



Le juge et l'émotion

Emmanuel Jeuland

► To cite this version:

| Emmanuel Jeuland. Le juge et l'émotion. 2018. hal-01790855v2

HAL Id: hal-01790855

<https://hal.science/hal-01790855v2>

Preprint submitted on 31 Aug 2018 (v2), last revised 13 Nov 2020 (v9)

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

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

Le juge et l'émotion.

Emmanuel Jeuland, professeur à l'école de droit de la Sorbonne, Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne.

Il semble acquis à la suite des découvertes des neurosciences que Descartes s'est trompé en distinguant le corps et l'esprit, la raison et l'émotion¹. Une raison sans émotion conduit à de mauvaises décisions, des émotions mal contenues conduisent à de mauvaises intuitions. Un mouvement Droit et Emotion s'est développé aux Etats-Unis pour approfondir l'importance des émotions dans le raisonnement juridique et judiciaire. Comment penser la relation entre droit, juge et émotion dans le pays de Descartes, non seulement son pays d'origine, mais le pays qui a intégré sa pensée au point d'être dit cartésien. C'est aussi en France que s'est développé l'histoire des émotions avec l'école dite des Annales². Sans entrer dans un débat philosophique sur la fameuse erreur de Descartes qui n'en est peut-être pas une (voir plus loin), il importe d'articuler droit et émotion dans un raisonnement judiciaire de *civil law*. Il s'agit de ne pas succomber à l'"emotional turn" sans sauver la démarche rationnelle passant par l'application formelle d'une règle de droit. Cette recherche peut contribuer à mieux discerner la différence entre un juge et un médiateur et aussi saisir les limites d'une justice prédictive qui ne serait fondée que sur la raison.

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

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

Lors d'un séminaire à Nanterre, nous nous sommes posés collectivement plusieurs questions à cet égard³ : le juge reste-t-il juge dans sa vie privée, si bien que l'émotion de se retrouver face à une personne qu'il connaît ne modifie pas sa capacité de jugement et son impartialité ? Peut-on dire que la colère, l'irritation, la peur, le début d'un rire sont des éléments subjectifs tenant à la personnalité du magistrat ? (la personnalité renvoie à une subjectivité mais pas forcément à la relativité de la décision. En effet, dans une situation singulière, on a besoin d'un juge qui s'exprime pas des émotions liées à sa personnalité) En cours de délibéré le juge a-t-il oublié ses émotions d'audience pour faire un raisonnement à froid ? (S'il n'y a pas de continuité, les émotions ne jouent pas réellement de rôle dans le jugement qui est essentiellement fondé sur la raison) Faut-il maintenir les jurés populaires plus émotifs que les juges professionnels et attacher de l'importance à l'émotion dans le jugement, sachant que la procédure sert à canaliser ces émotions ? Faut-il faire des émotions un élément prescriptif qui conduirait parfois à favoriser le justiciable qui émeut plus qu'un autre ? Dans un jugement, l'émotion est-elle seulement canalisée, ou bien est-elle utilisée pour aboutir au jugement le plus équilibré ? Le juge n'a-t-il pas des outils à sa disposition pour traduire ses émotions tels que le délai de grâce, le délai d'expulsion ou l'article 700 CPC en cas de recours abusif ? Cependant, un testament *ad irato* (rédigé sous le coup de la colère) n'a pas été annulé par la Cour de cassation, elle n'a donc pas tenu compte de l'émotion d'une partie⁴. Un juge d'instance présent au séminaire de Nanterre raconte qu'on ne dit rien sur les émotions à l'ENM, si ce n'est qu'il ne faut pas les nier mais prendre ses distances. Un numéro vert est distribué à tous les juges en cas de problème psychologique et il y a des groupes de parole dans les tribunaux. Or, n'est-il pas dangereux de mettre ses émotions à distance et de se couper des émotions pour parvenir au jugement ? L'intuition

³ A l'instigation d'Eric Millard, j'ai été invité à Nanterre pour parler de la relation du juge à ses émotions. La séance du 2 février 2017 fut mémorable. Étaient notamment présents, parmi beaucoup d'autres, X Lagarde, JL Halpérin, M Nioche, V. Champeil-Desplats, etc. J'ai projeté les 6 premières minutes de "Toutes nos envies" de Philippe Lioret qui raconte l'histoire de deux juges d'instance qui parviennent à modifier la jurisprudence en matière d'office du juge en droit du surendettement. Dans ces six premières minutes une juge d'instance rencontre la mère de l'amie de sa fille à l'école puis, coïncidence, la retrouve face à elle comme défenderesse surendettée dans son tribunal. Emue, elle ne se déporte par et se met en colère contre l'avocat de la société de crédit.

