s'appuie techniquement sur une mise en balance des intérêts entre les droits en présence. Le principe de proportionnalité

et suivants du Code civil toute leur autorité et out leur vaste domaine d'application » (*De l'esprit des droits et de leur relativité*, Dalloz, 2^e éd. 1939, réimpr. 2006, n° 161).

⁴⁷ P. AURIEL et M. UNGER, « La modération par les plateformes porte-t-elle atteinte à la liberté d'expression ? Réflexions à partir des approches états-unienne (*Zhang v Baidu.com*, 2014) et italienne (*Casapound c. Facebook*, 2019) », *RDLF* 2020, chr. n° 80.

⁴⁸ E. DERIEUX, « CEDH et droit de réponse. Validation par la CEDH d'une obligation d'insertion d'une réponse rectificative », *RLDI* 2023, n° 200, p. 23.

⁴⁹ Tribunal de Rome, ord., 11 décembre 2019, n° 59264/2019, *Casapound*. Sur cette décision, P. AURIEL et M. UNGER, « La modération par les plateformes porte-t-elle atteinte à la liberté d'expression ? », art. préc.

⁵⁰ E. DREYER, *Droit de la communication*, op. cit., n° 2032. Comp. avec J. ROCHFELD. Le passage du droit vietnamien d'un système socialiste, très dirigiste vers un système plus libéral est marqué par un rôle accru des magistrats, et par la reconnaissance de la jurisprudence en tant que source de droit (NGUYEN NGOC DIEN, « L'écriture du Code civil vietnamien dans le contexte de la mondialisation », *RID comp.* 2022, p. 653, spéc. p. 661).

de valeur conventionnelle en Europe et en droit français, est un mécanisme jurisprudentiel qui permet de jauger les intérêts en présence⁵¹.

Le juge tunisien en a fait application dans une décision intéressante de la Cour de cassation⁵². La Société MBA a loué des panneaux d'espace publicitaire à la Société Tunisie Telecom le 3 avril 2009. L'hébergement fait l'objet de stipulations contractuelles. La clause de l'article 5 assoit la liberté de de la ligne de rédaction de la bailleresse⁵³. Des annonces peu élogieuses vont apparaître sur le site une année après, qualifiées même de calomnieuses et diffamatoires par la locataire. Elles prévoient « L'inexorable chute de Tunisie Télécom », puisqu'elle est « ... plus réactive qu'inventive ! », et spoliée de ses ressources. Elle intente une action en résiliation pour inexécution du contrat. La société hébergeuse oppose la clause de l'article 5 pour se prévaloir de son droit à la liberté d'expression. Le contrat a été résilié à ses dépens, sa responsabilité contractuelle a été reconnue devant les juges de fond. Les moyens soulevés devant la Cour de cassation font grief à l'arrêt de la cour d'appel d'avoir dénaturé la qualification du contrat, en le confondant avec le contrat de sponsoring. Ses termes ont été également méconnus, la liberté convenue de la ligne éditoriale n'a pas été prise en considération par l'arrêt attaqué dans l'application du contrat. Pour rejeter le pourvoi, la réponse de la Cour de cassation est soigneusement motivée. Voulant rendre un arrêt de principe, elle emprunte une démarche démonstrative, en commençant par donner une définition académique de la liberté d'expression⁵⁴. Ses fondements et sources sont exhaustivement exposés. Est citée, à côté des conventions universelles⁵⁵, la Constitution du 27 janvier 2014, applicable

⁵¹ Pour une illustration de conflit entre le droit de propriété et la liberté d'expression, dont se prévaut une association de protection du bien-être animal s'arrogeant le droit d'entrée dans une propriété privée, pour poster des images destinées à l'information du public, v. Civ. 1, 2 février 2022, *Comm. comm. électr.* 2022, comm. 27, note A. LEPAGE. La liberté d'expression est garantie en vertu de l'art 10 de la CEDH, et le protocole additionnel n° 1 a pour objet dans son alinéa 1^{er} la protection des biens aussi bien pour les personnes physiques que morales. Le § 7 de l'arrêt reproduit la jurisprudence de la CEDH, pour rappeler aux juges qu'une censure sera encourue, s'ils ne procèdent pas à un contrôle de la proportionnalité.

⁵² Civ., 4 décembre 2013, n° 6069.2013, inédit. Sur cet arrêt, A. ELLOUMI, « Peut-on limiter la liberté d'expression stipulée contractuellement ? », article disponible sur le site <https://droitdu.net/2016/05/peut-on-limiter-la-liberte-d-expression-stipulee-contractuellement-commentaire-de-larret-n-6069-2013-du-4-decembre-2014/>.

⁵³ « Le présent contrat ne donne pas non plus au client, aucun droit de regard ou d'ingérence sur le contenu rédactionnel du site www.africanmanager.com ni sur sa ligne éditoriale et contenu rédactionnel ».

⁵⁴ « La liberté d'expression est définie par la doctrine comme une garantie individuelle pour exprimer une opinion, recevoir des informations et des idées sans l'ingérence des tiers. Elle est aussi définie comme étant la liberté individuelle dans l'adoption d'une opinion tirée d'une réflexion personnelle sans être inféodé, sans imitation ou crainte de qui que ce soit. C'est la liberté de déclarer le parti pris adopté dans le style voulu. L'expression prend la forme orale, et peut être véhiculée par la photographie, la peinture ou la caricature ».

⁵⁵ La Cour cite l'art. 9 de la Déclaration universelle des droits de l'homme du 10 décembre 1948. La Cour a rappelé le contenu du décret-loi du 2 novembre 2011, relatif à la liberté de presse, d'impression et d'édition (*JORT* 4 novembre 2011, n° 84).

immédiatement au contrat conclu avant son entrée en vigueur⁵⁶. S'ensuit un exposé des droits en conflit, impliqués dans la liberté d'expression. La balance tend à trouver un point d'équilibre entre ces droits en présence. Le principe de proportionnalité est appliqué comme une technique pour les classer hiérarchiquement⁵⁷. On voit mal comment il est mis en application sans la sève génératrice de la Constitution du 27 janvier 2014⁵⁸. Le recours à son article 49 est dévoilé par la démarche de la Cour. Dans le panel de ces droits cohabitent le respect du sacré et des prémisses de la religion et de ses principes constants, le respect des droits et des libertés d'autrui, sans porter atteinte à leur réputation et leur intégrité et honneur. La liberté s'arrête là où commence celle des autres. Cela signifie que la liberté d'expression et de la presse ne doit pas perdre sa valeur transcendantale pour voir la presse dégénérer vers un discours conflictuel et chicaneur, sans régulateur, l'amenant à transgresser la morale, les valeurs, et à exposer les intérêts économiques à divers risques. Des références à autant de valeurs supposent, pour parvenir à leur harmonie, une application du principe de cohérence, et laissent dans l'ombre le traçage de certaines limites, dont la qualification comme un dénigrement d'autrui est discutée⁵⁹. La cité de la liberté d'expression trouve un sage qui filtre les abus, et sanctionne ses auteurs⁶⁰. La pédagogie de la Cour définit l'abus d'expression, et pose les jalons de sa prévention.

Le cadre contractuel de la relation entre les parties au procès n'a pas empêché la Cour de déployer avec un luxe pléthorique tous les principes et les fondements textuels. Pour preuve, elle n'omet pas de leur allier la loyauté et la bonne foi, les suites qu'abrite l'article 243 COC (ancien art. 1134 et actuel art. 1104 C. civ.). Ces standards de conduite, ont des contours souples, éveillant en matière de liberté

⁵⁶ L'art. 31 de la nouvelle Constitution du 27 janvier 2014. Celui-ci prévoit que « les libertés d'opinion, de pensée, d'expression, d'information et de publication sont garanties. Ces libertés ne sauraient être soumises à un contrôle préalable ». En matière de conflit de lois dans le temps des situations contractuelles, c'est la survie de la loi ancienne, sous l'empire de laquelle le contrat a été conclu. Cependant la loi nouvelle sera appliquée aux effets du contrat né postérieurement à son entrée en vigueur, lorsqu'elle est considérée comme une loi d'ordre public. V. sur ce point A. JALLOULI, *Conflits de lois dans le temps*, éd. Latrach, 2023 (en arabe).

⁵⁷ G. DRAGO, « Constitutionnalité et proportionnalité. Jalons pour une analyse critique », in *Révolution, constitution, décentralisation : Mélanges en l'honneur de Michel Verpeaux*, Dalloz, 2020, p. 239 (« Le contrôle de proportionnalité est devenu l'horizon indépassable du juge. »).

⁵⁸ L'article 49 de la Constitution énonce que « ne peuvent être décidées qu'en cas de nécessité exigée par un État civil et démocratique et dans l'objectif de protéger les droits d'autrui [...], en respectant le principe de la proportionnalité des restrictions à l'objectif recherché ». Sur cette question, v. X. PHILIPPE, « La mise en œuvre de la limitation des droits fondamentaux dans la Constitution tunisienne de 2014 », in *Révolution, constitution, décentralisation : Mélanges en l'honneur de Michel Verpeaux*, Dalloz, 2020, p. 473.

⁵⁹ La question de la parodie est-elle un abus de la liberté d'expression ? Le bouffon remplit une fonction sociale éminente et salutaire qui s'exerce par principe légitimement, au détriment des puissants, des personnages publics, de ceux dont parle ou dont les idées sont connues : il participe à sa manière, à la défense des libertés. Sur ce point, v. TGI Paris, 9 janvier 1992, *Gaz. Pal.* 1992, 1, p. 82, note P. BILGER ; D. 1994, somm. p. 195, obs. C. BIGOT ainsi que B. BEIGNIER, B. DE LAMY et E. DREYER (dir.), *Traité du droit de la presse et des médias*, Litec, 2009, n° 1279.

⁶⁰ La position contraire est défendue par S. ABID MNIF, « La constitution et responsabilité civile », art. préc., p. 69 : « les restrictions à toute liberté, y compris la liberté d'expression, sont de la compétence de la loi et non pas du juge ».

d'expression les réserves d'une doctrine autorisée⁶¹. Le standard est flou, et avec son utilisation on peut se demander « s'il ne produit pas là une nouvelle « privatisation » de l'appréciation de la proportionnalité : entre particuliers, cette appréciation ne s'arrête pas à une balance d'intérêts légitimes (en l'occurrence de la liberté d'expression et du droit à la dignité et à l'honneur) ; elle fait intervenir des standards de jugement plus contextuels et imprévisibles, venus des relations privées (ici de la matière contractuelle), qui sont à même d'abaisser quelque peu la superbe des droits fondamentaux ». S'invite au débat, le problème classique qui agite le droit français, pour savoir si les suites contractuelles sont admises pour sanctionner les propos abusifs et dommageables imputables à un cocontractant. Les incertitudes de la jurisprudence française⁶² quant à l'application de la loi sur la liberté de la presse, et la mise à l'écart de la responsabilité contractuelle, pour prévenir son extension au détriment de la première ne permettent pas de tirer au clair une position précise.

Mais la bonne foi n'est pas pour autant exclue du contrôle de la proportionnalité de l'atteinte au droit fondamental de la liberté d'expression, pour « apprécier la légitimité du but ». Son contenu variable, est une source d'arbitraire. Il ne faudrait pas méconnaître que son articulation avec la loi de 1881 lui donne un sens particulier plus précis et mieux adapté à la liberté d'expression⁶³.

« Mais n'est-ce pas là le propre du contrôle de proportionnalité que d'être laissé aux mains des juges avec d'importantes marges de manœuvre⁶⁴ ? »

L'arrêt de la Cour de cassation tunisienne élargit la palette des bases juridiques pour sanctionner l'abus de la liberté d'expression. Le bouquet varié des normes manifeste un rejet de l'exclusivisme du texte spécial sur la liberté de la presse⁶⁵. La

⁶¹ J. ROCHFELD, Note sous CEDH, 12 septembre 2011, *Palomo Sanchez et autres c. Espagne*, RDC 2012, p. 29.

⁶² H. BARBIER, Obs. sous Soc., 19 janvier 2022 et 29 juin 2022, *RTD civ.* 2022, p. 604, spéc. p. 607.

⁶³ J. TRAULLÉ, *L'éviction de l'article 1382 du Code civil en matière extracontractuelle*, th. préc., n° 460 : « C'est qu'il ne faut pas oublier que la bonne foi, au sens de la loi de 1881, ne se réduit pas à la seule intention de nuire. Le manque de prudence, d'objectivité, de circonspection ou de sincérité peuvent amener le juge à considérer que celui qui s'est exprimé publiquement est de mauvaise foi ».

⁶⁴ H. BARBIER, obs. préc., spéc. p. 610.

⁶⁵ Le lecteur est saisi par la similitude des motivations avec les décisions pénales, quant à leur quête d'un équilibre entre les droits, le respect de certaines valeurs, et des droits d'autrui, sans ordre hiérarchique. Sans citer littéralement le principe de proportionnalité, elles en font une application claire. La cohérence a également orienté les magistrats dans leur interprétation des différentes normes, pour dégager une approche conciliatrice. A. ELLOUMI, « Les limites de la liberté d'expression relatives à la protection de certains intérêts publics fondamentaux », art. préc., p. 136. Le raisonnement de la jurisprudence allemande est sur ce point plus net. Il suit une démarche en trois étapes : « l'aptitude, la nécessité et la proportionnalité stricto sensu de la mesure restreignant le droit fondamental concerné ». V. à ce sujet la décision de la Cour constitutionnelle fédérale, 21 mars 2022, réf. 1 BvR 2650/19. Saisie d'un recours contre l'application de l'article 185 du Code criminel qui sanctionne la diffamation commise par un prévenu, diffusant par voie d'internet des propos injurieux contre des responsables financiers municipaux, pour la construction d'une route qui a barré l'accès à une voie principale et l'a empêché de faire normalement ses courses. La condamnation a été jugée contraire à l'article 5 § 1 de la Loi fondamentale allemande. « Le droit

position est toute aussi fondée que logique, dans le contexte d'une démocratie en gestation. Tandis que la jurisprudence française, établit un bornage restrictif du régime de l'abus de la liberté d'expression, en instaurant pour la loi du 29 juillet 1881 un privilège d'exclusivité. L'éclosion de la démocratie passe par l'évitement des systèmes clos. Le principe de proportionnalité aurait inspiré des positions plus respectueuses des droits d'autrui. Même si techniquement, une vision doctrinale pertinente a dressé son lien généalogique avec son ascendant : l'abus de droit dans l'exercice d'un droit... fondamental. « Si bien que ce qui constituait, avant, un *abus de droit*, est simplement devenu, aujourd'hui, un *conflit de droits*. Le concept ambigu de l'abus a été supplanté par le concept matriciel en matière de droits fondamentaux, celui de proportionnalité. La proportionnalité des restrictions aux droits est dorénavant l'équation fondamentale, tant du point de vue des limitations objectives qu'intersubjectives⁶⁶ ». N'exigeant pas la mise en balance de droits en concurrence, la théorie a la vertu de censurer l'illicéité d'un droit subjectif, détourné de sa finalité⁶⁷.

L'article 4 de la déclaration des droits de l'Homme pose la règle selon laquelle... nul ne doit nuire à autrui. Comment expliquer, sans peine, à des musulmans que les caricatures des prophètes est le droit le plus absolu qu'un citoyen puisse exercer sans la moindre sanction civile, au mépris des souffrances morales ressenties par les adeptes de cette religion ? Brandir l'immunité qu'assure la laïcité ne l'ennoblit pas. Le gouvernement français s'est défendu d'y voir un permis justifiant les invectives, ou habilitant à invectiver la communauté musulmane. Il y a là « une menace réelle pour les valeurs républicaines de laïcité et de tolérance⁶⁸ », justifiant l'application de la clause de déchéance de l'article 17 de la Convention.

D'autant que la responsabilité civile pourrait pacifier certains comportements, et bloquer des drames dont l'horreur indicible est injustifiée. La bivalence de la loi du 29 juillet 1881 engendre une superposition de la responsabilité civile sur la responsabilité pénale. Gage d'une protection de la liberté d'expression, elle semble en porte à faux avec d'autres démocraties naissantes, où la démarcation de la responsabilité

fondamental à la liberté d'opinion est limité par les lois générales, y compris la disposition pénale de l'article 185 appartient au Code criminel. Lorsqu'elle est appliquée, les circonstances concrètes de l'espèce doivent être pesées entre l'atteinte qui menace la liberté d'opinion de l'auteur de la déclaration d'une part et l'honneur personnel de la personne affectée par la déclaration d'autre part. Dans la décision de pondération, la liberté d'expression ne prime généralement pas sur la protection de la vie privée ».

⁶⁶ J. COUARD, « L'abus de droit : un concept polysémique ? », *Cahiers Portalis* 2023/2, p. 35.

⁶⁷ J. COUARD, « L'abus de droit : un concept polysémique ? », art. préc. (« Quoi qu'il en soit, l'on découvre que les concepts et les méthodes qui ont émergé en remplacement de la Théorie de l'abus de droit, ne sont pas nécessairement plus efficaces à lutter contre l'usage excessif des droits subjectifs. »). La Cour aurait dû fonder sa décision sur l'abus de droit. Dans ce sens M. LEVINET, « La jurisprudence erratique de la Cour européenne des droits de l'Homme à l'égard de l'usage abusif des droits et des libertés », *Cahiers Portalis* 2023/2, p. 47, spéc. p. 55 et s. Le débat éclaire la teneur de l'article 103 COC, et incite à une interprétation axée sur ses sources matérielles.

⁶⁸ Cité par J. GUILBERT, « L'abus de droit fondamental », *Cahiers Portalis* 2023/2, p. 37 (à propos de CEDH 20 décembre 2022, req. 63539/19, *Zemmour c. France*).

civile sanctionne les abus de la liberté d'expression, et garantit un meilleur respect de ce droit fondamental. L'exemple tunisien en donne une bonne illustration.

II.- La restauration de la responsabilité civile par de nouveaux mécanismes

Les travaux préparatoires respectifs de la loi de 1881, et du décret-loi de 2011 indiquent qu'ils promeuvent la liberté d'expression⁶⁹. La cohérence entre la responsabilité pénale et la responsabilité civile prônée par la doctrine en matière de liberté d'expression, est accompagnée par un appel pour repenser « l'équilibre des valeurs⁷⁰ ». Les sanctions pénales plus stigmatisantes, ne devraient pas, dans l'objectif de préserver les droits des journalistes et les médias (A) empêcher de les rendre civilement responsables lorsqu'ils faillent à leur devoir d'information et de formation de l'opinion publique. L'ampleur des dommages causés en cas d'abus sera démultipliée dans les réseaux sociaux. Leur responsabilité mérite d'être revisitée (B).

A.- L'abus d'expression des médias

De par leur profession, les journalistes et les médias sont en droit d'exercer leur métier, en protégeant leurs sources, et en rendant publiques les informations dont ils disposent en toute liberté⁷¹. À ces principes correspondent des devoirs déontologiques.

« Sur bien des points relatifs au régime de la responsabilité pour abus de liberté d'expression, l'intérêt et l'utilité du respect des principes déontologiques en complément ou à la place des dispositions juridiques considérées comme trop contraignantes, inadaptées ou incomplètes, pourraient être soulignées⁷². »

La reconnaissance du pouvoir des médias dans la formation de l'opinion publique, corollaire des informations véhiculées par la presse. Quelle valeur juridique

⁶⁹ E. LISBONNE, « Rapport général », in H. CELLIEZ et C. LE SENNE (dir.), *Loi de 1881 sur la presse, accompagnée des travaux de rédaction avec observations et tables alphabétiques*, Chevalier-Marescq, 1882, spéc. p. 5 (« C'est une loi d'affranchissement et de liberté. »). V. également J. TRAULLÉ, *L'éviction de l'article 1382 du Code civil en matière extracontractuelle*, th. préc., n° 106.

⁷⁰ Ch. DUBOIS, *Responsabilité civile et responsabilité pénale*, th. préc., n° 616 : « Est-il toujours opportun de faire montre d'une telle clémence alors que les atteintes aux intérêts individuels se multiplient ? L'intérêt invite en effet, à repenser l'équilibre des valeurs en présence ».

⁷¹ E. DERIEUX, *Le droit des médias*, LGDJ, 8^e éd. 2018, n° 1372.

⁷² E. DERIEUX, *Le droit des médias*, op. cit., n° 1415.

reconnaitra-t-on aux règles déontologiques⁷³ ? Liées à l'éthique⁷⁴, elles traduisent les devoirs que les professionnels sont juridiquement tenus de respecter dans l'exercice de leur activité⁷⁵. Elles expriment des valeurs régulatrices et se présentent comme une « traduction par l'ordre juridique de l'éthique⁷⁶ ». La responsabilité civile extra-contractuelle n'est pas engagée en cas de violation d'une obligation déontologique⁷⁷, même si le régime est plus nuancé si cette violation cause un préjudice⁷⁸. Vecteur vers le pragmatisme plus que vers le moralisme⁷⁹, la déontologie est consubstantielle d'un « journalisme responsable », concept élaboré par la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme.

« Le journalisme responsable est une notion qui ne couvre pas uniquement le contenu des informations qui sont recueillies et/ou diffusées par des moyens journalistiques. Elle englobe aussi, entre autres, la licéité du comportement des journalistes, du point de vue notamment de leurs rapports publics avec les autorités dans l'exercice de leurs fonctions journalistiques⁸⁰. »

Le lien est évident dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme⁸¹, inspirant des questionnements sur la nature juridique de la déontologie journalistique⁸².

⁷³ G. CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique*, PUF, 14^e éd. 2022, p. 325 ; M. KETATA, « La déontologie dans le domaine bancaire », *Revue tunisienne de droit* 2021, p. 13. Pour une définition en droit financier, v. O. DEVAUX, « Règles juridiques, normes déontologiques et idéaux éthiques au service de la transparence financière par les réformes institutionnelles », in *Transparence financière et réformes institutionnelles*, Colloque Faculté des sciences économiques et juridiques Jendouba et UR DPA, 2008 (selon l'auteur, les règles déontologiques résolvent « les problèmes internes d'éthique qui sont liés à un comportement regrettable ou inacceptable de la corporation concernée, ou du corps professionnel visé. L'accent est mis sur des notions telles que l'intégrité, l'honnêteté, et la confiance »).

⁷⁴ Y. BEN AMEUR ép. GARNA, *Essai sur la relation entre l'éthique et le droit des affaires*, th. Sousse et Paris XIII, 2020, n^{os} 285 et s.

⁷⁵ P. DEUMIER, *Introduction générale au droit*, LGDJ, 3^e éd. 2015, n^o 144 (« Ce n'est pas l'esthétique, mais l'éthique qui doit nous apprendre ce qui répond à l'essence du droit, et ce qui est contraire »). Comp. R. VON IHERING, *La lutte pour le droit*, Dalloz 2006, p. 113.

⁷⁶ P. DEUMIER, *Introduction générale au droit*, *op. cit.*, n^o 288.

⁷⁷ M. FABRE-MAGNAN, *Droit des obligations*, t. 2 : *Responsabilité civile et quasi-contrats*, PUF, 4^e éd. 2019, n^o 24. Le même régime est reconduit pour la responsabilité contractuelle. « Les règles de déontologie, dont l'objet est de fixer les devoirs des membres de la profession, ne sont assorties que de sanctions disciplinaires et n'entraînent pas à elles seules la nullité des contrats conclus en infraction à leur disposition ».

⁷⁸ Civ. 1, 26 avril 2017, *RTD civ.* 2017, p. 636, obs. H. BARBIER.

⁷⁹ E. DREYER, *Droit de la communication*, *op. cit.*, n^o 926.

⁸⁰ CEDH, gr. ch., 20 octobre 2015, *Pentikäinen c. Finlande*, § 90.

⁸¹ « En raison des devoirs et responsabilités inhérents à l'exercice de la liberté d'expression, la garantie que l'article 10 » de la Convention (européenne) de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales (Conv. EDH) « offre aux journalistes [...] est subordonnée à la condition que les intéressés [...] fournissent des informations fiables et précises dans le respect de l'éthique » ou « de la déontologie journalistique » (CEDH, 26 avril 1995, *Prager et Oberschlick c. Autriche*, § 37 ; 27 mars 1996, *Goodwin c. Royaume-Uni*, § 39 ; 21 janvier 1999, *Fressoz et Roire c. France*, § 54 ; 20 mai 1999, *Bladet Tromsø et Stensaas c. Norvège*, § 58 et 65 ; 17 décembre 2004, *Pedersen et Baadsgaard c. Danemark*, § 69 ; 21 septembre 2006, *Monnat c/ Suisse*, § 67).

⁸² E. DERIEUX, « Cour européenne des droits de l'Homme et éthique journalistique », *RLDI* 2011, n^o 69, p. 64 (« Dans certaines de ses décisions relatives à la liberté d'expression, la Cour européenne des

Le journalisme couvre un spectre encore plus large. Le public formé des destinataires récepteurs de l'information sont des créanciers du respect des valeurs protectrices d'une qualité de l'information, de la formation objective et neutre d'une opinion publique.

Le contrôle par l'autorité de régulation de la déontologie, est « source d'inquiétude⁸³ », car il soustrait le contentieux et la responsabilité au juge pour la soumettre à l'autorité de régulation⁸⁴, en l'occurrence à l'instance du contrôle de la liberté de la presse HAICA, ou à son homologue française l'ARCOM. Les recours se font devant le juge administratif. L'articulation de ce régime avec la saisine du juge judiciaire est souhaitable. Surtout dans l'hypothèse où la déontologie impacte négativement l'opinion publique. Car elle se mue en devoir⁸⁵, une raffinerie qui la mute dans son impérativité, pour être sanctionnée par le juge. La transgresser est un écart de conduite dictée par une norme, et constitue un fait générateur.

Sans oublier les atteintes intolérables et excessives aux journalistes, qui prennent les formes d'agression, voire de liquidation physique, le lien entre le respect des règles déontologiques et la qualité de la formation, de l'information et l'engagement de la responsabilité des journalistes est indéfectible. Pour prendre l'exemple tunisien,

droits de l'Homme est amenée à se référer à l'éthique ou à la déontologie journalistique... Ce que ladite Cour considère ou retient ainsi relève-t-il alors de l'éthique ou du droit ? Juge-t-elle en droit ou selon d'autres principes ? Cela conduit à s'interroger sur les relations qu'entretiennent, à cet égard, le droit et la déontologie... [...] Quelles relations (équivalence, contradiction, concurrence, complémentarité, subsidiarité...) ces deux notions que sont le droit et la déontologie entretiennent-elles ? Sont-elles alternatives, substituables ou interchangeable ? La réponse à ces interrogations impliquerait que ces différents termes (droit, régulation, déontologie, éthique...) soient plus clairement et rigoureusement définis, en des termes qui soient compris par tous de la même façon et que leur nature, leurs objectifs, leurs modes d'élaboration, leur force contraignante, les conditions et les modalités du contrôle de leur application et de sanction de leurs violations soient mieux identifiés »).

⁸³ E. DREYER, *Droit de la communication*, op. cit., n° 521 (à propos du débat sur les raisons de ce double contentieux, qui soumet les personnes morales au contrôle de l'autorité de régulation, et les personnes physiques au droit la responsabilité).

⁸⁴ E. DREYER, *Droit de la communication*, op. cit., p. 289 et note 134 reproduisant l'affirmation suivante du président de la CSA : « Nous ne sommes pas le contrôleur des contenus. Le CSA n'est ni un censeur ni le gardien d'un ordre moral, et encore moins un agent d'une police de la pensée », citant R.-O. MAISTRE, « Le CSA, nouveau régulateur des plateformes de contenus », *Légipresse* 2020, hors-série, p. 29 (selon cet auteur, « la déontologie serait essentiellement constituée de règles, plus concrètes, relatives à l'exercice d'une activité professionnelle – en l'espèce, le journalisme (2) –, déterminées et sanctionnées, de façon autonome sinon totalement volontaire, par des instances professionnelles, pour garantir un service rendu davantage conforme à l'intérêt du public ou seulement pour tenter d'échapper ainsi à l'intervention des autorités étatiques (législateur et juge) »).

⁸⁵ Le débat sur la notion de devoir puise dans le droit contractuel. « Le devoir comportemental » est perçu par certains auteurs, comme externe à la sphère contractuelle, et donc de nature extracontractuelle, alors que d'autres s'attellent à le distinguer de l'obligation qui « impose une prestation, un agissement ponctuel », l'accouple avec une donnée d'ordre « qualitatif » : le caractère moral du devoir, qui même dénué de valeur patrimoniale, « dicte toujours une conduite ou au moins un comportement en vertu d'un système de valeur », L'étymologie du terme devoir, signifie « être tenu à quelque chose par la loi, les convenances, l'honneur, l'équité, la morale » (D. GALBOIS, *La notion de contrat. Esquisse d'une théorie*, th. Paris 2, LGDJ, 2020, n°s 814 et s.).

leur rôle joué dans la contre révolution est évident. Sans reprendre la pluralité des médias et des discours, la propagande contre la réparation due aux victimes des dictatures qui se sont succédé en Tunisie, a été fautive et non étayée par les faits. Non seulement aucune indemnisation ne leur a été versée, mais, plus grave encore, le discours des médias et des journalistes a insinué le principe qu'une réparation attribuée à des victimes est un acte immoral, et contraire au droit ! Sous l'empire d'une Constitution qui a réitéré à plusieurs reprises la défense de la valeur de la dignité humaine, ce parti pris instaure un sentiment de répulsion générale à l'État de droit !

L'opinion publique est un ensemble d'intérêts privés qui convertissent l'ensemble des intérêts privés en un intérêt général. Est-il toujours opportun de faire montre d'une telle clémence alors que les atteintes aux intérêts individuels se multiplient ? L'intérêt invite en effet, à repenser l'équilibre des valeurs en présence⁸⁶. Le questionnement est pertinent. S'il revient au juge de sanctionner des abus, pour non-respect de devoirs déontologiques, les destinataires de l'information ne devraient être logiquement traités comme des étrangers, privés d'intérêt, car non impliqués dans le processus de la communication. L'opinion publique est un agrégat de représentation privée, une « conscience publique », qui incorpore la médiatisation d'un événement⁸⁷. Leur somme convertit l'intérêt privé en intérêt général, et autorise les citoyens non seulement à exercer un contrôle sur la qualité de l'information, mais aussi à sanctionner les auteurs de messages perturbateurs de leur attente légitime à une information de qualité, et générateurs d'un préjudice médiatique⁸⁸.

Engendré lorsque « l'information, c'est-à-dire le message diffusé par le canal d'un média, est non objective ou encore prohibée⁸⁹ », le préjudice médiatique correspond à une « zone d'ombre », affranchie de la responsabilité pénale et de la nécessité d'une qualification pénale préalable, renvoyant à l'exclusivisme de la *clausula specialis*. Issu de la désinformation ou de la diffusion de messages ou de rumeurs par voie médiatique, il est appréhendé par la responsabilité civile. Comparées à celles du dommage, ses caractéristiques, présentent quelques divergences. La question de son indemnisation est délicate. La réparation intégrale demeure la solution classique.

⁸⁶ Ch. DUBOIS, *Responsabilité civile et responsabilité pénale*, th. préc., n° 616.

⁸⁷ M. BARTHÉLÉMY, *Évènement et espace public, L'affaire Carpentras, Quaderni* 1992, n° 18, p. 125 (selon l'auteur, « la réception transpose l'évènement, de l'univers du discours (témoignage, récit, analyses, commentaires), à celui de l'action publique... La réception passe par une enquête sociale, qui a pour objectif d'identifier l'évènement et de déterminer la sorte d'action qui lui est appropriée »). Pour une prise en considération du lien entre la liberté d'expression et l'opinion publique, v. Cour constitutionnelle fédérale, 21 mars 2022, réf. 1 BvR 2650/19, arrêt préc. (dans le § 19, elle affirme que « le poids de la liberté d'opinion à appliquer dans le processus de pesée est d'autant plus grand que la déclaration vise à contribuer à la formation de l'opinion publique, et moins, plus indépendamment de celle-ci il ne s'agit que de la diffusion émotive d'humeurs contre des individus ». Son appréciation prend en compte les hommes publics exerçant le pouvoir, pour élargir les limites de leur critique, s'appuyant dans son argumentation (§ 21) sur une jurisprudence abondante de la Cour européenne des droits de l'homme et sur l'art. 10 CEDH).

⁸⁸ M. DOUAOUI-CHAMSEDDINE, « La réparation du trouble médiatique », *D.* 2001, p. 1333.

⁸⁹ M. DOUAOUI-CHAMSEDDINE, « La réparation du trouble médiatique », art. préc., p. 1336.

La nuance est avancée⁹⁰ pour préférer « le principe de l'évaluation médiatique » à celui de « réparation médiatique ».

Réparer, ou restaurer la vérité, telles sont les deux alternatives ouvertes aux victimes. Mais étant donné qu'il est à l'origine d'un trouble qui perturbe la bonne perception de la vérité par l'opinion publique, les citoyens sont induits en erreur, par des rumeurs, dont la grande diffusion... ne fait pas le droit. Dans un régime de transition démocratique, à l'instar de la Tunisie, il nuit à l'établissement de l'État de droit, et à l'instauration de la culture démocratique. Les fausses alertes, les montages photographiques, la diabolisation des hommes politiques, ont été des facteurs d'échec de cette transition, et d'une déformation pernicieuse de l'opinion publique. Le public, victime de la désinformation, peut-il enclencher l'action en responsabilité, en empruntant l'action de groupe ou la *class action* ? Le droit judiciaire, droit sanctionnateur qui permet de tirer le « meilleur parti d'une situation de faiblesse sur le fond du droit litigieux » ; il est même possible de concevoir le droit processuel de telle sorte qu'il serve un certain nombre d'objectifs ou de finalités du droit matériel comme par exemple, « la protection du salarié en droit du travail ou celle de la victime dans le droit de la responsabilité⁹¹ ». La reconnaissance de l'action de groupe pour les victimes des préjudices médiatiques est concevable, mieux, elle est souhaitable. D'abord parce que l'altération de l'opinion publique autorise les citoyens destinataires d'une information malveillante au vu de l'importance du préjudice et de son extension, à faire de chacun un créancier de la réparation. Une créance fondée sur un droit individuel, dans une société démocratique est un sentier vers une responsabilisation du journalisme et des locuteurs. La responsabilité civile fonctionne comme un outil de contrôle de la liberté d'expression et de la presse, contre les dérives et les dérapages. Le méconnaître aboutit à un dévoiement, et inhibe un levier efficace pour équilibrer les pouvoirs - les médias sont au quatrième rang - et les soumettre au filtre de la société civile. Que l'on songe à des missions qui épiloguent sur un mot ou une locution, isolé des propos de son auteur, pour les dénaturer, et fournir un exercice magistral dans le dépeçage incohérent d'une pensée ou d'un texte, rappelant les bruits que poussent les grains de maïs, promus, au fond d'une friteuse, au rang majestueux des pop-corn ! Que l'on songe à l'apologie des procès totalitaires, calqués sur le schéma stalinien, purgeant ses ennemis, par voie de sa justice et de sa propagande, en les accusant, et leur faisant avouer la commission d'un crime ! Après tout, si on épargne les innocents, beaucoup de délinquants s'échapperont. L'assassinat de Chokri Belaïed, emprunte ce sentier battu par les idéologies les plus obscurantistes en matière de droits et libertés. La presse et les médias sont leur tribune ouverte, où le récitation inquisitorial prend la relève sur la déontologie du journalisme. Pire, sur les décisions de justice ! L'appréhension que redoutent certains auteurs du rôle de la responsabilité civile est légitime⁹².

⁹⁰ *Ibid.*

⁹¹ L. CADIET et E. JEULAND, *Droit judiciaire privé*, Lexis Nexis, 11^e éd. 2020, p. 6.