⁴ Cass. 1^{re} civ., 30 septembre 2009 N° de pourvoi: 08-17919 **Publié**.

est-elle cognitive ou émotionnelle ? (C'est la raison la plus rapide qui soit, qui va directement à la solution) Faut-il "gérer" ses émotions pour sortir d'une situation binaire, mettre de la nuance, notamment en méditant et parvenir à un meilleur jugement ? S'agit-il de gérer ses émotions ou de les utiliser au mieux, en les articulant avec la raison ? La procédure sert-elle à canaliser les émotions pour les mettre en mesure d'apporter le meilleur jugement ? (Cela paraît être le cas lorsque le président du tribunal usant de son pouvoir de police de l'audience met fin à une intervention ou plaidoirie trop passionnée. De même, les règles d'impartialité permettent de disposer d'un juge qui a des émotions sans parti-pris, sans conflit d'intérêt) Quant à la motivation, doit-elle prendre en compte les émotions qui sont à l'origine du jugement ? Cela pourrait être logique dans une version prescriptive⁵ du mouvement Law and Emotions ; d'ailleurs l'émotion du juge peut se traduire par des adjectifs et des adverbes mais est-ce pour permettre au juge d'exprimer son émotion ou pour expliquer aux parties subtilement la solution du litige ?⁶ Est-ce que la motivation habille des émotions inavouables ou est-ce qu'elle laisse passer discrètement l'expression de telles émotions pour faire comprendre la solution aux parties ? Faut-il s'intéresser au rite judiciaire pour comprendre les émotions ?⁷

Pour répondre à ces questions nous formerons une hypothèse. Si l'on considère que le droit est, avant tout, un ensemble de rapports de droit⁸, le dispositif du procès permet d'accueillir les émotions et, comme pour toute émotion, de laisser un temps de réponse. La relation de fait est un élément du rapport de droit, il s'agit d'une interaction émotionnelle. Le rapport de droit comporte un deuxième élément qui est la représentation symbolique de cette interaction par des symboles au sens strict, des mots, un tiers de référence, un espace virtuel entre les parties qui devient réel dans le tribunal. Si l'on considère le rapport de droit comme un dispositif symbolique, c'est-à-dire un espace entre deux personnes sous l'égide d'un tiers

⁵ Information fournie par E. Millard qui indique que le congrès de 2015 à Washington de l'association internationale de théorie du droit a justement porté sur les émotions et leur nécessaire utilisation.

⁶ Remarque de X. Lagarde.

⁷ Remarque de F Bellivier, voir un colloque à l'université Cardozo sur les émotions et les rituels judiciaires, 27-28 avril 2014.

⁸ V. notre essai, *Théorie relationiste du droit*, LGDJ, 2016.

désintéressé, il y a, dès lors, une relation à faire entre émotion et symbole. Or, le symbolique est plus rapide que les mots car les symboles peuvent être vus comme des analogies émotionnelles. La motivation parviendrait ainsi à mettre en mots les émotions. On peut de cette manière intégrer l'émotion dans le rapport de droit de fond, mais aussi dans le rapport procédural. L'émotion du juge doit être conçue de telle sorte qu'elle maintient l'équilibre des rapports de droit entre les parties. Elle doit être intégrée dans le raisonnement judiciaire sans jamais basculée en faveur d'une des parties.

Pour démontrer cette position, il convient tout d'abord d'étudier le mouvement *Law and Emotion* - il apparaîtra que le caractère prescriptif des émotions est assez dangereux, que le mouvement est assez factuel et qu'il ne tient pas compte des relations entre émotions et symbole (chap. 1) - , puis d'envisager les émotions dans les principales théories du droit - il apparaîtra qu'aucune théorie du droit classique ne fait une place juridiques aux émotions (chapitre 2) - avant de l'envisager dans une approche relationiste du droit - il apparaîtra que concevoir le droit comme un ensemble de rapports juridico-symboliques permet d'intégrer les émotions en droit sans les subir - cette dernière approche pourrait convenir au juge français qui reste cartésien (chapitre 3). Notre approche n'est pas psychologique⁹ ou sociologique¹⁰ mais étudie la question du juge et de l'émotion à l'aune des différentes théories du droit.

⁹ Il serait possible de mener une recherche empirique sur la psychologie des juges et leurs émotions mais ce n'est pas la méthode retenue ici.

¹⁰ Il s'agit d'étudier les différentes théories du droit en relation avec les émotions. Une autre approche plus empirique pourrait par exemple consister à repérer l'usage des adverbess dans les arrêts de la Cour de cassation pour savoir s'il traduit des émotions de colère, notamment.

Chapitre 1.- Le juge dans le mouvement *Law and Emotion*.

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

1.- Le concept philosophique d'émotion.

Deux philosophes, Deonna et Teroni, ont présenté une synthèse du concept philosophique d'émotion en retenant cinq éléments¹¹ :

- une émotion possède une certaine durée, de quelques secondes à quelques heures. Si elle dépasse quelques heures, elle se mue en sentiment un trait de caractère, par exemple une personne en colère devient colérique.
- une émotion est ressentie physiquement. Elle est consciente et se traduit physiquement par une rougeur, des palpitations, des douleurs dans le ventre ou une montée d'adrénaline. L'émotion implique donc des éléments physiques, chimiques et organiques. Une culpabilité qui ronge une personne de manière inconsciente n'est pas une émotion. Un désir, au contraire, peut être inconscient. Si une personne ne ressent pas consciemment une émotion qu'une autre ressentirait à sa place, on peut dire qu'elle réprime cette émotion.
- Une émotion a un objet. On est en colère contre quelqu'un ou quelque chose. On a peur de quelque chose, un chien par exemple. Une angoisse diffuse n'est pas une émotion car elle se définit justement par le manque, un manque de quelque chose.
- Une émotion implique un élément de connaissance. L'émotion est un signal : la peur signale le danger, le dégoût d'un aliment peut signaler qu'il est avarié ou qu'il est dangereux pour une personne. Un animal, en ce sens, peut avoir des émotions. Ce n'est pas une simple perception.
- Une correction de l'émotion est possible, non pas forcément un contrôle *ab initio* car c'est un phénomène physique assez irrépressible mais un contrôle progressif. C'est le cas par exemple d'une personne qui a peur d'un chien, son propriétaire

¹¹ Qu'est-ce qu'une émotion ? Vrin, rééd 2016, p. 13.

lui dit qu'il n'est pas dangereux et la peur cesse. L'émotion est liée à l'intention et donc aussi d'une manière complexe à la raison. Une émotion est une énergie qui transporte de l'information et nous met en mouvement, elle disparaît si on l'accueille. On passe d'un phénomène physique à une information mentale et à une action physique : fuir le danger ou ne plus en avoir peur, se mettre en colère ou se calmer, etc.

L'émotion est donc un processus. Pour autant, même s'il existe des éléments biologiques universels dans le processus émotionnel qui ont été mis à jour par les neurosciences, les émotions varient grandement selon les cultures et l'histoire si bien qu'il faut les voir tout autant comme une réalité culturelle construite. Un débat persiste d'ailleurs concernant la classification des émotions qui justement peut varier d'une culture à l'autre. On peut dire qu'il existe quatre émotions primaires : la colère, la peur, la joie et la tristesse. Mais il existe de nombreuses nuances pour chacune d'elle. Certaines émotions sont admises par tous, (la colère ou la peur) d'autres sont plus discutées (la joie, la satisfaction, etc.). Selon les auteurs, il est possible de distinguer entre 4 et 10 familles d'émotions de base. Darwin retenait 7 familles d'émotions qui selon lui partageaient une expression faciale universelle : le bonheur (ou la joie), la tristesse, la colère, le dégoût, la peur, la surprise, le mépris. Au moyen-âge, l'émotion de vergogne mêlait la peur et la pudeur. En Chine, la rumination intérieure est classée parmi les émotions.

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

Ce qui est discuté est la question de la relation entre les émotions et les valeurs. Par exemple, est-ce qu'on se met en colère car une personne a heurté nos valeurs d'honnêteté ? Est-ce que l'on est joyeux car un événement correspond à nos valeurs de vie ? Cette analyse ne

peut fonctionner pour l'animal et on perd donc la naturalité de l'émotion en admettant la relation entre émotion et valeur. On perd aussi son universalisme car les valeurs varient. Par ailleurs, on ne voit pas quelle valeur est présente quand on a peur d'une araignée sauf une vague valeur de vie qui viendrait du fond des âges et d'un temps où les araignées pouvaient être dangereuses.

De l'Antiquité à nos jours, de nombreux philosophes et chercheurs se sont penchés sur les familles d'émotions. Aristote (384-324 av. J.-C.) cite la colère, la pitié, la peur et le désir ainsi que leurs opposés et précise qu'elles sont suivies de plaisir ou de douleur. Descartes (1596-1650), énumère six "passions primitives" (l'admiration, l'amour, la haine, le désir, la joie et la tristesse) et 34 autres passions, qui naissent des combinaisons des six premières ou qui en découlent.

La conception moderne et contemporaine de l'émotion est restée négative jusqu'à dans les années 1980 : elle était vue comme une limitation des actions raisonnables et de la plénitude de l'être. On retrouve pêle-mêle cette conception chez les philosophes de l'antiquité (notamment Platon qui considère l'émotion comme une « maladie de l'âme »), dans la plupart des religions (les émotions poussent aux péchés chez les chrétiens notamment ; les émotions parasitent l'accès au Nirvana chez les disciples de Bouddha), mais également chez les philosophes modernes tel Descartes. Néanmoins, ce dernier introduit l'idée novatrice et peu chrétienne selon laquelle les émotions ne nous poussent pas à la faute, mais à nous satisfaire. Il appartient alors à l'âme de « gérer » ces émotions de manière à les rendre raisonnables et donc socialement acceptables. Cette conception cartésienne des émotions est celle que nous avons spontanément en tête en France.

Pour Descartes¹², l'âme est la chose qui veut et qui délibère, alors que les passions venant du corps, émeuvent l'âme. Pour lui, les passions appartiennent bien à l'âme, mais elles n'en dépendent pas. C'est pourquoi Descartes et ses successeurs cesseront de parler de passion pour préférer le terme d'« émotion » comme ce qui est causée par un mouvement du corps. Les émotions ne peuvent être intellectuelles, car

¹² Le « Traité des passions » (1649), éd. de Poche 1996.

elles viennent du corps et agissent sans médiation sur la personne. Dans la philosophie cartésienne, il faut mettre à distance ses émotions pour porter les évaluations les plus objectives possibles. Descartes est dualiste en ce qu'il oppose le corps et l'âme, mais il n'oppose pas radicalement pensées rationnelles et émotions. Les émotions font, pour lui, partie du processus de connaissance. Il s'agit cependant d'une connaissance assez confuse qui prend son origine dans le corps et qui n'a pas une grande valeur. On peut se demander si l'erreur de Descartes n'a pas été quelque peu exagérée par Damasio. Descartes considère l'union de l'âme et du corps, des émotions et de la raison comme étant essentiel. Son dualisme a souvent été caricaturé alors qu'elle lui est nécessaire pour établir l'union du corps et de l'âme et l'influence du corps sur l'âme¹³.