⁹² E. DREYER, *Droit de la communication, op. cit.*, n° 2032 (l'auteur cite N. MALLET-POUJOT, « Abus de droit et liberté de la presse », *Légipresse* 1997, II, p. 88 : « Il ne s'agit pas de transformer la

Elle n'exclut pas le vœu de la « restaurer⁹³ ». Il ne s'agit pas non plus d'omettre la contextualité de la question dans les phases de la transition démocratique. L'exemple tunisien est là pour attester du rôle déconstructeur de certains médias, journalistes, et hommes politiques, de la démocratie. Sous couvert de liberté d'expression, l'opinion publique a perdu de sa maturité, et plusieurs propos trompeurs ont fini par détricoter le tapis vert du printemps arabe, et lui substituer l'opacité à la clairvoyance. La stigmatisation du droit pénal, avec les limites de l'exclusivisme de la clause spéciale, sont des palliatifs insuffisants pour instaurer un équilibre entre les droits fondamentaux à l'expression et leurs contreponds, les droits à l'information. Admettre un pouvoir médiatique débridé, ou interpréter par voie téléologique la liberté d'expression douchera l'esprit individuel et collectif de critique, et tricote silencieusement une grave altération de l'opinion publique. L'admission de la class action est le corollaire du droit fondamental de l'accès au juge, en dépit des obstacles procéduraux qui ont empêché, et retardé certains systèmes à la consacrer⁹⁴. Issue de la tradition américaine⁹⁵, elle a connu ses premières applications en matière de discrimination raciale, pour accompagner le contentieux de la responsabilité. Dans l'exemple français, le domaine de ces actions de groupe ne se limite plus au droit de la consommation, pour s'étendre au droit de la santé et de l'environnement⁹⁶, et leur objet s'élargit, pour viser « soit l'engagement de la responsabilité de la personne ayant causé le dommage afin d'obtenir la réparation des préjudices individuels subis », soit la cessation du trouble né du manquement à une obligation contractuelle ou légale⁹⁷. Ce cumul, critiqué pour être à l'origine d'une confusion entre la protection de l'intérêt collectif et l'addition des intérêts privés⁹⁸ n'empêche pas d'armer les citoyens d'une action civile pour limiter le discours débridé des journalistes et des médias, et déjouer le défaut de sanction en cas d'abus d'expression. Repenser la responsabilité dans sa fonction de peine privée, ou dans son rôle indemnitaire, devrait également revisiter les supports technologiques de la liberté d'expression.

responsabilité en cheval de Troie pour la défense d'un ordre moral. »).

⁹³ *Idem*. Il s'agit de reconnaître la puissance des médias et la puissance que leurs messages peuvent exercer sur ceux qui les reçoivent.

⁹⁴ E. DREYER, *Droit de la communication*, *op. cit.*, n° 274.

⁹⁵ S. GUINCHARD *et al.*, *Droit processuel, droits fondamentaux du procès*, Dalloz, 9^e éd. 2017, n° 307 (« À l'origine, elle devait permettre à des citoyens aux prises avec un problème commun, source d'une perte pécuniaire relativement modeste, d'utiliser collectivement le système judiciaire auquel ils n'auraient normalement pas eu recours »). L'article 23 du Code fédéral de procédure civile pose quatre conditions : le grand nombre du groupe *numerosity*, la *commonality* qui est « l'existence de certaines questions de droit ou de fait communes à toutes les parties » ; la *typicality*, c'est-à-dire « la représentativité des moyens en demande et en défense soulevés par la partie représentante », et l'*adequacy of representation*, qui signifie « la capacité de la partie représentante à protéger de façon honnête et adéquate les intérêts du groupe »).

⁹⁶ L. CADJET et E. JEULAND, *Droit judiciaire privé*, *op. cit.*

⁹⁷ C. CHAINAIS, F. FERRAND, L. MAYER et S. GUINCHARD, *Procédure civile. Droit interne et européen du procès civil*, Dalloz, 34^e éd. 2018, n° 2000 (sur la loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI^e siècle, n^{os} 2002 et s.).

⁹⁸ S. AMRANI-MEKKI, « L'action du groupe du 21^{ème} siècle : un modèle réduit et réducteur ? », *JCP G* 2015, 1196.

B.- Les abus de la responsabilité et les réseaux sociaux

Les réseaux sociaux deviennent des tribunes ouvertes où s'échangent des débats, des lieux où sont postées des réflexions polémiques. Facebook, Instagram, Twitter, TikTok avec la différence respective de leur contenu, sont sociologiquement des espaces, où les utilisateurs cherchent à occuper la place. Les « médias » se transforment en « im-médiats », guidés par des réflexes rapides de répondre du tic au tac, sans rationaliser la réplique ni pondérer les réactions⁹⁹, au risque « de faire émerger un récit binaire et émotionnel des événements et ainsi de susciter des formes de surréaction¹⁰⁰ », pour se transformer en une arène où sévit « le désordre informationnel¹⁰¹ ». La responsabilité des hébergeurs est allégée dans la loi sur la confiance dans l'économie numérique¹⁰². Lorsque l'hébergeur, tenu d'une prestation purement technique, franchit un pas pour optimiser l'aide à l'internaute, il ne peut plus se rétracter derrière son ignorance du contenu illicite des publications. La loi française du 24 août 2021 est intervenue pour alourdir la responsabilité des plateformes en ligne¹⁰³, tenues d'une obligation de moyens renforcée, dans la lutte contre les contenus haineux, ce qui établit un lien avec la loi du 29 juillet 1881, et modifiant son régime procédural, pour réprimer les abus de langage commis sur les réseaux sociaux¹⁰⁴. Juridiquement, « l'absence d'un filtre éditorial, constitue donc une extension importante du champ d'exercice de la liberté d'expression... et de ses abus¹⁰⁵ ». C'est donc l'auteur de la publication, qui en cas d'abus, se voit engager sa responsabilité pour abus de liberté d'expression. L'ouverture sur des espaces divers la met dans l'orbite du droit international privé, avec les problèmes relatifs à la compétence internationale et à la loi applicable, avec la divergence irréductible entre des systèmes qui admettent une liberté inébranlable et sans limite du droit à

⁹⁹ P. SERGEANT et L. BURKARD, « Pratique contentieuse. La diffamation et l'injure sur Twitter : particularités de ce contentieux de 'presse' », *Comm. comm. électr.* sept 2021, prat. 11 ; Ch. BIGOT, « La liberté de communication dans la loi du 24 août 2021, les nouvelles obligations de collaboration des plateformes sous le contrôle de l'ARCOM », *Légipresse* 2022, p. 31.

¹⁰⁰ O. ERTZSCHEID, « Mort de Nahel : 'Ces scènes de violence auraient existé même dans un monde totalement déconnecté' », *Libération* 2 juillet 2023.

¹⁰¹ B. LOUTREL, « Liberté d'expression, haine en ligne et désinformation : le point de vue de l'ARCOM », *Légipresse* 2023, p. 63. « Les grandes plateformes en ligne sont le lieu de ce qu'on peut appeler des « désordres informationnels ». Selon l'expression consacrée, on y trouve « à boire et à manger » en matière d'informations. C'est la problématique de la manipulation de l'information, de la mésinformation involontaire à la désinformation intentionnelle. La perte de confiance est réelle et justifie l'intervention publique. Mais l'approche par un seul concept de « licéité » des contenus informationnels semble peu opérante en la matière et est clairement insuffisante ».

¹⁰² Selon l'article 6, I 5° de la n° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique, les hébergeurs « ne sont pas soumises à une obligation générale de surveiller les informations qu'elles transmettent ou stockent, ni à une obligation générale de rechercher des faits ou des circonstances révélant des activités illicites ».

¹⁰³ Art. L. III-7, I C. consom. ; E. DREYER, *Droit de la communication, op. cit.*, n°s 753 et s.

¹⁰⁴ Ch. BIGOT, « La liberté de communication dans la loi du 24 août 2021, les nouvelles obligations de collaboration des plateformes sous le contrôle de l'ARCOM », art. préc., p. 33 et s.

¹⁰⁵ B. LOUTREL, « Liberté d'expression, haine en ligne et désinformation : le point de vue de l'ARCOM », art. préc., p. 64.

la liberté d'expression, et d'autres qui attribuent des dommages et intérêts substantiels en cas d'abus¹⁰⁶. Le système juridique tunisien est de ceux qui, contrairement à d'autres, admettent une limite à la liberté d'expression, et sanctionne ses abus. Théoriquement, il pourrait être appliqué pour une action en réparation contre l'auteur d'un abus. Contrairement au Règlement Rome II, où la responsabilité, en vertu de l'article 1 § 2, g, a été écartée, en cas de liberté d'expression, et d'atteinte à la vie privée et aux droits de la personnalité¹⁰⁷. Le Code de droit international privé tunisien traite des obligations non contractuelles dans les articles 70 et suivants¹⁰⁸. Le rattachement à la loi du fait dommageable est la solution de principe¹⁰⁹. Les règles de conflit spéciales ne traitent pas la responsabilité en matière de presse et de liberté d'expression. Le régime général posé par l'article 70 CDIP est applicable. Reste-t-il adapté aux délits commis par voie de presse et de médias ?

Techniquement l'effet démultiplicateur lié à la diffusion des discours publiés exhorte à repenser ce régime¹¹⁰. La diffusion, l'édition, propagent l'article et le discours dans des espaces divers, créant un éparpillement entre le lieu du fait générateur et celui où le préjudice est ressenti. Les faits répondent à la qualification des délits complexes. La commission de révision du code de droit international privé ne s'est pas penchée sur cette hypothèse, pour proposer une règle de conflit adaptée. La compétence législative suppose au préalable admise la compétence judiciaire, et la saisine des tribunaux tunisiens¹¹¹. Le CDIP tunisien semble avoir pris en considération les délits plurilocalisés¹¹². Des zones d'ombre persistent quant aux dommages disséminés dans plusieurs pays¹¹³. La CJCE a eu à tirer au clair la mise en application de l'article 7 & 2 du Règlement de Bruxelles 1 bis (anciennement

¹⁰⁶ D. BUREAU et H. MUIR WATT, *Droit international privé*, t. 2 : *Partie spéciale*, 5^e éd. 2021, PUF, n° 973-2.

¹⁰⁷ D. BUREAU et H. MUIR WATT, *Droit international privé*, t. 2, *op. cit.*, n° 993-1.

¹⁰⁸ Appelées dans le Code de DIP les « obligations légales » (par opposition aux obligations volontaires). J.-M. JACQUET, « Le droit applicable aux obligations légales dans le Code tunisien de droit international privé », in *Le Code tunisien de droit international privé, Actes du colloque organisé par le centre d'études juridiques et judiciaires le 12 mars 1999 à Tunis*, Les publications du Centre d'Études Juridiques et Judiciaires, 2000, p. 2.

¹⁰⁹ A. MEZGHANI, *Commentaire du Code de droit international privé*, CPU, 1998.

¹¹⁰ L. COSTES, « Liberté de la presse : la loi du 29 juillet 1881 a 140 ans », art. préc. : « Quant à la question fréquemment posée de savoir sur le fait de savoir si ce texte est toujours adapté avec les réseaux sociaux on peut répondre par l'affirmative dans la mesure où la difficulté de les réguler ne tient pas à la loi mais au fait qu'il n'y a un grand nombre de contenus à gérer et que l'on se heurte la plupart du temps au pseudonymat ou à des contenus postés à l'étranger. En admettant que n'importe qui puisse s'exprimer de façon quasi-anonyme, on a ainsi découplé liberté et responsabilité ; une évolution qui est assez inquiétante ».

¹¹¹ Les tribunaux tunisiens sont compétents si le défendeur a son domicile en Tunisie. Si la compétence *forum rei* n'est pas vérifiée, les tribunaux tunisiens peuvent être compétents en vertu de l'article 5-1 du CDIP si le fait générateur ou le préjudice sont survenus en Tunisie.

¹¹² I. HADJ SASSI, « La responsabilité délictuelle en droit international privé tunisien », in S. BEN ACHOUR et S. TRIKI (dir.), *Le code de droit international privé. 20 ans d'application*, éd. Latrach, 2020, p. 341, spéc p. 361 et s.

¹¹³ Sur les options entre l'interférence entre les compétences législative et juridictionnelle, P. DE VAREILLES-SOMMIÈRES et S. LAVAL, *Droit international privé*, Dalloz, 11^e éd. 2023, n° 1458.

article 5 § 3 du règlement Bruxelles I ou de la Convention de Bruxelles)¹¹⁴. En cas de délit plurilocalisé, le juge tunisien reconnaîtra-t-il une compétence générale, ou une compétence locale, limitée à la portion du préjudice réalisé sur le territoire tunisien ? À défaut d'une réponse jurisprudentielle, celle de la CJCE peut inspirer la réflexion. Au fil d'une construction prétorienne, elle a admis une option entre le tribunal du défendeur, celui où le fait générateur s'est produit, et enfin celui où le préjudice s'est réalisé¹¹⁵.

Fondé sur le principe de proximité¹¹⁶ et de la bonne gestion du procès, et non sur le *forum actoris*, l'arrêt Fiona Shevill¹¹⁷ reconnaît la compétence des juridictions d'établissement de l'éditeur ou de l'émetteur lieu du fait générateur, ainsi que le droit à la victime de saisir les juridictions de chaque État, où la diffusion lui a fait subir un dommage. L'arrêt eDate Advertising¹¹⁸, en matière de cyber-délits, reconnaît l'emprise juridictionnelle de l'État où le site est rendu accessible, pour le dommage local. Il ajoute un autre chef de compétence, à savoir « le for du centre des intérêts de la victime¹¹⁹ », qui correspond généralement avec le for de sa résidence habituelle, pour connaître de l'intégralité du dommage dont un fragment y est ressenti. Ce nouveau chef de compétence, infléchit l'exigence de la Cour européenne quant à la compétence juridictionnelle¹²⁰.

Le droit tunisien penchera-t-il vers un dépeçage du droit de la responsabilité, en l'occurrence en matière d'abus de liberté d'expression en admettant une scission entre la réparation générale du tout, et la réparation partielle du préjudice local ?

¹¹⁴ P. DE VAREILLES-SOMMIÈRES et S. LAVAL, *Droit international privé*, op. cit., n° 1500.

¹¹⁵ CJCE, 30 novembre 1976, *Rev. crit. DIP* 1977, p. 563, note P. BOUREL ; *JDI* 1977, p. 728, note A. HUET ; *D.* 1977, p. 613, note G. DROZ.

¹¹⁶ Qui signifie pour la compétence juridictionnelle « le rattachement du litige aux tribunaux d'un État avec lequel il présente, sinon le lien le plus étroit, du moins un lien étroit » (P. LAGARDE, « Le principe de proximité dans le droit international privé contemporain », *Rec. cours Acad. Haye* 1986, vol. 196, p. 25). Il trouve des applications dans le Code tunisien de droit international privé : L. CHEDLY, « Le principe de proximité dans le Code de DIP tunisien », in *Mouvements du droit contemporain. Mélanges offerts au professeur Sassi Ben Halima*, CPU, 2005, p. 325. Le critère de rattachement de la règle de conflit intègre la relation juridique dans le système le plus proche intègre la relation juridique : S. M. BOUYAHYA, *La proximité en droit international de la famille*, L'Harmattan, 2015.

¹¹⁷ CJCE, 7 mars 1995, *D.* 1996, p. 63, note G. PARLÉANI ; *Rev. crit. DIP* 1996, p. 487, note P. LAGARDE ; *JDI* 1996, p. 543, obs. A. HUET.

¹¹⁸ CJUE, 25 octobre 2011, *Rev. crit. DIP* 2012, p. 389, note H. MUIR WATT ; *JDI* 2012, note 197, note G. GUINZOU ; *D.* 2012, p. 1233, obs. H. GAUDEMET-TALLON et p. 2339, obs. L. D'AVOUT.

¹¹⁹ Solution se rapprochant du *forum actoris*, préconisé par la doctrine. V. en ce sens H. GAUDEMET-TALLON, « Le pluralisme en droit international privé ; richesse et faiblesse », *Rec. cours Acad. Haye* 2005, vol. 312, n° 223.

¹²⁰ B. HAFTTEL, *Droit international privé*, Dalloz, 2^e éd. 2020, n° 627. La critique qu'adresse l'auteur à cette jurisprudence, en quête d'ordre, se fonde, sur « l'explosion des chefs de compétence », et l'impression que donne la CJUE de considérer le demandeur, à tort, comme une partie faible. É. FARNOUX, *Les considérations substantielles dans le règlement de la compétence internationale des juridictions : réflexions autour de la matière délictuelle*, th. Paris 1, LGDJ, 2017. Comp. pour la contrefaçon, L. GRYNBAUM, C. LE GOFFIC et L. MORLET-HAÏDARA, *Droit des activités numériques*, Dalloz, 2^e éd. 2023, n° 550 et s. ainsi que la jurisprudence citée.

Pour la question de la compétence, la réponse n'est pas encore acquise. Le débat se poursuit avec la détermination de la loi applicable. Théoriquement l'article 70 al. 2 donne à la victime un choix entre la *lex loci delicti* et la *lex damni*, qu'elle effectuera en ciblant le régime indemnitaire favorable. L'application cumulative ou distributive des lois en présence, en dépit de sa complexité est théoriquement possible¹²¹. Même si :

« les cyber-délits apparaissent à l'intersection des diverses évolutions qui affectent le droit international privé contemporain ; précellence de la compétence sur la loi applicable, mondialisation des échanges, ineffectivité de la norme étatique, revendications volontaristes, radicalisations des divergences¹²² ».

L'implantation territoriale des intermédiaires et des plateformes aident à asseoir une corégulation et maintenir une contrainte étatique. La responsabilité civile est tributaire de la violation d'une obligation de vigilance. La faute a accusé un recul en cette matière¹²³. L'effet démultiplicateur des réseaux sociaux sur la gravité du dommage mérite de reprendre la réflexion sur des normes pour équilibrer les intérêts en présence, sans faire de la liberté d'expression un alibi, ou un justificatif des abus de cette liberté. La situation n'est pas satisfaisante, et appelle un affermissement de la responsabilité des acteurs de la technologie de la communication.

« Le simple fait de mettre en évidence qu'il y a une pénurie de moyens crée une incitation pour la plateforme à évoluer ; le cas échéant, on peut aussi la contraindre avec un régime de sanction. Mais, ce qui est vraiment en jeu, c'est la façon dont on réinvente un moyen d'agir *ex ante*, de modifier le comportement de ces entreprises, de les rendre plus responsables, qui plus est, à une échelle globale¹²⁴ ».

La responsabilité civile garde la verdure de ses fondements classiques. Les gains mirobolants que les plateformes empochent évoquent leur capacité à répondre objectivement des dommages aux effets néfastes sur les personnes et les sociétés. Que l'on se rappelle leur capacité, pour être des caisses de résonance, à faire basculer des opinions publiques ou à faire chavirer des démocraties, pour songer, même en l'absence du filtre de l'éditeur¹²⁵, à les rendre responsables, en contrepartie de leur activité, sur le fondement du risque¹²⁶.

¹²¹ N. BEN AICHA, « Quelques précisions sur la signification actuelle de la *lex loci delicti* », *Études Juridiques* 2000, p. 21.

¹²² D. BUREAU et H. MUIR WATT, *Droit international privé*, t. 2, *op. cit.*, n° 1024.

¹²³ Ph. BRUN, *Responsabilité civile extracontractuelle*, LexisNexis, 5^e éd. 2018.

¹²⁴ B. LOUTREL, « Liberté d'expression, haine en ligne et désinformation : le point de vue de l'ARCOM », art. préc., p. 66.

¹²⁵ L. GRYNBAUM, C. LE GOFFIC et L. MORLET-HAÏDARA, *Droit des activités numériques*, *op. cit.*

¹²⁶ Art 554 COC. V. également G. VINEY, *Introduction à la responsabilité civile*, *op. cit.*, n°s 68 et s. La rénovation du droit commun est alliée à la protection des droits subjectifs et à l'anormalité des préjudices (G. VINEY, *Introduction à la responsabilité civile*, *op. cit.*, n°s 85 et s.). Les plateformes ont été très sensibles aux effets dévastateurs de certains discours qui, tel le feu d'une poudrière, se répandent dans le public, à cause des prouesses technologiques de leur support numérique.

Comprendre les influences reçues du droit tunisien, à travers l'étude du droit français qui l'a précédé, en étant une source matérielle, est une des utilités méthodologiques du droit comparé. Les sédiments doctrinaux et jurisprudentiels accumulés par le texte français au long d'une longue période permettent de mieux comprendre les affinités des textes, mais aussi la disparité des voies empruntées par l'interprétation. La liberté d'expression est réexaminée, à l'aune du lien entre un texte spécial, dit exclusif, et des articles généraux de la responsabilité, dont la sève est féconde dans la protection de l'honneur et de la vie privée. Les alluvions réunies dans le lit du décret-loi de 2011 ne sont pas identiques à ceux observés en droit français. Le terreau tunisien, développerait une autre flore juridique. Sans enserrer le régime de la liberté d'expression dans le carcan inflexible du décret-loi de 2011, l'abus de cette liberté trouve un espace normatif plus large. Les insuffisances d'une sanctuarisation de l'histoire par la loi¹²⁷, en tant que limite à la liberté d'expression, donne au juge l'office de la protéger, en sanctionnant les abus.

« C'est à la jurisprudence de sanctionner les abus de la liberté d'expression que des révisionnistes et autres marchands de l'histoire falsifiée commettent. La protection de la mémoire des peuples et la défense des communautés agressées relèvent de la responsabilité civile, pas d'une législation à finalité historique¹²⁸. »

La lecture de la jurisprudence tunisienne conforte son engagement à ne pas entourer le décret-loi de 2011 d'une aura. La responsabilité civile n'est pas figée dans un périmètre rigide, et s'ouvre sur de nouveaux espaces, avec comme symptôme distinctif, un exposé exhaustif des valeurs qui rendent la liberté d'expression cohérente et en harmonie avec la société démocratique. Les faits générateurs ne sont pas strictement puisés dans le décret-loi, à l'image des applications de la loi du 29 juillet 1881, contestées par des autorités doctrinales¹²⁹. « En instituant les délits de presse, le législateur du 29 juillet 1881 n'a nullement entendu faire échec aux principes généraux de la responsabilité civile, mais il a laissé aux articles 1382 et suivants du Code civil toute leur autorité et tout leur vaste domaine d'application¹³⁰ ». La lecture des décisions constitutionnelles françaises conforte cette démarche. Car si on n'a pas constitutionnalisé la faute¹³¹, « tout fait quelconque que l'homme qui cause à autrui un dommage oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer »,

Les États-Unis, très rétifs à toute limite à la liberté d'expression, ont fini par sentir le danger lors de la dernière campagne aux élections présidentielles. La défaite du discours suprémaciste de Trump a ébranlé cet effort. Rien n'interdit, ne fût-ce le principe libéral et sacro-saint de la liberté d'expression, d'obliger ces plateformes à respecter un code réglementaire du contenu des publications, et d'assumer une responsabilité objective pour indemniser les dommages liés à des publications abusives.

¹²⁷ P. PUIG, « La loi peut-elle sanctuariser l'Histoire », *RTD civ.* 2012, p. 78.

¹²⁸ F. TERRÉ et N. MOLFESSIS, *Introduction générale au droit*, Dalloz, 13^e éd. 2021, n° 113.

¹²⁹ E. DREYER, *Droit de la communication*, *op. cit.*, n° 2029.

¹³⁰ L. JOSSERAND, *De l'esprit des droits et de leur relativité*, *op. cit.*, n° 161.

¹³¹ P. JOURDAIN, « La constitutionnalisation du droit de la responsabilité civile en France », *Resp. civ. assur.* 2016, étude 4.

est une exigence constitutionnelle¹³². L'Instance Provisoire pour le contrôle de la constitutionnalité des projets de loi a posé le principe que « tout fait qui cause un dommage à autrui oblige à réparer¹³³ ». Le régime général de la responsabilité et ses articles généraux sont la boîte d'outil où le juge puise des matériaux pour concilier la liberté d'expression avec paravents qui lui évitent l'abus. Les vieilles marmites aident à préparer les bons plats, et les meilleurs couscous !

La responsabilité civile devrait assurer une fonction dissuasive. La peine privée remplit mieux ce rôle, même si en matière d'abus de la liberté d'expression, la sanction de la réparation est jugée plus appropriée¹³⁴. L'articulation de la gravité de la faute sur les dommages et intérêts, protège mieux les phases de transition démocratique, quand la liberté d'expression verse dans une dénaturation systématique des vérités et contribue à une déformation de l'opinion publique, entraînant un échec de la démocratie représentative. Certains locuteurs brillent par leur intervention. Ils seront toutefois meilleurs et plus inspirés, s'ils épargnent le public de leur sagesse, et gardent dignement le silence.

¹³² E. DREYER, *Droit de la communication*, op. cit., n° 2029 ; Cons. const., 10 novembre 2016, n° 2016-738 DC. Le Conseil constitutionnel français précise que pour restreindre la faute civile, il faut qu'il n'en résulte pas « une atteinte disproportionnée ni aux droits des victimes d'actes fautifs ni au droit à un recours juridictionnel effectif qui découle de l'article 16 de la Déclaration de 1789 » (Cons. const., 26 septembre 2014, n° 2014-415 DC, § 5).

¹³³ IPCCPL, 2 juillet 2016, *JORT* 15 juillet 2016, n° 58, p. 2507 ; S. ABID MNIF, « Constitution et responsabilité civile », art. préc., p. 40 et s. La généralité des termes employés par la décision inclut tous les faits générateurs, y compris la responsabilité pour le fait des choses. La doctrine française a préconisé, avec la plume autorisée de Ph. BRUN, « La constitutionnalisation de la responsabilité pour faute », *Resp. civ. ass.* 2003, chr. 15, n° 29, que le Conseil constitutionnel la rehausse au statut de l'article 1382 (« Il ne serait pas illogique, dans cette vision des choses, que le Conseil constitutionnel hisse expressément l'article 1384 au même rang que l'article 1382 : aussi bien la responsabilité du fait des choses, dont on a justement souligné le caractère 'irremplaçable'. »).

¹³⁴ Sur la discussion des thèses, E. DREYER, *Droit de la communication*, op. cit., n° 1708.

Liberté d'expression et cessation de l'illicite

Jonas KNETSCH

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

Dans le domaine du contentieux de la liberté d'expression, il est une institution qui, en raison de son double rattachement au droit processuel et au droit substantiel, suscite de nombreuses interrogations. Elle peine à trouver une place pleinement convaincante dans l'ordonnement juridique : la cessation de l'illicite. Le droit français reconnaît, en effet, aux personnes qui s'estiment lésées dans leurs droits ou menacées de l'être, outre les actions en réparation classiques, des voies procédurales alternatives. Les actions en cessation complètent dès lors l'arsenal juridique dont dispose une personne pour défendre ses droits subjectifs.

Définie comme une mesure qui a pour objet ou pour effet de prévenir une situation de fait contraire au droit ou d'y mettre fin, la cessation de l'illicite est aujourd'hui invoquée par les plaideurs dans des domaines de plus en plus variés. Que ce soit en droit immobilier, en droit de l'environnement ou encore en droit de la concurrence, le contentieux de la cessation gagne du terrain et tend même à supplanter, à en croire certains auteurs, le contentieux de la réparation¹. Face aux empiètements ou à d'autres troubles de voisinage, aux pratiques anticoncurrentielles, aux contrefaçons ou aux actes de pollution, les actions en cessation offrent une voie de droit aussi commode que rapide, le demandeur pouvant s'adresser au juge des référés. Elles trouvent également un terrain fertile dans le domaine des droits de la personnalité, notamment en présence d'une atteinte à l'honneur ou à la vie privée. C'est dire les liens étroits qu'entretiennent la cessation de l'illicite et la liberté d'expression en droit civil français.

¹ C. BLOCH, « La reconnaissance de la cessation de l'illicite comme fonction autonome de la responsabilité civile », *JCP G* 2016, suppl. au n° 30-35, p. 5, spéc. n° 1 ; C. BLOCH et Ph. STOFFEL-MUNCK, « La cessation de l'illicite », in F. TERRÉ (dir.), *Pour une réforme du droit de la responsabilité civile*, Dalloz, 2011, p. 86. V. aussi G. VINEY, « Cessation de l'illicite et responsabilité civile », in *Mélanges en l'honneur de Gilles Goubeaux*, Dalloz/LGDJ, 2009, p. 547.

Née dans le giron du droit processuel, la cessation de l'illicite se singularise aujourd'hui par un mouvement de « substantialisation » qui atteint aussi bien son appréhension doctrinale que ses sources formelles.

L'article 835 du Code de procédure civile constitue le fondement législatif principal de l'action en cessation de l'illicite en ce qu'il permet de demander au président du tribunal judiciaire de « prescrire en référé les mesures conservatoires ou de remise en état qui s'imposent, soit pour prévenir un dommage imminent, soit pour *faire cesser un trouble manifestement illicite*² ». Cependant, il ne s'agit pas d'un texte à portée générale, à l'instar des articles 201 et suivants du Code tunisien des procédures civiles et commerciales. Il est complété par des règles disséminées dans le Code de procédure civile et dans d'autres codes, qui habilite les présidents d'autres juridictions à prendre les mêmes mesures par voie de référé³.

Le législateur a ajouté encore à ces différents textes des dispositions sectorielles permettant à des demandeurs de réclamer des mesures de cessation de l'illicite dans divers domaines du droit⁴ : atteintes à un droit réel⁵, actes de contrefaçon⁶, diverses pratiques contraires à la législation sociale⁷, au droit de la concurrence⁸, au droit de la presse et des médias⁹ ou portant atteinte à l'intérêt collectif des consommateurs¹⁰.

S'agissant des atteintes aux droits de la personnalité, c'est dans le Code civil que l'on trouve un texte autorisant le juge à ordonner des mesures de cessation en cas d'atteinte illicite au corps humain et, ce qui nous intéresse plus particulièrement, en présence d'une atteinte à la vie privée. Tout en proclamant que « chacun a droit au respect de sa vie privée », l'article 9 dispose que « les juges peuvent, sans préjudice de la réparation du dommage subi, prescrire toutes mesures, telles que séquestre, saisie et autres, propres à empêcher ou faire cesser une atteinte à l'intimité de la vie privée : ces mesures peuvent, s'il y a urgence, être ordonnées en référé ». Insérée dans le Code civil par une loi du 17 juillet 1970¹¹, cette disposition confère au juge

² C'est nous qui soulignons.

³ V. article 873 al. 1^{er} C. proc. civ. pour les affaires relevant de la compétence des tribunaux de commerce, article 894 al. 1^{er} C. proc. civ. pour le référé prud'homal et article R. 142-21-1 C. séc. soc. pour le référé en matière de protection sociale.

⁴ Pour une synthèse, v. G. VINEY, P. JOURDAIN et S. CARVAL, *Les effets de la responsabilité*, LGDJ, 4^e éd. 2017, n^{os} 80 et s.

⁵ V. article 555 et articles 672 et suivants du Code civil.

⁶ Art. L. 332-1, L. 332-4, L. 521-6, L. 615-3, L. 623-7, L. 716-6 et -7, L. 716-15 C. propr. ind.

⁷ Art. L. 1251-47, L. 4732-1 et s. C. trav.

⁸ Art. L. 442-6, III C. com. ; art. L. 121-3 C. consom.

⁹ Art. 50-1 de la loi du 29 juillet 1881, art. 6 de la loi du 29 juillet 1982 et art. 6, I, 8^o de la loi du 21 juin 2004 (dite « LCEN »). V. aussi art. 9-1 C. civ. (atteinte à la présomption d'innocence).

¹⁰ Art. L. 421-2 C. consom.

¹¹ Pour un commentaire de cette loi, v. A. CHAVANNE, « La protection de la vie privée dans la loi du 17 juillet 1970 », *Rev. sc. crim.* 1971, p. 605, spéc. p. 609 et s. ; J. PRADEL, « Les dispositions de la loi n^o 70-643 du 17 juillet 1970 sur la protection de la vie privée », *D.* 1971, chr. p. 111, spéc. n^{os} 12 et s. ; R. LINDON, « Les dispositions de la loi du 17 juillet 1970 relatives à la protection de la vie privée », *JCP G* 1970, I, 2357.

le pouvoir d'ordonner les mesures propres à empêcher la violation de l'« intimité de la vie privée », sans préciser comment ce texte doit s'articuler avec la règle de l'article 835 alinéa 1^{er} du Code civil. Faut-il considérer que ce texte spécial évince le texte plus général, et ce alors même qu'une atteinte à l'intimité de la vie privée pourrait tout aussi bien être appréhendée par la notion du « trouble manifestement illicite » ?

La jurisprudence française ne brille pas spécialement par sa clarté sur cette question et rares sont les auteurs à s'être intéressés à l'interaction entre règles procédurales et matérielles en matière de cessation de l'illicite. Pour autant, il ne s'agit pas d'un sujet de réflexion purement académique. Les enjeux pratiques ne sont pas négligeables, chacun des textes instituant un régime spécifique de l'action en cessation avec ses conditions propres.

Considérée sous un angle plus prospectif, cette question est appelée à prendre de l'importance en raison de la tendance à une intégration plus large de la cessation de l'illicite dans le droit matériel de la responsabilité civile. Sous l'influence d'une thèse remarquée¹², les auteurs du projet de réforme de la responsabilité civile, présenté en 2017 par le garde des Sceaux, ont consacré une disposition spécifique à la cessation de l'illicite, laquelle ferait donc partie des mesures de réparation¹³. Dans l'avant-projet de 2016, la cessation de l'illicite occupait une place encore plus prééminente au titre des dispositions liminaires¹⁴, donnant de l'eau au moulin de ceux qui y voyaient un moyen d'affirmer avec plus de vigueur la fonction préventive de la responsabilité civile.

Loin de faciliter l'analyse de la liberté d'expression sous l'angle de la cessation de l'illicite, ces évolutions récentes ne doivent pas tromper l'observateur sur les potentialités des actions en cessation en la matière. Oscillant entre procédure civile et responsabilité civile, la cessation de l'illicite intéresse le contentieux de la liberté d'expression à deux titres en ce qu'utilisée au nom de la protection de la vie privée, elle peut représenter une menace (I) ou une garantie (II).

¹² C. BLOCH, *La cessation de l'illicite. Recherche sur une fonction méconnue de la responsabilité civile extracontractuelle*, th. Aix-Marseille, Dalloz, 2008.

¹³ Aux termes de l'article 1266 du projet, « en matière extracontractuelle, indépendamment de la réparation du préjudice éventuellement subi, le juge peut prescrire les mesures raisonnables propres à prévenir le dommage ou faire cesser le trouble illicite auquel est exposé le demandeur ». Sur ce texte, v. C. ALBIGES, « La généralisation de la fonction préventive de la responsabilité civile », in G. CERQUEIRA et V. MONTEILLET (dir.), *Le projet de réforme du droit de la responsabilité*, Dalloz, 2021, p. 61 ainsi que tout récemment N. TORZ-DUPUIS, *Essai sur la fonction normative de la responsabilité civile extracontractuelle*, th. Toulouse Capitole, 2023, n^{os} 310 et s. ainsi que n^{os} 362 et s.

¹⁴ Il s'agit de l'article 1232 de l'avant-projet.

I.- Les actions en cessation de l'illicite, menace de la liberté d'expression

Durant l'année 2022, l'actualité politique en France a été marquée par des « affaires » qui, révélées par des journalistes d'investigation, ont donné lieu à des procédures judiciaires destinées à empêcher la publication des résultats des enquêtes. Plusieurs médias se sont inquiétés du recours de plus en plus fréquent aux actions en cessation de la part de responsables du monde politique ou économique. À en croire certains journalistes, des « procès bâillons » intentés contre les directeurs de publication menaceraient la liberté de la presse, conduisant à une forme de « censure judiciaire¹⁵ ».

Deux illustrations récentes peuvent être données avant de porter une appréciation critique sur l'utilisation des actions en cessation dans le domaine de la presse et des médias.

A.- Les illustrations récentes

Une première affaire concernait le site d'investigation *Reflets.info*. Des journalistes s'apprêtaient à y publier des informations sur le montage financier du groupe de sociétés de télécommunications Altice¹⁶. Ces informations étaient en partie issues de documents internes au groupe qui avaient été piratés par un groupe de hackers. Saisi par la direction d'Altice sur le fondement de l'article 873 du Code de procédure civile¹⁷, le tribunal de commerce de Nanterre a rendu le 6 octobre 2022 une ordonnance enjoignant à la société éditrice du site *Reflets.info* de ne pas publier de nouvelles informations au motif que la « volonté affirmée de poursuivre les publications d'informations obtenues frauduleusement par un tiers fait peser une menace sur les sociétés du groupe face à l'incertitude du contenu des parutions à venir », menace qualifiée par le tribunal de « dommage imminent » lié à la « divulgation d'informations relevant du secret des affaires¹⁸ ».

¹⁵ V. à ce sujet A.-M. VOISARD, « Poursuites-bâillons : la liberté d'expression en procès », *Projet* 4/2016, p. 59 ; B. ADER, « Les procédures 'bâillons' et le coût d'un procès de presse », *Légipresse* 2022, p. 517.

¹⁶ Sur cette affaire, v. par exemple B. LAEMLE, « La justice interdit à Reflets.info de publier de nouveaux articles à propos d'Altice tirés de données piratées », *Le Monde* 8 octobre 2022, p. 19.

¹⁷ Il s'agit de la norme qui habilite le président du tribunal de commerce à prescrire en référé les mesures conservatoires « pour prévenir un dommage imminent [ou] pour faire cesser un trouble manifestement illicite ».

¹⁸ Trib. com. Nanterre, 6 octobre 2022, RG n° 2022Roo834 (la décision peut notamment être consultée sur le site doctrine.fr). V. également les observations de Ph. THÉRY, *RTD civ.* 2023, p. 179 et d'E. DREYER, *RDLI* 2022, n° 198, p. 30.

Très critiquée par les journalistes¹⁹, cette décision a été infirmée le 19 janvier 2023 par la cour d'appel de Versailles qui a rappelé que « le secret des affaires ne peut [...] être opposé aux journalistes de *Reflets* qui ont fait leur travail d'investigation²⁰ ». Les juges ont décidé par ailleurs que « la certitude du trouble au regard du caractère hypothétique du contenu n'est pas démontrée » et que « l'imminence du dommage allégué n'est pas établie²¹ ». Cet arrêt a été salué par la presse comme une victoire de la liberté d'information²², rappelant par ailleurs l'inopposabilité du secret des affaires aux journalistes en vertu de l'article L. 151-58 du Code de commerce²³.

La deuxième affaire vise le site d'information Mediapart. Alors que les journalistes souhaitaient publier les résultats de leur enquête sur l'implication du maire de Saint-Étienne dans une affaire de chantage politique « à la *sextape* », celui-ci a saisi le tribunal judiciaire de Paris aux fins d'ordonner l'interdiction de publier certains éléments de l'enquête et, en particulier, d'un enregistrement audio réalisé à l'insu du maire. Le 18 novembre 2022, une vice-présidente du tribunal a accueilli cette requête favorablement en rendant une ordonnance interdisant à Mediapart de « publier tout ou partie de l'enregistrement illicite réalisé le 27 novembre 2017 [sous] astreinte de 10 000 euros par extrait publié²⁴ ». Lors d'une conférence de presse, le directeur de publication de Mediapart, Edwy PLENEL, a déclaré qu'il s'agissait là d'une « décision sans précédent de mémoire de juriste et de journaliste²⁵ », appelant par ailleurs les syndicats et sociétés de journalistes à apporter leur soutien face à cette atteinte à la liberté de la presse.

La particularité de l'affaire Mediapart était la voie juridictionnelle choisie par l'avocat du maire de Saint-Étienne. Contrairement à l'affaire Altice, c'est la procédure sur requête de l'article 845 alinéa 2 du Code de procédure civile qui avait été choisie. Ce texte permet au président du tribunal judiciaire ou l'un de ses représentants d'« ordonner sur requête toutes mesures urgentes lorsque les circonstances exigent qu'elles ne soient pas prises contradictoirement²⁶ ». Selon toute vraisemblance, cette

¹⁹ V. par exemple « Quand le tribunal de commerce préempte le droit de la presse », *Challenges* 1^{er} décembre 2022, p. 12 ; L. NEUER, « Altice vs reflets.info : la liberté de la presse menacée par le secret des affaires ? », *Le Point* 11 octobre 2022 ; O. TESQUET, « Secret des affaires : Altice obtient en justice un permis de bâillonner la presse », *Télérama* 7 octobre 2022.

²⁰ CA Versailles, 19 janvier 2023, RG n° 22/06176, *RTD civ.* 2023, p. 179, obs. Ph. THÉRY.

²¹ *Ibid.*

²² B. LAEMLE, « La justice autorise Reflets.info à publier de nouveaux articles à propos d'Altice à partir de données piratées », *Le Monde* 20 janvier 2023 ; J. HOURDEAUX « Secret des affaires : la censure préventive du site Reflets levée en appel », *mediapart.fr* 19 janvier 2023.

²³ Selon l'arrêt, « s'agissant d'une description factuelle de leur contenu qui donne la mesure de l'ampleur du sinistre subi par Altice, le secret des affaires ne peut davantage être opposé aux journalistes de Reflets qui ont fait leur travail d'investigation » (CA Versailles, 19 janvier 2023, RG n° 22/06176).

²⁴ TJ Paris, ord., 18 novembre 2022.

²⁵ V. par exemple T. LAURENT, « Censure d'une enquête de Mediapart sur le maire de Saint-Etienne : 'C'est une justice secrète et non contradictoire' », *Libération* 22 novembre 2022.

²⁶ Pour un commentaire de ce texte (anc. art. 812 al. 2 C. proc. civ.), v. par exemple J. HÉRON, TH. LE BARS et K. SALHI, *Droit judiciaire privé*, LGDJ, 7^e éd., 2019, n° 438. V. également R. PERROT,

procédure sommaire a été choisie en raison de l'importante marge d'appréciation dont dispose le juge saisi et pour l'absence de motivation circonstanciée de la décision. En effet, l'ordonnance du 18 novembre 2022 ne justifie l'injonction ni par la protection de la vie privée du requérant, ni par le caractère illicite des enregistrements destinés à être publiés²⁷.

Cette ordonnance a fait l'objet d'une rétractation à peine deux semaines plus tard²⁸. Par une décision du 25 novembre 2022, le premier président de la cour d'appel a annulé la mesure d'interdiction au motif que :

« le choix procédural de déposer une requête plus de deux mois après cette date et après l'expiration du délai de réponse de 48 heures à une demande d'informations du 15 novembre 2022 émanant du journaliste en charge de cette enquête à Mediapart, ne permet pas [au maire de Saint-Étienne] de se prévaloir, pour justifier de déroger au principe du contradictoire, du caractère imminent de l'atteinte alléguée, imminence à laquelle il a contribué²⁹. »

B.- Le recours critiquable aux actions en cessation en matière de presse

L'utilisation des procédures de référé en matière de presse fait depuis longtemps l'objet de critiques. Il est vrai que le recours à des procédures d'urgence, qui réservent une place limitée au principe du contradictoire ou l'écartent purement et simplement (comme dans la procédure sur requête de l'article 845 du Code de procédure civile), laisse un arrière-goût amer au regard des restrictions que le juge peut porter à la liberté d'information. Alors que les procédures de référé sont conçues pour répondre à des demandes urgentes ou incontestables, elles sont devenues au fil des années, sous l'emprise de l'engorgement des tribunaux, une véritable alternative aux procès au fond, et ce alors qu'est en jeu une liberté fondamentale.

L'on ne saurait passer sous silence la fragilité des fondements normatifs des procédures en référé dans les domaines où entrent en conflit deux libertés fonda-

« L'inversion du contentieux (ou les prouesses de l'ordonnance sur requête) », in *Justice et droits fondamentaux. Études offertes à Jacques Normand*, Litec, 2003, p. 387 ; M. FOULON et Y. STRICKLER, « Le constat sur requête 20 ans après », *Dr. et proc.* 2010, p. 307 ainsi que l'étude approfondie de S. PIERRE-MAURICE, *Ordonnance sur requête et matière gracieuse*, th. Strasbourg 3, Dalloz, 2003

²⁷ Comp. G. LÉCUYER, « Le maire, le juge des requêtes ; et puis le journaliste : un « 2 + 1 » paradoxal », *Légipresse* 2023, p. 29, spéc. p. 33 : « Sèche, composée de quelques lignes, l'ordonnance définit précisément la mesure et sa sanction et, pour toute motivation, s'en réfère à la requête pour justifier qu'il soit ainsi dérogé au contradictoire. »

²⁸ TJ Paris, ord., 30 novembre 2022, RG n° 22/13852, *Légipresse* 2023, p. 29, note G. LÉCUYER ; *RTD civ.* 2023, p. 179, obs. Ph. THÉRY ; *RLDI* 2023, n° 203, p. 22, note E. DERIEUX. La version intégrale de l'ordonnance est accessible sur le site internet de Mediapart (www.mediapart.fr/journal/france/301122/affaire-perdriau-et-la-fin-c-est-la-liberte-d-informer-qui-l-emporte). Sur cette décision, v. aussi F. ARFI, « Affaire Perdriau : et à la fin, c'est la liberté d'informer qui l'emporte », *mediapart.fr* 30 novembre 2022.

²⁹ *Ibid.*

mentales. Comme cela a été relevé depuis longtemps³⁰, le Code de procédure civile revêt, en droit français, un caractère réglementaire, alors que la liberté d'expression relève du domaine législatif en vertu de l'article 34 de la Constitution³¹. Il est délicat en effet d'admettre qu'un juge unique puisse statuer sur la base d'un texte réglementaire pour ordonner des mesures aussi contraignantes que l'interdiction de diffuser des éléments qui sont couverts par la liberté des médias. Si certains auteurs ont tenté de justifier ce hiatus au regard de la hiérarchie des normes³², force est de constater que les arguments peinent à convaincre et qu'il serait grand temps de remédier à cette anomalie³³.

Par ailleurs, la Cour européenne des droits de l'homme a contribué à fragiliser les fondements des procédures en référé depuis qu'elle s'est prononcée, dans un arrêt *RTBF c/ Belgique* de 2011³⁴, sur la compatibilité au droit européen des textes qui régissent les procédures de référé. La Cour de Strasbourg a relevé en effet que la base normative d'une interdiction de diffusion prononcée par un juge belge, en l'occurrence l'article 809 du Code de procédure civile belge et l'article 1382 du Code civil belge, étaient des textes trop généraux, trop imprécis « quant au type de restriction autorisée, leur but, leur durée, leur étendue et le contrôle dont elle pourrait faire l'objet » de sorte que ceux-ci ne pouvaient constituer « un cadre légal suffisamment précis quant à la délimitation de l'interdiction³⁵ ». Or, les textes examinés sont identiques à ceux du droit français.

Cette évolution jurisprudentielle remet en question la pratique du référé en matière de presse et devrait inciter le législateur à refondre les textes régissant les procédures de référé. La généralité des termes soulève en effet de nombreuses difficultés : qu'est-ce qu'un « trouble » ? que signifie « illicite » ? Si ces deux notions ne sont pas inconnues en droit matériel³⁶ et que des travaux doctrinaux ont été réalisés pour en éclairer le sens et systématiser des cas d'application³⁷, il n'en demeure

³⁰ V. en particulier E. DERIEUX, « Référé et liberté d'expression », *JCP G* 1997, I, 4053 ; E. DEZEUZE, « La procédure de référé à l'épreuve de la diffamation », *Légipresse* 1998, II, 55 ; E. DREYER, « La perversion du référé en matière de presse », *JCP G* 2007, I, 171 ; A. LACABARATS, « L'intervention du juge des référés est-elle justifiée en droit de la presse ? », *Gaz. Pal.* 2006, doctr. 7 ; Th. MASSIS, « Le juge des référés et la liberté d'expression », *Légipresse* 1991, II, 67.

³¹ Selon ce texte, la loi « fixe les règles concernant [...] les garanties fondamentales accordées aux citoyens pour l'exercice des libertés publiques ; la liberté, le pluralisme et l'indépendance des médias ».

³² Pour une présentation détaillée des arguments avancés, v. E. DREYER, *J.-Cl. Communication*, fasc. 32 : Référé en matière de presse, 2020, n^{os} 54 et s.

³³ V. en ce sens déjà P. KAYSER, « Les pouvoirs du juge des référés civil à l'égard de la liberté de communication et d'expression », *D.* 1989, chr. p. 11.

³⁴ CEDH, 29 mars 2011, req. 50084/06, *RTDH* 2013, p. 331, note C. BRICTEUX/B. FRYDMAN ; *Légipresse* 2011, p. 558, note C. MAS.

³⁵ *Ibid.*

³⁶ On pense notamment au régime des troubles anormaux de voisinage et à la notion d'illicéité dans la définition de la faute extracontractuelle.

³⁷ V. en particulier C. GUILLEMAIN, *Le trouble en droit privé*, th. Bordeaux 4, PUAM, 2000, spéc. p. 59 et s. ; C. BLOCH, *La cessation de l'illicite*, th. préc., n^{os} 248 et s.

pas moins que, malgré toute l'attention doctrinale et jurisprudentielle, ces notions demeurent vagues et sans contours exacts. Tout particulièrement, il est délicat de tracer la frontière entre trouble et dommage ainsi qu'entre illicéité et faute³⁸, ce dont témoignent les hésitations des rédacteurs du projet de réforme de la responsabilité civile présenté en 2017³⁹.

La généralité des textes qui prévoient l'action en cessation de l'illicite est par ailleurs à l'origine d'une distinction de moins en moins nette entre ce qui relève du juge du fond et le domaine de compétences propre au juge des référés. Alors que la procédure de référé était conçue comme un mode de protection conservatoire des intérêts du demandeur, elle a pris beaucoup plus de place sous l'effet de l'engorgement des tribunaux et des difficultés de rendre des décisions au fond dans un délai raisonnable. En effet, l'interdiction de préjudicier au fond, c'est-à-dire de trancher des contestations sérieuses, s'est progressivement effacée pour faire des procédures de référé un « véritable substitut des voies procédurales de droit commun⁴⁰ ». L'intervention du juge de l'urgence et de l'évidence apparaît dès lors d'autant plus contestable que le contentieux de la presse met en jeu une liberté fondamentale, celle d'exprimer ses opinions, dont l'exercice peut être sérieusement entravé par une décision de référé⁴¹.

S'il est vrai que le juge des référés s'efforce à mettre en balance la liberté d'expression et les autres droits fondamentaux invoqués par le demandeur et qu'il procède à un contrôle de nécessité et de proportionnalité de l'atteinte qui pourrait résulter de la décision de justice (saisie, suppression, interdiction de diffusion...), force est de constater que le bon équilibre entre les intérêts en présence (célérité, contradictoire, examen au fond) ne semble pas encore avoir été trouvé⁴².

Si, sous cet angle, les actions en cessation de l'illicite apparaissent comme une menace pour l'exercice de la liberté d'expression, il ne faut pas oublier que, dans d'autres circonstances, elles contribuent à en renforcer l'effectivité.

³⁸ V. par exemple B. OPPETIT, « Les incertaines frontières de l'illicite », in *L'illicite dans le commerce international*, Litec, 1997, p. 14 (également reproduit in : *Droit et modernité*, PUF, 1998, p. 11).

³⁹ L'article 1232 de l'avant-projet prévoyait qu'« indépendamment de la réparation du préjudice éventuellement subi, le juge peut prescrire les mesures raisonnables propres à prévenir ou faire cesser le trouble illicite auquel est exposé le demandeur », pour préciser ensuite que « [seuls les faits contrevenant à une règle de conduite imposée par la loi ou par le devoir général de prudence ou de diligence peuvent donner lieu à de telles mesures] », les crochets indiquant une incertitude à ce sujet. Dans le projet de 2017, cette dernière précision ne figure plus dans le texte.

⁴⁰ A. LACABARATS, « L'intervention du juge des référés est-elle justifiée en droit de la presse ? », *Légicom* 2006/1, p. 33.

⁴¹ Comp. E. DREYER, « La perversion du référé en matière de presse », *JCP G* 2007, I, 171.

⁴² V. en ce sens aussi J. NORMAND, « Le référé-diffamation à la recherche de son point d'équilibre », *RTD civ.* 1998, p. 972.

II.- Les actions en cessation de l'illicite, garantie de la liberté d'expression

L'essor du contentieux de la cessation de l'illicite n'a pas échappé aux plaideurs qui défendent les intérêts de ceux qui se trouvent entravés dans l'exercice de la liberté d'expression. Utilisées pour défendre cette liberté, ces actions ont pour objet de faire cesser des mesures qui, par leur nature sanctionnatrice ou prohibitive, font obstacle à la diffusion des opinions. Si les liens avec le mécanisme de la responsabilité sont ici occultés par le particularisme des domaines de droit dans lesquels elle s'insère, la cessation de l'illicite participe à l'émergence d'une nouvelle forme de protection des droits individuels qui se joue des frontières entre droit processuel et droit substantiel.

Deux illustrations récentes permettent de mesurer l'actualité de la question : l'une est tirée du droit du travail (A), l'autre du contentieux administratif (B).

A.- La protection des lanceurs d'alerte en droit du travail

Depuis la loi du 6 décembre 2013, l'article L. 1132-3-3 du Code du travail protège les personnes qui, dans un contexte professionnel, ont eu connaissance de faits constitutifs d'un délit ou d'un crime et qui en auraient témoigné de bonne foi⁴³. Ces lanceurs d'alerte ne peuvent faire l'objet d'aucune sanction disciplinaire, licenciement ou discrimination fondés sur ce témoignage. Si les textes ordonnent depuis 2013 la nullité de telles mesures, le législateur français a progressivement complété cet arsenal législatif⁴⁴ destiné à établir un juste équilibre entre les droits du salarié et ceux de son employeur, en créant une réglementation complexe, en particulier s'agissant de la preuve de l'exercice régulier du droit d'alerte⁴⁵.

Si le mécanisme de protection des lanceurs d'alerte est majoritairement utilisé par des travailleurs qui s'estiment victimes de harcèlement moral ou sexuel⁴⁶, il arrive parfois qu'un salarié s'en saisisse pour contester des sanctions prises après la

⁴³ Sur le dispositif actuel, v. récemment M. LABARTHE, « Le nouveau cadre légal de protection du salarié lanceur d'alerte : quel(s) équilibre(s) ? », *Dr. social* 2023, p. 245.

⁴⁴ Le législateur a notamment institué une « bascule probatoire » et défini la notion de lanceur d'alerte. Pour un commentaire des apports de la loi du 9 décembre 2016 (dite « Sapin 2 ») et de celle du 21 mars 2022 v. respectivement C. BLANQUART, « Les lanceurs d'alerte et la protection des informations confidentielles au sein de l'entreprise », *JCP S* 2018, 1292 ; C. LE TOUZÉ, « Les lanceurs d'alerte : une protection à la recherche de l'équilibre », *JCP S* 2022, 1144. V. également M.-A. FRISON-ROCHE, « L'impossible unicité juridique de la catégorie des lanceurs d'alerte », in J. CHACORNAC (dir.), *Lanceurs d'alertes, regards comparatistes*, éd. Société de législation comparée, 2020, p. 13 ; J. ICARD, « L'alerte individuelle en droit du travail », *Dr. social* 2017, p. 545.

⁴⁵ S. LEVY-REGNAULT et J.-Y. KERBOURC'H, « La saga du régime des lanceurs d'alerte », *JCP S* 2022, 1267 ; F. CHOPIN, « Les lanceurs d'alerte en entreprise, entre avancée certaine et complexité », *Gaz. Pal.* 2022, n° 18, p. 47

⁴⁶ V. en dernier lieu Soc., 1^{er} février 2023, n° 21-24.271, *Procédures* 2023, comm. 76, obs. A. BUGADA.

diffusion d'informations qu'il estimait couverte par la liberté d'expression⁴⁷. Dans ce cas, l'article R. 1455-6 du Code du travail permet au salarié de saisir la formation prud'homale de référé afin que celle-ci prescrive « les mesures conservatoires ou de remise en état qui s'imposent pour prévenir un dommage imminent ou pour faire cesser un trouble manifestement illicite ». Une affaire récente en illustre les potentialités pour la protection de la liberté d'expression.

En l'espèce, un salarié engagé en qualité de consultant s'était vu confier une mission de conseil auprès d'une entreprise cliente de son employeur, la société Renault. Lors d'un entretien informel, son employeur lui reprochait d'avoir envoyé un courriel aux syndicats de cette entreprise les invitant à diffuser le documentaire satirique *Merçi Patron !*⁴⁸. Ayant procédé à l'enregistrement sonore de cet entretien qui contenait des propos relatifs à la surveillance des mails des syndicalistes, le salarié a transmis cet enregistrement à des tiers qui l'ont diffusé sur la plateforme de vidéos en ligne YouTube. L'employeur a alors procédé au licenciement pour faute grave de son salarié, voyait dans cette diffusion une absence de loyauté à son égard ainsi qu'un manquement au devoir de bonne foi du salarié. Celui-ci a contesté son licenciement devant le juge des référés au motif qu'il contrevient aux règles sur la protection des lanceurs d'alerte et porterait une atteinte injustifiée à sa liberté d'expression⁴⁹.

La cour d'appel, statuant en référé, accède à la demande du salarié et prononce la nullité du licenciement, considérant que celui-ci était constitutif d'un trouble manifestement illicite. Si la décision est ensuite cassée par la chambre sociale de la Cour de cassation⁵⁰ et que la cour d'appel de renvoi a fini par rejeter les demandes du salarié fondées sur la nullité du licenciement⁵¹, force est de constater que le recours au juge des référés est susceptible de prendre de l'ampleur au regard de l'essor du contentieux relatif au statut de lanceur d'alerte⁵².

⁴⁷ Sur la distinction entre le « droit d'expression » qui peut être usé par le salarié pour s'exprimer sur la politique de son entreprise, ses supérieurs, l'organisation et les moyens du travail, et la liberté d'expression qui s'exerce tant à l'intérieur qu'à l'extérieur de l'entreprise et qui trouve son assise juridique dans les textes à dimension internationale et constitutionnelle, v. par exemple P. ADAM, *Rép. Dr. travail*, v^o Droit d'expression des salariés, 2021, n^{os} 14 et s.

⁴⁸ Les médias se sont fait l'écho de cette affaire. V. en particulier F. AIZICOVICI, « Quand *Merçi patron !* conduit à un licenciement... », *Le Monde* 1^{er} juillet 2016, suppl. Économie et entreprise, p. 5 et du même auteur « Le licenciement d'un prestataire de Renault annulé au nom de la liberté d'expression », *lemonde.fr* 5 mars 2018.

⁴⁹ CA Versailles, 27 février 2018, RG n^o 16/04357, *BJT* 2018, p. 288, obs. D. GAIRE SIMONNEAU.

⁵⁰ Soc., 4 novembre 2020, n^o 18-15.669, *Comm. comm. électr.* 2021, comm. 12, obs. A. LEPAGE ; *JCP S* 2020, 3091, obs. B. BOSSU.

⁵¹ CA Versailles, 6 janvier 2022, RG n^o 21/00414.

⁵² V. en dernier lieu J.-Y. KERBOURC'H, « Contentieux du travail. Licenciement du lanceur d'alerte : compétence et office du juge des référés », obs. sous Soc., 1^{er} février 2023, arrêt préc., *JCP S* 2023, 1063. V. également l'étude d'ensemble de C. TILLOY, *J.-Cl. Procédures Formulaire*, v^o Conseil de Prud'hommes, Fasc. 30 : Référé, 2023.

B.- Le référé-liberté devant le juge administratif

L'importance des actions en cessation pour la protection de la liberté d'expression se manifeste aussi devant le juge administratif. L'article L. 521-2 du Code de la justice administrative l'autorise en cas d'urgence à « ordonner toutes mesures nécessaires à la sauvegarde à laquelle une personne morale de droit public ou un organisme de droit privé chargé de la gestion d'un service public aurait porté, dans l'exercice d'un de ses pouvoirs, une atteinte grave et manifestement illégale⁵³ ». Pour autant, la jurisprudence ne s'était pas prononcée jusqu'à récemment sur le périmètre de ce référé-liberté et, en particulier, sur la possibilité d'invoquer la liberté d'expression au titre des libertés fondamentales visées par ce texte.

C'est par une ordonnance du 3 février 2021 que le Conseil d'État a décidé de consacrer la liberté de presse comme une liberté fondamentale au sens de l'article L. 521-2 du Code de la justice administrative⁵⁴. Dans cette affaire, deux journalistes avaient saisi le Conseil d'État en référé pour lui demander d'ordonner aux préfets du Nord et du Pas-de-Calais de les laisser accéder librement aux campements illégaux de migrants situés sur le littoral de la Côte d'Opale, au moment de leur évacuation par les forces de l'ordre, afin de garantir une couverture médiatique de cette opération. Or, les autorités préfectorales avaient mis en place un périmètre de sécurité, considéré comme excessivement large selon les requérants. Le Conseil d'État a décidé que la « liberté d'expression et la liberté de communication des idées et des opinions ont le caractère de libertés fondamentales » et que la « liberté de la presse, qui en est une des composantes a, de même, le caractère d'une liberté fondamentale ». Il a refusé cependant d'accéder à la demande des journalistes en estimant que les périmètres de sécurité instaurés n'ont pas eu « pour objet ou pour effet de priver les journalistes en particulier de toute visibilité sur le déroulement des opérations de telle sorte qu'ils dépendraient exclusivement des informations délivrées par le service de communication des préfectures⁵⁵ ».

Que penser de cette décision importante, qui a fait l'objet d'un communiqué de presse du Conseil d'État ? Alors que l'on a pu dénoncer dans la doctrine une « victoire à la Pyrrhus⁵⁶ », il faut se féliciter, nous semble-t-il, de la consécration d'une action en cessation devant les juridictions administratives ayant pour objet la défense de la liberté d'expression contre l'action administrative qui y aurait porté une atteinte

⁵³ Pour plus de détails, v. J. et X. VUITTON, *Les référés : procédure civile, contentieux administratif, procédure pénale*, LexisNexis, 2018, n^{os} 547 et s.

⁵⁴ CE, ord. réf., 3 février 2021, n^o 448721, *Gaz. Pal.* 25 mai 2021, p. 32, obs. Ph. PIOT ; *AJDA* 2021, p. 302, obs. E. MAUPIN ; *Légipresse* 2021, p. 217, note M. AFROUKH.

⁵⁵ CE, 3 février 2021, ord. préc.

⁵⁶ E. MAUPIN, « Victoire à la Pyrrhus pour la liberté de la presse », note préc., *AJDA* 2021, p. 302. V. également M. AFROUKH, « Évacuation des camps de migrants : quand la liberté de presse au sens de l'article L. 521-2 du code de justice administrative n'est qu'un tigre de papier », note préc., *Légipresse* 2021, p. 217 (« Dans ces conditions, la référence à une appréciation concrète du caractère excessif des mesures a de quoi surprendre. Le raisonnement du Conseil d'État s'avère extrêmement timoré. »).

illicite. L'activité contentieuse en la matière ne fait que commencer et il y a fort à parier que les plaideurs s'empareront sans tarder de ce nouvel outil processuel pour faire valoir la liberté d'expression comme condition de la démocratie et garantie de bien d'autres libertés fondamentales⁵⁷.

⁵⁷ V. cependant les réserves exprimées par O. LE BOT, « Le référé-liberté est-il victime de son succès ? », *RFD adm.* 2021, p. 657, spéc. p. 664 (« En conclusion, le référé-liberté gagnerait à être un peu moins utilisé par le justiciable et un peu mieux utilisé par le juge. »).

La protection de la liberté d'expression dans le domaine de l'art : l'exemple du *street art*

Marine RANOUIL

Maître de conférences à l'École de droit de la Sorbonne

L'art urbain, très à la mode de nos jours, a toujours existé sans jamais intéresser la sphère juridique. Le graffiti était déjà présent chez les Grecs et encore plus chez les romains. Son étymologie le confirme puisque ce terme vient du latin *graffito* – *graffiti* au pluriel – qui est compris comme « un mot italien employé pour désigner ce qu'on trouve écrit sur les murailles dans les villes et les monuments de l'Antiquité »¹. Ce mouvement, qui est en recrudescence depuis les années 1990, n'a en réalité rien de nouveau. Bien plus, il semble que ce soit davantage la permanence qui anime le graffiti², que l'on nommera ensuite grafs, tags ou encore *street art*. Le dénominateur commun de ces graffiti est le caractère particulier du support sur lequel ils sont réalisés : un mur, une colonne, un monument, bref en vocabulaire juridique, il s'agit d'immeubles. De surcroît, ce support immeuble sur lequel est exécuté le graf est situé sur l'espace public car il s'agit d'être exposé à la vue de tous. Dans sa version contemporaine, le graffiti naît d'un acte de transgression et est vécu par son auteur comme un acte répondant à son « besoin d'affirmation, d'héroïsme et de gloire »³. Il s'agit pour lui de manifester sa présence dans la ville, de communiquer, de s'octroyer une visibilité maximale parfois bien avant l'époque des réseaux sociaux.

Pourquoi vouloir être vu ? Pas uniquement pour véhiculer un message politique⁴ : pour s'exprimer, pour créer, certes, mais aussi pour s'octroyer un tremplin sur le marché de l'art⁵. Ces deux fonctions – l'expression et la valorisation de l'art – entraînent des interactions distinctes avec le droit. D'abord, la liberté d'expression

¹ Dictionnaire *Littre*.

² F. ROBERT L'ARGENTON, « Graffiti : tags et grafs », *Communication et langages*, 1990, n° 85, p. 59.

³ Y. TESSIER, *Les murs révoltés*, Gallimard, 2015, p. 13.

⁴ Même si cela peut l'être. V. p. ex. Gran Fury s'exprimant contre les politiques publiques en matière de SIDA ou encore les Guerilla girls dénonçant les inégalités de genre.

⁵ En ce sens Y. TESSIER, *Les murs révoltés*, *op. cit.*, p. 14 : « cette recherche de visibilité explique que leurs œuvres s'assortissent parfois d'un numéro de téléphone susceptible de favoriser toute mise en contact avec des galeristes et journalistes ».

de l'artiste, aussi qualifiée de liberté de création protégée par l'article 2 de la loi du 7 juillet 2016 dite création et patrimoine, entre en conflit avec les droits du propriétaire du support de l'œuvre. Le graffiti s'oppose alors au droit pénal. L'œuvre de *street art* est sanctionnée puisqu'elle constitue, par nature, une dégradation du bien d'autrui qui est plus ou moins sévèrement sanctionnée selon son intensité et la nature du bien⁶. Ensuite, et plus récemment, la valorisation de l'art – le *street art* étant une vitrine pour l'artiste en soif de reconnaissance – conduit le droit à intervenir pour se prononcer sur bénéficiaire de la valeur pécuniaire de l'œuvre⁷. Il s'agit de savoir à qui profite la valeur du graffiti notamment s'il est extrait de la rue et revendu : à l'auteur, au propriétaire du bien, à un tiers ? Cette problématique concerne les graffiti qui sont créés dans l'espace public sans autorisation de l'éventuel propriétaire du support sur lequel ils prennent appui. Elle exclut le *street art* qui est réalisé pour rentrer directement sur le marché de l'art. Il se retrouve en vente dans des galeries, dans des *urban art fairs* ou encore des maisons de vente. Il peut également être le fruit d'une commande faite par une municipalité. Il passe de « l'illégalité à la légalité, de l'opprobre à la reconnaissance, de l'éphémère au pérenne »⁸.

En définitive, c'est la valeur marchande du *street art* qui rend sa protection délicate pour le droit français⁹. Doit-on protéger le propriétaire du support qui pourrait détacher l'œuvre et la revendre aux enchères ou les droits de propriété intellectuelle de l'artiste ? En revanche, recentrer le débat autour de la liberté d'expression permettrait peut-être une appréhension plus cohérente du *street art*. La ligne conductrice pourrait être la suivante : l'artiste, titulaire de cette liberté, l'utilise pour créer ; il le fait à destination d'un public attendu qui est le destinataire de cette liberté et doit pouvoir jouir de l'œuvre ; le propriétaire du support de l'œuvre qui est « lésé » pourrait se voir attribuer en compensation la propriété de l'œuvre sous certaines conditions.

Pour se convaincre de l'intérêt de repenser le *street art* à l'aune du principe fondamental de la liberté d'expression, la protection juridique limitée du *street art* sera, d'abord, exposée (I) avant d'évoquer, ensuite, la proposition d'un renouveau de la protection du *street art* (II).

⁶ Y. MAYAUD, « *Street art* et droit pénal, ou de la liberté aux interdits », *Journal spécial des sociétés*, 2019, n° 75, p. 3 ; A. MONTAS, « Le graffiti, figure de la délinquance artistique : le *Street Art* à l'épreuve du droit pénal », in G. GOFFAUX CALLEBAUT, D. GUÉVEL et J.-B. SEUBE (dir.), *Droit(s) et Street Art*, LGDJ, 2017, p. 43.

⁷ Le sujet est à la mode, v. par exemple le dossier F. LABARTHE (dir.), « Le *street art* au carrefour des droits », *Journal spécial des sociétés* 2019, n° 75 ; G. GOFFAUX CALLEBAUT, D. GUÉVEL et J.-B. SEUBE (dir.), *Droit(s) et Street Art*, op. cit.

⁸ F. LABARTHE, « Propos introductifs », *Journal spécial des sociétés* 2019, n° 75, p. 3.

⁹ Sur ce point précis, v. M. RANOUIL, « Graffiti, droit et marché », in *Liber Amicorum en l'honneur de François Duret-Robert. Marché de l'art et le droit : originalité et diversité*, éd. du cosmogone, 2021, p. 299.

I.- La protection juridique limitée du *street art*

Le graffiti est principalement appréhendé par deux moyens juridiques qui répondent à des logiques différentes. Le droit d'auteur a pour but de préserver les intérêts de l'auteur et donc de protéger le *street art* (A). En revanche, le droit des biens préserve les intérêts du propriétaire du support de l'œuvre de *street art*. Ce dernier peut notamment exiger l'enlèvement du graffiti. En ce sens, il est loisible de voir, dans le droit du propriétaire du support, une possible mise en péril de l'œuvre de *street art* (B).

A.- La protection du *street art* par le droit d'auteur de l'artiste

Le graffiti est protégé par le droit d'auteur car il remplit l'exigence d'originalité tant il porte l'empreinte de la personnalité de l'auteur¹⁰. De plus, le droit de la propriété intellectuelle ignore l'illicéité de l'acte originel – sa création sans autorisation sur le bien d'autrui¹¹ – car « les caractéristiques du support n'emportent aucune conséquence relative à la protection par le droit d'auteur »¹². Cette protection du graffiti par le droit d'auteur conduit à la reconnaissance de droits au bénéfice du graffeur. Ses droits patrimoniaux sur l'œuvre sont le droit de représentation, aussi appelé au sein de l'union européenne droit de communication au public, le droit de reproduction et le droit de suite. Il est d'usage de penser que ces droits patrimoniaux ne sont que peu sujets à litige en matière de *street art* dès lors que la communication au public est faite par le créateur lui-même en exposant son œuvre à la vue de tous, et que la reproduction d'une telle œuvre située sur l'espace public rentre dans l'exception de panorama, issue de la loi pour la République numérique du 7 octobre 2016, à condition qu'elle ne soit pas faite à des fins commerciales¹³. Un jugement du tribunal judiciaire de Paris a eu l'occasion de le rappeler à propos de l'affaire opposant l'artiste Combo à La France Insoumise (LFI) et M. Mélenchon¹⁴. En l'espèce, une œuvre de l'artiste Combo, située rue du Temple à Paris et représentant Marianne au sein droit dénudé portant un drapeau tricolore, avec comme légende « Nous voulons la justice », avait été utilisée dans un clip de campagne de M. Mélenchon. Combo assigne ce dernier en contrefaçon et en paiement de dommages et intérêts notamment pour atteinte à son droit de reproduction. Le Tribunal le débouta au motif que tant l'exception de courte citation que celle de panorama conduisaient à justifier cette utilisation par la LFI. Quant au droit de suite, il ne s'applique qu'en cas de ventes successives de l'œuvre d'art plastique ; il ne concerne donc que peu le *street art*. Les droits moraux qui sont conférés par le droit d'auteur sont les droits

¹⁰ V. par exemple L. SCURTI, « La protection des œuvres de *street art* par le droit d'auteur », *Journal spécial des sociétés* 2019, n° 75, p. 7.

¹¹ L. SCURTI, « La protection des œuvres de *street art* par le droit d'auteur », art. préc.

¹² C. CARON, *Droit d'auteur et droits voisins*, LexisNexis, 5^e éd. 2017, n° 104.

¹³ Art. L. 122-5, 11^o, CPI.

¹⁴ TJ Paris, 3^{ème} ch., section 1, 21 janvier 2021, RG n° 20/08482.

de divulgation, de retrait, de repentir, au respect de son nom et de sa qualité et au respect de l'intégrité de l'œuvre¹⁵. Parmi eux ce sont les droits à la paternité et au respect de l'intégrité de l'œuvre qui font l'objet d'illustrations jurisprudentielles. Toujours dans le cadre du litige Combo contre M. Mélenchon et la LFI¹⁶, il avait été demandé des dommages et intérêts pour violation de son droit de paternité car le nom de l'auteur n'avait pas été cité dans le clip et n'était plus visible sur l'œuvre. Le tribunal a refusé de constater la violation d'un tel droit notamment en raison du caractère particulier de l'œuvre. Concernant le droit au respect de l'intégrité de l'œuvre, il a parfois été pris en compte par la jurisprudence. Tel a été clairement le cas, une fois à notre connaissance, dans un jugement du TGI de Paris en date du 13 octobre 2000, à l'occasion d'un litige opposant des squatteurs auteurs d'une fresque dans un immeuble et le nouveau propriétaire de ce bien qui voulait la destruction de ladite fresque¹⁷. Les juges, après avoir accepté la protection de la fresque par le droit d'auteur, ont accordé un délai de 2 mois aux auteurs pour retirer leur œuvre à leurs frais ; après ce délai le propriétaire de l'immeuble aura le droit d'exercer son librement son droit de propriété sur l'œuvre attachée à son bien y compris en la détruisant¹⁸. C'est une solution d'équité visant à concilier le droit d'auteur et le droit de propriété qui est en parfait accord avec l'article L. 111-3, al. 1^{er} du Code de la propriété intellectuelle consacrant l'indépendance de la propriété incorporelle par rapport à la propriété matérielle du support¹⁹. En définitive, même si ces graffiti sont protégés par le droit d'auteur, il est loisible d'observer qu'en pratique il est difficile pour les auteurs de faire respecter ces droits.