Le psychologue américain du 19^e siècle, William James (1842-1910), opère un renversement par rapport à Descartes : le corps s'impose désormais à l'esprit. L'émotion est liée à une réaction physiologique dans la situation perceptive. Elle est donc nécessairement assez brève. Si je vois un ours (perception), je me mets à courir (réaction physiologique) puis je prends peur en prenant conscience de mon corps (réaction émotionnelle).

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

2.- Présentation du mouvement *Law and Emotion*.

Le courant de pensée intitulé *Law and Emotion*¹⁴ est issu des *Critical Legal studies* et des théories du droit féministe. Dès lors que le droit et

¹³ V. Méditations métaphysique, Garnier Flammarion, 2011, commentée par P. Gueneccia in France culture, Les chemins de la philosophie, 26 janvier 2017, podcast.

¹⁴ v. Sur l'histoire du mouvement et pour une présentation synthétique : R. Grossi, Understanding Law and Emotion, Emotion Review, 2015 January 55-60, en ligne ; S. A. Bandes and J.A. Blumenthal, Emotion and the

le juge ne sont plus vus comme objectifs et neutres, il devenait nécessaire d'être plus réaliste et de prendre en compte les émotions du législateur et du juge. Ce mouvement a déjà connu trois périodes¹⁵. Dans les années 1990, les auteurs ont montré qu'il ne fallait plus opposer raison et émotion en droit et les considérer comme complémentaires (Goodrich, Nussbaum, etc.). Dans les années 2000, des études diverses ont été menées soit sur chaque émotion (peur, dégoût, colère, joie, espoir), soit sur différents domaines du droit (contrat, famille, pénal), soit sur chaque participant ou profession judiciaire (jury, témoin, juge, avocat, procureur, etc.). Depuis le début des années 2010, le mouvement est devenu normatif ou prescriptif en incitant les juristes et donc le juge, non plus à gérer ses émotions, mais à les utiliser dans le raisonnement juridique et judiciaire. Le juge ne doit pas seulement se mettre à distance de ses émotions et juger à froid (le discours plutôt tenu en général à l'ENM aux jeunes magistrats) : il faut estimer aujourd'hui que la raison n'est pas détachée de l'émotion, qu'elles vont ensemble et que l'émotion est un élément permettant de trouver la bonne solution face à une difficulté juridique.

Quelques grands articles jalonnent le mouvement *Law and Emotion*. Eric Posner, le fils du juge Richard Posner fondateur de l'analyse économique du droit, approche en 2000¹⁶ la question des émotions en droit selon une grille d'analyse économique. Il note que, traditionnellement en droit, il n'y a guère de réflexion sur l'émotion, en raison des approches normatives qui ne sy prêtent guère. Or, une analyse philosophico-morale et constitutionnelle repose sur des méthodologies qui ne sont pas adaptées à l'analyse des émotions. Il propose de considérer l'émotion comme un élément de distorsion de l'analyse rationnelle du choix, qui est une analyse à froid. Il réintroduit les émotions en droit, mais pour mieux les contrôler.

J. Blumenthal¹⁷ réagit en notant que l'approche par le marché considère les émotions comme prédictibles et contrôlables. Il n'y

Law, Annual Review of Law and Social Science, 2012, 8 :161-181 depuis notamment M. Nussbaum, Emotion in the Language of Judging, St John's Law Review, 1996, 70, 23-30.

¹⁵ R. Grossi, précit. ; S. A. Bandes, What Roles do Emotions Play in the Law ? emotionsresearchers.com, consulté en octobre 2017.

¹⁶ Eric Posner, "Law and the Emotions," 89 Georgetown Law Journal 1977 (2001).

¹⁷ Law and the emotions the problems of affective forecasting, Indiana Law journal, 2005.

aurait donc pas, par exemple, en cas de forte émotion, de changement de circonstance irrésistible conduisant à modifier un contrat. Cependant, il y a selon lui un biais car les émotions sont imprédictible dans leur survenance et leur intensité. Ainsi, dans le contrat de mère porteuse qui est légal aux Etats-Unis, une future mère ne peut prévoir la force des émotions qu'elle ressentira quand l'embryon grandira. Une approche classiquement économique considère qu'une forte émotion envers l'enfant à la naissance n'est pas un événement imprévisible. Il n'y a donc pas d'excuse à la non exécution du contrat. Cette femme pourrait au mieux obtenir une révision du prix à la hausse. Cela explique que certains Etats américains limitent la légalité de ce contrat aux mères qui ont déjà eu un enfant ; d'autres procèdent à une évaluation de la mère au moment de la signature du contrat. Selon Blumenthal, l'émotion ressentie par la mère est un événement imprévisible qui peut justifier que les obligations soient remises en question, même s'il n'y a qu'une mère sur 100 qui refuse de laisser son enfant à ses nouveaux parents. Il est ici question en effet de lien émotionnel avec l'enfant, de lien incassable.

K. Abrams and H. Keren¹⁸ s'inscrivent également contre ceux qui reproduisent une hiérarchie entre raison et émotion. L'émotion n'est pas irrationnelle, mais un mode positif de réponse à une difficulté juridique. L'émotion doit donc être intégrée dans la préparation des lois et des jugements. Ces auteurs sont pragmatiques et s'opposent à l'analyse économique du droit de la question des émotions.