B.- La possible mise en péril du street art par le droit du propriétaire du support

Le propriétaire du support matériel de l'œuvre qui a été utilisé de manière illicite est protégé par le droit de propriété. Le siège de cette protection dans l'ordre interne est constitué par l'article 544 du Code civil et les articles 2 et 17 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789. Dans l'ordre international, c'est le Protocole additionnel n° 1 du 20 mars 1952 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme qui proclame que toute personne physique ou morale a droit au respect de ses biens. De ce fait, le propriétaire qui voit son bien tagué bénéficie

¹⁵ Art. L. 121-1 à L. 121-9 CPI.

¹⁶ TJ Paris, 3^{ème} ch., section 1, 21 janvier 2021, *op. cit.*

¹⁷ TGI Paris, 3^e ch., section 2, 13 octobre 2000, *Comm. comm. électr.* 2002, comm. 126, obs. C. CARON.

¹⁸ TGI Paris, 3^e ch., section 2, 13 octobre 2000, *déc. préc.* (« Qu'il apparaît suffisant, dans ces conditions, d'accorder aux demandeurs un délai de deux mois pour procéder au retrait de leur œuvre faute de quoi Monsieur Lecole pourra disposer librement du bien qui lui appartient ; que le coût de la dépose de cette œuvre sera supporté par ses auteurs, Monsieur Lecole ne pouvant se voir imposer les frais de retrait de l'œuvre exécutée de façon illicite sur une partie des murs et des sols des lieux dont il est propriétaire »).

¹⁹ Selon l'article L. 111-3, al. 1^{er} CPI, « la propriété incorporelle définie par l'article L. 111-1 est indépendante de la propriété de l'objet matériel ».

de moyens de protection civil et pénal²⁰. En matière civile, le propriétaire d'un immeuble tagué peut utiliser la responsabilité délictuelle de droit commun, fondée sur l'article 1240 du Code civil, pour obtenir des dommages et intérêts en réparation du préjudice subi. Les conditions de mise en œuvre de cet article seront facilement réunies : la faute résulte de l'acte illicite consistant à taguer le bien d'autrui sans autorisation du propriétaire ; le préjudice né de la dégradation et le lien de causalité sont naturels – c'est parce que le mur a été tagué qu'il est dégradé. Les dommages et intérêts serviront à payer les travaux ayant pour but d'effacer le tag. Cet article est très souvent utilisé en jurisprudence pour enlever l'œuvre de *street art*²¹. Ainsi à la question de savoir si le propriétaire peut « détruire » un tag, la réponse est affirmative. En matière pénale, il existe plusieurs infractions visant à sanctionner l'auteur de graffiti²². Elles varient suivant que le dommage est léger²³ ou grave²⁴ – l'inscription est indélébile –, et en fonction de la nature du bien dégradé – les sanctions étant croissantes en cas de mobilier classé, de patrimoine archéologique, de bien culturel ou encore d'édifice affecté au culte²⁵.

II.- La proposition d'un renouveau de la protection du *street art*

La protection actuelle du *street art*, qui est, de surcroît limitée, n'est pas en adéquation avec la philosophie propre à cet art de rue (A). C'est pourquoi nous proposons un autre mode de protection, s'appuyant sur la notion de biens communs, qui serait en parfaite harmonie avec l'esprit du *street art* (B).

A.- L'inadéquation actuelle de la protection avec la philosophie du *street art*

Les moyens de protections envisagés par le droit d'auteur ne semble pas adapté pour une raison principale : l'application de ce droit à ces œuvres ne paraît pas répondre à la philosophie et à la nature du *street art*. En *street art*, le principe est de laisser l'œuvre vivre sa vie en dehors de tout contrôle par son auteur. Pour s'en convaincre nous citerons deux témoignages d'artistes. D'abord, Picasso dès 1945, interviewé par Brassai²⁶ à propos des graffiti énonçait : « Quand j'étais jeune, j'ai souvent même copié des graffiti. Et combien de fois ai-je tenté de m'arrêter devant un beau mur et d'y graver quelque chose. Ce qui m'a

²⁰ Pour un panorama de ces différentes sanctions, v. not. C. COPAIN, « *Street art* et le droit français : entre réprobation et bienveillance », *Les cahiers du droit* 2017, vol. 58, p. 209, spéc. p. 297.

²¹ V. la jurisprudence citée par C. COPAIN, « *Street art* et le droit français : entre réprobation et bienveillance », art. préc.

²² Y. MAYAUD, « *Street art* et droit pénal, ou de la liberté aux interdits », art. préc., p. 4.

²³ Art. R. 635-1 C. pén.

²⁴ Art. L. 322-1 à L. 322-3 C. pén.

²⁵ Art. L. 322-3 C. pén.

²⁶ BRASSAI, *Graffiti*, Flammarion, 2018, p. 136.

retenu, c'est que... »

Brassaï lui répond « Que vous ne pouviez pas l'emporter, le vendre ! »

Picasso rit « ... mais oui, qu'il faut le laisser là, l'abandonner à son sort. Les graffiti sont à tout le monde et à personne ».

Plus de soixante ans plus tard Miss.Tic, aujourd'hui décédée, reprenait le même discours. Interrogée sur son sentiment quant à la repeinte du mur tagué par le propriétaire, alors même qu'elle avait sollicité son autorisation préalable, elle dit « Bien sûr cela serait désagréable s'il le repeignait très rapidement, mais j'entends qu'on puisse l'enlever. La rue, cela reste un travail éphémère, je suis favorable à cet état de fait. Les œuvres peintes dans l'espace public peuvent ne pas être pérennes »²⁷. Ce qui compte finalement dans le *street art*, c'est la possibilité de faire usage de sa liberté d'expression. Il est très rare que l'auteur revendique le moindre droit sur son œuvre. D'ailleurs, même dans le *street art* avec autorisation du propriétaire du support, il n'est généralement demandé aucune rémunération et la plupart du temps aucun contrat écrit n'est même utilisé²⁸. La logique n'est pas celle de revendication de droits mais celle de liberté d'expression et de création. Elle est également soutenue par le fait que le graffiti est une œuvre éphémère. Il n'a pas vocation à durer dans le temps. Ainsi, lorsqu'ils sont modifiés par le graf d'un autre artiste – c'est le cas de l'œuvre transformative qui suppose l'autorisation de l'auteur précédent – ou détachés de l'immeuble et vendus aux enchères, il est très rare que l'auteur fasse valoir ses droits²⁹.

Il est dès lors nécessaire de se poser la question suivante : pourquoi protéger ces œuvres alors que même leurs auteurs ne semblent pas le revendiquer ? Le droit est-il légitime à se saisir d'une situation où les individus veulent volontairement se mettre en marge du droit ? On pense, par exemple, au concubinage, situation de fait, dont les suites juridiques n'ont pas été envisagées dans le Code civil de 1804. Napoléon l'avait justifié par cette phrase désormais célèbre : « Les concubins se passent de la loi, la loi se désintéresse d'eux ». Il est de même loisible de songer à l'adage *Nemo auditur propriam turpitudinem allegans* suivant lequel on ne peut pas invoquer sa propre faute – ici la dégradation du bien d'autrui – comme source d'un droit subjectif. Bien plus l'appréhension du *street art* par le droit d'auteur conduit à entrer systématiquement dans une logique d'opposition des droits : droit d'auteur contre le droit du propriétaire du support, contre le droit du photographe, contre le droit de l'architecte, contre le droit pénal... Cette confrontation des droits, qui aboutit souvent à des décisions d'espèces sans apporter de réelles certitudes, ne pourrait-elle pas être contournée ? Il le semble. Il suffirait de « sortir » l'œuvre du

²⁷ « Entretien avec Miss.Tic », propos recueillis par F. LABARTHE, *Journal spécial des sociétés* 2019, n° 75, p. 15.

²⁸ D. GUÉVEL, « Œuvres de *street art* : de la répression du droit pénal à la protection de la propriété intellectuelle », article disponible sur le site internet <https://urbanart-paris.fr/2019/11/oeuvres-de-street-art-de-la-repression-du-droit-penal-a-la-protection-de-la-propriete-intellectuelle/>.

²⁹ D. GUÉVEL, « Œuvres de *street art* : de la répression du droit pénal à la protection de la propriété intellectuelle », art. préc. (l'auteur prend l'exemple de Banksy ou Invader).

marché, de faire abstraction de sa valeur pécuniaire, pour concilier plus aisément le graffiti et le droit. La liberté d'expression serait le seul repère : liberté d'expression de l'artiste à destination d'un public qui devrait pouvoir jouir librement de cette œuvre.

B.- La protection du street art par la notion de biens communs en adéquation avec la philosophie du street art

Les recherches actuelles sur les biens communs tendent à repenser la notion de propriété en termes d'inclusion et non d'exclusion. Elles répondent aux « préoccupations d'ouvrir à l'usage de tous (ou à l'usage d'une communauté déterminée) les utilités de certains biens ou encore de conserver certaines ressources et de les transmettre aux générations futures »³⁰. Il s'agit, d'une part, de conserver les ressources en raréfaction et cela concerne le droit de l'environnement³¹. D'autre part, les ressources intellectuelles sont visées. En effet, d'aucuns relèvent que l'extension importante du champ des propriétés intellectuelles a conduit à une soustraction excessive des créations au détriment du public³². Il faudrait donc rééquilibrer ces propriétés intellectuelles en faisant coexister les droits de propriété du propriétaire du support matériel de l'œuvre et d'accès, d'usage de certains destinataires qui seraient reconnus légitimes. Il faudrait également y intégrer une idée de conservation du bien. Cette division des titulaires de droits selon la fonction envisagée n'est pas sans rappeler la distinction de l'Ancien droit entre le domaine utile et le domaine éminent. Transposée au graffiti, on pourrait soutenir que le propriétaire de l'immeuble serait le détenteur des droits de propriété classiques auxquels seraient ajoutés une obligation de conservation de l'œuvre et de mise à disposition du public. L'usage du bien serait, quant à lui, collectif, ce qui est conforme à l'idée suivant laquelle l'auteur de *street art* fait don ou abandon de son œuvre à la collectivité³³. Autrement dit on considérerait que l'auteur céderait implicitement tous ses droits d'auteur à la collectivité. Ces tiers, formant la collectivité, pourraient donc demander au propriétaire du support l'accès au bien et sa conservation. Le propriétaire détiendrait cette œuvre au profit du patrimoine commun – ce qui est qualifié d'opération de « transpropriation »³⁴. Dès lors, tout conflit de droits serait évité et la philosophie de l'art urbain respectée. Deux juristes italiens ont d'ailleurs fait une proposition de loi en ce sens : selon eux le *street art* doit être considéré comme un

³⁰ J. ROCHFELD, *Quel(s) modèle(s) juridique(s) pour les communs ? Entre élargissement du cercle des propriétaires et dépassement de la propriété*, article disponible sur le site internet <https://hal.science/hal-03380747/document>.

³¹ J. ROCHFELD, *Penser autrement la propriété : la propriété s'oppose-t-elle aux communs ?*, RIDE 2014, p. 351, spéc. n° 2.

³² *Ibid.*

³³ D. GUÉVEL, « Œuvres de *street art* : de la répression du droit pénal à la protection de la propriété intellectuelle », art. préc.

³⁴ Selon F. OST. Sur cette notion, v. les explications de J. ROCHFELD, *Quel(s) modèle(s) juridique(s) pour les communs ? Entre élargissement du cercle des propriétaires et dépassement de la propriété*, art. préc., n°s 17 et s.

bien commun³⁵. Afin d'achever de délimiter la notion de bien commun envisagée, il est nécessaire de la distinguer de deux notions voisines : les choses communes et les biens publics. Les choses communes sont définies par l'article 714 du Code civil comme « des choses qui n'appartiennent à personne et dont l'usage est commun à tous ». Les illustrations topiques en sont l'air, l'eau, le gibier. Les inconvénients de cette notion sont qu'elle nie complètement le droit de propriété et qu'elle ne répond qu'à la préoccupation d'usage ouvert et en excluant celle de conservation et de transmission³⁶. Cela n'est pas adapté pour le graffiti puisqu'il paraît impossible de se passer d'appropriation et de propriétaire, au moins pour permettre son accès par la collectivité. Les biens publics sont, quant à eux, ceux qui appartiennent à l'état ou aux collectivités locales. Bien souvent, il y a une assimilation avec les biens communs alors qu'en réalité ce n'est pas le cas : un bien commun n'est pas synonyme de propriété exclusive de l'état³⁷.

Les conséquences de la qualification du graffiti de bien commun seraient les suivantes : les droits d'auteur appartiendraient à la collectivité – soit locale, soit nationale – et le droit de propriété matériel appartiendrait au propriétaire du support. Ce propriétaire aurait pour obligation de permettre l'accès du bien et sa conservation. Le système paraît équilibré. Toutefois, sa mise en œuvre supposerait une intervention du législateur. En effet, il faudrait attacher ce régime particulier à une catégorie juridique que seraient les biens issus du *street art*. Pour entrer dans cette catégorie juridique, il faudrait suivre une procédure particulière. Le droit français n'est pas étranger à ce type de mécanismes. Les trésors nationaux ou les monuments historiques sont bien classés comme tels, selon une procédure particulière ; et un régime juridique dérogatoire en découle. Il serait tout à fait envisageable de s'inspirer d'un tel système pour l'art urbain. D'ailleurs, les partisans de la notion de communs donnent comme illustration de la « transpropriation » les aménagements des droits des propriétaires d'immeubles classés³⁸ qui peuvent rester la propriété d'une personne privée bien que ce dernier doive se soumettre à certaines restrictions dans l'intérêt de la collectivité : conservation du bien, interdiction de destruction... En revanche, même si des avantages fiscaux l'y invitent, il n'est pas forcé de rendre le bien accessible au public.

Par un tel système, la liberté d'expression et de création de l'artiste serait respectée ; la liberté de jouissance du public, destinataire de cette liberté de création, est consacrée ; tout en préservant, et en aménageant, le droit de propriété du support matériel de l'œuvre. La liberté d'expression aurait, dans ce domaine artistique, une double mission : protéger son émetteur et protéger son destinataire.

³⁵ <https://ipkitten.blogspot.com/2018/01/street-heart-urban-murals-as-common.html>.

³⁶ J. ROCHFELD, *Quel(s) modèle(s) juridique(s) pour les communs ? Entre élargissement du cercle des propriétaires et dépassement de la propriété*, op. cit. n° 8.

³⁷ J. ROCHFELD, *Quel(s) modèle(s) juridique(s) pour les communs ? Entre élargissement du cercle des propriétaires et dépassement de la propriété*, op. cit. n° 10.

³⁸ J. ROCHFELD, *Quel(s) modèle(s) juridique(s) pour les communs ? Entre élargissement du cercle des propriétaires et dépassement de la propriété*, op. cit. n° 18.

Réflexions sur la liberté d'expression à partir de l'arrêt rendu par la Cour de cassation tunisienne n° 6096 du 4 décembre 2014

Salma ABID-MNIF

*Professeur agrégé à la faculté de droit et des sciences politiques de Tunis
Expert collaborateur près du bureau du premier président de la Cour de cassation
Membre coordinateur du laboratoire règlement des litiges et voies d'exécution
Membre associé de l'IRJS et de l'Institut de l'Ouest : Droit et Europe*

Il a dit à sa femme tais-toi
Et à son fils garde le silence
Ne prononcez plus un mot
Vos voix perturbent mes réflexions
Et moi je veux écrire sur la liberté d'expression.¹

À travers ces vers, le grand poète irakien Ahmed Matar résume le paradoxe qui anime la liberté d'expression. Une liberté qui autorise à chacun de tout dire, mais qui exige parfois que l'on se taise pour s'épanouir.

Fleuron de la révolution tunisienne, la liberté d'expression ne cesse d'alimenter en droit tunisien un contentieux naissant mettant la jurisprudence administrative, pénale et civile devant des problèmes inédits. Il n'y a qu'à songer à l'affaire Mejri qui a publié sur sa page Facebook des caricatures sur le prophète ou encore l'affaire du chanteur du rap « Wild 15 » qui critiquait ouvertement les policiers, sans oublier l'affaire opposant l'ancien ministre des affaires étrangères à une journaliste blogueuse. Or, ces affaires ont été toutes traduites devant le juge pénal. C'est la première fois, semble-t-il, que la question des limites à l'exercice de ce droit fondamental se pose devant la Cour de cassation en matière civile. En effet, le 4 décembre 2014, notre

¹ Traduction personnelle.

قال لزوجته اسكتي
وقال لابنه انكتم
صوتكما يجعلني مشوش التفكير
لا تنبسا بكلمة
أريد أن أكتب عن حرية التعبير

plus haute juridiction a rendu un arrêt qui fera certainement date vu l'originalité du problème posé².

En l'espèce, un journal en ligne avait conclu avec une société tunisienne de télécommunication un contrat de vente d'espaces publicitaires sur son site. Conformément à ce contrat, il s'engage à promouvoir le produit de la société afin d'attirer plus de clients. Or, subséquemment, le journal a diffusé sur son site des articles jugés attentatoires à la réputation de la société ainsi qu'à ses dirigeants. La société de télécommunication avait alors intenté une action devant le Tribunal de première instance de Tunis pour demander la résiliation du contrat et le paiement des dommages et intérêts. Une argumentation qui n'a point convaincu le journal pour qui, la liberté d'expression, un droit consacré *expressis verbis* dans l'article 5 de la convention excluant toute possibilité d'ingérence du client dans sa ligne éditoriale, justifie la publication de tels articles critiques.

Dans son jugement n° 27119 du 1^{er} janvier 2011, le Tribunal de première instance a décidé la résiliation du contrat conclu entre les deux parties tout en condamnant le journal à dédommager la société. Une décision qui fut confirmée par la Cour d'appel de Tunis dans son arrêt du 3 mai 2012 considérant que « la liberté d'expression ne peut être absolue et qu'elle est limitée non seulement par la loi mais aussi par les règles éthiques qui régissent la profession ».

Le journal s'est alors pourvu en cassation en contestant la position des juges du fond. En effet, il considère que l'exercice sain de la liberté d'expression autorise la publication d'articles critiques malgré l'existence d'un contrat de publicité.

La Cour de cassation a dû alors répondre au problème juridique suivant : L'engagement contractuel d'assurer la publicité des produits d'un client, n'est-il pas mis à mal de façon à justifier la responsabilité contractuelle de son débiteur, lorsque celui-ci publie, en parallèle et au nom de la liberté d'expression garantie également dans le cadre du contrat, des articles critiquant ces mêmes produits ?

Loin de se contenter de répondre au problème juridique posé, la Cour de cassation a présenté les limites qu'elle envisage assigner à la liberté d'expression. En effet, à côté des limites qui peuvent être qualifiées de générales (I), la plus haute juridiction considère que l'existence d'une convention entre les parties constitue une autre dérogation à l'exercice de la liberté d'expression (II).

I.- Les limites générales à l'exercice de la liberté d'expression

Fondée sur un ensemble de textes internes et internationaux, la liberté d'expression est considérée par la Cour de cassation comme une liberté fondamentale dans

² Cet arrêt a été commenté par A. ELLOUMI, « Peut-on limiter la liberté d'expression stipulée contractuellement », disponible sur le site <https://droitdu.net/> (consulté le 12 juillet 2023).

toute société qui se veut démocratique. L'article 9 de la Déclaration universelle des droits de l'homme, l'article 31 de la Constitution de 2014, devenu article 37, avec celle du 25 juillet 2022, sans oublier le décret-loi n° 115 du 2 novembre 2011 relatif à la liberté de la presse, de l'imprimerie et de l'édition³ constituent les textes de base qui donnent à cette liberté un appui textuel sans ambages.

Toutefois, et compte tenu des dérogations que notre haute juridiction assigne à ladite liberté, on peut se demander si elle « n'a pas donné d'une main pour mieux reprendre de l'autre ». En effet, non seulement elle a multiplié les limites qu'elle conçoit à la liberté d'expression (A), mais également, elle ne fait aucun recours au principe de proportionnalité consacré par l'ancien article 49 de la Constitution, devenu article 55, ce qui pourrait paraître critiquable (B).

A.- *L'exposé des dérogations*

Avant de commencer l'analyse de ces dérogations, il convient d'avancer une remarque pédagogique très importante. En effet, la liberté d'expression est un droit fondamental garanti par la Constitution. À première vue, on peut penser que ce droit, comme d'ailleurs tous les droits fondamentaux constitutionnels, est conçu pour régir les rapports entre l'individu et l'État. En effet, la liberté d'expression tend, dans sa conception la plus classique, à protéger les individus contre l'ingérence étatique préjudiciable. Toutefois, on s'est rapidement rendu compte que les personnes privées pouvaient elles aussi avoir « une capacité de nuisance au moins égale à celle des États⁴ ». Le risque d'atteinte par l'État aux droits fondamentaux est alors analysé comme « un aspect particulier d'un phénomène beaucoup plus général : la menace que le fort fait peser sur la liberté du faible⁵ ».

³ Décret-loi du 2 novembre 2011 relatif à la liberté de presse, d'impression et d'édition, *JORT* 4 novembre 2011, n° 84, p. 17. L'article premier de ce texte dispose que : « Le droit à la liberté d'expression est garanti et s'exerce conformément aux stipulations du pacte international sur les droits civils et politiques, des autres traités y relatifs ratifiés par la République Tunisienne et aux dispositions du présent décret-loi. Le droit à la liberté d'expression comprend la libre circulation des idées, des opinions et des informations de toutes natures, leur publication, leur réception et leur échange. La liberté d'expression ne peut être restreinte qu'en vertu d'un texte de nature législative et sous réserve : - Qu'il ait pour but la poursuite d'un intérêt légitime consistant dans le respect des droits et la dignité d'autrui, la préservation de l'ordre public ou la protection de la défense et de la sûreté nationales. - Et qu'il soit nécessaire et proportionné aux mesures qui doivent être adoptées dans une société démocratique, sans qu'il puisse constituer un risque d'atteinte au droit substantiel de la liberté d'expression et de l'information ».

⁴ B. GIRARD, *Les droits fondamentaux et la responsabilité extracontractuelle*, Paris : LGDJ, 2015, n°s 15 et s.

⁵ J. RIVERO, « La protection des droits de l'Homme dans les rapports entre personnes privées », in *René Cassin Amicorum Discipulorumque Liber*, vol. 3 : *La protection des droits de l'homme dans les rapports entre personnes privées*, Paris : Pedone, 1971, p. 311.

Ce mouvement d'« horizontalisation des droits fondamentaux⁶ » a été inauguré en Allemagne. En effet, depuis la décision fondatrice *Luth* du 15 janvier 1958 relative à la responsabilité civile d'une personne privée ayant organisé le boycott d'un film⁷, les droits fondamentaux constitutionnels sont invoqués entre les particuliers dans un contentieux de droit privé. Cette jurisprudence a rapidement influencé plusieurs autres systèmes juridiques. Ainsi, à partir des années 1990, les dispositions constitutionnelles commencent à être invoquées par la Cour de cassation française pour trancher des litiges opposant des particuliers⁸. La même solution est retenue par les juges québécois⁹. Cette approche paraît tout à fait possible en droit tunisien¹⁰. Effectivement, l'ancien article 49 de la Constitution dispose que « Les instances juridictionnelles assurent la protection des droits et libertés contre toute atteinte ». Il n'est pas dès lors étonnant de voir les juges se référer à la Constitution dans un litige opposant deux personnes du droit privé. L'application par le juge judiciaire des normes constitutionnelles pour défendre les droits fondamentaux est parfaitement justifiable. Dans une société en pleine mutation démocratique, « il ne suffit pas que l'État s'abstienne de violer lui-même les droits fondamentaux s'il accepte que les personnes privées y portent atteinte¹¹ ».

Mais aussi fondamentale qu'elle soit, la liberté d'expression est loin d'être illimitée¹². Elle doit composer avec d'autres intérêts légitimes. C'est ce que la haute juridiction rappelle en précisant que la liberté d'expression ne doit pas porter atteinte « au sacré, au dogme de la religion, aux droits et libertés d'autrui, à l'honneur et la réputation d'autrui... et ne doit pas menacer les intérêts économiques ».

Dans l'exposé de ces restrictions, un article phare brille par son absence à savoir l'article premier du décret-loi du 2 novembre 2011 qui dispose que « La liberté d'expression ne peut être limitée que par un texte législatif et à condition : - Que le but envisagé soit la réalisation d'un intérêt légitime consistant à respecter les droits et la dignité des tiers, la sauvegarde de l'ordre public ou la protection de la défense et de la sécurité nationale ». À lire cet article, l'intérêt légitime justifiant l'atteinte à

⁶ Sur ce phénomène, voir J. RIVERO, « La protection des droits de l'Homme dans les rapports entre personnes privées », art. préc. ; L. FAVOREU, « La constitutionnalisation du droit », in *Mélanges en hommage à Roland Drago*, Paris : Economica, 1996, p. 25 ; S. VAN DROOGHENBROCK, « L'horizontalisation des droits de l'Homme », in *Responsabilité, face cachée des droits de l'Homme*, Bruxelles : Bruylant, 2005, p. 355.

⁷ Dans la décision fondatrice *Luth* du 15 janvier 1958, la Cour constitutionnelle fédérale allemande considéra que les droits fondamentaux créaient un « ordre objectif de valeurs » qui régissaient non seulement la relation entre l'État et l'individu mais également les relations entre les personnes du droit privé. V. M. FROMONT, « Les droits fondamentaux dans l'ordre juridique de la République fédérale d'Allemagne », in *Recueil d'études en hommage à Ch. Eisenmann*, éd. Cujas, 1977, p. 49.

⁸ B. GIRARD, *Responsabilité civile extracontractuelle et droits fondamentaux*, th. préc.

⁹ L. LEBEL, « La protection des droits fondamentaux et la responsabilité civile », *McGill Law Journal* 2004, p. 233.

¹⁰ S. ABID-MNIF, « Constitution et responsabilité civile », *Études juridiques* 2017, p. 16 et s.

¹¹ *Ibid.*

¹² A. ELLOUMI, « Les limites de la liberté d'expression relatives aux droits de la personnalité », article disponible sur le site <https://droitdu.net/> (consulté le 2 septembre 2023).

la liberté d'expression peut être public. L'État est en droit de limiter l'exercice de la liberté d'expression pour protéger l'ordre public, la défense et la sécurité nationale. Mais la liberté d'expression peut être aussi limitée pour préserver des intérêts de nature privée. Il s'agit de la protection des droits d'autrui.

L'examen de l'arrêt, montre que la Cour s'est contentée de la deuxième catégorie de restriction qui se rencontre essentiellement dans les relations interindividuelles. Ces limitations sont selon elle : « le sacré et le dogme de la religion, les droits et les libertés d'autrui et la menace des intérêts économiques ». On l'aurait compris, à côté de la protection des droits et des libertés d'autrui, prévue par le décret-loi du 2 novembre 2011, la Cour ajoute deux autres limites : la protection du sacré, celui des dogmes de la religion et la menace des intérêts économiques. S'agit-il de deux intérêts distincts des droits et libertés d'autrui ? Si la réponse est positive, la solution adoptée par la Cour pourrait heurter de front l'article premier du décret-loi du 2 novembre 2011 pour qui la liberté d'expression ne peut être limitée que par un texte législatif. En effet, les restrictions à toute liberté, y compris la liberté d'expression, sont de la compétence de la loi et non pas du juge. Et comme aux termes même de l'article 540 du Code des obligations et des contrats « Les lois restrictives et celles qui font exception aux lois générales ou à d'autres lois ne doivent pas être étendues au-delà du temps et des cas qu'elles expriment », on peut sérieusement douter du bien-fondé de la solution adoptée par notre haute juridiction. Ceci est d'autant plus grave que la notion de « menace aux intérêts économiques » est loin de briller par sa précision.

Plus inquiétante est la limite fondée sur « le sacré, les dogmes et les fondamentaux de la religion ». En effet, cette limitation paraît assez vague et imprécise. Qu'est-ce qu'on entend par « dogmes et fondamentaux de la religion » ? Ces derniers sont-ils les mêmes pour un chiite ou un sunnite ? Pour un musulman, un chrétien ou un juif ? Le caractère large et équivoque de ces limitations jurisprudentielles justifierait, semble-t-il, l'inquiétude et la crainte de plusieurs nos penseurs modernistes.

Est-ce à dire que la religion, limite non prévue *expressis verbis* par le texte ne peut être ajoutée par le juge ?

Certains auteurs le pensent¹³. Pour eux, les restrictions à la liberté d'expression sont permises uniquement dans les domaines prévus explicitement par le décret-loi 2011 à savoir le respect des droits ou de la réputation d'autrui, la sauvegarde de la sécurité nationale, de l'ordre public, de la santé ou de la moralité publique. Cette position qui paraît radicale constitue en réalité une réplique face à l'austérité et la rigueur de certaines décisions jurisprudentielles sanctionnant lourdement sur le plan pénal certaines manifestations de la liberté d'expression jugées attentatoires à la religion. Ainsi, la Cour d'appel de Monastir dans son arrêt du 18 juin 2012 a condamné

¹³ M. GAZOUANI, *Le guide du juge judiciaire dans l'application de l'article 49 de la Constitution*, Tunis : IDEA, 2021, p. 51.

à 7 ans de prison deux activistes sur les réseaux sociaux pour avoir publié des propos blasphématoires envers l'islam et le prophète¹⁴. Dans son jugement du 14 juillet 2020, le Tribunal de première instance de Tunis a condamné une blogueuse d'un an de prison ferme pour avoir publié un texte qui imite le style coranique (Sourate Coronavirus)¹⁵. La jurisprudence a même donné aux syndicats et aux associations à caractère religieux la possibilité d'intenter des recours en réparation conformément au décret-loi du 24 septembre 2011 sur associations¹⁶. Ainsi, dans son jugement en référé du 5 avril 2017, le Tribunal de première instance de Tunis¹⁷, a donné suite à la demande des syndicats des imams en ordonnant le ministère de l'enseignement de supprimer des exercices de grammaire qui contenaient des exemples cités du coran. En effet, selon le Tribunal « même si la citation de certains versets coraniques ne sont pas blasphématoires, les exercices demandés aux élèves conduiraient à la déformation du texte sacré. Or, selon l'article 6 de la Constitution l'État protège la religion. »

Il est clair que ces décisions sont excessives surtout lorsqu'on les met à l'épreuve du test de la proportionnalité comme l'exige la Constitution de 2014 ou celle de 2022¹⁸. Mais est-ce à dire que le respect de la religion ne limite pas l'exercice de la liberté d'expression ?¹⁹

Le droit au respect des croyances est lui aussi un droit fondamental garanti par la Constitution. Il peut être considéré comme le suggère une partie de la doctrine comme un droit de la personnalité²⁰. Le juge peut ainsi rendre ce droit effectif pour qu'il ne reste pas figé au rang des principes dépourvus d'effectivité²¹. Sur ce plan, on peut dire qu'il ne constitue pas une limite autonome à part entière, comme le veut

¹⁴ CA Monastir, 18 juin 2012, inédit, cité par A. ELLOUMI, art. précité.

¹⁵ Inédit, cité par M. GAZOUANI, *Le guide du juge judiciaire dans l'application de l'article 49 de la Constitution*, p. 75.

¹⁶ Décret-loi n° 2011-88 du 24 septembre 2011, *JORT* 30 septembre 2011, n° 75, p. 17.

¹⁷ Inédit, cité par M. GAZOUANI, *Le guide du juge judiciaire dans l'application de l'article 49 de la Constitution*, op. cit., p. 75.

¹⁸ V. *infra*.

¹⁹ Sur cette question, v. Th. MASSIS, « La liberté de conscience, le sentiment religieux et le droit pénal », *D.* 1992, chron., p. 113 ; A. LACABARATS, « Les nouvelles données du problème de la laïcité », *Petites Affiches* 3 octobre 1997, p. 3 ; Th. MASSIS, « Respect des croyances, dignité et loi du 29 juill. 1881 », *Légipresse* 2002, n° 197, II, p. 172 ; J. FRANCILLON, « Liberté d'expression et respect des convictions religieuses », *RSC* 2006, p. 625 ; A. GARAY, « La laïcité, érigée en valeur de la Convention européenne des droits de l'homme », *D.* 2006, p. 103 ; M. CANDELA SORIANO et A. DEFOSSEZ, « La liberté d'expression face à la morale et à la religion : analyse de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », *RTDH* 2006, p. 817 ; F. DOQUIR, « La Cour européenne des droits de l'homme sacrifie-t-elle la liberté d'expression pour protéger les sensibilités religieuses ? », *RTDH* 2006, p. 839 ; C. DUVERT, « Le contrôle judiciaire du traitement médiatique des symboles religieux : du numéro d'équilibriste à la boîte de Pandore », *Légipresse* 2007, n° 242, II, p. 76.

²⁰ Th. MASSIS, « Respect des croyances, dignité et loi du 29 juill. 1881 », *Légipresse* 2002, n° 197, II, p. 172. *Adde* J. FRANCILLON, « Liberté d'expression et respect des convictions religieuses », *RSC* 2006, p. 625.

²¹ *Ibid.*

l'arrêt du 4 décembre 2014, mais une partie intégrante des droits d'autrui. Chacun a le droit au respect de ses croyances, ce qui comprend, comme l'a affirmé la Cour européenne des droits de l'homme dans son arrêt *Otto Preminger Institut contre l'Autriche*, « non seulement le droit d'avoir ou non des convictions religieuses et de les manifester librement sans ingérence étatique, mais aussi de bénéficier de sa paisible jouissance²² ». Cela dit, ce qui est critiquable dans l'arrêt du 4 décembre 2014 et la jurisprudence ultérieure, c'est le caractère vague et large apporté à la liberté d'expression au nom de la religion. En effet, cette restriction doit être bien délimitée et bien précise pour éviter les excès. Seuls les propos singulièrement désobligeants qui dénigrent une religion peuvent être considérés comme abusifs. En revanche, il est tout à fait convenable, dans une société plurielle qui accepte les divergences, de discuter une doctrine religieuse, de mettre en doute les préceptes d'une croyance²³. Comme l'a bien écrit J. Francillon, « la protection des sentiments religieux est écartée lorsque l'atteinte s'inscrit dans le cadre d'un débat d'idées, public, démocratique et portant sur des questions de sociétés. Toutes les convictions peuvent alors s'exprimer, voire s'affronter, pourvu que ce soit dans un esprit de tolérance réciproque²⁴ ».

En somme, les restrictions apportées à la liberté d'expression doivent être circonscrites avec beaucoup de prudence. Ceci est d'autant plus vrai que cette dernière peut entretenir des relations conflictuelles avec les droits et libertés d'autrui.

La liberté d'expression trouve selon notre haute juridiction ses limites dans les droits et libertés d'autrui. Ces limites sont citées *expressis verbis* dans l'article 1 du décret-loi de 2011. Le terme « autrui » vise aussi bien une personne bien déterminée qu'une communauté de personnes. Ces limites montrent la valorisation des droits fondamentaux des victimes par notre système juridique. Parmi ces droits figurent notamment le droit à l'honneur, à la réputation, à la dignité, ou encore, le droit au respect de la vie privée. Ces droits, souvent nommés « droits de la personnalité²⁵ », sont imprescriptibles, incessibles et intransmissibles. Comment constituent-ils des limites à la liberté d'expression ? Comment gérer le conflit que pourraient éven-

²² CEDH, 20 septembre 1994, req. 13470/87, *Otto Preminger Institut c. Autriche*, § 47. Voir G. GONZALEZ, « Liberté d'expression et respect des convictions religieuses devant la Cour européenne des droits de l'homme : un combat (heureusement) inégal », *Revue du droit des religions* 2023, p. 145.

²³ J. FRANCILLON, « Liberté d'expression et respect des convictions religieuses », art. préc.

²⁴ L'auteur ajoute « la spécificité du fait religieux ne saurait justifier, à elle seule, que des restrictions soient apportées à l'exercice d'une liberté aussi essentielle à la vie démocratique que la liberté d'expression [...]. En premier lieu, il convient de confronter les convictions religieuses au droit à l'humour, à la liberté de caricature et surtout à la liberté de critique, lesquels découlent de la liberté d'expression et sont reconnus comme tels en droit positif [...]. Sans la reconnaissance d'un tel droit, le travail de l'historien ou du journaliste, et bien sûr, celui des humoristes et des caricaturistes, deviendraient impossibles [...]. Un tel principe est également applicable dans le domaine de la religion, où ce n'est pas la critique elle-même – dont nul n'est à l'abri – qui est visée, mais ces débordements » (« Liberté d'expression et respect des convictions religieuses », art. préc.).

²⁵ Sur cette question, v. M. CHARFEDDINE, *La théorie générale du droit, les droits subjectifs* (en arabe), Tunis : Latrach, 2^e éd. 2020, p. 41. Adde. T. AZZI, « Les relations entre la responsabilité civile délictuelle et les droits subjectifs », *RTD civ.* 2007, p. 227.

tuellement donner lieu leurs protections simultanées ? L'arrêt du 4 décembre 2014 reste sur ce plan d'un maigre secours.

B.- Le non-recours à l'article 49 de la Constitution

L'arrêt du 4 décembre 2014 se contente d'énumérer les limites à l'exercice de la liberté d'expression sans préciser comment les juges doivent les appliquer. L'ancien article 49 de la Constitution, devenu article 55, aurait pu pourtant être d'un grand secours. Or, même si les faits s'apprêtaient à son application, cet article a simplement brillé par son absence dans les attendus de la Cour de cassation.

Cet article dispose que « la loi détermine les restrictions aux droits et libertés garantis par la présente Constitution et à leur exercice sans que cela ne porte atteinte à leur essence. Ces restrictions ne peuvent être décidées qu'en cas de nécessité exigée par un État civil et démocratique dans l'objectif de protéger les droits des tiers, la sécurité publique, la défense nationale, la santé publique, la défense nationale, la santé publique ou la morale publique et en respectant le principe de proportionnalité des restrictions entre l'objectif recherché et leur nécessité. Les instances juridictionnelles se chargent de la protection des droits et liberté contre toute violation. »

La lecture de l'ancien l'article 49 montre que les limites à la liberté d'expression doivent être prévues par la loi. La restriction ne doit pas porter atteinte à la substance même du droit ou de la liberté. Elle doit viser un « but légitime » et être « nécessaire dans un État civil et démocratique » en respectant « le principe de proportionnalité ».

Loin d'être un simple oubli, le non-recours à ce texte semble être plutôt voulu par le juge. En effet, l'article 49 de la Constitution a donné lieu à deux lectures²⁶. Une première lecture restrictive, qui semble inspirer l'arrêt commenté, considère que l'article cité ci-dessus, ne peut recevoir application de la part des juges judiciaires. Seul le juge constitutionnel est habilité à apprécier si la loi est liberticide ou pas. Le juge civil ne peut qu'appliquer la loi après avoir procédé à la qualification des faits et identifié le texte applicable. Or, cette lecture heurte de front l'article 49 de la Constitution qui invite le juge à procéder à un contrôle de proportionnalité pour mieux protéger les droits et les libertés. D'ailleurs dans son rapport de 2018 le comité des droits de l'homme a constaté, avec inquiétude, que certains Tribunaux n'exercent pas un contrôle de proportionnalité sur les restrictions apportées à la liberté d'expression²⁷. C'est donc la lecture extensive autorisant le juge judiciaire à exercer un contrôle de proportionnalité qui semble être plus défendable. L'adoption de cette deuxième lecture donne au juge de larges prérogatives dans l'application

²⁶ Sur ces deux lectures, v. M. GAZOUANI, *Guide du juge judiciaire dans l'application de l'article 49 de la Constitution*, op. cit., p. 12.

²⁷ Cité par M. GAZOUANI, op. et loc. cit.

de la loi. Le syllogisme juridique classique qui impose de partir de la règle de droit adéquate pour l'appliquer à une situation de fait, se trouve sensiblement modifié. « La loi », écrit un auteur « n'est plus considérée comme un outil pour trancher le litige... elle devient elle-même un élément du litige²⁸ ». En effet, l'article 49 invite le juge à examiner les limites imposées par le législateur pour voir si le résultat recherché ne pouvait pas être obtenu par une autre mesure moins liberticide.

Mais si le contrôle de proportionnalité doit amener le juge à examiner les restrictions législatives, il constitue également un outil indispensable pour trancher le litige entre la liberté d'expression et les droits et liberté d'autrui. Une méthode assez délicate à mettre en œuvre²⁹ car il ne suffit pas de découvrir ces droits³⁰, ce qui est déjà assez incertain, encore faut-il préciser la manière de les concilier³¹.

En effet, L'exercice d'un recours en réparation pour injure ou diffamation placerait en opposition, devant le Tribunal, la liberté d'expression et d'opinion avec plusieurs autres droits fondamentaux³². On peut, de ce fait, assister à « une surenchère dans la fondamentalisation de l'argumentation juridique³³ ». Ainsi, lorsque le demandeur évoque par exemple l'atteinte à sa vie privée ou à sa dignité, au soutien de sa demande, le défendeur peut lui aussi invoquer son droit à la liberté d'expression³⁴. Le procès devient en quelque sorte « le théâtre de conflits de droits fondamentaux, le lieu d'un affrontement entre deux argumentations³⁵ ». L'arrêt du 4 décembre 2014 se contente, malencontreusement, d'avancer les droits d'autrui comme limite à l'exercice de la liberté d'expression sans montrer réellement la façon dont ces droits peuvent cohabiter avec ladite liberté. Or, il s'agit d'une question brûlante qui a fait couler beaucoup d'encre³⁶.

²⁸ F. ROUVIÈRE, « Le contrôle de proportionnalité dans la balance du juge », *RTD civ.* 2017, p. 524.

²⁹ Sur cette question, voir les importants travaux de P. DUCOULOMBIER, *Les conflits de droits fondamentaux devant la Cour européenne des droits de l'homme*, Bruxelles : Bruylant, 2011.

³⁰ G. PECES-BARBA MARTINEZ, *Théorie générale des droits fondamentaux*, Paris : L.G.D.J. 2004, p. 10.

³¹ J.-P. MARGUÉNAUD, « La résolution des conflits entre le droit à la liberté d'expression et les droits à l'image et à la réputation », *RTD civ.* 2012, p. 279 ; J. HAUSER, « Conflits de droit et proportionnalité », *RTD civ.* 2014, p. 856.

³² J. HAUSER, « La protection de la vie privée et liberté d'expression : la vie privée des people, une peau de chagrin ? », *RTD civ.* 2010, p. 79 ; J.-P. MARGUÉNAUD, « La résolution des conflits entre le droit à la liberté d'expression et les droits à l'image et à la réputation », *RTD civ.* 2012 p. 279 ; J.-P. MARGUÉNAUD, « Le particularisme de la mise en balance du droit à la liberté d'expression et du droit à l'image », *RTD civ.* 2016, p. 297 ; P. DEUMIER, « Modulation de la jurisprudence : balance avantages inconvénients ou règle de conflit cachée ? », *RTD civ.* 2017, p. 77.

³³ M. FABRE-MAGNAN, préface de la th. préc. de B. GIRARD, *La responsabilité civile extracontractuelle et les droits fondamentaux*.

³⁴ Cass. crim., 25 octobre 2019, n° 17-86.605, *RTD civ.* 2019, p. 819, obs. J.-P. MARGUÉNAUD.

³⁵ *Ibid.*

³⁶ Voir P. DUCOULOMBIER, *Les conflits de droits fondamentaux devant la Cour européenne des droits de l'homme*, op. cit. Adde F. ROUVIÈRE, « Le contrôle de proportionnalité dans la balance du juge », art. préc. ; V. VIGNEAU, « Libres propos d'un juge sur le contrôle de proportionnalité », art. préc. ; H. FULCHIRON, « Le contrôle de proportionnalité : questions de méthode », art. préc. ; F. SUDRE, « Le contrôle de proportionnalité de la Cour européenne des droits de l'homme. De quoi est-il question ? », art. préc. ; J. HAUSER, « Mariage nul : proportionnalité versus réalité », art. préc. ; B. MÉNARD, « Le contrôle de proportionnalité : vers une deuxième vie de la théorie de l'abus de

À première vue, on peut penser que ce conflit de droits peut être résolu en installant la suprématie d'un droit sur l'autre³⁷. Cette méthodologie qui peut paraître à première vue attrayante, s'avère rapidement faillible puisqu'elle conduit systématiquement et sans nuance aucune à la suprématie d'un droit sur l'autre³⁸. Or, ceci peut paraître inacceptable puisque dans l'absolu « les droits en conflit méritent a priori un égal respect³⁹ ».

C'est pourquoi la plupart des systèmes comparés optent aujourd'hui pour une approche plus pragmatique basée sur la proportionnalité. Via ce principe, les juges cherchent à établir un équilibre entre les différents intérêts en conflit. Ils doivent concilier entre les exigences de différentes normes appliquées concurremment⁴⁰. Certes, la mise en œuvre de la proportionnalité pour gérer les conflits des droits fondamentaux est une voie périlleuse et peut être une source d'insécurité juridique, mais c'est là tout le génie de la construction jurisprudentielle qui se bâtira certainement par des retouches successives avant de se stabiliser.

Certes, l'atteinte à la vie privée constitue une limite à la liberté d'expression, mais cette limite est loin d'être absolue. Ainsi, la liberté d'expression peut triompher et justifier des atteintes à la vie privée s'il s'agit de garantir le droit du public à l'information⁴¹. Le même constat pourrait être observé concernant le droit à l'image. Le consentement de l'intéressé peut s'éclipser face aux besoins d'information du public⁴². D'autres considérations peuvent également infléchir le droit à l'image ou à la vie privée pour donner une place d'honneur à la liberté d'expression telle que

droit ? Prospection à partir de l'abus du droit de propriété », *RTD civ.* 2022, p. 1 ; S. ABID-MNIF, « Constitution et responsabilité civile », art. préc.

³⁷ Voir J.-P. MARGUÉNAUD, « La résolution des conflits entre le droit à la liberté d'expression et les droits à l'image et à la réputation », *RTD civ.* 2012, p. 279. *Adde* les obs. du même auteur sous CEDH, 29 avril 1999, req. 25088/94, *Chassagnou et autres c. France*, *AJDA* 1999, p. 922 ; *RTD civ.* 1999, p. 913.

³⁸ J.-P. MARGUÉNAUD, « La résolution des conflits entre le droit à la liberté d'expression et les droits à l'image et à la réputation », *RTD civ.* 2012, p. 279.

³⁹ *Ibid.*

⁴⁰ *Ibid.*

⁴¹ A. ELLOUMI, « Les limites de la liberté d'expression relatives aux droits de la personnalité », art. préc., p. 16.

⁴² *Civ.* 1, 6 février 1996, *D.* 1997, somm. 85 ; *Légipresse* 1996, III, p. 88, note ADER

la participation de la publication à un débat d'intérêt général⁴³, la notoriété de la personne visée et son comportement antérieur⁴⁴...

C'est dire que la jurisprudence tunisienne serait certainement confrontée à un grand chantier dans la gestion des conflits entre la liberté d'expression et les droits et libertés d'autrui. Ceci est d'autant plus vrai que la Cour de cassation dans l'arrêt du 4 décembre 2014 a ajouté une autre dérogation tirée de l'existence d'un rapport contractuel entre les parties.

II.- Dérogation spécifique au contrat

Outre les dérogations générales à la liberté d'expression, la Cour de cassation considère que la bonne foi constitue une limite à la liberté d'expression (A). Ce faisant, elle assigne une grande place au droit commun dans la réparation des préjudices liés à l'exercice de la liberté d'expression (B).

A.- L'existence d'un contrat comme limite à la liberté d'expression

L'existence d'un contrat, qualifié par la Cour de cassation de publicité, constitue selon notre haute juridiction une limite supplémentaire à la liberté d'expression. En effet, l'obligation d'exécuter le contrat de bonne foi oblige le journal de se taire, que « l'information divulguée sur le site soit fausse ou *juste*^{45, 46} ». La méconnaissance de cette obligation constitue une faute simple capable de déclencher la responsabilité civile de son auteur. D'ailleurs, le conflit entre la bonne foi et les droits fondamentaux donne au problème juridique posé par l'arrêt toute son originalité.

À première vue, on peut penser que la bonne foi et les droits fondamentaux, comme la liberté d'expression, coulent de la même veine⁴⁷. Ne sont-ils pas voués,

⁴³ Civ. 1, 17 févr. 2021, n° 19-24.780, *D. actu.* 17 mars 2021, obs. A. PANET ; *D.* 2021, p. 424 ; *Légipresse* 2021, p. 129 ; *JCP G* 2021, p. 427, obs. D. LEGOHEREL ; 21 mars 2018, n° 16-28.741 ; 21 mars 2018, n° 16-28.741, *D.* 2018, p. 670, *Légipresse* 2018, p. 194 ; *RTD civ.* 2018, p. 362, obs. D. MAZEAUD ; Civ. 1, 10 octobre 2019, n° 18-21.871, *D.* 2019, p. 1991 ; *Légipresse* 2019, p. 517. Sont considérés comme des questions qui intéressent l'intérêt général les « questions qui touchent le public dans une mesure telle qu'il peut légitimement s'y intéresser, qui éveillent son attention ou le préoccupent sensiblement, notamment parce qu'elles concernent le bien-être des citoyens ou la vie de la collectivité ». V. aussi J.-P. MARGUÉNAUD, « Le particularisme de la mise en balance du droit à la liberté d'expression et du droit à l'image », *RTD civ.* 2016, p. 297 ; Civ. 1, 1er mars 2017, n° 15-22.946, *D.* 2017, p. 508 ; *Légipresse* 2017, p. 185 ; *RTD civ.* 2017, p. 352, obs. J. HAUSER ; *JCP G* 2017, p. 372, note J. HAUSER.

⁴⁴ J. HAUSER, « Protection de la vie privée et liberté d'expression : la vie privée des people, une peau de chagrin ? », *RTD civ.* 2010, p. 79.

⁴⁵ C'est nous qui soulignons.

⁴⁶ Traduction personnelle.

⁴⁷ H. BARBIER, « Le devoir de bonne foi du contractant peut-il infléchir ses droits fondamentaux ? », *RTD civ.* 2022, p. 604.

dans leur conception la plus classique, à enrichir le contenu du contrat voire à dépasser sa lettre dans une vision plus moraliste et plus humaniste des conventions⁴⁸. L'idée même de leurs oppositions, à un point que le juge doit faire prévaloir l'une aux dépens de l'autre, peut paraître inconcevable⁴⁹. Toutefois, et comme le prouve l'arrêt objet du commentaire, les possibilités de leur confrontation peuvent se présenter⁵⁰. En effet, alors que la liberté d'expression, tout comme certains autres droits fondamentaux, cherchent à protéger l'individu, la bonne foi, comme norme de comportement cherche à infléchir les intérêts individuels pour une vision plus juste du contrat⁵¹. La loyauté voire la coopération doivent-elles alors primer pour obliger le contractant à se taire ?

À lire l'arrêt du 4 décembre 2014, la réponse ne peut être que positive. *A priori*, la solution est séduisante voire justifiée. En effet, comme le législateur autorise parfois les contractants à limiter l'exercice d'un droit fondamental, tel est le cas des clauses de non-concurrence ou celle de confidentialité⁵², la bonne foi, obligation légale découlant de l'article 243 du Code des obligations et des contrats, peut-elle aussi limiter l'exercice de la liberté d'expression⁵³. Pourtant, cette solution est loin de forcer l'adhésion. Se servir de la bonne foi pour limiter la liberté d'expression peut paraître critiquable⁵⁴. En effet, même les clauses de réserve qui incombent aux salariés ne peuvent, sous peine de nullité, supprimer la liberté d'expression⁵⁵. Les critiques demeurent permises lorsqu'elles ne sont ni injurieuses, ni diffamatoires⁵⁶. Admettre, comme l'affirme l'arrêt commenté, que le journaliste doit s'abstenir de toute information même lorsqu'elle est « exacte⁵⁷ », en présence d'un contrat de publicité, conduit peu ou prou à porter atteinte à la substance même de la liberté d'expression⁵⁸. Or, ceci heurte de front l'ancien article 49 de la Constitution⁵⁹.

⁴⁸ *Ibid.*

⁴⁹ *Ibid.*

⁵⁰ *Ibid.*

⁵¹ H. BARBIER, « Le devoir de bonne foi du contractant peut-il infléchir ses droits fondamentaux ? », *R.T.D civ.* 2022, p. 604.

⁵² Voir l'alinéa 2 de l'article 118 du Code des obligations et des contrats. Sur cette question, v. A. HYDE, *Les atteintes aux libertés individuelles par contrat. Contribution à la théorie de l'obligation*, Paris : IRJS, 2015.

⁵³ A. ELLOUMI, « Les limites de la liberté d'expression relatives aux droits de la personnalité », art. préc.

⁵⁴ B. BOSSU, « L'encadrement de la liberté d'expression par le contrat », *JCP S* 2014, n° 22, p. 1226.

⁵⁵ H. BARBIER, « La validité d'une interdiction contractuelle du droit de critique », *RTD civ.* 2014, p. 360 ; P. WAQUET, Y. STRUILLOU et L. PÉCAUT-RIVOLIER, *Pouvoirs du chef d'entreprise et libertés du salarié*, Paris : éd. Liaisons, 2014, p. 234.

⁵⁶ Soc. 3 mai 2011, n° 10-14.104, *D.* 2011, p. 1357.

⁵⁷ Nous soulignons.

⁵⁸ H. BARBIER, « La validité d'une interdiction contractuelle du droit de critique », art. préc.

⁵⁹ Devenu l'article 55 de la Constitution de 2022.

La jurisprudence relative à l'exercice de la liberté d'expression dans le cadre des relations de travail est à ce titre plus qu'illustrative⁶⁰. En effet, on peut penser que le respect des intérêts de l'employeur et de l'entreprise devrait, sous l'emprise de la bonne foi, contraindre le salarié à s'abstenir d'exercer sa liberté d'expression. Telle n'a pas été pourtant la position des juges tunisiens et français⁶¹.

Dans son arrêt du 16 février 2022, la chambre sociale de la Cour de cassation a considéré que le licenciement « prononcé par l'employeur pour un motif lié à l'exercice par le salarié de sa liberté d'expression est nul⁶² ». Une solution qu'elle a confirmée dans son arrêt du 29 juin 2022 en considérant que les critiques et les accusations de corruption de la part du salarié ne justifient point son licenciement. Ce dernier est considéré comme abusif pour atteinte à la liberté d'expression⁶³. Dans son arrêt n° 25720 du 30 octobre 2015⁶⁴, la Cour de cassation tunisienne semble suivre la même démarche. Le licenciement d'une salariée qui a critiqué ouvertement son employeur dans des stations radio a été considéré comme nul pour atteinte à la liberté d'expression. Il est clair que ces décisions, et contrairement à l'arrêt objet du commentaire, étouffent les effets qu'aurait imposés la bonne foi due à l'employeur⁶⁵. Cette solution paraît parfaitement justifiable. En effet, seuls les abus dans l'exercice de la liberté d'expression constituent des limites acceptables à l'exercice de la liberté d'expression. La préexistence d'un rapport contractuel ne peut étendre le seuil de ces dernières. La neutralisation de la bonne foi permet, comme l'a bien écrit M. Hugo Barbier, « d'éviter d'avoir une liberté d'expression à deux vitesses, selon qu'on exprime des propos critiques à l'égard d'un tiers ou d'un cocontractant⁶⁶ ». De ce fait, admettre la bonne foi du contractant⁶⁷ comme limite à liberté d'expression paraît fort critiquable. Tant que la critique est argumentée et objective, elle est conforme à un exercice sain de la liberté d'expression. Mais

⁶⁰ Sur cette question, v. S. SOUSSI, *Le droit du travail et l'entreprise* (en arabe), CPU, 2018, p. 435 et s.

⁶¹ Cette position est contraire à celle de la Cour européenne des droits de l'homme. Dans sa décision *Palomo Sanchez c. Espagne* a considéré que « même si la bonne foi devant être respectée dans le cadre d'un contrat de travail n'implique pas un devoir de loyauté absolue envers l'employeur ni une obligation de réserve entraînant la sujétion du travailleur aux intérêts de l'employeur, certaines manifestations du droit à la liberté d'expression qui pourraient être légitimes dans d'autres contextes ne le sont pas dans le cadre de la relation de travail » (CEDH, gr. ch., 12 septembre 2011, *RDC* 2012, p. 29, note J. ROCHFELD ; v. dans le même sens CEDH, 9 janvier 2018, req. 13003/04, *Catalan c. Roumanie*, *Dr. social* 2021, p. 503, note J.-P. MARGUÉNAUD et J. MOULY ; 15 juin 2021, req. 35786/19, *Melike c. Turquie*, *Légipresse* 2021, p. 324).

⁶² La Cour ajoute que « sauf abus, le salarié jouit, dans l'entreprise et en dehors de celle-ci, de sa liberté d'expression, à laquelle seules des restrictions justifiées par la nature de la tâche à accomplir et proportionnées au but recherché peuvent être apportées » (Soc., 16 février 2022, n° 19-17.871, *JCP S* 2022, n° 12, 1091, note B. BOSSU).

⁶³ Soc., 29 juin 2022, n° 20-16.060.

⁶⁴ Inédit.

⁶⁵ H. BARBIER, « Le devoir de bonne foi du contractant peut-il infléchir ses droits fondamentaux ? », *RTD civ.* 2022, p. 604.

⁶⁶ *Ibid.*

⁶⁷ Ce qui a pour conséquence l'admission de la faute simple comme source de réparation, v. *infra*.

si la critique des produits ou services est abusive⁶⁸, la victime pourra en principe légitimement prétendre à l'allocation de dommages et intérêts⁶⁹. Y a-t-il alors une place pour le droit commun de la responsabilité civile pour réparer les préjudices liés à l'exercice de la liberté d'expression ?

B.- La place du droit commun dans la réparation des préjudices liés à l'exercice de la liberté d'expression

À lire l'arrêt du 4 décembre 2014, exercer sa liberté d'expression en présence d'un contrat qui oblige à promouvoir un produit, constitue une faute simple capable de déclencher la responsabilité civile de son auteur. On l'aurait compris, le droit commun de la responsabilité civile conserve, selon cette jurisprudence, une place d'honneur dans la réparation des préjudices liés à l'exercice de la liberté d'expression.

Que faut-il en penser ? Avant de répondre à cette question il convient d'examiner le système de responsabilité mis en place par le décret-loi du 2 novembre 2011. En effet, ce dernier n'ouvre le droit à la réparation pécuniaire qu'en cas de de diffamation⁷⁰. Concernant l'injure, l'article 57 ne semble autoriser que la réparation en nature⁷¹. L'action civile, résultant des délits de diffamation ne peut être selon l'article 68 poursuivie séparément de l'action publique⁷². Quant au délai de prescription, il est dérogatoire au droit commun puisque l'action civile est prescrite selon l'article 76 « dans les six mois accomplis à compter de la date de leur survenance ou du jour du dernier acte de procédure des actes de poursuite ». Il est clair que le législateur cherche à travers ce régime de faveur à renforcer la protection de la liberté d'expression. La même rigueur est observée en droit français avec la loi du 29 juillet 1881 qui, à côté des contraintes procédurales entourant l'exercice de l'action

⁶⁸ Sur les critères de l'abus, v. *infra*.

⁶⁹ Voir dans ce sens Civ. 1, 2 juillet 2014, n° 13-16.730, *D.* 2014, p. 1489, *Resp. civ. assur.* 2014, comm. 344 ; 29 octobre 2014, n° 13-15.850, *D.* 2014, p. 2242.

⁷⁰ Selon l'article 55 du décret-loi précité, « il y a diffamation dans toute allégation ou imputation publique d'un fait incorrect qui porte atteinte à l'honneur ou à la considération d'une personne bien déterminée à condition qu'il en résulte un préjudice personnel et direct à la personne visée ». L'auteur de la diffamation est selon l'article 56 « puni d'une amende de mille à deux mille dinars, avec ordre de publier des extraits du jugement rendu dans l'affaire, au numéro du périodique condamné, suivant la date de notification du jugement, nonobstant la demande en dommages-intérêts ».

⁷¹ Selon l'article 57, « est puni d'une amende de cinq cents à mille dinars, avec ordre de publier des extraits du jugement rendu dans l'affaire, au numéro du périodique condamné, suivant la date de notification du jugement ».

⁷² L'article 68 dispose qu'« il ne peut être engagé d'action civile séparée de l'action publique dans les délits de diffamation indiqués dans le présent décret-loi, sauf en cas de décès de l'auteur du délit, du bénéfice par celui-ci d'une amnistie ou de l'existence d'un empêchement aux poursuites pénales ».

civile⁷³, n'ouvre le droit à la réparation que pour les abus de la liberté d'expression les plus caractérisés⁷⁴.

En acceptant le recours en réparation indépendamment de l'action pénale, la Cour semble rejeter « la thèse du système juridique clos⁷⁵ » défendue par le doyen Carbonnier⁷⁶ selon laquelle le droit commun de la responsabilité civile doit s'infléchir totalement pour céder la place à une application exclusive du texte spécial. En effet, l'arrêt du 4 décembre 2014 donne aux victimes la possibilité de solliciter le droit commun de la responsabilité civile épousant ainsi « la thèse dualiste⁷⁷ » qui libère l'action en réparation intentée devant le juge civil des limites imposées par le décret-loi 2011⁷⁸.

Si cette jurisprudence se confirme, un concours de normes potentiellement applicables, serait possible. En effet, les textes pouvant dorénavant régir les abus de liberté d'expression sont légion.

En premier lieu, il y a l'article 68 du décret-loi 2011 qui semble se contenter de la diffamation pour demander au juge pénal une réparation pécuniaire⁷⁹. Il va sans dire que cette restriction permet à la liberté d'expression de s'épanouir. En second lieu, on trouve l'article 87 du Code des obligations et des contrats qui paraît beaucoup moins restrictif⁸⁰ puisqu'il permet l'exercice d'une action en réparation devant le juge civil non seulement pour diffamation⁸¹, injure mais aussi pour d'autres formes

⁷³ V. E. DERIEUX, « Pièges procéduraux de la loi du 29 juillet 1881 », note sous TGI Belfort, 5 janv. 1996, *JCP G* 1996, II, 22695.

⁷⁴ Voir G. LÉCUYER, *Liberté d'expression et responsabilité civile*, Paris : Dalloz, 2006 ; J. TRAUILLÉ, *L'éviction de l'article 1382 du Code civil en matière extracontractuelle*, Paris : LGDJ, 2007, nos 106 et s. ; P. GUERDER, « L'évolution récente de la jurisprudence civile en matière de presse », *Rapp. ann. C. cass.* 1999, p. 165 s. ; G. VINEY, « Le particularisme des relations entre le civil et le pénal en cas d'abus de la liberté d'expression », in *Mélanges dédiés à Bernard Bouloc*, Paris : Dalloz, 2007, p. 1167 ; B. DE LAMY, « Les tribulations de l'article 1382 du Code civil au pays de la liberté d'expression », in *Mélanges en l'honneur de Philippe le Tourneau*, Paris : Dalloz, 2007, p. 275 ; B. BEIGNIER, B. DE LAMY, E. DREYER et N. TAVIEAUX-MORO, « Droit de la presse et des médias », *JCP G* 2008, I, 209 ; E. DREYER, « Où va la Cour de cassation en matière de presse ? », *JCP G* 2010, 833 ; E. DREYER, « Dossier sur la responsabilité civile et la responsabilité pénale, regards croisés », *Resp. civ. assur.* 2013, n° 33.

⁷⁵ A. PETIT, *Presse et responsabilité civile*, mém. Toulouse 1, 2011/2012, disponible sur le site www.memoireonline.com (consulté le 27 août 2023).

⁷⁶ J. CARBONNIER, « Le silence et la gloire », *D.* 1951, p. 119.

⁷⁷ A. PETIT, *Presse et responsabilité civile*, mém. préc.

⁷⁸ *Ibid.*

⁷⁹ En disposant qu'il « ne peut être engagé d'action civile séparée de l'action publique dans les délits de diffamation indiqués dans le présent décret – loi, sauf en cas de décès de l'auteur du délit, du bénéfice par celui-ci d'une amnistie ou de l'existence d'un empêchement aux poursuites pénales », le législateur semble écarter l'injure.

⁸⁰ S. JERBI, *Les conditions de la responsabilité civile* (en arabe), Sfax : Relire du sud, 2^e éd. 2014, p. 115 et s.

⁸¹ Même si, concernant la diffamation, le recours ne peut être fait que devant le juge pénal selon l'article 68 du décret-loi. Ce dernier semble abroger tacitement et partiellement l'article 87 du Code des obligations et des contrats.

d'abus dans l'exercice de la liberté d'expression⁸². Ceci sans oublier en dernier lieu les articles 82 et 83 du Code des obligations et des contrats, qui par leur système universel, permettent aux victimes de demander la réparation sur la base de la faute aussi légère soit-elle.

Comment alors harmoniser la lecture de ces dispositions animées par des objectifs *a priori* antinomiques ?⁸³ Il s'agit certainement d'une des questions les plus cruciales à laquelle l'arrêt commenté essaye de donner un premier élément de réponse. En effet, pour la plus haute juridiction, toute faute, même simple, permet de demander la réparation aux organes de presse. La Cour ne parle que de la responsabilité contractuelle, mais rien n'empêche d'adopter ce même raisonnement pour la responsabilité délictuelle⁸⁴. Certes, la souplesse de la notion de la faute constitue son atout majeur lui permettant de suivre les évolutions et les nouveaux défis socio-économiques⁸⁵. Néanmoins, appliquée au contentieux de la presse, la faute simple risque de « se transformer en un instrument de censure⁸⁶ » car la liberté d'expression comporte en elle-même la possibilité de nuisance inhérente à sa nature et condition *sine qua non* à sa fluorescence⁸⁷. Elle vaut, comme l'affirme la Cour européenne des droits de l'homme dans une formule fort célèbre, « non seulement pour les informations ou idées accueillies avec faveur ou considérées comme inoffensives ou indifférentes, mais aussi pour celles qui heurtent, choquent ou inquiètent l'État ou une fraction quelconque de la population⁸⁸ ».

En somme, s'il est complètement défendable d'autoriser l'application du droit commun pour réprimer les abus de la liberté d'expression⁸⁹, il est en revanche

⁸² L'article 87 du Code des obligations et des contrats dispose que « celui qui, contrairement à la vérité, affirme ou répond par voie de presse ou autrement, des faits qui sont de nature à nuire au crédit, à la considération ou aux intérêts de la personne ou du corps auquel le fait est imputé, est tenu envers la partie lésée des dommages résultants de son fait, lorsqu'il savait ou devait savoir la fausseté des faits imputés, le tout sans préjudice des peines édictées par la loi ».

⁸³ A. PETIT, *Presse et responsabilité civile*, mém. préc., p. 9 et s.

⁸⁴ La jurisprudence tunisienne est partisane de l'unité des fautes contractuelles et délictuelles, voir S. ABID-MNIF, *L'option entre la responsabilité contractuelle et la responsabilité délictuelle*, Paris : L'Harmattan, 2014.

⁸⁵ Ph. LE TOURNEAU, « La verdeur de la faute dans la responsabilité civile », *RTD civ.* 1988, p. 505 ; F. ARHAB, « Les nouveaux territoires de la faute », *Resp. civ. assur.* 2003, p. 43 ; G. VINEY, « Modernité ou obsolescence du Code civil ? L'exemple de la responsabilité », in *Mélanges en l'honneur de Philippe le Tourneau*, Paris : Dalloz 2008, p. 1041.

⁸⁶ A. PETIT, *Presse et responsabilité civile*, mém. préc., p. 9 et s.

⁸⁷ A. PETIT, *Presse et responsabilité civile*, mém. préc., p. 9 et s.

⁸⁸ CEDH, 7 décembre 1976, req. 5493/72, *Handyside c. Royaume-Uni*.

⁸⁹ En faveur de cette solution en droit français G. LÉCUYER, *Liberté d'expression et responsabilité*, th. préc. ; J. TRAUILLÉ, *L'éviction de l'article 1382 du Code civil en matière extracontractuelle*, th. préc. ; E. DREYER, « Disparition de la responsabilité en matière de presse », *D.* 2006, p. 1337 ; G. VINEY, « Le particularisme des relations entre le civil et le pénal en cas d'abus de liberté d'expression », in *Les droits et le droit. Mélanges dédiés à Bernard Bouloc*, Paris : Dalloz, 2006, p. 1167 ; Th. HASSLER, note au *D.* 2006, p. 485 ; P. JOURDAIN, « Le renforcement de l'exclusion de l'article 1382 en matière de presse », *RTD civ.* 2007, p. 354.

primordial de restreindre cette application dans des limites raisonnables. Comme l'a bien écrit un auteur « c'est tout l'équilibre du droit de la presse qui est en jeu⁹⁰ ».

La quête d'un tel équilibre, ô combien difficile, passerait, semble-t-il, à travers la distinction entre la liberté d'information et celle d'opinion. En effet, les spécialistes du droit de la presse⁹¹ distinguent entre « les faits » ou « les informations » et les « commentaires ». Si les premiers « sont sacrés », les seconds « sont libres ». Lorsqu'il s'agit de communiquer une information, son auteur doit encourir une responsabilité pour faute s'il manque à son obligation de diligence. Dans ce cadre, l'article 88 du Code des obligations et des contrats qui ne retient la responsabilité de l'informateur qu'en cas de faute grave paraît archaïque et devrait être certainement modifié⁹². En revanche, celui qui exprime une opinion, avance une critique ou émet un jugement, le seuil de la faute doit être hissé. Cela n'a d'ailleurs rien de surprenant car, l'exercice d'un droit ou une liberté est toujours pris en considération dans l'appréciation de la faute et envisagé comme une sorte de fait justificatif. Ceci éviterait de condamner à la réparation pour une faute simple⁹³.

À cet égard, l'article 103 du Code des obligations et des contrats que la jurisprudence tunisienne considère comme un principe général transcendant les deux ordres de responsabilité est d'une préciosité certaine⁹⁴. En effet, l'article 103 retient deux critères de l'abus de droit. Son premier alinéa adopte un critère restrictif celui de l'intention de nuire. L'utilisation malsaine de la liberté d'expression pour nuire à autrui ouvre donc le droit à la réparation. Mais l'article 103 du Code des obligations et des contrats consacre également la théorie de l'abus lorsque « l'exercice de ce droit est de nature à causer un dommage notable à autrui et que ce dommage peut être évité ou supprimé, sans inconvénient grave pour l'ayant droit ». Le deuxième alinéa de l'article 103 permet d'adopter la théorie objective de l'abus qui retient la faute lorsque le droit a été détourné de sa fonction sociale.

C'est curieusement un contrôle de proportionnalité, tant cherché par le constituant de 2014 que permet l'application de l'article 103 du Code des obligations et des contrats. Si l'expression d'une opinion cherche à satisfaire l'intérêt général ou le droit du public à l'information, les exagérations dans l'expression seront certainement légitimes et écartent la faute. C'est dire que l'application combinée des articles 103

⁹⁰ A. PETIT, *Presse et responsabilité civile*, mém. préc., p. 9 et s.

⁹¹ B. BEIGNIER, E. DREYER et B. DE LAMY, *Traité du droit de la presse et des médias*, Paris : Litec, 2^e éd. 2009, n^{os} 23 et s.

⁹² L'article 88 du Code des obligations et des contrats dispose que « celui qui, de bonne foi, et sans qu'il y ait faute lourde ou imprudence grave de sa part, donne des renseignements dont il ignore la fausseté, n'est tenu d'aucune responsabilité envers la personne qui est l'objet de ces renseignements : 1. lorsqu'il y avait, pour lui ou pour celui qui a reçu les renseignements, un intérêt légitime à les obtenir ; 2. lorsqu'il était tenu, par suite de ses rapports d'affaires ou d'une obligation légale, de communiquer les informations qui étaient à sa connaissance ».

⁹³ B. GIRARD, *Responsabilité civile extracontractuelle et droits fondamentaux*, th. préc.

⁹⁴ N. BEN AMMOU, *Essai sur l'article 103 du Code des obligations et des contrats*, mém. Tunis, 1986-1987.

et 82 ou 83 permet de solliciter le droit commun de la responsabilité civile sans entraver la liberté d'expression.

Cet arrêt qui préfère élargir les limites de la liberté d'expression et qui autorise la réparation même pour une faute simple fera-t-il jurisprudence ? La réponse positive est loin d'être souhaitable. Nos juges devraient certainement s'accoutumer avec le principe de proportionnalité pour mieux gérer les limites et les conflits des droits fondamentaux. Le droit commun, et même s'il est invité à s'appliquer concurremment avec le décret de 2011, doit être manipulé avec prudence en hissant le degré de la faute lorsqu'il s'agit d'exprimer une opinion. Mais pour établir les bons compromis, il faudra certainement beaucoup de patience et de bon sens. L'enjeu est de taille, mais l'espoir d'atteindre cet équilibre reste toujours permis.

La liberté d'expression en droit international privé

Salma TRIKI

*Maître de conférences agrégée en droit privé
Faculté des sciences juridiques, politiques et sociales de Tunis
Université de Carthage*

Aussi belles et fragiles que les sphères envoyées par le souffle d'un enfant dans son lanceur de bulles, les libertés individuelles coexistent et évoluent. Dans les sociétés qui se veulent démocratiques, tout l'enjeu est de les faire doter d'une force de résistance suffisante, bien qu'elles soient *concurrentes*¹, pour prospérer concomitamment, sans empiètement.

L'article 4 de la Déclaration universelle des droits de l'homme de 1948 présente la liberté comme la capacité de « pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas à autrui ». La liberté est ainsi identifiée par son contenu et par la précision de son étendue.