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

Martha Nussbaum a réfléchi, dans toute son oeuvre, à l'articulation entre droit et émotion. Dans un de ses derniers livres traduit en français en 2015¹⁹, elle écrit que « Les émotions décrivent la vie humaine comme une chose incomplète et fragile, un jouet de la

¹⁸ Who's afraid of Law and the Emotion ? 94 Minesota Law Review, 1997, 2009-2010.

¹⁹ L'art d'être juste, Climat 2015 trad par S. Chavel de Poetic justice, the literary imagination and public life.

fortune. Les liens avec des enfants, des parents, des êtres chers, des concitoyens, son pays, son propre corps et sa santé : voilà le matériau des émotions ; et ces liens, qui prêtent le flanc au hasard, font de la vie humaine une affaire vulnérable, où le contrôle total est impossible, et n'est même pas désirable, étant donné la valeur de ces attachements pour la personne qui les cultive »²⁰. Les matériaux des émotions sont les liens humains, ou plus précisément le lien humain est le matériau à travers lequel circule l'émotion. On peut cependant lui reprocher comme on le verra plus loin de ne considérer le lien humain que comme un fait et non comme une construction juridico-symbolique²¹, ce qui a pour effet de ne voir les émotions et les liens que comme des éléments naturels. Comme Goodrich, elle considère qu'il faut se référer à la littérature et au cinéma pour accéder à ce particularisme qui n'est pas un relativisme²². Elle repense la relation entre émotion et raison, en notant qu'il y a deux approches possibles : « D'après la première perspective, les émotions sont instables en raison de leur structure interne étrangère à la pensée ; d'après la seconde, parce qu'il s'agit de pensées qui attachent de l'importance à des choses extérieures instables », des personnages et des intrigues, elles sont subversives « pour la philosophie qui s'efforce d'enseigner l'autosuffisance de la raison »²³. Le tournant émotionnel marque la fin de la philosophie fondée sur le seul logos. Elle se rattache à la seconde perspective : les émotions sont des pensées attachées à des choses instables et à d'autres êtres. Cette approche gêne car elle signifie qu'il y a des émotions rationnelles. Dire que toutes les émotions sont irrationnelles, c'est faire d'un rationnel détaché des émotions une norme, par exemple les conseils donnés au juré en Californie de se couper de ses émotions et de ne pas avoir de « sympathie » pour l'une des parties²⁴. Pour atteindre ce particularisme, il faut passer par le roman : « Toute vie humaine consiste à aller au-delà des faits, à accepter des fantaisies généreuses, à projeter nos propres sentiments et activités intérieures dans les formes que nous percevons autour de nous (et à recevoir, par l'intermédiaire de cette activité, des images de

²⁰ OP cit., p. 129.

²¹ V. notre ouvrage, *Théorie relationiste du droit*, Lextenso, 2016.

²² OP. cit., p. 108.

²³ Op. cit., p. 131, pour Platon la littérature et la poésie doivent être bannies.

²⁴ OP. cit., p. 126.

nous-mêmes et de notre monde intérieur) »²⁵ ; il convient de « Suivre une perception au-delà d'elle-même, déceler dans les choses qui nous entourent d'autres choses invisibles : c'est cela la fantaisie »²⁶, « le roman affirme et démontre que c'est aussi faire l'économie d'une capacité moralement essentielle, sans laquelle les relations aussi bien sociales que personnelles se trouvent appauvries ». Il faut venir à la « Raison à travers la douce lumière de l'Imagination »²⁷ « les émotions du lecteur sont implicitement évaluatives »²⁸, il y a un lien profond entre « fantaisie » et égalité démocratique »²⁹ ; l'imagination littéraire « nous demande de nous intéresser au bien de personnes étrangères », et implique donc une attitude morale³⁰ ; son but est de discuter « de la compassion et de la clémence, du rôle des émotions dans le jugement public ».

Cette approche pose le problème, qu'elle n'évoque pas, de la relation entre l'imaginaire et le symbolique. Si le lien de droit se construit symboliquement et que l'imagination aide à comprendre la particularité du lien, alors le symbole est saisi par l'imagination, par exemple la référence à l'herbe dans le roman de Dickens que Nussbaum cite : « Il raconte à l'enfant que l'herbe est semblable à lui, une jeune pousse de végétation, il demande à l'enfant de la voir à son image. Il montre ensuite à l'enfant que l'herbe peut aussi revêtir une signification sociale : on peut voir en elle la vitalité égale et la dignité de tous les Américains »³¹. On passe ainsi de l'imagination au symbolique. Avec les images, on crée un nouveau monde qui ramène à son propre monde. La symbolisation est le passage du monde imaginé au monde réel symbolisé. Si le lien juridico-symbolique est le canal de l'émotion, cela veut dire que l'émotion ne passe que parce qu'il y a une construction symbolique. L'agencement symbolique ne canalise pas des émotions instables, elle rend possible les émotions. S'il s'agit de pensées, elles ont besoin d'être installées dans un espace symbolique. Le fait que ces pensées émotionnelles portent sur des

²⁵ Op. cit., p.95.

²⁶ OP.cit., p.92.

²⁷ Op. cit., p.91.

²⁸ OP. cit., p.47.