Par son contenu, elle se définit comme un « pouvoir faire ». Et la doctrine nous enseigne que pour qu'elle ait un contenu concret, elle doit se voir attribuer un domaine matériel précis : ainsi, parle-t-on de la liberté d'« entreprendre », de « se marier », de « se déplacer », « de s'exprimer »... correspondant à « pouvoir entreprendre », « se marier », « se déplacer », « s'exprimer »...

Par son étendue, ce pouvoir libre de chacun est défini par la négative :

« La liberté consiste à pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas à autrui ». La frontière de la liberté est ainsi tracée par l'intérêt légitime d'autrui. Il s'en infère qu'il n'y a pas de liberté sans limitation. Et cette limitation est le point central de la définition du Droit, telle que se la présente Kant, lorsqu'il écrit que le droit est « l'ensemble des conditions qui permettent à la liberté de chacun de s'accorder à la liberté de tous. »

Parmi toutes les libertés, seule la liberté d'expression nous intéressera dans cette étude. Elle se définit largement comme rassemblant et la liberté d'opinion

¹ G. CORNU, *Droit civil. Introduction au droit*, Paris : LGDJ, 13^e éd. 2007, p. 176 (« Le droit arrête le droit, la liberté la liberté, la paix la paix. »)

et la liberté d'information². La liberté d'expression est ainsi impliquée dans tout le processus qui va de l'accès à l'information à travers sa mise à disposition pour le public³, la liberté de sa recherche, de sa collecte et de sa réception, à la formation de l'opinion⁴ – celle-ci pouvant être un schéma de pensée, un jugement ou encore un sentiment – jusqu'à son extériorisation et/ou sa diffusion et communication sous quelque forme que ce soit.

Le contenu de l'expression en cause peut être de toute nature : religieux⁵, académique, artistique, scientifique... et les outils de communication sont de plus en plus variés : il s'agit de tous les supports accessibles à la perception humaine par l'ouïe, la vue, le toucher... : ce sont les publications comme les livres et les journaux, les moyens de communication audiovisuelle comme la télévision, la radio ou le cinéma, le monde de l'internet⁶ et des réseaux sociaux⁷, les interprétations musicales, le théâtre, la peinture...

Ainsi comprise, si on transpose la définition de l'article 4 de la DUDH à cette liberté particulière qu'est la liberté d'expression, elle s'entendrait alors comme le pouvoir donné à l'individu de se faire ses propres idées en ayant accès aux informa-

² L'article 10-1 de la CESDH de 1953 est particulièrement intéressant en ce qu'il souligne expressément que la liberté d'expression touche à toutes ces phases de la pensée : « Toute personne a droit à la liberté d'expression. Ce droit comprend la liberté d'opinion et la liberté de recevoir ou de communiquer des informations ou des idées sans qu'il puisse y avoir ingérence d'autorités publiques et sans considération de frontière [...] »

³ C'est ainsi que l'exercice du droit à l'oubli est notamment conditionné dans le test de mise en balance posé par la CJUE en application de la directive 95/46 relative à la protection des données par l'inexistence d'un intérêt public à l'accessibilité des informations litigieuses. CJUE, 13 mai 2014, aff. C-131/12, *Google Spain SL c. Agencia Espanola de Proteccion de Datos*. Sur cette affaire, v. P. S. BERMAN, « Yahoo ! c. LICRA, Le droit international privé et la déterritorialisation des données », in H. MUIR WATT, L. BIZKOVA, A. BRANDAO de OLIVEIRA, D. P. FERNANDEZ ARROYO et M. MA (dir.), *Le tournant global en droit international privé*, Paris : Pedone, 2020, p. 733.

⁴ G. LÉCUYER, *Liberté d'expression et responsabilité, Étude de droit privé*, th. Paris 1, Paris : Dalloz, 2006, n° 8 : « La liberté d'opinion consiste en l'établissement d'une idée personnelle, d'un schéma de pensée, d'un jugement ou d'une critique, ce qui ne présage aucunement de son extériorisation ; son contenu est donc infiniment moins vaste que celui dont la liberté d'expression peut être porteuse. »

⁵ Certaines constitutions soulignent le lien qui lie la liberté de conscience à la liberté d'expression. Ainsi en est-il de la Constitution de la Pologne qui dispose dans son article 25 que : « (...) 2. Les pouvoirs publics en République de Pologne sont impartiaux dans les questions de convictions religieuses, de conceptions du monde et philosophiques, en garantissant la liberté de leur expression dans la vie publique. »

⁶ La liberté d'expression sur Internet a été reconnue, pour la première fois par le Conseil des droits de l'Homme de l'ONU, le 5 juillet 2012.

⁷ On trouve une définition des réseaux sociaux dans la toute récente loi française n° 2023-566 du 7 juillet 2023 visant à instaurer une majorité numérique et à lutter contre la haine en ligne complétant le IV de l'article 1^{er} de la loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique. Cette définition légale se présente ainsi : « On entend par service de réseaux sociaux en ligne toute plateforme permettant aux utilisateurs finaux de se connecter et de communiquer entre eux, de partager des contenus et de découvrir d'autres utilisateurs et d'autres contenus, sur plusieurs appareils, en particulier au moyen de conversations en ligne, de publications, de vidéos et de recommandations. »

tions et en recevant librement celles dont il juge en avoir besoin, de les extérioriser ou de les communiquer librement tant qu'il ne nuit pas à autrui.

Puisant ses fondements dans le courant des Lumières⁸, la liberté d'expression agit sous une double détente, individuelle et sociétale : d'un côté, elle est l'une des sources de réalisation de la dignité de l'être humain, être doué d'intelligence, qui a besoin d'exercer sa liberté de pensée avec une autonomie intellectuelle lui permettant de progresser tout en étant lui-même ; et d'un autre côté, elle est incontestablement la condition sine qua non de la société démocratique comme l'a affirmé une décision du 6 octobre 2004 de la Cour d'arbitrage de Belgique (devenue Cour constitutionnelle) qui a considéré que « la liberté d'expression constitue l'un des fondements essentiels d'une société démocratique⁹ » car c'est en définitive elle qui permet la libre circulation des idées, et donc le pluralisme, et c'est par elle que plusieurs autres libertés se réalisent. Sous ce rapport, la liberté d'expression est une liberté politique qui relève « de la « fundamentalité logique » ou « systémique » comme clé des droits fondamentaux¹⁰ ».

Vu l'importance de son rôle, il n'est nullement étonnant de voir la liberté d'expression proclamée et protégée par les textes internationaux fondamentaux¹¹

⁸ M. VERPEAUX, « La liberté d'expression dans les jurisprudences constitutionnelles », *Nouveaux cahiers du Conseil constitutionnel* 2012, n° 36, p. 137 : « La liberté d'expression est un acquis du courant des Lumières développé au cours du XVIII^e siècle, en Europe comme outre-Atlantique, où l'individualisme, couplé avec l'abolition des privilèges, particulièrement dans la France de 1789, ou, aux États-Unis, avec celle de toute forme de soumission à un pouvoir, a consacré le rôle central de l'homme dans l'organisation démocratique de la vie sociale et a développé la nécessité pour chacun de s'exprimer librement, alors que cette liberté était auparavant dévolue aux seules autorités royales et religieuses ».

⁹ Il s'agit de la décision n° 157/2004 (https://www.lachambre.be/site/wwwcfm/dlms/dlms_doc.cfm?entity=juriz&xfile=0000000204%5CCA157.pdf).

¹⁰ X. BIOY, « La protection renforcée de la liberté d'expression politique dans le contexte de la Convention européenne des droits de l'homme », *Cahiers de droit* 2012, vol. 53, n° 7.

¹¹ Citons à titre indicatif les articles 10 et 11 de la DDHC du 26 août 1789 : le premier prévoit que « Nul ne doit être inquiété pour ses opinions, même religieuses, pourvu que leur manifestation ne trouble pas l'ordre public établi par la loi. » et le second dispose que : « la libre communication des pensées et des opinions est un des droits les plus précieux de l'homme : tout citoyen peut donc parler, écrire, imprimer librement, sauf à répondre de l'abus de cette liberté dans les cas déterminés par la loi. » ; l'article 19 de la DUDH 1948 dispose que : « Tout individu a droit à la liberté d'opinion et d'expression, ce qui implique le droit de ne pas être inquiété pour ses opinions et celui de chercher, de recevoir et de répandre, sans considérations de frontières, les informations et les idées par quelque moyen d'expression que ce soit. » ; la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne (2000) à laquelle l'article 6 du TUE, dans la rédaction résultant du traité de Lisbonne, a conféré la même valeur juridique que les traités, réitère au niveau de son article 11 la définition précitée de la CESDH ; la Déclaration de principes sur la liberté d'expression et l'accès à l'information en Afrique de la CADHP, publiée en avril 2020 insiste sur l'importance de cette liberté en disposant dans son article 1^{er} que : « 1. La Liberté d'expression et d'information, y compris le droit de chercher, de recevoir et de communiquer des informations et idées de toute sorte, oralement, par écrit ou par impression, sous forme artistique ou sous toute autre forme de communication, y compris à travers les frontières, est un droit fondamental et inaliénable et un élément indispensable de la démocratie. 2. Tout individu doit avoir une chance égale pour exercer le droit à la liberté d'expression et à l'accès à l'information, sans discrimination aucune. »

et les différentes constitutions¹². Ainsi, en Tunisie, la Constitution de 2022 garantit dans ses articles 37 et 38 la liberté d'opinion, d'expression, d'information et de publication, le droit d'accès à l'information et l'État s'y dit engagé à réaliser l'accès aux réseaux de communication¹³.

Mais comme toute liberté, la liberté d'expression ne doit pas être sans limites. Les abus d'expression empiètent en effet sur des droits individuels¹⁴ ayant la même valeur dans la hiérarchie des normes que la liberté d'expression, puisque constitutionnalisés : les droits à la vie privée, à l'image, à la préservation des données à caractère personnel, ou la dignité tout court en cas d'injure ou de diffamation... L'exercice de la liberté d'expression doit alors faire l'objet d'une régulation par le droit. Celui-ci est en effet tenu d'apporter des réponses au conflit entre les différents intérêts en cause. Et c'est alors tout à fait attendu de retrouver dans des textes proclamant les libertés et les droits humains une limitation de la « liberté » d'expression. Ainsi en est-il du Pacte international relatif aux droits civils et politiques (1967) qui fustige, dans son article 19, « tout appel à la haine nationale, raciale ou religieuse qui constitue une incitation à la discrimination, à l'hostilité ou à la violence... ».

Se conjuguant souvent avec la quête de la puissance¹⁵ et touchant à plusieurs domaines : personnel, politique, professionnel (etc.), le dosage par le droit de la liberté d'expression en ces temps de démocratisation de l'expression sur les réseaux sociaux est désormais d'une actualité cuisante aussi bien à l'échelle interne¹⁶ qu'internationale¹⁷. La liberté d'expression peut en effet être en jeu dans une relation impliquant plus d'un système juridique à travers des éléments d'extranéité déterminants. Ainsi en serait-il d'une diffamation lancée à l'étranger et ciblant une personne qui réside habituellement dans le for ou encore lorsqu'un jugement est rendu à l'étranger

¹² Aux États-Unis d'Amérique, le *First Amendment* du 25 septembre 1789, ratifié le 15 décembre 1791, garantit aux citoyens leur liberté d'expression, de la presse ou le droit des citoyens de se réunir pacifiquement ou d'adresser au Gouvernement des pétitions pour obtenir réparations des torts subis. V. aussi article 5 de la Loi fondamentale allemande (1949), l'article 20 de la Constitution espagnole ; l'article 14 de la loi fondamentale autrichienne du 21 décembre 1867 relative aux droits généraux des citoyens dans les royaumes...

¹³ Article 37 : « Les libertés d'opinion, de pensée, d'expression, d'information et de publication sont garanties. Aucun contrôle préalable ne peut être exercé sur ces libertés. » ; article 38 : « L'État garantit le droit à l'information et le droit d'accès à l'information. L'État œuvre en vue de garantir le droit d'accès aux réseaux de communication. »

¹⁴ Sur la distinction entre les droits et les libertés, v. notamment, J.-B. RACINE, « Remarques sur la distinction entre les droits et les libertés », *Petites Affiches* 23 septembre 2014, n° 190, p. 7.

¹⁵ B. AUDIT, « Droit international de l'internet », *RLDI* août-septembre 2010, n° 5 (« Il est permis de penser que la motivation des acteurs n'est pas exclusivement d'ordre commercial et que peut facilement s'y mêler une volonté de puissance. »).

¹⁶ Ainsi, une affaire a fait couler beaucoup d'encre sur les réseaux sociaux en Tunisie en décembre 2022 : l'affaire Nour AMMAR : une lycéenne qui s'est fait renvoyer du Lycée pilote des arts d'El Omrane à la suite d'une vidéo postée sur TikTok dénonçant l'attitude, qu'elle a jugée agressive, d'un professeur, par ailleurs acteur tunisien connu.

¹⁷ L'actualité de la question s'est amplifiée après l'accès à la propriété de l'influente plateforme X (anciennement appelée *Twitter*) d'Elon MUSK, le riche homme d'affaires américain prônant, sans cacher sa volonté de puissance, « une vision absolutiste de la liberté d'expression ». Il est à indiquer que *Twitter* était achetée par M. Elon MUSK pour la somme de 44 milliards de dollars.

pour décider de l'existence d'un abus de liberté d'expression et que l'exequatur en est demandé dans le for.

Théoriquement, un droit de l'homme, qualifié en tant que tel par un système juridique et étant lié à la dignité de l'être humain, doit être reconnu par ce même système de la même manière à tous les êtres humains¹⁸. Et certains textes internationaux n'omettent pas, dans ce sens, de souligner que la liberté d'expression s'exerce « sans considération de frontière...¹⁹ ». Mais c'est un fait que les différents États n'ont pas tous la même perception de cette liberté. L'internationalité appelle donc forcément à déterminer les éléments de normativité du rapport juridique (compétences juridictionnelle et législative). Et ce conflit de perceptions, qui prend parfois la forme d'un conflit de cultures, est forcément à la source de problèmes en droit international privé.

L'actualité du sujet ne semble pas prête à décliner avec le temps, bien au contraire, tant les moyens techniques offrent avec la numérisation des outils, disponibles entre autres à un très jeune public²⁰, des possibilités qui étaient, jadis, unimaginables. Le Web²¹, « le réseau des réseaux²² », « le plus puissant des moyens d'expression²³ », le média²⁴ le plus interactif parmi les médias, à l'égard duquel prévaut le principe de la liberté de communication²⁵, se caractérise par une facilité d'utilisation, une rapidité de diffusion de l'information et une ubiquité « sans précédent²⁶ », et qui

¹⁸ S. TRIKI, *La coordination des systèmes juridiques en droit international privé de la famille*, th. Paris 1, 2013, p. 417 et s.

¹⁹ V. article 19 § 2 PIDCIP et art. 10 de la CESDH.

²⁰ Il n'est pas anodin de voir la France adopter une loi instaurant une « majorité numérique ». V. la très récente loi n° 2023-566 du 7 juillet 2023 visant à instaurer une majorité numérique et à lutter contre la haine en ligne, complétant le IV de l'article 1^{er} de la loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique. Cette loi, imposant des obligations sur les fournisseurs de réseaux sociaux, arrête la « majorité numérique » à 15 ans, l'âge à partir duquel le mineur n'a plus besoin du consentement de ses parents pour s'inscrire sur un réseau social.

²¹ Madame Isabelle BARRIÈRE-BROUSSE attire l'attention sur la différence entre le Web et l'internet : « Contrairement à une idée communément reçue, internet et le web ne doivent pas être confondus. Le premier désigne l'ensemble des réseaux, y compris internes. Le terme dérive de l'anglais *internetting*, qui signifie « interconnecter des réseaux ». Il se réfère à une technologie apparue dans les années 1970 aux États-Unis, notamment à des fins de stratégie militaire (le réseau Arpanet). Le web, lui, a vu le jour au début des années 1990. Il correspond à l'ouverture d'internet au grand public : *world wide web*, la toile d'araignée mondiale. » (« Propos introductifs », *RLDI* 2012, n° 81, p. 82).

²² I. BARRIÈRE-BROUSSE, « Propos introductifs », art. préc., p. 82.

²³ A. ELLOUMI, « Les limites de la liberté d'expression relatives à la protection de certains intérêts publics fondamentaux », *Études juridiques* 2013, p. 4.

²⁴ V. M.-E. DRIEUX, « Régulation de l'internet. Libertés et droits fondamentaux », *RLDI* 2012, p. 92 et s. : « Il s'agit d'un moyen de communication ou média. Il est alors appelé à être régi par le droit des médias ou de la communication qui, du point de vue de la rigueur et de la précision juridique, pourrait ou devrait être dénommé "droit de la publication" ».

²⁵ Le Conseil constitutionnel l'a rappelé notamment dans sa décision n° 2009-580 DC du 10 juin 2009.

²⁶ B. AUDIT, « Droit international de l'internet », *RLDI* août-septembre 2010, p. 4.

vont crescendo faisant passer le Web d'une génération à une autre²⁷. Ce faisant, de la liberté d'expression, le monde de l'internet fait une arme redoutable, mais à double tranchant²⁸.

Les mécanismes du droit international privé ne peuvent rester insensibles à ces phénomènes et ils sont constamment appelés à s'adapter pour aborder ce dilemme caractérisé en même temps par la fondamentale de la liberté d'expression, la diversité de sa conception dans les différents fors, la gravité des dérives et la mondialisation de la communication.

Face à ces données, la question se pose de savoir comment le droit assure aujourd'hui la régulation de la liberté d'expression dans les relations privées internationales ?

Nous pouvons, à l'observation, et en partant de l'acception large de la liberté d'expression, dégager trois niveaux de régulation : d'abord, nous verrons que c'est en modulant l'autonomie de la volonté des parties que le droit international privé régule parfois l'exercice de la liberté d'expression. Ceci est généralement le cas lorsque celle-ci n'apparaît qu'en filigrane dans les rapports internationaux. Le droit international privé la protège alors discrètement, mais assez efficacement (I). Quand elle transparaît à la surface, le droit international privé, conformément à son habitude, recourt en premier à une régulation par la proximité. Nous verrons que la démarche est en cours d'affinement (II). D'autres fois, le droit n'a pas d'autres moyens que l'impérativité pour consacrer la régulation de la liberté d'expression. Mais face à un monde numérique foisonnant, l'efficacité de l'impérativité, telle qu'entendue classiquement, n'est pas toujours au rendez-vous : Le droit international privé cherche encore son chemin et le chantier ne fait que commencer (III).

²⁷ Quatre générations peuvent aujourd'hui être distinguées : le Web 1.0 ou le « web vitrine » qui se caractérise par une diffusion de contenu à sens unique : c'est le web de la période de 1990 à 1999 ; le Web 2.0, de 2000 à 2009 : appelé « Web social » car il est collaboratif, plus démocratique, grâce à l'interconnexion. L'internaute partage l'information et participe à sa production grâce aux téléphones intelligents, aux réseaux sociaux et aux blogs ; le Web 3.0, appelé « Web sémantique », présente encore plus d'intelligence en ce qu'il personnalise la masse d'informations : d'un Web de documents, internet devient le web des données : l'internaute reçoit une réponse personnalisée selon ses besoins et son contexte ; le web 4.0 appelé aussi le « Web intelligent » « vise à immerger l'individu dans un environnement (web) de plus en plus prégnant. » V. <https://www.click2cell.com/blog/evolutions-web-web-1-0-web-2-0-web-3-0-web-4-0/>

²⁸ B. AUDIT, « Droit international de l'internet », art. préc. : « Elle ouvre la voie du meilleur comme du pire : d'un côté, la diffusion sans limite des informations, des idées et de la connaissance, en un mot, le rapprochement des peuples et la réalisation du village global ; mais, de l'autre, autant de possibilités de manipulation des esprits et des moyens décuplés de se livrer à des activités criminelles, lucratives ou non lucratives, et ce avec la sécurité d'échapper à la répression grâce à l'anonymat ou simplement à la distance ».

I.- La régulation de la liberté d'expression par la modulation de l'autonomie de la volonté : une protection discrète

Dans certaines situations, la liberté d'expression n'est pas invoquée en tant que telle, mais apparaît en filigrane. En observant la jurisprudence, l'on remarquera que c'est par la modulation de la *volonté* des parties que la liberté d'expression est souvent préservée. Dans ce cadre, la liberté religieuse, en tant que manifestation de la liberté d'expression, particulièrement de son volet « liberté d'opinion », constitue un prisme de regard fort intéressant, en permettant le déploiement de méthodes et de mécanismes donnant tous à la volonté de l'intéressé une envergure capable de la protéger (A). Inversement, c'est en limitant l'effet de l'autonomie de la volonté que le droit international privé préserve, même si ce n'est qu'indirectement, la liberté d'expression de la partie faible d'un contrat d'adhésion en annulant des clauses d'élection de for (B).

A.- La protection de la liberté d'expression par la préservation de la volonté : Le testament comme « lieu » de liberté d'expression

Certaines préférences et croyances religieuses ne transparaissent qu'à l'occasion de la mort d'une personne : par testament. Il est intéressant d'observer les démarches suivies par le droit international privé comparé pour protéger cette forme très particulière de liberté d'expression : nous verrons que pour préserver la volonté exprimée par le *de cuius*, le droit international privé peut faire appel aux grands moyens : le mécanisme des lois de police ou l'exception de l'ordre public. Deux affaires le démontrent : une, qualifiant la loi française sur les funérailles de loi de police (1) et l'autre, l'affaire *Molla Sali*, instaurant le consentement testimonial comme condition nécessaire à la mise en œuvre de la dérogation légale aux valeurs de la laïcité (2).

1.- La loi française sur les funérailles : une loi de police

Dans un arrêt du 19 septembre 2018²⁹ rendu par la Cour de cassation française, il était question de préciser la qualification de l'organisation des funérailles d'une personne. Il appartenait au juge de trancher entre la qualification de cette question comme question de « statut personnel », ce qui conduirait, conformément à la convention franco marocaine de 1981³⁰, applicable en l'occurrence en raison de la nationalité marocaine du défunt, à l'application de la loi marocaine ; et la qualification de la loi française du 15 novembre 1887 sur la liberté des funérailles comme

²⁹ Civ. 1^{ère}, 19 sept. 2018, n° 18-20.693, *D.* 2018, p. 2280, note C. BAHUREL et p. 2384, obs. S. GODECHOT-PATRIS et C. GRARE-DIDIER ; *AJ fam.* 2019, p. 167, obs. J. HOUSSIER ; *JCP G* 2018, 1142, note H. PÉROZ.

³⁰ Convention entre la République française et le royaume du Maroc relative au statut des personnes et de la famille et à la coopération judiciaire, signée à Rabat le 10 août 1981, et publiée en France par le décret n° 83-435 du 27 mai 1983 (*JORF* 1^{er} juin 1983, p. 1643).

étant une loi de police, auquel cas la loi nationale du *de cuius* serait purement et simplement évincée.

C'est l'article 3 de cette loi qui était en cause. Il met à l'honneur la volonté de la personne concernée en disposant que :

« Tout majeur ou mineur émancipé, en état de tester, peut régler les conditions de ses funérailles, notamment en ce qui concerne le caractère civil ou religieux à leur donner et le mode de sa sépulture.

Il peut charger une ou plusieurs personnes de veiller à l'exécution de ses dispositions.

Sa volonté, exprimée dans un testament ou dans une déclaration faite en forme testamentaire, soit par-devant notaire, soit sous signature privée, a la même force qu'une disposition testamentaire relative aux biens, elle est soumise aux mêmes règles quant aux conditions de la révocation ».

La qualification était hautement importante : le défunt était de nationalité marocaine et domicilié en France et avait exprimé la volonté qu'on procède à l'incinération de sa dépouille. Or, la mère et les collatéraux du défunt revendiquaient l'application de la règle de conflit prévue par la convention franco marocaine du 10 août 1981, et partant de la loi marocaine, qui prévoit des funérailles musulmanes pour les musulmans.

La Cour de cassation a procédé à la qualification en donnant à la loi française une application territoriale internationalement impérative considérant que « la liberté d'organiser ses funérailles ne relève pas de l'état des personnes mais des libertés individuelles et que la loi du 15 novembre 1887, qui en garantit l'exercice est une loi de police applicable aux funérailles de toute personne qui décède sur le territoire français ».

La solution n'était pas inédite mais était encore plus explicite que celles l'ayant précédée en ce qu'elle s'est prononcée sur la qualification exacte de la loi en tant que loi de police³¹ parce que loi de liberté publique. Cette qualification détonne dans le monde des lois de police qui ont généralement pour effet de *limiter* la liberté des personnes par elles ciblées. Cette loi offre en effet à la personne concernée un champ de liberté qui, sans être illimité, se trouve être plus large que ce qui est octroyé dans certains pays³². La liberté religieuse acquiert ainsi force obligatoire par l'effet d'une norme de relevance volitive que représente le « testament » présumé. Ce faisant, le juge français promeut une forme de « laïcité dispositive³³ » et protège l'opinion formée et le choix exprimé par l'impérativité du mécanisme des lois de police.

³¹ Sur cette jurisprudence passée, v. E. GALLANT, « La liberté d'organiser ses funérailles relève d'une loi de police », *Rev. crit. DIP* 2019, p. 224.

³² Sur l'étendue de cette liberté, v. E. GALLANT, « La liberté d'organiser ses funérailles relève d'une loi de police », art. préc., p. 228.

³³ La « laïcité dispositive », générée par le contrat, est à l'opposé de la « laïcité impérative » que le droit impose. Sur ces concepts, v. S. RAMACIOTTI, *Laïcité et droit privé*, th. Paris 2, Paris : Dalloz, 2022.

La solution n'a pas reçu l'appui unanime de la doctrine en ce qui concerne la nature de la loi en question en tant que « loi de police³⁴ », mais les critiques sont d'accord sur le principe de faire des valeurs de ladite loi le socle d'un ordre public international qui évincerait toute loi étrangère contraire et neutraliserait l'atteinte portée à cette liberté d'opinion, en l'occurrence une liberté ayant un contenu religieux³⁵.

Les deux solutions, sans être identiques, ont un dénominateur commun non négligeable. Et c'est vers l'impérativité territoriale des dispositions de la loi de 1878 par leur qualification en tant que lois de police que va notre préférence plutôt que vers la simple proclamation du caractère fondamental des valeurs qu'elle défend, assurée par l'exception de l'ordre public. Le caractère précis de la loi de 1878, la clarté du message à passer, son caractère fondamental et son importance dans une société laïque méritent une telle qualification.

2.- Affaire *Molla Sali c. Grèce* : le consentement testimonial comme condition nécessaire à la mise en œuvre de la dérogation légale aux valeurs de la laïcité

Une autre affaire³⁶ se rapportant à la validité de certaines dispositions testimoniales nous intéresse bien que les termes du débat qu'elle soulève ne relèvent pas *stricto sensu* du droit international privé mais du conflit interne à un pays entre la loi civile et une loi coutumière en vigueur dans ce même pays. L'affaire reste intéressante car sa solution finale est parfaitement transposable à toute autre affaire similaire contenant un élément d'extranéité caractéristique qui l'aurait internationalisé³⁷ lorsque la loi applicable s'avère être la loi grecque.

Dans cette affaire, un Grec, *Molla Sali*, appartenant à la communauté musulmane de Thrace, avait légué à son épouse, par testament établi par-devant notaire, la totalité de ses biens, comme le permettait le Code civil grec. Après son décès, ses sœurs ont contesté la validité dudit testament en se fondant sur la prévalence en droit grec, pour la matière successorale, des coutumes musulmanes et de la *charia* sur le Code civil, conformément aux dispositions du traité de Sèvres de 1920³⁸ et du

³⁴ D'aucuns soulignent en effet l'absence d'indication spécifique au sein de la loi de son champ d'application, et le fait que la liberté de funérailles ne semble pas cruciale à l'organisation politique sociale, ou économique de l'État. En ce sens M. BOUTEILLE-BRIGANT, « La loi sur la liberté des funérailles : une loi de police ? », *Lexbase Lettre juridique* 18 octobre 2018, n° 758.

³⁵ Sur la complexité d'une qualification de la question comme partie intégrante de l'ordre public international intervenant par l'effet de l'exception de l'ordre public, v. L. CARAYON, « La mort nous prend là où nous sommes », note sous Civ. 1, 19 sept. 2018, n° 18-20.693, *Dr. famille* 2018, comm. 281.

³⁶ CEDH, 19 déc. 2018, req. 20452/14, *Molla Sali c. Grèce*.

³⁷ Sur l'intérêt de l'étude de ce cas de droit grec pour un internationaliste, v. Y. BAAZAOU, *La méthode des intérêts : Paradigme du droit international privé contemporain (Tour d'horizon de récentes jurisprudences et législations)*, th. Tunis, 2022, p. 276.

³⁸ Article 14 § 1 de ce traité, ratifié par le décret des 29 septembre et 30 octobre 1923.

traité de Lausanne³⁹ ainsi que de l'article 6 de la loi d'accompagnement du Code civil, et ce pour les seuls ressortissants grecs de Thrace de confession musulmane. Or, selon la *charia*, un héritier *ab intestat* ne peut bénéficier d'une succession testamentaire, sauf ratification ultérieure par ses consorts de la volonté exprimée par le *de cuius* dans le testament.

Les juridictions du fond⁴⁰ ont débouté les sœurs en se fondant sur l'incompatibilité du régime juridique applicable à la succession d'un Grec musulman avec les principes constitutionnels et conventionnels d'égalité, de liberté et de non-discrimination du fait qu'un Grec musulman n'a pas les mêmes droits que les autres Grecs. De son côté, la Cour de cassation grecque est allée dans le sens inverse se tenant à une application stricte de la distribution des compétences entre le droit commun et le droit musulman.

Saisie par l'épouse, la Cour européenne des droits de l'homme juge que la réservation au profit d'une minorité de l'application de son droit coutumier ne doit pas être imposée à ses membres. Autrement, elle se transformerait en une discrimination. L'application de ce régime spécifique doit, en plus de la permission légale, relever de la volonté de la personne concernée⁴¹. Et le droit positif grec d'évoluer dans ce sens quelques mois avant le rendu de la décision de la Cour de Strasbourg⁴² exigeant l'accord de toutes les parties impliquées dans la relation juridique en cause pour que le régime religieux soit applicable.

Au-delà de la question du statut successoral strictement entendue, c'est le caractère fondamental de la liberté d'opinion qui a fait basculer la solution vers un déclassement de la loi religieuse, pourtant protégée par son statut légal. La protection de la formation de l'opinion religieuse et de son extériorisation dans un testament en toute liberté, et à égalité avec les autres citoyens grecs, s'est avérée un enjeu fondamental prévalant sur le partage légal de compétences entre le statut laïque et le statut religieux et la protection escomptée est déléguée à l'autonomie de la volonté comme critère permettant de résoudre ce problème de conflit interpersonnel.

³⁹ Articles 42 et 45 de ce traité, ratifié par le décret du 25 août 1923.

⁴⁰ Trib. prem. inst. Rhodope, 1^{er} juin 2010, réf. 50/2010 ; CA Thrace, 28 septembre 2011, réf. 392/2011 (rejetant l'appel des requérantes).

⁴¹ Pour un commentaire plus détaillé de cette affaire, v. Y. BAAZAOUÏ, *La méthode des intérêts*, th. préc., p. 276 et s.

⁴² Loi grecque n° 4511/2018 du 15 janvier 2018.

B.- La protection de la liberté d'expression par la limitation de l'autonomie de la volonté : la mise en échec des clauses de compétence dans les contrats d'adhésion

Le contrat liant une société de gestion d'un réseau social (la société *Facebook*, *X...*) à un souscripteur d'un compte sur ce réseau de communication est la seule porte d'accès à ce souscripteur à l'exercice de la liberté d'expression sur ce réseau.

Les deux parties de ce contrat peuvent faire preuve d'abus quant à un exercice normal de la liberté d'expression. Ainsi, le titulaire du compte peut profiter de l'accès au réseau pour émettre des informations mensongères portant atteinte à la réputation et à l'honneur d'autres personnes ou pour tenir des propos racistes... De même, l'exercice par la société du pouvoir de limitation d'accès, ou encore mieux, de fermeture du compte, peuvent ne pas être fondés sur des éléments objectivement suffisants ou légitimes. De ce dernier point, il est clair que la société gestionnaire du compte dispose d'une force de frappe pouvant réduire considérablement ou même anéantir l'accès au réseau du titulaire du compte. Et la possibilité, ouverte à ce titulaire, d'ouvrir un nouveau compte à tout moment n'est pas équivalente à un exercice normal de la liberté d'expression car le nouveau compte ne peut pas offrir une visibilité sur le réseau équivalente à celle de l'ancien permettant d'émettre ou de recevoir les informations souhaitées avec la même envergure.

L'accès au juge est donc une condition *sine qua non* d'un exercice normal de la liberté d'expression du titulaire du compte. Or, dans les contrats à la base de ce type de relation, la pratique montre le succès d'une clause d'élection de for donnant compétence aux tribunaux du siège principal de la société mère, doublée souvent d'une clause d'*electio juris* offrant la compétence législative à la loi de ce même pays, ce qui donne en principe à ce dernier une compétence plénière pour normer une telle relation. Ces clauses sont insérées dans des contrats, rédigés entièrement par la société et proposés à l'adhésion des nouveaux souscripteurs qui n'ont qu'à cocher la case d'acceptation pour se voir affecter un compte, à entendre une porte d'accès au réseau doublement communicante : recevoir et émettre des informations.

Dans les affaires ayant opposé des sociétés américaines à des souscripteurs résidant habituellement dans d'autres pays relativement à la limitation d'accès ou à la fermeture du compte par la société, le titulaire qui veut contester la décision et retrouver ses droits sur le compte se trouve alors en principe obligé de porter plainte devant un juge qui lui est, très souvent, inaccessible.

Ainsi, en était-il dans une affaire opposant un titulaire de compte français qui réside habituellement en France à la société californienne *Facebook*⁴³. Celle-ci a suspendu l'accès de l'internaute à son compte. Se trouvant devant l'impossibilité

⁴³ CA Paris, 12 février 2016, RG n° 58-2016 (la décision peut être consultée sur le site internet <https://www.isdc.ch/media/1593/16-paris-12-fevrier-2016-facebook.pdf>).

de saisir le juge californien, le titulaire du compte suspendu a saisi le juge de sa résidence habituelle, le juge français, contrairement à ce que préconisait la clause d'élection de for. Et la compétence demandée a été acceptée.

Tel que décrit, le rapport contractuel entre les deux parties est objectivement international. Et si ce type de clause est en principe valable en matière contractuelle sur le fondement du principe phare de la matière, celui de l'autonomie de la volonté, la Cour d'appel de Paris, confirmant la position du tribunal de grande instance de Paris, a fondé sa compétence en qualifiant le contrat en cause de « contrat de consommation », et ce en dépit de la gratuité du service pour le souscripteur. La Cour affirme, en effet, que « si le service proposé est gratuit pour l'utilisateur, la société *Facebook Inc.* retire des bénéfices importants de l'exploitation de son activité, via notamment les applications payantes, les ressources publicitaires et autres, de sorte que sa qualité de professionnel ne saurait être sérieusement contestée ; qu'il n'est pas plus contestable que le contrat souscrit est un contrat d'adhésion sans aucune latitude autre que l'acceptation ou le refus ».

Vu sous cet angle, le contrat est un contrat d'adhésion et c'est alors le règlement n° 44/2001 du 22 décembre 2000 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale qui devient applicable pour fixer les règles sur la compétence directe en donnant au consommateur, en sa qualité de partie faible, le choix entre le juge du lieu de son domicile et celui où est domicilié le professionnel⁴⁴, ce qui a confirmé, en l'espèce, la compétence du juge français. Celui-ci a appliqué ensuite sa loi pour apprécier la validité de la clause attributive de juridiction en cause. Il a eu notamment recours au code de la consommation⁴⁵ concluant à l'aspect abusif de ladite clause⁴⁶ et, partant, à son annulation.

La protection de la partie faible a ainsi permis l'annulation de la clause d'élection de for en la taxant d'être une clause abusive.

⁴⁴ Articles 15 et 16 du règlement.

⁴⁵ Art. L. 132-1 et R. 132-2 C. consom.

⁴⁶ La cour d'appel énonce que « considérant que le juge de la mise en état a relevé de manière pertinente que la clause attributive de compétence prévue à l'article 15 des conditions générales du contrat oblige le souscripteur, en cas de conflit avec la société, à saisir une juridiction particulièrement lointaine et à engager des frais sans aucune proportion avec l'enjeu économique du contrat souscrit pour des besoins personnels ou familiaux ; que les difficultés pratiques et le coût d'accès aux juridictions californiennes sont de nature à dissuader le consommateur d'exercer toute action devant les juridictions concernant l'application du contrat et à le priver de tout recours à l'encontre de la société *Facebook Inc.* ; qu'à l'inverse, cette dernière a une agence en France et dispose de ressources financières et humaines qui lui permettent d'assurer sans difficulté sa représentation et sa défense devant les juridictions françaises ; que dès lors, la clause attributive de compétence au profit des juridictions californiennes contenue dans le contrat a pour effet de créer, au détriment du non-professionnel ou du consommateur, un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat ; qu'elle a également pour effet de créer une entrave sérieuse pour un utilisateur français à l'exercice de son action en justice ».

Offrant une réponse, à notre sens plus complète, la Cour Suprême du Canada a jugé en 2017 dans l'affaire *Douez c. Facebook*⁴⁷ que la société ne pouvait pas invoquer la clause d'élection de for pour s'opposer à une action collective intentée contre la société *Facebook* pour atteinte à la vie privée en Colombie britannique. Outre la qualification des titulaires des comptes de « consommateurs », la Cour souligne la valeur constitutionnelle des intérêts en jeu : « ... La liberté contractuelle n'est pas illimitée. Le tribunal jouit d'un pouvoir discrétionnaire qui lui permet, par application du critère des motifs sérieux, de refuser de donner effet à un contrat pour des raisons liées à l'intérêt public lorsque les circonstances s'y prêtent. Généralement, la liberté contractuelle se voit ainsi limitée pour deux motifs principaux : protéger la partie la plus vulnérable ou protéger... les mesures sociales, économiques ou politiques prises par l'État dans l'intérêt de la collectivité... Dans la présente affaire, les deux sont en jeu. Il y a à la fois inégalité du pouvoir de négociation dans un contrat de consommation qui tient du contrat d'adhésion et intérêt à ce qu'une juridiction locale statue sur des droits constitutionnels ou quasi constitutionnels ».

La Cour a examiné les considérations touchant à « l'inégalité flagrante du pouvoir de négociation⁴⁸ » et la nature des droits en jeu. Cela peut parfaitement être transposable à la liberté d'expression pour fonder la compétence du for de la résidence habituelle du (ou des) souscripteur(s) du compte.

En plus de la protection « discrète » de la liberté d'expression par la modulation de l'autonomie de la volonté, la régulation se fait d'une manière plus directe quand le débat soumis au juge a pour objet même l'étendue de la liberté d'expression.

II.- La régulation de la liberté d'expression par la proximité : une démarche en cours d'affinement

Quand est directement en cause la liberté d'expression dans son rapport avec les droits de la personnalité, la qualification de ces derniers s'impose pour identifier les règles de conflit de lois ou de juridiction applicables.

Font-ils partie de l'état de la personne auquel cas, ils seront considérés comme des éléments du statut personnel ? En dépit de l'article 43 du CDIP tunisien qui énonce que « les droits de la personne sont régis par la loi nationale dans les cas des personnes physiques », la réponse à cette question est négative car même si ces droits sont centrés sur la personne, celle-ci y est considérée, nous explique M. Ali

⁴⁷ Cour suprême du Canada, 23 juin 2017, *Douez c. Facebook Inc.*, 2017 CSC 33. V. aussi <https://www.nortonrosefulbright.com/fr-ca/centre-du-savoir/publications/aoc3e470/la-cour-supreme-du-canada-se-prononce-sur-la-clause-delection-de-for-pour-les-non-amis-facebook-la-poursuite-pour-atteinte-a-la-vie-privee-peut-se-derouler-en-colombie-britannique>.

⁴⁸ Cour suprême du Canada, 23 juin 2017, *Douez c. Facebook Inc.*, arrêt préc., § 38 et 53.

Mezghani, non « en raison de son appartenance à une nation, ou à la famille⁴⁹ » mais plutôt parce que ces droits appartiennent à toute personne humaine.

C'est en fait vers la catégorie des délits qu'il faut se tourner pour résoudre les litiges qui surviennent touchant aux droits de la personnalité. Cette catégorie se fonde sur l'idée d'une responsabilité légale, dite encore extracontractuelle⁵⁰. Et à défaut d'une règle de conflit spécifique aux droits de la personnalité, la règle de conflit de la catégorie large des délits s'applique. Cependant, des interrogations nouvelles apparaissent liées à la mise en œuvre de cette règle avec la numérisation croissante des relations humaines.

Le droit international privé comparé laisse montrer un foisonnement exceptionnel lié aux activités numériques explorant de nouvelles pistes qui ont laissé émerger un débat entre les « exceptionalistes » et les « non-exceptionalistes⁵¹ » du cyberspace annonçant que le monde nouveau soumet, depuis un moment, le droit international privé à une énième épreuve.

La numérisation des données et la facilité de l'accès au monde de l'internet soumettent la question des limites de la liberté d'expression à un « perpétuel questionnement⁵² ». Un processus d'affinement s'en dégage⁵³ nous invitant à focaliser, parmi les critères pouvant être mis en œuvre pour résoudre la question de la compétence judiciaire et/ou législative, sur le lieu du dommage qui s'affirme avec un contenu de plus en plus précis en droit comparé (A), tout en prêtant attention à quelques bourgeonnements poussant vers de nouvelles spécialisations des rattachements (B).

⁴⁹ A. MEZGHANI, *Commentaire du Code de droit international privé*, Tunis : CPU, 1999, p. 106.

⁵⁰ Cette catégorie se définit comme « l'obligation, mise par la loi à la charge d'une personne, de réparer un dommage subi par une autre », sous réserve de la démonstration d'une faute, d'un dommage et d'un lien de causalité.

⁵¹ Les « non exceptionalistes » du cyberspace forment la doctrine qui pense qu'Internet ne changera pas foncièrement le cadre juridique existant. À l'opposé, les « exceptionalistes » démontrent les problèmes juridiques auxquels l'homme se confronte avec l'outil numérique sont inédits et que de nouvelles analyses sont nécessaires. Sur ces deux doctrines, v. P. S. BERMAN, « *Yahoo ! c. LICRA, le droit international privé et la déterritorialisation des données* », art. préc., p. 738.

⁵² On parle des « données numériques qui circulent à travers le monde en entretenant peu de relations avec le territoire physique » comme un « phénomène omniprésent [qui] donne lieu à une déferlante de nouvelles interrogations juridiques qui se renouvellent au fur et à mesure de l'évolution spectaculaire des technologies » (P. S. BERMAN, « *Yahoo ! c. LICRA, le droit international privé et la déterritorialisation des données* », art. préc., p. 725).

⁵³ L'intitulé de F. JAULT-SESSEKE, « Internet, vecteur d'affinement des règles de compétence juridictionnelle », in *Internet et le droit international*, Paris : Pedone, 2014, p. 167 est dans ce sens particulièrement parlant.

A.- Le lieu du dommage comme critère de rattachement

Dans le Code de droit international privé tunisien, adopté en 1998⁵⁴, on ne trouve pas de règles spécifiques dédiées aux limites de la liberté d'expression, ou plus largement à la consécration des droits de la personnalité, et ce contrairement à certaines législations ou projets de législations récents en droit comparé⁵⁵. C'est donc le droit commun de la responsabilité extracontractuelle qui s'applique et celui-ci veut que la *compétence directe du juge* tunisien soit acceptée entre autres⁵⁶ lorsque la Tunisie est le lieu du fait générateur du dommage⁵⁷, avec possibilité pour la victime, en cas de délit complexe⁵⁸, d'opter pour la Tunisie en tant que lieu du dommage subi, c'est-à-dire qu'une option est ouverte à la victime entre le for d'origine (lieu du fait générateur du dommage) et le for de destination (le lieu du dommage subi)⁵⁹.

Les mêmes solutions⁶⁰ prévalent en droit français à travers l'article 46 CPC⁶¹.

⁵⁴ Loi n° 98-97 du 27 novembre 1998, portant promulgation du Code de droit international privé. Il est à indiquer que même l'avant-projet de réforme du Code de droit international privé proposé en 2019 par la Commission de réforme du Code de droit international privé n'a pas prévu de règle particulière en la matière.

⁵⁵ V. par exemple le projet d'un article 5 *bis* à ajouter au Règlement Rome II ou encore les articles 94 et 95 du projet du Code de droit international privé français.

⁵⁶ La compétence du juge tunisien est acceptée aussi lorsque la Tunisie est le lieu de la résidence habituelle du défendeur, chef de compétence principal du Code (article 3 CDIP) ou est le for élu par les parties après la naissance du litige (article 4 CDIP). Sur ces chefs de compétences, v. A. MEZGHANI, *Commentaires du Code de droit international privé*, *op. cit.*, p. 152 et s. ; I. HADJ SASSI, « La responsabilité civile délictuelle en droit international privé tunisien », in S. BEN ACHOUR et S. TRIKI (dir.), *Le Code de droit international privé : Vingt ans d'application (1998-2018)*, Tunis : Latrach, 2020, p. 341, spéc. p. 346 et s.

⁵⁷ Article 5 CDIP. Ce chef de compétence est objectivement valable car coïncidant très souvent avec le chef de compétence universel de la résidence habituelle du défendeur. On le retrouve en droit européen dans l'affaire *Fiona Shevill* dont l'objet était un délit de presse et le critère considéré comme pertinent était celui du « lieu d'établissement de l'éditeur de la publication litigieuse » (CJCE, 7 mars 1995, aff. C-68/93, *Fiona Shevill*, *Rev. crit. DIP* 1996, p. 487, note P. LAGARDE). De même, nous le retrouvons dans les affaires relatives aux atteintes aux droits de la personnalité perpétrées sur internet. V. l'arrêt *eDate et Martinez* ayant retenu « le lieu d'établissement du demandeur » (CJUE, 25 octobre 2011, aff. C-509/09 et C-161/10, *eDate et Martinez*, *D.* 2012, p. 1228, obs. H. GAUDEMET-TALLON et F. JAULT-SESEKE ; p. 1279, chron. T. AZZI ; p. 1285, chron. S. BOLLÉE et B. HAFTEL ; p. 2331, obs. L. D'AVOUT et S. BOLLÉE ; *Rev. crit. DIP* 2012, p. 389, note H. MUIR-WATT).

⁵⁸ Le délit complexe se caractérise par le fait que ses éléments constitutifs (fait générateur et dommage) ne se localisent pas sur le territoire d'un seul État.

⁵⁹ Pour la critique d'une telle solution au regard du principe de l'égalité, v. P. de VAREILLES-SOMMIÈRES et S. LAVAL, *Droit international privé*, Paris : Dalloz, 11^e éd. 2023, n° 1459 ; M.-E. ANCEL, « La compétence législative à la croisée de deux logiques », in *Internet et le Droit international*, Paris : Pedone, 2014, p. 181.

⁶⁰ La licéité des clauses attributives de juridiction en matière extracontractuelle, sauf règles impératives de compétence en faveur du juge du for est consacrée par la jurisprudence française depuis Civ. 1, 17 décembre 1985, *Compagnie des signaux et entreprises électriques*, *Rev. crit. DIP* 1986, p. 537, note H. GAUDEMET-TALLON ; *GADIP* n° 72.

⁶¹ Cet article dispose que « le demandeur peut saisir à son choix, outre la juridiction du lieu où demeure le défendeur, [...] en matière délictuelle, la juridiction du lieu du fait dommageable ou celle dans le ressort de laquelle le dommage a été subi ». La compétence du juge français sur le fondement des règles domestiques de compétence internationale joue, conformément à l'article 6

Pour les contentieux extracontractuels intégrés à l'espace judiciaire européen, le Règlement Bruxelles I bis⁶² consacre entre autres aussi⁶³ la compétence du juge du lieu où le fait dommageable s'est produit ou risque de se produire. Cette compétence qu'ouvre l'article 7 § 2 est interprétée par la Cour de Justice de l'Union Européenne⁶⁴ comme offrant au demandeur dans les délits complexes, une option entre le juge du lieu du fait générateur et celui du lieu du dommage⁶⁵.

Le lieu du dommage subi⁶⁶ est un sérieux concurrent au critère du lieu du fait générateur. Mais il peut donner lieu à des interprétations divergentes⁶⁷ lorsque le cadre de la violation du droit de la personnalité est l'espace numérique.

du Règlement Bruxelles I bis, chaque fois que le défendeur réside habituellement en dehors des pays de l'Union européenne. Il est à indiquer que ces règles prévoient aussi que la compétence du juge français peut être également ouverte sur le fondement de la nationalité du demandeur ou du défendeur en application des articles 14 et 15 du Code civil.

⁶² Règlement 1215/2012 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale.

⁶³ Le Règlement retient aussi la compétence des juridictions de l'État du domicile du défendeur (article 4) et celle du juge européen élu (article 25).

⁶⁴ CJCE, 30 novembre 1976, *Mines de potasses d'Alsace*, aff. C-21/76, *Rev. crit. DIP* 1977, p. 563, note P. BOUREL ; *JDI* 1977, p. 728, note A. HUET ; *D.* 1977, p. 613, note G. A. L. DROZ. Pour la Cour, « l'expression « lieu où le fait dommageable s'est produit » doit être entendue en ce sens qu'elle vise à la fois le lieu où le dommage est survenu et le lieu de l'évènement causal. Il en résulte que le défendeur peut être attiré, au choix du demandeur devant le tribunal soit du lieu où le dommage est survenu, soit du lieu de l'évènement causal qui est à l'origine de ce dommage » (décision rendue en matière de pollution transfrontière).

⁶⁵ La victime présumée étant généralement la demanderesse dans ces affaires, ce chef de compétence est souvent un *forum actoris*. Or, et jusqu'à preuve du contraire, une telle demanderesse n'est que victime présumée conformément à la présomption d'innocence en faveur de la défenderesse. Cela ouvre la brèche à une critique de la théorie de la focalisation d'être « trop favorable au demandeur à l'action en réparation » puisqu'il lui suffit d'alléguer de son statut de victime pour « bénéficier d'un *forum actoris* ». P. DE VAREILLES-SOMMIÈRES et S. LAVAL, *Droit international privé, op. cit.*, p. 1132 (quoique les auteurs nuancent leur affirmation en écrivant que le demandeur dans ces affaires peut aussi être l'auteur du dommage dans les États qui accordent à cette catégorie une « action déclaratoire négative de responsabilité » ; *op. cit.*, p. 1107). Mais une autre partie de la doctrine, représentée ici par D. BUREAU et H. MUIR WATT, *Droit international privé*, Paris : PUF, 2021, Coll. Thémis, p. 504 et s., nie à cette option d'être fondée sur un esprit de faveur à la victime en ce sens qu'elle « repose sur le postulat - et non sur une simple présomption - de l'égalité adéquate des deux termes de l'option aux intérêts que le for du délit est destiné à prendre en charge... L'option est dictée par l'égalité proximité des deux fors et non par le souci de favoriser la victime. Elle n'a aucunement pour objectif d'introduire un *forum actoris* protégeant le demandeur (dictée par l'idéologie de la réparation) et jugé a priori suspect. » Et les auteurs de citer l'arrêt CJCE, 16 janvier 2014, aff. C-45/13 où la Cour rappelle que l'article 7 § 2 du règlement Bruxelles I bis n'a pas pour objet la protection de la victime : elle ne s'explique que « parce qu'il est impossible de choisir entre les deux éléments constitutifs du délit ».

⁶⁶ Ce rattachement s'intègre dans une logique indemnitaires contrairement au lieu du fait générateur exprimant plutôt une logique répressive. V. sur cette différence P. de VAREILLES-SOMMIÈRES et S. LAVAL, *Droit international privé, op. cit.*, p. 1076 et s. P. LAGARDE, « Réflexions sur le dommage en tant que facteur de rattachement en droit international privé », in *Le droit à l'épreuve des siècles et des frontières. Mélanges Bertrand Ancel*, Paris : LGDJ, 2018, p. 263.

⁶⁷ C'est ainsi que la qualification de certains faits, comme la diffusion, ne fait pas toujours le consensus. Analysée par certains comme préjudice, d'autres y voient un « acte générateur de dommage ». V. dans ce sens P. de VAREILLES-SOMMIÈRES et S. LAVAL, *Droit international privé, op. cit.*, p. 1100 et s. ainsi que la jurisprudence citée à la note 1 (p. 1101).

Nous ne disposons malheureusement pas de jurisprudence tunisienne concluante en la matière⁶⁸, mais la jurisprudence, la législation et/ou la doctrine comparées, notamment européennes⁶⁹, nous éclairent précieusement : En effet, la question se pose de savoir comment comprendre « le lieu de la survenance du dommage subi » ? Suffirait-il de mettre en œuvre la théorie de l'accessibilité dont le critère se contente de l'accessibilité de l'atteinte (une diffamation, une injure, une atteinte à la vie privée de la personne) à partir du for ? Les fors pouvant accepter leur compétence sur ce fondement seraient alors d'un nombre très élevé et cela donnerait lieu à une sorte de compétence universelle à celui qui est saisi ; ce qui est, en droit international privé, contraire à une bonne régulation des compétences car ouvrant excessivement la porte au *forum shopping*⁷⁰. La jurisprudence européenne l'a admis pour les atteintes aux droits de la personnalité mais a limité la compétence de chaque for au seul dommage réalisé dans son ressort⁷¹. Et c'est aussi la solution retenue par le projet de Code de droit international privé français comme une alternative possible dans son article 93 pour les délits commis par voie de radio, télévision, internet ou média assimilé.

Une autre théorie est en vogue en droit comparé : celle plus exigeante de la focalisation⁷², dite encore théorie de la destination. Elle exige que l'atteinte soit non seulement accessible mais aussi pertinente, sachant que celle-ci l'est dans les atteintes aux droits de la personnalité lorsque la victime jouit, dans le lieu en question, d'une certaine réputation⁷³. C'est le lieu du centre des intérêts de la victime qui semble remplir le mieux cette condition et la meilleure méthode de l'identifier serait celle du « groupement des points de contact⁷⁴ ». Ce for est le for du délit de l'atteinte au

⁶⁸ Trib. prem. inst. Tunis, ord. réf., 25 février 2012, réf. 8977/2012, citée par A. LAADHAR, « Liberté d'expression et internet », *Études juridiques* 2013, p. 181. Une vidéo a circulé sur *Youtube* d'une femme, moitié nue, dans un quartier de tolérance, filmée à son insu. Le juge des référés a décliné sa compétence en considérant qu'il ne peut statuer sans recourir à des travaux inquisitoires et à l'expertise pour vérifier si l'Agence Tunisienne de l'Internet pouvait procéder à la suppression de la vidéo, ce qui excède sa compétence en tant que juge des référés.

⁶⁹ V. CJUE, 25 octobre 2011, aff. C-509/09 et C-161/10, *eDate et Martinez* ; 17 octobre 2017, aff. C-194/16, *Bolagsupplysningen*.

⁷⁰ Pour une affirmation claire de cette solution, v. CA Paris, 6 juin 2007, cité par F. JAULT-SESEKE, « Internet, vecteur d'affinement des règles de compétence juridictionnelle », in *Internet et le Droit international*, Paris : Pedone, 2014, p. 175, note 43 (« compte tenu de l'universalité de ce réseau, appliquer le critère de la simple accessibilité aurait nécessairement pour conséquence d'institutionnaliser la pratique du *forum shopping* »).

⁷¹ CJUE, 25 octobre 2011, *eDate et Martinez*, arrêt préc. Ce système est appelé par la doctrine « système de la mosaïque ». V. sur ses points faibles P. DE VAREILLES-SOMMIÈRES et S. LAVAL, *Droit international privé, op. cit.*, p. 1131 et s.

⁷² Théorie dont le nom, en traduction au terme anglais *targeting*, a été initié par O. CACHARD *La régulation internationale du marché électronique*, Paris : LGDJ, 2002, n^{os} 107 et s. (l'auteur décrit la jurisprudence américaine dans son ouvrage).

⁷³ C'est là en effet que le dommage est réellement ressenti par la victime.

⁷⁴ C'est la méthode pour laquelle vote une doctrine autorisée. V. par exemple D. BUREAU et H. MUIR-WATT, *Droit international privé, op. cit.*, p. 568 : « Le caractère extrêmement morcelé des solutions, variables selon le type de cyber-délict invite aujourd'hui à réfléchir à des solutions nouvelles, par généralisation du for du centre des intérêts de la victime ou désignation des juges de l'État dans lequel l'impact du site internet serait le plus significatif à l'aide d'outils de mesure

droit de la personnalité et c'est un for connu pour être « particulièrement adapté aux atteintes à la vie privée et aux droits de la personnalité commises en ligne⁷⁵ ». Pour Madame M.-É. Ancel, le critère de la destination « pourrait... être vu comme une sorte de version « électronique » du principe de proximité⁷⁶ ». Eu égard à ses avantages⁷⁷, particulièrement lorsque la victime est une personne physique⁷⁸, ce chef de compétence a actuellement beaucoup de succès⁷⁹ en droit comparé où l'on donne à l'État qui remplit la condition exigée la compétence sur l'intégralité du dommage en cause. Ainsi le très récent projet du Code de droit international privé français, datant de 2022⁸⁰, le consacre-t-il dans sa proposition d'article 93 alinéa 3.

Le critère du lieu de la survenance du dommage subi s'impose aussi en matière de conflit de lois. Ainsi, un choix est donné à la victime sous la forme d'une option de législation par l'article 70 alinéa 2 du CDIP tunisien⁸¹ en cas de délit complexe entre la *lex loci delicti* et la *lex loci damni*⁸², avec cependant quelques tempéraments dont

aujourd'hui opérationnels. » La même méthode est utilisée en matière de consommation où le pays de la focalisation est identifié à l'aide d'un faisceau d'indices que la jurisprudence s'est déployée à déterminer : l'extension de l'URL du site internet (.fr, .it, .de., .ca, .uk...), la langue utilisée, les unités de mesures, la monnaie... V. É. FARNOUX, *Les considérations substantielles dans le règlement de la compétence internationale des juridictions*, Paris : LGDJ, 2022 ; Y. EL HAGE, *Le droit international privé à l'épreuve de l'internet*, Paris : LGDJ, 2022.

⁷⁵ M.-É. ANCEL, « Un an de droit international privé du commerce électronique », *Comm. comm. électr.* 2022, n° 1, p. 15.

⁷⁶ M.-E. ANCEL, « La compétence législative à la croisée de deux logiques », art. préc., s'appuyant sur C. KESSEDJIAN, « Le principe de proximité vingt ans après », in *Le droit international privé : esprit et méthodes. Mélanges Paul Lagarde*, Paris : Dalloz, 2005, p. 507-521.

⁷⁷ Ces avantages sont essentiellement liés à une bonne administration de la justice, notamment la commodité de la saisine d'un juge de proximité pour le demandeur, la concentration du contentieux même si d'autres éléments du litige sont éparpillés, efficacité de la décision dans le lieu de vie du demandeur (suppression du contenu litigieux...)

⁷⁸ Des difficultés peuvent apparaître quant à l'identification du centre des intérêts d'une personne morale. V. en ce sens M.-É. ANCEL et B. DARMOIS, « Nouvelles problématiques de compétence internationale en cas d'atteinte à l'e-réputation », *Comm. comm. électr.* 2018, étude 8. Mais la CJUE a consacré le critère dans l'arrêt *Bolagsupplysningen* précité.

⁷⁹ La théorie est pertinente mais la vie numérique pourrait s'adapter pour la vider de son sens : Dans ce sens, F. JAULT-SESEKE écrit que l'on « peut imaginer que les utilisateurs de l'internet s'adaptent et qu'en réaction à l'adoption de la théorie de la focalisation se développent des sites que certains ont qualifiés de « passe-partout », sites qui s'adressent à tous mais à personne en particulier, qui sont rédigés en anglais et qui ne font nullement référence au pays des internautes. La théorie de la focalisation qui conduirait alors à ne retenir la compétence d'aucun juge deviendrait obsolète » (« Internet, vecteur d'affinement des règles de compétence juridictionnelle », art. préc., p. 174).

⁸⁰ Ce code serait applicable s'il est adopté lorsque le défendeur ne réside pas habituellement dans un État membre de l'Union Européenne.

⁸¹ La loi offre d'autres possibilités que nous n'examinerons pas ici car ne posant pas de problèmes spécifiques. Il s'agit de l'accord procédural et de loi de la résidence habituelle des parties si celles-ci résident habituellement dans le même lieu.

⁸² Sur la comparaison entre la *lex loci delicti* et la *lex loci damni*, V. P. DE VAREILLES-SOMMIÈRES et S. LAVAL, *Droit international privé, op. cit.*, p. 1077 : « L'application de la loi de l'État dans lequel le fait dommageable a été commis, ou *lex loci delicti*, permettrait d'apprécier équitablement le comportement de son auteur, chacun étant à même d'apprécier, selon cette loi, les risques qui pèsent sur lui dans l'exercice de son activité. Cet argument ne saurait, à la réflexion, être décisif. Il affaiblit le *locus damni* comme facteur de rattachement surtout pour les responsabilités à base de faute... Au contraire chaque sujet de droit déployant une activité susceptible d'avoir des

notamment⁸³ une application dans tous les cas de la *lex loci delicti* à « la capacité relative à la responsabilité civile, les conditions et l'étendue de ladite responsabilité, ainsi que la personne responsable » et la « prise en considération » de ses « règles de sécurité et de comportement en vigueur⁸⁴ ». Pareillement, le règlement Rome II sur la loi applicable aux obligations non-contractuelles, d'application universelle, retient, avec quelques tempéraments, la *lex loci damni*⁸⁵. Cependant, ce règlement, eu égard à l'absence d'un consensus sur l'équilibre à trouver entre les intérêts en cause⁸⁶, exclut expressément de son champ d'application « les obligations non-contractuelles découlant d'atteintes à la vie privée et aux droits de la personne, y compris de la diffamation⁸⁷ ». Mais il est à indiquer qu'une recommandation de modification du règlement Rome II⁸⁸ a été émise appelant, tout en admettant certaines dérogations⁸⁹, à adopter en cas d'émission ou de publication, le critère de

conséquences dommageables à l'étranger devrait être poussé à s'interroger sur l'éventualité d'une responsabilité sans faute que ses actes peuvent lui faire encourir à l'étranger, voire dans l'État même où il agit par application de la loi étrangère. C'est précisément cette vigilance responsable qu'encourage, en accord avec le principe de précaution, la règle de conflit donnant compétence à l'État auteur de la *lex loci damni*. » Sur ce point, v. M.-É. ANCEL, « La compétence législative à la croisée de deux logiques », art. préc., p. 186.

⁸³ Le Code prévoit aussi dans son article 70 al. 3 l'application de la *lex communis* (loi domiciliaire commune des parties) s'il en existe. Il organise aussi la possibilité d'un accord procédural menant vers l'application de la loi du for (article 71 CDIP). L'accord procédural est défini comme étant « un accord intervenant en cours d'instance entre les parties au litige dont les droits en cause sont disponibles. Il a pour objet d'exclure la solution édictée par la règle de droit normalement compétente et de lier le juge sur les qualifications et points de droit auxquels les parties entendent limiter le débat » (S. BOSTANJI, *L'évolution du traitement réservé à la loi étrangère en matière de statut personnel*, th. Dijon, 2000, p. 386).

⁸⁴ Article 75 du CDIP tunisien. Sur ce point, v. I. HADJ SASSI, « La responsabilité civile délictuelle en droit international privé tunisien », art. préc., p. 355.

⁸⁵ V. l'article 4 § 1 : « Sauf dispositions contraires du présent règlement, la loi applicable à une obligation non-contractuelle résultant d'un fait dommageable est celle du pays où le dommage survient, quel que soit le pays où le fait générateur du dommage se produit et quels que soient le ou les pays dans lesquels des conséquences indirectes de ce fait surviennent ».

⁸⁶ V. P. DE VAREILLES-SOMMIÈRES et S. LAVAL, *Droit international privé, op. cit.*, n° 1449 : « Les organes de presse, les maisons d'édition et autres entreprises du secteur des médias préconis[ent] une application du principe d'origine et s'oppos[ent] à l'acceptation largement indemnitaires mise à l'honneur par la règle générale de conflit de lois du Règlement Rome II »

⁸⁷ Sur la portée de l'article 3 § 2 de la directive n° 2000/31/CE du 8 juin 2000 relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information et notamment du commerce électronique, dans le marché intérieur, V. CJUE, 25 octobre 2011, aff. C-509/09, *eDate Advertising GmbH*, qui lui ôte la qualité de règle spécifique de conflit de lois à transposer dans les législations internes des États de l'Union européenne. Sur ce point, v. P. DE VAREILLES-SOMMIÈRES et S. LAVAL, *Droit international privé, op. cit.*, p. 1099 et s.

⁸⁸ Rapport du 2 mai 2012 contenant des recommandations à la Commission sur la modification du règlement Rome II (disponible sur https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-7-2012-0152_FR.html ; site consulté le 13 juillet 2023).

⁸⁹ Un article 5 *bis* est proposé à être ajouté au Règlement Rome II sous l'intitulé « Vie privée et droits de la personnalité » : « 1. La loi applicable à une obligation non contractuelle résultant d'une atteinte à la vie privée ou aux droits de la personnalité, y compris la diffamation, est celle du pays où se produisent ou menacent de se produire les éléments les plus significatifs du dommage. / 2. Toutefois, la loi applicable est la loi du pays dans lequel le défendeur a sa résidence habituelle si celui-ci ne pouvait raisonnablement pas prévoir les conséquences importantes de son acte dans le pays désigné par le paragraphe 1. / 3. Lorsque l'atteinte résulte d'une publication

la destination comme solution de principe. Cette solution ressort de la démarche localisatrice adoptée par le juge européen qui identifie le critère du lieu de situation du centre des intérêts du demandeur victime comme exprimant le critère de la destination⁹⁰. L'atteinte vise en effet son destinataire dans son milieu et c'est donc ce lieu qui « comporte des éléments objectifs et vérifiables permettant d'identifier, directement ou indirectement, ladite personne en tant qu'individu⁹¹ ». Et le projet du Code de droit international privé français de 2022 consacre, à son tour, la solution en dédiant une règle de conflit spécifique dans ses articles 94 et 95⁹² réservant aux délits survenus par radio, télévision, internet ou tout autre média assimilable, de manière distributive, les lois des États « vers lesquels la personne dont la responsabilité est invoquée, dirige son activité » et aux atteintes liées aux droits de la personnalité notamment par diffamation la loi de l'État où se trouve le centre des intérêts de la personne lésée. Le juge tunisien ne fera que gagner en efficacité s'il interprète ainsi le critère du lieu du dommage subi en matière d'atteinte aux droits de la personnalité en se fondant comme le fait la jurisprudence européenne sur un faisceau d'indices pour identifier le public visé⁹³.

écrite ou d'une émission, le pays dans lequel le ou les éléments les plus significatifs du dommage surviennent ou menacent de survenir est réputé être le pays auquel la publication ou l'émission est principalement destinée ou, si cela n'est pas évident, le pays où le contrôle éditorial est exercé, la loi de ce pays étant applicable. Le pays auquel une publication ou émission est principalement destinée est déterminé notamment par la langue de publication ou de diffusion, ou le volume des ventes ou l'indice d'écoute dans un pays donné en proportion du total des ventes ou des indices d'écoute, ou une combinaison de ces facteurs. / 4. La loi applicable au droit de réponse ou aux mesures équivalentes et à toutes mesures préventives ou actions en cessation à l'encontre d'un éditeur ou organisme de radiodiffusion concernant le contenu d'une publication ou émission et la violation de la vie privée ou des droits de la personnalité dans le cadre du traitement des données personnelles est celle du pays où l'éditeur ou l'organisme de radiodiffusion a sa résidence habituelle ».

⁹⁰ P. DE VAREILLES-SOMMIÈRES et S. LAVAL, *Droit international privé*, op. cit., p. 1101 : « Cette méthode aurait permis à l'État du lieu du dommage de revendiquer son emprise normative législative uniquement lorsqu'il est en même temps, l'État dans lequel d'autres éléments peuvent être localisés, comme, par exemple, le domicile ou la résidence de la victime, le lieu de la maison d'édition ou le lieu de diffusion que connaissait, voire visait spécifiquement, l'éditeur ».

⁹¹ CJUE, 17 juin 2021, aff. C-800/19, *Mittelbayerischer Verlag*, pt 46 et dispositif.

⁹² Selon l'article 94, « le droit applicable aux obligations extracontractuelles est déterminé par le règlement (CE) n° 864/2007 du Parlement européen et du Conseil du 11 juillet 2007 sur la loi applicable aux obligations non contractuelles (« Rome II »). Hormis les cas où le présent code en dispose autrement et sous réserve des conventions internationales liant la France, les obligations extracontractuelles que le règlement visé au premier alinéa exclut de son champ d'application sont régies par le droit applicable en vertu dudit règlement ». Quant à l'article 95, il dispose que « lorsque le dommage est causé au moyen de la radio, de la télévision, d'internet ou d'un média assimilable, la loi visée à l'article 94 s'entend de la loi, appliquée de manière distributive, de chacun des États vers lesquels la personne dont la responsabilité est invoquée dirige son activité. À cet effet, il convient d'établir, à l'aide d'un faisceau d'indices, que le média concerné vise le public de chacun des États en cause. En cas d'atteinte à un droit de la personnalité ou de diffamation, par quelque moyen que ce soit, la loi visée au premier alinéa est la loi de l'État où se trouve le centre des intérêts de la personne lésée ».

⁹³ Madame Marie-Élodie ANCEL décrit avec beaucoup de finesse l'esprit de la théorie de la destination appliqué au conflit de lois en écrivant que « le mérite général du critère de la destination est d'offrir de résoudre le conflit de lois en tenant compte de la dynamique même de l'internet, qui rayonne partout dans le monde mais qui permet aussi à un site internet d'avoir un effet plus fort

Il découle de ce qui précède un dynamisme notable de la matière : de l'hésitation du Règlement Rome II ayant exclu de son champ d'application les « atteintes à la vie privée et aux droits de la personne, y compris de la diffamation », à la consécration pour cette même matière de la *lex damni* avec des contours assez bien définis par le projet de réforme du Règlement Rome II ainsi que par le projet de code de droit international privé français. Ce dynamisme tire les conclusions d'une progression lente de la jurisprudence européenne qui est parvenue à affiner le critère du lieu du dommage subi pour désigner, comme l'a proposé M. Pedro Cruz Villalón, Avocat général près la CJUE, « le pays où l'information diffusée serait particulièrement pertinente et où le titulaire du droit de la personnalité en cause aurait le centre de ses intérêts⁹⁴ » comme « centre de gravité du conflit entre les intérêts en jeu ». Mais le dynamisme ne s'arrête pas là. Le foisonnement de la jurisprudence comparée montre que la tendance en matière de liberté d'expression s'oriente vers la recherche de plus d'affinement : dans des situations particulières, d'autres critères de rattachement sont en train de se frayer un chemin pour une réponse mieux adaptée à la nature de l'atteinte.

B.- Vers une plus grande spécialisation des rattachements

La spécialisation, qui n'est autre qu'une définition qui se veut plus précise de la localisation de l'élément pertinent du litige, va croissant avec pour dessein le meilleur équilibre entre les intérêts légitimes. La jurisprudence européenne récente, jouissant d'une marge de liberté intéressante vu l'absence d'une règle de conflit spécifique à ce type de délit, en atteste. C'est ainsi qu'elle a écarté pour inadéquation le critère du centre des intérêts du demandeur victime lorsque celui-ci n'a pas été personnellement ciblé par le contenu en ligne mais qu'il s'en est senti offusqué eu égard au caractère général des propos. Le protagoniste principal était dans une intéressante affaire⁹⁵ un Polonais, ancien prisonnier du camp d'extermination d'Auschwitz. Il s'est senti offusqué dans « son identité et sa dignité nationale » en découvrant qu'un journal allemand, avait, au lieu de parler d'un « camp nazi implanté à Treblinka, dans la Pologne occupée pendant la seconde guerre mondiale », utilisé l'expression de « camp d'extermination polonais de Treblinka ». Le préjudice ne se cantonnait de ce fait pas à la seule personne du demandeur mais pouvait être potentiellement allégué par tout Polonais, quel que soit le lieu de ses centres d'intérêt. Cette différence de nature dans le préjudice à réparer engendre logiquement que la localisation soit reconsidérée⁹⁶. Le critère du lieu du centre des intérêts de la personne lésée

dans certains pays que dans d'autres, de toucher de manière variable les intérêts des personnes privées, des États et de l'ordre juridique international » (« La compétence législative à la croisée de deux logiques », art. préc., p. 190).

⁹⁴ P. CRUZ VILLALON, conclusions présentées le 29 mars 2011 sur aff. C-509/09 et C-161/10.

⁹⁵ CJUE, 17 juin 2021, arrêt préc.