²⁹ Op. cit., p. 33

³⁰ Op. cit., p.18

³¹ Dans l'ouvrage précit.

éléments instables rend d'autant plus nécessaire ce socle de matériau. Dès lors la procédure ne canalise pas l'émotion, elle la rend possible. Sans cela, les émotions ne s'expriment pas et sont réprimées. Il ne s'agit pas d'empêcher que les émotions débordent dans la procédure, il s'agit de s'en servir pour mieux parvenir à la vérité du litige.

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

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

Chapitre II.- L'émotion et les principales théories du droit.

Classiquement, nous envisagerons successivement l'émotion au regard du jusnaturalisme, du positivisme et du réalisme. Cette recherche est succincte et non exhaustive ; elle vise à montrer que les théories du droit classique ne permettent pas d'intégrer les émotions de manière satisfaisante. Si le mouvement Droit et Emotion provient des *Critical Legal Studies* et des théories féministes, il faut pouvoir passer en France par des auteurs critiques qui relèvent de ce que les américains ont appelé la *French Theory* comme Derrida ou Bourdieu.

I.- Remarques sur l'émotion et le jusnaturalisme.

Quelle place revêt l'émotion dans les différentes théories du droit ?
Quelle est la théorie du droit apte à rendre compte des émotions du juge ?

Les sophistes mêlaient raison et émotion, mais Platon et Aristote ont choisi de placer la raison et le logos en première place devant le corps et les émotions. Dans le *Phédon*, Platon écrit : “Mille et mille tracasseries nous sont suscitées par le corps à cause des nécessités de la vie. Amours, désirs, craintes, imaginations de toutes sortes, innombrables sornettes, il nous en remplit si bien que, par lui, ne nous vient réellement aucune pensée de bon sens. Voyez plutôt : les guerres, les dissensions, la bataille, il n’y a pour les provoquer que le corps et ses désirs ; la possession des biens, voilà la cause originelle de toutes les guerres. Et, si nous sommes poussés à nous procurer des biens, c’est à cause du corps, esclaves attachés à son service”. La morale d’Aristote se veut une morale de l’homme tout entier et fait une place au corps nécessaire à l’esprit, mais le désir est irrationnel. La raison reste la source de valeur³². Le jusnaturalisme d’Aristote est fondé sur la recherche d’harmonie cosmique à l’aide de la dialectique judiciaire. L’émotion est prise en compte mais reste seconde.

Hume au 18^e siècle opère un retournement : ce n’est pas la raison mais la passion qui gouverne l’homme, ce qui compte est l’expérience. Son éthique est ainsi basée sur l’émotion³³. Il s’agit de sensations qui sont mises en relation avec des valeurs. Par exemple : j’ai peur de quelque chose qui est négatif et dangereux ; je suis joyeux si quelque chose est bien. Il peut faire dériver une morale observée empiriquement sans avoir recours à Dieu. Cependant, ce n’est pas suffisant pour que la société tienne debout. Il faut une sorte de droit naturel qui est l’injonction de vivre ensemble, car l’homme est un animal social. C’est là sa loi naturelle. La raison permet de rendre

³² Jean frère, *Philosophie des émotions*, Eyrolles, 2009, p.124.

³³ *Traité de la nature humaine en 1739*, GF Flammarion Livre 1 à 3, 1999.

compatible les passions et la vie en société. Le droit privé pour lui est premier et le droit public en découle. On doit placer à la tête de l'Etat un grand nombre de hauts fonctionnaires dont l'intérêt privé personnel est que l'Etat garde le pouvoir. On utilise les passions de ces hauts fonctionnaires pour assurer la pérennité de la sphère publique. Tout part chez lui de la sensation et de l'émotion. Le droit se construit à partir de là puisque les valeurs sont en relation avec les émotions et qu'il faut articuler ces valeurs dans la société. Le problème est qu'il n'y a pas nécessairement de valeurs en soi et que cette approche peut déboucher sur un sociologisme.

Hume est aussi l'auteur qui a mis en évidence l'opposition entre l'être et le devoir être. On ne peut passer logiquement de l'être au devoir être. "Il pleut donc le sol est mouillé" est une relation de cause à effet dans le domaine de ce qui est. En revanche dire "il pleut, donc je dois prendre mon parapluie" n'est pas automatique. Le passage entre l'être et le devoir être n'est pas mécanique et je peux très bien préférer un manteau avec une capuche ou pas de manteau du tout, si j'aime la pluie. Pour passer de l'être au devoir être, on passe par les émotions et les valeurs³⁴.

On peut reprendre l'exemple de la mère porteuse qui veut garder son enfant malgré son engagement contractuel : la force de l'émotion la conduit à faire un choix en terme de devoir être et elle conclut qu'elle doit garder son enfant. Il se peut que le mouvement *Law and Emotion* provienne en droite ligne de Hume et de l'importance qu'il donne à l'émotion dans sa théorie éthique et juridique. Ce que l'on appelle la loi de Hume émerge d'ailleurs à