⁹⁶ La même idée sous-tend les analyses concernant le cas du Musée national des Beaux-Arts de Santiago au Chili qui a exposé sur son site internet les œuvres artistiques d'un peintre chilien qui s'était exilé avant sa mort en France et dont les héritiers aussi résident dans ce dernier pays,

perd sa raison d'être car ce n'est justement pas cette personne-individu qui a pu en souffrir, mais la personne abstraite de tout Polonais. C'est en tout cas ce qu'avait bien analysé la Cour de Justice de l'Union Européenne en décidant que la compétence intégrale et extraterritoriale du for du centre des intérêts du demandeur ne doit être consacrée que si le contenu litigieux « comporte des éléments objectifs et vérifiables permettant d'identifier, directement ou indirectement, ladite personne en tant qu'individu⁹⁷ ». Cette condition est nécessaire pour que le défendeur, auquel le critère du centre des intérêts du demandeur fait perdre le privilège d'être attiré devant son for naturel, réalise un minimum de prévisibilité, et donc de sécurité juridique. Et Madame Marie-Élodie Ancel d'en déduire que « si un intérêt collectif est mis à mal, il faut explorer d'autres voies processuelles (par exemple par le truquement d'actions de groupe) ou comme dans l'affaire rapportée, se satisfaire d'une intervention diplomatique⁹⁸ ».

De la même manière, lorsque l'action en diffamation, se trouve dévoyée en prenant la forme de ce qui est désormais baptisé « poursuite-bâillon⁹⁹ », passant d'un outil de défense et de protection du demandeur victime contre une liberté d'expression exercée anarchiquement, à un moyen stratégique de pression et d'intimidation contre un défendeur, afin d'arrêter net l'exercice légitime de sa liberté d'expression et sa participation active dans le débat public¹⁰⁰, la vigilance du raisonnement juridique mène vers d'autres localisations protectrices de la victime réelle. L'enjeu est la préservation de la diversité du débat public et du pluralisme caractérisant la société démocratique. La récente résolution du 11 novembre 2021 du Parlement européen¹⁰¹ est allée dans ce sens invitant la Commission européenne à présenter

sans requérir les autorisations nécessaires des titulaires du droit d'auteur. Pour Madame Marie-Élodie ANCEL, c'est la « vocation totalement culturelle, [et] donc de portée universelle » (« La compétence législative à la croisée de deux logiques », art. préc., p. 194) qui rend inadéquat le critère de la destination. Et c'est ce qu'avait relevé la cour d'appel de Paris, saisie par les héritiers, en considérant que le site visait « nécessairement tant le public des amateurs d'art ou des historiens d'art qui est par essence un public international, ouvert sur le monde et recherchant sa documentation au-delà des frontières », y compris « le public français pertinent » (CA Paris, pôle 5, ch. 1, 9 septembre 2009, RG n° 08/17985).

⁹⁷ CJUE, 17 juin 2021, arrêt préc., pt 46 et dispositif.

⁹⁸ M.-É. ANCEL, « Un an de droit international privé du commerce électronique », *Comm. comm. électr.* 2022, n° 1, p. 16.

⁹⁹ Ce type de poursuite est aussi identifié dans le monde anglo-américain. Il prend le nom de *Strategic Lawsuits Against Public Participation*, et pour faire simple, on utilise l'acronyme *SLAPPs*.

¹⁰⁰ Le but de telles actions peut être « d'empêcher le signalement de violation du droit de l'Union [européenne] et du droit national, d'affaires de corruption ou d'autres pratiques frauduleuses et des enquêtes sur de tels agissements, ou encore d'empêcher ou d'altérer d'une autre manière la participation au débat public », fragment de la résolution du Parlement européen sur le renforcement de la démocratie ainsi que de la liberté d'expression et le pluralisme des médias dans l'Union européenne : l'utilisation abusive d'actions au titre du droit civil et pénal pour réduire les journalistes, les ONG et la société civile au silence [2021/2036 (INI)], 11 novembre 2021, pt. E.

¹⁰¹ PE, Résolution sur le renforcement de la démocratie ainsi que de la liberté d'expression et le pluralisme des médias dans l'Union Européenne : l'utilisation abusive d'actions au titre du droit civil et pénal pour réduire les journalistes, les ONG et la société civile au silence [2021/2036 (INI)], précitée. V. notamment le point 22 de la résolution, relatif à « la nécessité d'une action

des propositions visant à combattre ces procédures : on lira avec intérêt parmi les propositions celle d'amender les règlements Bruxelles I *bis* et Rome II assurant des compétences juridictionnelles et législatives protectrices de la victime d'une poursuite-bâillon¹⁰². L'idée qui sous-tend ces propositions est bien fondée. Mais la solution serait-elle dans l'uniformisation des règles de conflit et de compétence pour les questions d'atteinte à la personnalité en général ou serait-il plus intéressant de consacrer une compétence exceptionnelle du juge de la résidence habituelle de la victime dédiée à ce type particulier d'affaires ? Il est à notre sens plus logique de consacrer la deuxième branche de l'alternative, la solution étant dédiée à une situation très particulière.

Au-delà des solutions fondées sur la localisation du rapport de droit, la régulation de la liberté d'expression peut être sous-tendue par l'idée de l'impérativité. C'est alors d'une efficacité variable que le droit international privé fait preuve et c'est, à bien voir, tout un chantier qui commence.

III.- La régulation de la liberté d'expression par l'impérativité : un chantier qui ne fait que commencer

Pour assurer l'effectivité de la réglementation qu'il propose, le for pourrait être tenté de faire appel au mécanisme des lois de police ou de l'exception de l'ordre public. L'efficacité de ces mécanismes, tant qu'ils sont d'une application territoriale, est raisonnablement espérée¹⁰³. Mais l'efficacité de l'impérativité peut être entravée

législative » : « Le Parlement européen [...] partage l'avis des nombreux universitaires, praticiens du droit, organisations de la société civile et victimes qui attirent l'attention sur la nécessité d'une action législative contre le problème croissant des poursuites-bâillons ; demande instamment dès lors que les règlements Bruxelles I et Rome II soient modifiés en vue de prévenir le 'tourisme de la diffamation' ou la 'recherche opportuniste de juridiction' en prévoyant que le tribunal compétent et la loi applicable aux plaintes pénales ou aux poursuites civiles en matière de diffamation, d'atteinte à l'image et de protection de la réputation sont, en principe, ceux du lieu où le défendeur a sa résidence habituelle ; demande également l'introduction d'une règle sur le droit applicable en matière de diffamation qui soit uniforme et prévisible [...] ».

¹⁰² Art. 17 et s. du règlement n° 1215/2012 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale.

¹⁰³ V. sur la question de la prescription des actions en diffamation : CA Paris, 13 janvier 2003, *JCP G* 2004, II, 10018, note C. CHABERT, déclarant contraire à l'ordre public international français la prescription trentenaire de la loi ivoirienne en matière de délit de presse en tant qu'elle ne prévoit « aucun aménagement de nature à assurer la conciliation des règles régissant la responsabilité civile et du principe de la liberté d'expression » (sur cette affaire, v. aussi D. BUREAU et H. MUIR-WATT, *Droit international privé, op. cit.*, p. 522). Dans une autre affaire, la Cour de cassation française a qualifié de loi de police la prescription française de trois mois, applicable en matière de diffamation, évinçant ainsi la loi portugaise (Civ. 1, 19 octobre 2004, n° 02-15.680, *D.* 2005 p. 878, note C. MONTFORTS : « Attendu que la cour d'appel a relevé qu'il était reproché à M. A... B... d'avoir tenu au Portugal, en 1997, des propos imputant des vols d'outils à Joaquim X... Y... C... dans une école de Brioude pendant que son épouse y travaillait ; qu'elle en a exactement déduit qu'il s'agissait de propos de caractère diffamatoire, de sorte que devait être appliquée la prescription de trois mois de l'article 65 de la loi du 29 juillet 1881, loi de police et d'application immédiate excluant la loi portugaise désignée par la règle de conflit »).

lorsque l'État entend l'exporter. Tout dépend à ce moment-là de l'existence (B) ou non (A) d'un vrai conflit de valeurs.

A.- L'impérativité du caractère pluraliste de l'expression : une efficacité garantie dans le cadre européen pour absence d'un conflit de valeurs

L'exigence du pluralisme culturel de l'expression à travers le déploiement des moyens forts du droit international privé, dont l'impérativité de la loi du for, a un rapport qui semble paradoxal avec la liberté d'expression. Tout en se présentant comme une limitation de la liberté individuelle d'expression, il est une garantie de la liberté d'expression collective parce que correspondant à la meilleure façon de réaliser le droit du public à l'information, ce dernier droit étant à la base de la société démocratique.

La télévision fait l'objet dans ce cadre d'un traitement particulier, pour au moins deux raisons : d'abord eu égard au caractère limité des fréquences disponibles dans le secteur de l'audiovisuel, « ce qui exige le recours au mécanisme de la concession », contrairement au secteur de la presse où « aucun obstacle technique ne se dresse à l'entrée de nouveaux concurrents¹⁰⁴ », et ensuite en raison de la grande « force de pénétration de la communication audiovisuelle¹⁰⁵ ».

Dans ce cadre, une affaire¹⁰⁶ nous semble intéressante : en l'espèce, une chaîne de télévision, TV10 s'est installée au Luxembourg tout en ayant comme public cible les citoyens des Pays-Bas. Cela s'infère clairement de la source de ses capitaux, de la nationalité de son personnel, de la langue d'émission ou du sous-titrage de ses programmes, qui étaient tous néerlandais. Ce décalage entre le lieu de l'établissement choisi et le public ciblé par l'émission avait pour but de contourner l'application de la loi territorialement compétente si l'établissement s'était fait aux Pays-Bas, à savoir la loi néerlandaise¹⁰⁷, caractérisée par une réglementation assez stricte des produits médiatiques. Cette loi, de caractère impératif, a entre autres pour politique législative de maintenir un caractère pluraliste et non commercial du système audiovisuel afin de garantir une liberté d'expression effective pour toutes les composantes de la société¹⁰⁸. Elle sert de ce fait un intérêt général que préserve aussi la directive *Télé-*

¹⁰⁴ *Ibid.*

¹⁰⁵ M. VERPEAUX, « La liberté d'expression dans les jurisprudences constitutionnelles », art. préc., p. 149.

¹⁰⁶ CJCE, 5 octobre 1994, aff. C-23/93, *TV10 SA c. Commissariaat voor de Media*.

¹⁰⁷ En la matière, la loi est la *Mediawet* du 21 avril 1987 réglant la fourniture de programmes de radiodiffusion et de télévision, les redevances de radiotélévision et les mesures d'aides aux organes de presse (*Staatsblad* 1987, n° 249). Sur le régime mis en place par la *Mediawet* concernant le partage du temps d'antenne sur le réseau national, v. le rapport d'audience dans l'affaire C-353/89, disponible sur https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:985e2ff2-f8d8-445a-8bbo-4671a813ee7a.0001.06/DOC_1&format=PDF (page consultée le 15 juillet 2023).

¹⁰⁸ V. sur cette affaire, Y. BAAZAOU, *La méthode des intérêts*, th. préc., n°s 680 et s ; P. DEMARET, « L'accès au marché des services réglementés : la libéralisation du commerce des services dans

vision sans frontières (TSF)¹⁰⁹. En réponse à l'accusation faite par TV10 aux Pays-Bas de porter atteinte à son droit européen de liberté de prestation de service, la CJUE n'a pas condamné les Pays-Bas dont la Commission des médias a assimilé la chaîne étrangère à une chaîne nationale et lui a appliqué la loi interne, ce qui a conduit à interrompre la transmission de ses programmes aux Pays-Bas. La décision¹¹⁰ n'est point étonnante car la garantie du pluralisme culturel est promue en tant que valeur par la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, elle-même¹¹¹.

Plus fondamentalement, l'impérativité prônée par le for se trouve plus diluée avec la déterritorialisation du flux d'informations.

B.- L'efficacité douteuse de l'impérativité extraterritoriale comme réponse à la déterritorialisation du flux d'informations sur le Web

C'est un lieu commun en droit international privé que de souligner l'importance des frontières : l'espace y est en effet conçu comme fragmenté en territoires et la méthode de référence est celle de localiser l'objet du litige dans l'un de ces systèmes juridiques.

Or, c'est précisément cette caractéristique que l'évolution technique de l'espace numérique semble vouloir vider de son sens, en la rendant obsolète. Dans certaines situations, l'ubiquité d'internet se joue carrément de la localisation du droit international privé et il est certain que cette évolution n'est pas que technique, touchant forcément aussi les mentalités et les modes de la vie sociale, ce qui ne peut être sans conséquences sur le droit international privé dans sa quête de solutions prévisibles et équilibrées et/ou effectives.

le cadre du traité CE », *RIDE* 2002, p. 285.

¹⁰⁹ Directive 89/552/CEE visant à la coordination de certaines dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres relatives à l'exercice d'activités de radiodiffusion télévisuelle. Cette directive est présentée comme visant « à assurer la libre circulation des services de radiodiffusion au sein du marché intérieur tout en préservant certains objectifs importants d'intérêt public tels que la diversité culturelle, le droit de réponse, la protection des consommateurs et la protection des mineurs ».

¹¹⁰ Pour préserver le pluralisme au sein du média télévisé, la CJUE a décidé dans cette affaire qu'« un État membre [a le droit d']assimile[r] à un organisme de radiodiffusion national, un organisme de radiodiffusion constitué selon la législation d'un autre État membre et établi dans ce dernier État, mais dont les activités sont entièrement ou principalement tournées vers le territoire du premier État membre, lorsque cet établissement a eu lieu en vue de permettre à cet organisme de se soustraire aux règles qui lui seraient applicables au cas où il serait établi sur le territoire du premier État ».

¹¹¹ Dans CEDH, 24 novembre 1993, req. 13914/88, 15041/89, 15779/89 *et al.*, *Informationsverein Lentia et autres c. Autriche*, la Cour affirme que « le rôle fondamental de la liberté d'expression dans une société démocratique » consiste notamment à « communiquer des informations et des idées d'intérêt général, auxquelles le public peut d'ailleurs prétendre » et que « pareille entreprise ne saurait réussir si elle ne se fonde sur le pluralisme, dont l'État est l'ultime garant » (§ 38).

La différence de perception de l'étendue de la liberté d'expression entre les États peut faire en sorte qu'un contenu déterminé puisse être jugé dans un pays parfaitement acceptable et irrémédiablement inacceptable ailleurs. Par application des règles classiques de territorialité, la demande faite par un État à la société en question de ne plus permettre l'accès à ce contenu jugé nocif, aux personnes résidant habituellement dans le for, reçoit exécution dans la seule extension de ce moteur de recherche qui concerne ledit pays, puisque les serveurs sont localisés justement dans ce pays. Mais la solution pêche par un important manque d'efficacité : l'injonction n'engendre pas une impossibilité pour les internautes que l'État entend « protéger » d'accéder au même contenu via le même moteur de recherche en utilisant une extension différente dont les serveurs sont localisés ailleurs (« .com » au lieu de « .tn » ou « .fr »).

La question s'est posée dans la célèbre affaire qui date du début de l'ère Internet, en l'an 2000, et dans laquelle le moteur de recherche américain *Yahoo!* proposait une vente en ligne et aux enchères d'objets liés au nazisme et au déni de l'Holocauste. Ce contenu violait frontalement la loi pénale française qui, sur ce point, ne tolère pas la « liberté d'expression » et le juge français de considérer que le simple accès au site est suffisant à matérialiser le délit : c'est le critère de l'accessibilité qui est ici appliqué, impliquant une vision impérative extraterritoriale.

En dépit du fait que *Yahoo.fr* s'est inclinée et a bloqué l'accès au site, le TGI de Paris¹¹² a émis le 22 mai 2000 une injonction provisoire à l'encontre de *Yahoo.com* (société américaine) lui ordonnant de prendre les mesures nécessaires permettant d'empêcher efficacement l'accès en France auxdits sites. Pour le juge français, toute autre démarche serait trop faible¹¹³. Or, cela revenait clairement à se donner ainsi qu'à loi française une compétence extraterritoriale, voire universelle.

La question n'allait pas poser de problème si les acceptions française et américaine de la liberté d'expression étaient les mêmes mais il n'en était rien. L'interprétation par la jurisprudence des États-Unis d'Amérique du 1^{er} Amendement à la Constitution est très libérale, faisant de la liberté d'expression un droit presque absolu. Partant, du point de vue du tribunal du lieu de la situation des serveurs, à savoir celui du district de Californie saisi par une demande de *Yahoo.com* de déclarer inopposable la décision française, c'est bien l'acception française censurant le contenu en cause qui viole frontalement l'ordre public international américain dans sa composante relative à la liberté d'expression.

¹¹² TGI Paris, 22 mai 2000, *LICRA v. Yahoo ! Inc.*

¹¹³ Viser individuellement les internautes français traitant avec ce site serait une tâche difficile (difficulté de localisation et multiplication des actions en justice) et se contenter d'une interdiction à l'égard de *yahoo.fr* serait clairement insuffisant car l'accès reste possible sur le site de *Yahoo.com*. Sur ces points, v. P. S. BERMAN, « *Yahoo ! c. LICRA*, le droit international privé et la déterritorialisation des données », art. préc., p. 727.

Il y a là une prétention à l'universalité de deux conceptions très divergentes de la liberté d'expression et donc un conflit touchant aux valeurs. Un vrai conflit de cultures relativement à la liberté d'expression existe et s'il a été mis en exergue on ne peut plus clairement dans cette affaire, l'on peut affirmer qu'il se manifeste aussi à des degrés différents dans d'autres affaires¹¹⁴ où le droit international privé du for se croit doté d'une efficacité particulière, notamment lorsque la protection voulue est assurée par une loi impérative. Ainsi en est-il des lois protectrices des données personnelles¹¹⁵. Mais l'on s'interroge réellement sur l'effectivité de la mise en œuvre de ces lois quand la donnée à caractère personnel traitée l'a été par un moteur de recherche dont le serveur est situé ailleurs que dans le pays protecteur.

Le droit international privé subit ainsi une pression sans précédent par le monde nouveau d'Internet l'invitant à se chercher de nouvelles pistes de normativité, notamment en se tournant vers des modes de *régulation* comptant sur les nouveaux acteurs de la communication et sur un droit plutôt souple. C'est ainsi qu'un « Conseil de surveillance » qui se dit « indépendant » est institué par *Facebook* (appelé désormais *Meta*) depuis 2020. Sa mission est de décider quant aux litiges touchant à la liberté d'expression et impliquant les titulaires de comptes *Facebook*. Le Conseil de surveillance prend pour références des sources matérielles internationales émanant principalement des Nations Unies et les standards internationaux traitant des droits de l'homme¹¹⁶. Cette action s'intègre dans le foisonnement qui a donné naissance à

¹¹⁴ C'est ainsi que pour la protection des données, la question s'est posée avec acuité dans la jurisprudence comparée sur l'applicabilité de la loi interne à la protection des données lorsque celles-ci ont été placées dans un serveur localisé géographiquement en dehors de l'État qui a émis un ordre judiciaire pour que ces données lui soient divulguées et alors même que la société de stockage des données a choisi librement le lieu du stockage des informations utiles et qu'elle est établie sur le territoire de l'État ayant émis l'ordre. Faudrait-il retenir le lieu du stockage des informations comme outil mesurant l'extraterritorialité ou le lieu où la divulgation de ces données à l'État qui les demande ? L'une des affaires les plus récentes sur ce point est celle de *Microsoft Irlande (Microsoft Corp. v. États-Unis (Microsoft Irlande), in re Mandat de perquisition dans un certains compte de courrier électronique contrôlé et maintenu par Microsoft Corp.)* 829 F 3d 197, 200 (2d Cir. 2016) ; *Microsoft Corp. v. États-Unis (Mandat de perquisition dans un certain compte de courrier électronique contrôlé et maintenu par Microsoft Corp.)*, 855 F 3d 53 (2d Cir. 2017). V. sur cette affaire J. DASKAL, « *Microsoft Irlande et la régulation des contenus : les données, la territorialité et la voie à suivre* », in H. MUIR WATT, L. BIZKOVA, A. BRANDAO DE OLIVEIRA, D. P. FERNANDEZ ARROYO et M. MA (dir.), *Le tournant global en droit international privé*, Paris : Pedone, 2020, p. 743 et s.

¹¹⁵ La protection des données à caractère personnel forme de nos jours une base de données exploitable par le marché, bien que liées intimement à la personne humaine. Pour essayer de les protéger avec efficacité, on a adopté en Tunisie, la loi organique n° 2004-63 du 27 juillet 2004 portant sur la protection des données à caractère personnel et, en Europe, le Règlement général sur la protection des données (RGPD). Le règlement s'applique selon son article 3 § 2 « au traitement des données à caractère personnel relatives à des personnes concernées qui se trouvent sur le territoire de l'Union par un responsable du traitement ou un sous-traitant qui n'est pas établi dans l'Union » ; il définit de ce fait son champ d'application international d'une manière expresse et le caractère d'ordre public de ses dispositions (et la même chose peut être dite de la loi tunisienne de 2004) permet leur application même lorsqu'une loi étrangère applicable.

¹¹⁶ M.-É. ANCEL, « Un an de droit international privé du commerce électronique », art. préc., n° 10. V. aussi P. S. BERMAN, « *Yahoo ! c. LICRA, le droit international privé et la déterritorialisation des données* », art. préc., p. 740 et s. : Après la vision « rigidement territoriale » qui a prévalu

un Code des bonnes pratiques contre la désinformation, signé et présenté le 16 juin 2022 par trente-quatre signataires¹¹⁷, dont *Facebook*, ayant adhéré au processus de révision du code de 2018 selon les orientations de la Commission européenne¹¹⁸. Parmi les desseins de cette effervescence, l'on trouve l'affirmation d'une responsabilité plus grande des moteurs de recherche.

Ces derniers, et à moins d'une signalisation du contenu par un tiers comme étant illicite, sont habitués à une sorte d'immunité¹¹⁹ du fait qu'ils ne sont pas des « éditeurs de contenus » mais de simples « prestataires techniques ». En effet, et à la différence des éditeurs de contenus, les moteurs de recherche ne sont que de simples fournisseurs d'accès, n'ayant pas de contrôle sur les contenus publiés¹²⁰. Aux États-Unis, cette immunité est consacrée législativement par la fameuse Section 230 du *Communications Decency Act*, issu d'une loi votée en 1996 par le Congrès et réglementant les contenus sur internet¹²¹. Cette immunité dont profitent les plateformes numériques en cas de contenu illicite non signalé est jusque-là considérée comme partie prenante de la liberté d'expression en ce qu'elle facilite l'accès à l'information à celui qui la cherche. Mais elle a dernièrement été pointée du doigt

pendant le XIX^e siècle et celle « fonctionnaliste fondée sur la nature des contacts avec le territoire du for », c'est vers une « vision plus cosmopolite et pluraliste du droit international privé » qu'il faut tourner le regard concevant la communauté comme « un ensemble d'affiliations multiples et non exclusives ». Pour l'auteur, les États-nation ne sont plus les mêmes en présence de tous ces flux transnationaux impressionnants d'informations, de personnes et de capitaux. Ce changement touchant de plein fouet le caractère unifié de ces sociétés ne peut être sans impact sur la légitimité du monopole qu'exerçaient les États sur la production normative. D'où l'entrée sur la scène de la production normative de nouveaux acteurs (des quasi-législateurs ou agents responsables de l'application de la loi) représentant des communautés « non-étatiques ». L'auteur en déduit joliment que « la loi n'est pas simplement le commandement coercitif d'un pouvoir souverain, mais un langage pour imaginer des mondes alternatifs futurs ».

¹¹⁷ Parmi lesquels nous pouvons citer Microsoft, Google, Meta, TikTok, Instagram, Snapchat... Pour la liste entière, v. <https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/library/signatories-2022-strengthened-code-practice-disinformation>. Il est à signaler que Elon Musk a retiré Twitter du Code de bonnes pratiques. V. G. Roux, « *Twitter se retire du code européen de bonnes pratiques contre la désinformation, un nouveau bras de fer entre la plateforme et l'UE* », France TV, disponible sur https://www.francetvinfo.fr/internet/reseaux-sociaux/twitter/twitter-se-retire-du-code-europeen-de-bonnes-pratiques-contre-la-desinformation-un-nouveau-bras-de-fer-entre-la-plateforme-et-l-ue_5854946.html.

¹¹⁸ Sur ces orientations, v. https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/fr/ip_21_2585.

¹¹⁹ Civ. 1, 17 février 2011, n° 09-67.896, *Sté Nord-Ouest Production et Sté UGC Image c. Sté Dailymotion*.

¹²⁰ E. DÉRIEUX, « Régime de la presse en ligne : entre spécificités et unicité du droit des médias », *Légicom* 2011/1, p. 142 : « Compte tenu d'un système d'indexation automatique, ne peuvent pas être présumés avoir connaissance du contenu auquel ils permettent l'accès ».

¹²¹ L'alinéa c.1 dispose en effet qu'« aucun fournisseur ou utilisateur d'un service informatique interactif ne doit être traité comme l'éditeur ou l'auteur d'une information provenant d'un autre fournisseur de contenu informatif ». Le *Communications Decency Act* comprend également un alinéa c.2 exonérant le fournisseur ou l'utilisateur de responsabilité civile de « toute mesure prise volontairement et de bonne foi pour restreindre l'accès ou la disponibilité de matériel que le fournisseur ou l'utilisateur considère comme obscène, lascif, dégoûtant, excessivement violent, harcelant ou autrement répréhensible, que ce matériel soit ou non protégé par la constitution ». Cette disposition fut le centre d'un important différend ayant opposé *Twitter* à Donald TRUMP, alors président des États-Unis d'Amérique et en campagne électorale pour se faire réélire.

devant la Cour suprême des États-Unis par la demanderesse dans la célèbre affaire *Gonzales*¹²² demandant à évaluer la responsabilité des plateformes numériques, notamment *Google*, dans l'amplification de contenus terroristes publiés en ligne. Par une très attendue décision, la Haute Cour américaine a estimé le 18 mai 2023 que la démonstration par les requérants d'une « participation consciente, volontaire et coupable [de la plateforme] aux actes répréhensibles d'autrui » n'a pas été apportée. Et elle a rejeté lesdites allégations confirmant l'idée de l'immunité des plateformes numériques¹²³. Une décision contraire aurait « ébranlé l'économie du numérique¹²⁴ ».

Cela ne veut pas dire que la responsabilisation des géants du numérique est au point mort. En France, la loi du 24 août 2021¹²⁵ instaure jusqu'à la fin 2023, un

¹²² La famille GONZALEZ accuse *Google*, à la suite du décès de leur fille dans les attentats de Paris de novembre 2015, d'avoir participé à travers *YouTube* dont il est propriétaire, à la diffusion de vidéos de propagande de l'État islamique via son algorithme de recommandation, eu égard aux contenus susceptibles d'inciter à la radicalisation. Pour plus de détails sur cette affaire, v. V. NDIOR, « États-Unis : La Cour suprême se prononce dans les affaires *Taamneh* et *Gonzalez* », *Blog du Club des Juristes* 2 juin 2023, accessible sur www.leclubdesjuristes.com/international/etats-unis-la-cour-supreme-se-prononce-dans-les-affaires-taamneh-et-gonzalez-549, consulté le 15 juillet 2023.

¹²³ Deux décisions portant sur des questions semblables ont été rendues le 18 mai 2023 par la Cour suprême des États-Unis d'Amérique : *Gonzalez c. Google* (sur les étapes de cette affaire, v. <https://www.scotusblog.com/case-files/cases/gonzalez-v-google-llc/>) et *Twitter c. Taamneh* (sur les étapes de cette affaire, v. <https://www.scotusblog.com/case-files/cases/gonzalez-v-google-llc/> ; la décision accessible sur https://www.supremecourt.gov/opinions/22pdf/21-1496_d18f.pdf).

¹²⁴ V. NDIOR, « États-Unis : La Cour suprême se prononce dans les affaires *Taamneh* et *Gonzalez* », art. préc. Et ce n'est pas étonnant de voir que cette affaire a suscité un grand intérêt et que de nombreux mémoires d'*amicus curiae* ont été déposés par des ONG afin de tenter d'éclairer la cour.

¹²⁵ Loi n° 2021-1109 du 24 août 2021 confortant le respect des principes de la République dite « loi CRPR » ou encore dite « loi séparatisme ». Cette loi apporte entre autres des modifications à la loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique. Ainsi l'article 42 de la loi de 2021 ajoute à la loi de 2004 un article 6-4-I ainsi formulé : « Les opérateurs de plateforme en ligne définis à l'article L. 111-7 du code de la consommation qui proposent un service de communication au public en ligne reposant sur le classement, le référencement ou le partage de contenus mis en ligne par des tiers et dont l'activité sur le territoire français dépasse un seuil de nombre de connexions déterminé par décret, qu'ils soient ou non établis sur le territoire français, concourent à la lutte contre la diffusion publique des contenus contrevenant aux dispositions mentionnées au troisième alinéa du 7 du I de l'article 6 de la présente loi ainsi qu'aux troisième et quatrième alinéas de l'article 33 de la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse ». Les contenus illicites visés par le 3^e alinéa du 7 du I de l'article 6 de la loi de 2004 sont définis comme « l'apologie, la négation ou la banalisation des crimes contre l'humanité, la provocation à la commission d'actes de terrorisme et leur apologie, l'incitation à la haine raciale, à la haine à l'égard de personnes à raison de leur sexe, de leur orientation sexuelle, de leur identité de genre ou de leur handicap ainsi que la pornographie infantile, l'incitation à la violence, notamment l'incitation aux violences sexuelles et sexistes, ainsi que les atteintes à la dignité humaine ». Le contenu illicite visé par l'article 33 de la loi de 1881 consiste en l'injure commise par les supports visés par l'article 23 de la même loi (« soit par des discours, cris ou menaces proférés dans des lieux ou réunions publics, soit par des écrits, imprimés, dessins, gravures, peintures, emblèmes, images ou tout autre support de l'écrit, de la parole ou de l'image vendus ou distribués, mis en vente ou exposés dans des lieux ou réunions publics, soit par des placards ou des affiches exposés au regard du public, soit par tout moyen de communication au public par voie électronique ») « envers une personne ou un groupe de personnes à raison de leur origine ou de leur appartenance ou de leur non-appartenance à une ethnie, une nation, une race ou une religion déterminée » et

régime de modération des contenus illicites qui, par le caractère répressif des sanctions¹²⁶, responsabilise les plateformes en ligne et les fait « concourir » à l'effort de lutte contre les contenus illicites lorsqu'elles visent le public français (théorie de la destination) et ce quel que soit le lieu de leur établissement¹²⁷. Cette loi, habilite le Conseil supérieur de l'audiovisuel (CSA) à superviser les processus de modération mis en place par les réseaux sociaux, plateformes de partage de vidéos, moteurs de recherche... La loi de 2021 est adoptée en prévision d'un règlement européen : le *Digital Services Act* (DSA) ou règlement sur les services numériques¹²⁸ du 19 octobre 2022 qui entrera en application pour les très grandes plateformes en ligne et les très grands moteurs de recherche¹²⁹ le 25 août 2023¹³⁰ et il est doté de moyens assez performants.

À une échelle beaucoup moindre mais dans le même sens de la responsabilisation ascendante de tout intervenant, la Cour européenne des droits de l'homme vient de considérer que la responsabilité d'un titulaire de compte dans un réseau social déterminé peut être engagée lorsqu'il ne supprime pas, après l'avoir consulté, un contenu illicite rédigé par un tiers sur sa page¹³¹, en soulignant que c'est en sa qualité de « producteur de contenu » que la condamnation est prononcée.

« l'injure commise dans les mêmes conditions envers une personne ou un groupe de personnes à raison de leur sexe, de leur orientation sexuelle ou identité de genre ou de leur handicap ».

¹²⁶ De fortes sanctions financières pourraient être prononcées. Elles peuvent atteindre 20 millions d'euros ou 6 % du chiffre d'affaires mondial.

¹²⁷ Cela se déduit de l'article 42 de la loi française du 24 août 2021 précitée qui vise « les opérateurs de plateforme en ligne... qui proposent un service de communication au public en ligne reposant sur le classement, le référencement ou le partage de contenus mis en ligne par des tiers et dont l'activité sur le territoire français dépasse un seuil de nombre de connexions déterminé par décret, qu'ils soient ou non établis sur le territoire français ».

¹²⁸ Règlement 2022/2065 du Parlement européen et du Conseil du 19 octobre 2022 relatif à un marché unique des services numériques.

¹²⁹ Une première série de ces intervenants a été publiée sur le site de la Commission européenne le 25 avril 2023. Dix-sept très grandes plateformes sont concernées : *Alibaba AliExpress, Amazon Store, Apple AppStore, Booking.com, Facebook, Google Play, Google Maps, Google Shopping, Instagram, LinkedIn, Pinterest, Snapchat, TikTok, Twitter, Wikipedia, YouTube et Zalando*. Deux très grands moteurs de recherche sont aussi concernés : *Bing et Google Search*.

¹³⁰ On peut lire un résumé de l'apport du texte, publié le 23 avril 2023, sur le site français de *Vie publique* dans <https://www.vie-publique.fr/eclairage/285115-dsa-le-reglement-sur-les-services-numeriques-ou-digital-services-act>. Ainsi, pour mieux maîtriser le flux des informations qui circulent, « les plateformes en ligne devront proposer aux internautes un outil leur permettant de signaler facilement les contenus illicites. Une fois le signalement effectué, elles devront rapidement retirer ou bloquer l'accès au contenu illégal. Dans ce cadre, elles devront coopérer avec des 'signaleurs de confiance'. Ce statut sera attribué dans chaque pays à des entités ou organisations en raison de leur expertise et de leurs compétences. Leurs notifications seront traitées en priorité » et dans tous les pays de l'UE, un « "coordinateur des services numériques", autorité indépendante désignée par chaque État membre, sera mis en place ». En cas de non-respect du DSA, des astreintes et des sanctions pourront être prononcées. Pour les très grandes plateformes et les très grands moteurs de recherche, la Commission pourra infliger des amendes pouvant aller jusqu'à 6 % de leur chiffre d'affaires mondial. Et en cas de violations graves et répétées au règlement, les plateformes pourront se voir interdire leurs activités sur le marché européen ».

¹³¹ CEDH, 15 mai 2023, req. 45581/15, *Sanchez c. France*. Les propos étaient de nature raciste. Et il s'infère de l'arrêt une obligation pour un titulaire de compte sur un réseau social de supprimer

Il s'agit là d'un bourgeonnement actif qui vient à la suite de la prise de conscience que l'effectivité de la protection des valeurs fondamentales de la société ne peut être assurée que par une responsabilisation accrue des intervenants directs. Et quand ces intervenants sont aussi grands que les géants du numérique, le droit international privé classique se découvre parfois à court d'idées et le conflit de cultures n'y aide pas forcément. De nouvelles sources apparaissent alors forçant ces intervenants hors-norme à converger vers une nouvelle culture responsabilisante où ils jouent un rôle crucial dans la réalisation de l'effectivité de la valeur à protéger. La perte de l'État en termes d'exclusivité dans la réglementation des rapports internationaux se poursuit ainsi avec une vitesse qui devient vertigineuse en touchant au monde du numérique. L'État n'a plus vraiment le choix : il doit apprendre à compter sur des « partenaires » dont les intérêts sont principalement commerciaux et qui ne sont pas des plus dociles vu leur puissance financière et technologique et l'étendue géographique de l'intervention de leurs services.

les commentaires haineux et racistes émis par des tiers sur sa page.

REVUE JURIDIQUE DE LA SORBONNE SORBONNE LAW REVIEW

Appel à contributions n° 9/24

La Revue Juridique de la Sorbonne – Sorbonne Law Review lance un appel à contributions pour son huitième numéro à paraître en décembre 2023.

La Revue a pour ambition de publier des travaux de recherche qui peuvent intéresser la communauté des juristes et des chercheurs. Ces travaux peuvent explorer différents lieux et temporalités du droit sans restriction, mais sont invités à proposer des analyses susceptibles d'éclairer le plus grand nombre sans se contenter d'une vision trop circonscrite. Des travaux mettant en perspective le droit avec d'autres sciences humaines y trouveraient également bon accueil.

Les soumissions d'articles peuvent être en français ou en anglais, dans la limite de 60 000 caractères espaces compris.

Les chercheurs intéressés peuvent envoyer leurs contributions complètes, ainsi qu'un court résumé et une sélection de mots-clés, en français et en anglais, à l'adresse :

*irjs-editions@univ-paris1.fr
au plus tard le 20 mars 2023*

Le titre, le résumé et les mots-clés de l'article devront être en français et en anglais.

Les auteurs des articles sont invités à préciser leur nom en début d'article, leur affiliation institutionnelle et leur grade académique, ainsi que leurs coordonnées (postale et électronique).

Les contributions, originales, devront être envoyées au format Word (.doc ou .docx), police Constantia, 12, interligne de 16 points, références bibliographiques incluses dans les notes de bas de page numérotées de façon continue.

L'évaluation des articles soumis à la rédaction est effectuée en double aveugle par les membres du comité scientifique de la revue ou des membres externes le cas échéant, selon les domaines de compétences sollicités par l'article.

La Revue Juridique de la Sorbonne est un périodique semestriel numérique en libre accès, sous licence Creative Commons (BY) (NC) (ND). Pour en savoir plus : <https://irjs.pantheonsorbonne.fr/revue-juridique-sorbonne/politiques-publication>.