³⁴ Hume écrit : « Dans tous les systèmes de moralité que j'ai rencontrés jusqu'ici, j'ai toujours remarqué que l'auteur procède quelque temps de la manière ordinaire de raisonner, et établit l'existence d'un Dieu, ou fait des observations, concernant les affaires humaines ; quand soudain je suis étonné de trouver qu'au lieu de rencontrer les copules habituelles est et n'est pas, je ne trouve aucune proposition qui ne soit connectée avec des doit ou ne doit pas. Ce changement est imperceptible, mais a néanmoins de grandes conséquences. Car comme ce doit ou ne doit pas exprime quelque nouvelle relation ou affirmation, il est nécessaire que celle-ci soit observée et expliquée, et qu'en même temps une raison soit donnée pour ce qui semble tout à fait inconcevable, que cette relation puisse être une déduction d'autres qui en sont entièrement différentes. Mais comme les auteurs n'utilisent pas fréquemment cette précaution, je me permets de la recommander au lecteur, et je suis persuadé que cette petite attention fera succomber tous les systèmes vulgaires de moralité et nous fera voir que la distinction entre le vice et la vertu n'est pas fondée simplement sur la relation entre objets ni n'est perçue par la raison ».

partir du moment où l'émotion est placée en position première et prescriptive.

Le problème avec cette approche du droit naturel fondé sur le désir et les émotions est qu'elle conduit à transformer les désirs en "droit à", tel que le droit à l'enfant. L'émotion dans l'exemple de la mère porteuse est tellement forte qu'elle va se traduire en un droit à l'enfant. La philosophie des droits de l'homme venant en droite ligne d'auteurs tels que Hume isole l'individu possesseur de droits. Il faudrait réussir à employer dans le domaine juridique autant la raison que l'émotion.

Si l'on fait un nouveau saut temporel parmi les auteurs jusnaturalistes, on peut noter que l'émotion est présente chez Derrida de manière sous-jacente. Il fonde ultimement le droit sur la violence fondatrice dans une sorte de jusnaturalisme postmoderne³⁵. Or, Derrida déconstruit la distinction du corps et de l'esprit, de l'émotion et de la raison et le sujet lui-même. Qu'est-ce qu'il reste des émotions qui ne sont pas assignables aisément à un sujet clair et précis ? Derrida est contre la présence et pour la « différance », ce qui diffère dans le temps. Il défend donc une émotion qui diffère dans le temps. Ainsi, une indignation concernant l'état de la société et du droit ne doit pas rester fermée sur elle-même et peut générer une émotion faisant toucher du doigt cette loi au-dessus des lois, loi de la non complétude du système de droit, du maintien d'une sphère privée irremplaçable. On peut prendre pour illustrer cette pensée l'exemple du couple de même sexe. Traditionnellement, le couple marié est composé d'un homme et d'une femme, mais tenant compte des singularités, des vies privées, on peut passer par un hors droit, une loi sur la loi qui est un principe d'ouverture et d'altérité. Prenant en compte des sujets pluriels éclatés mais doués d'émotion et de raison en même temps, on peut être amené à être favorable au mariage d'un couple de même sexe. Derrida défend de la même manière le droit des étrangers et le développement du droit des animaux, autrement dit, il défend tout ce qui est extérieur à la société. La rationalité du droit n'exclut donc pas l'émotion voire même en a besoin. Pourtant l'émotion semble avoir

³⁵ Force de loi, éd. Galilée, 1994, 2005. Il distingue la justice du droit : « voilà la justice d'une loi au-dessus des lois » in Avouer p. 38 in le dernier des juifs, Galilée, 2014.

été exclue du droit. Le juge au moment de trancher un litige devrait connaître ce moment d'indécision qui fait référence à la violence fondatrice mais aussi qui met en travail les identités plurielles du juge, sa raison et ses émotions variables. La difficulté de l'approche derridienne en droit est qu'elle n'est en rien technique. De manière générale, le jusnaturalisme reste vague et changeant selon les auteurs. Le moment d'indécidabilité du juge doit être dépassée et l'application d'une norme permet justement ce dépassement. Il convient, dès lors, d'étudier chez les positivistes juridique la place de l'émotion.

2.- Remarques sur l'émotion chez les positivistes.

Hobbes et Kant marquent le début du positivisme en restant à la frontière du droit naturel et en excluant les émotions. Je retiendrai quatre points de repère appartenant à la fois à la tradition anglo-américaine et à la tradition continentale, Hobbes, Kant, Bentham et Kelsen. Globalement chez Kant, mais pas chez Hobbes et de manière particulière chez Kelsen, l'émotion est seulement perturbatrice. Le positivisme peut conduire à un certain conservatisme, c'est-à-dire à un droit fondé sur un commandement de l'Etat sans émotion (voir Weber décrivant la rationalité sans émotion de la bureaucratie). De même Bentham a une conception très réductrice des émotions. Le positivisme confond ainsi émotion, irrationnel et subjectivité. Or, on peut objectiver et modeler les émotions jusqu'à un certain point, même si elles ne sont pas prévisibles.

Hobbes (1588-1679) est empiriste (ce qui compte est l'expérience), pragmatique (ce qui compte est l'effet recherché) nominaliste (seuls existent des individus ayant un corps). La connaissance s'acquiert par les sens qui génèrent des passions (c'est-à-dire des émotions). La raison est issue de cette première connaissance. Le corps est premier sur l'esprit au point où même la lumière est matérielle chez Hobbes qui s'oppose à Descartes sur ce point. Il ne faut pas chercher le juste milieu dans les passions comme le veut Aristote. Au contraire, si l'on a de grandes émotions on a de grandes ambitions et de grandes réalisations, même si un excès peut conduire à la folie. Sans émotion on devient mélancolique. Aussi, les émotions donnent les matériaux

du raisonnement et le début du discours : une délibération est une hésitation entre émotions.

Kant (1724-1804) est important pour la théorie du droit car il influence le vocabulaire notamment en matière contractuelle. Le concept d'autonomie de la volonté qui se trouve à l'origine d'un contrat vient de Kant, sauf que nous ne précisons jamais ce que le philosophe entendait par là. En allemand il y a deux mots pour exprimer la volonté, « Wille » est la volonté universelle, Willkür est la volonté particulière soumise à l'égoïsme des désirs. Or, pour lui, la volonté dont il est question lorsqu'il traite de l'autonomie de la volonté est avant tout la volonté abstraite, Wille, qui est un mouvement durable et raisonné conçu par une personne consciente pour réaliser une fin possible. C'est l'équivalent de la causalité dans l'ordre des choses. Il n'y a pas d'action morale sans volonté du bien, "Wille" est autonome et a une valeur morale ; tandis que "Willkür" est hétéronome. Cela signifie que toutes les émotions, les affects qui sont liés aux désirs en les déclenchant peuvent conduire à l'égoïsme et sont hors de la théorie du droit. L'autonomie de la volonté est un concept abstrait qui s'est imposé progressivement en droit des contrats et repose sur une conception idéaliste de l'homme, de la morale et du monde tout en écartant toute prise en compte des singularités. On ne peut passer d'un fait à un devoir pour Kant car les faits sont dans les phénomènes extérieurs alors que le devoir correspond à des notions existant *a priori* comme la liberté. Pour Kant, la morale n'est pas affaire d'émotions et sans doute pas le droit lui-même car, selon la même logique, on peut confier sa liberté à la loi que l'on doit respecter. Il part d'une idée *a priori* de liberté et donc pas de l'émotion comme rapport avec l'extérieur. Pour lui, l'émotion perturbe la raison, sauf le respect s'il prend pour seul objet la loi morale déterminée par la raison. La volonté est « représentée par la volonté en tant que faculté législative de la raison, abstraction faite de toute condition empirique »³⁶. Il s'agit d'une volonté complètement désincarnée retenue encore dans l'ordonnance de 2016 ayant réformé le droit des obligations et des contrats. Mais la définition de l'acte juridique comme acte de volonté ayant des effets juridiques est trop

³⁶ Op. cit., p. 151.

abstraite. On peut noter que Rawls se dit kantien mais qu'il tente de donner une place aux émotions dans sa théorie de la justice.

Le rapport de la théorie de Bentham aux émotions est assez évident, mais il limite les émotions à des sensations de peine ou de plaisir. Sa théorie est fondée sur une approche psychologique limitée à la douleur et au plaisir. Il n'entre pas dans les subtilités des émotions. Des successeurs indirects et récents ont cependant pu le faire. C'est une approche positiviste car on ne tient compte que des normes posées par l'Etat. Bentham veut réformer le *Common Law* à l'aide d'une approche scientifique fondée sur le calcul d'utilité. En réalité, une décision quelle qu'elle soit n'est pas prise par une personne en pensant au bonheur du plus grand nombre, mais à ses propres préférences qui peuvent d'ailleurs être irrationnelles et dégagées sous le coup de l'émotion. La théorie de la préférence fonctionne seulement si la décision est prise à froid avec toutes les informations possibles. Il y a chez Bentham davantage une théorie empirique des plaisirs et des peines qu'une prise en compte des émotions. Selon Dworkin, il lui manque une idée de justice : si supprimer une minorité de la population pouvait augmenter le bonheur collectif, il conviendrait de le faire. Bentham est à l'origine de l'analyse économique du droit. Richard Posner qui en est une des figures de proue retient une version libérale de la théorie économique fondée sur un *homo economicus* ultra rationnel sans émotion. Dès lors son fils, E. Posner considère que l'émotion prévisible peut être prise en compte par le Droit (voir l'exemple des mères porteuses, ci-dessus).

Kelsen évolue au cours de sa longue carrière et est de plus en plus influencé par les Etats-Unis où il passe une partie de sa vie. Il y devient plus réaliste et plus factuel. Le droit reste un ordre de contrainte. Il reconnaît une place à l'émotion qui est plutôt importante et paradoxale : la science du droit est purement rationnelle, mais le droit lui-même comporte beaucoup d'éléments irrationnels. Le juge en interprétant la loi peut faire un choix entre deux sens, mais ce qui le décide est de prendre en compte des éléments non juridiques tels que la morale, les désirs et l'émotion. Cela n'appartient pas à la science du droit mais au droit pratique.

Paul Scholten réagit en disant que Kelsen commet une erreur en faisant une distinction entre science du droit et la pratique du droit en retirant au second son caractère rationnel. Il faut au contraire étudier le travail du juge comme mêlant désir, émotion et raison sachant qu'il doit motiver sa décision³⁷. Dans l'article de Kelsen sur Freud il est difficile de repérer ce qui relève de l'émotion³⁸ car il emploie surtout le mot de pulsion qui est un terme plus inconscient. En même temps, il discute de l'Etat comme étant une foule organisée où le chef de la horde a été remplacé par une idée et un chef secondaire. La pulsion individuelle au départ relevant de la libido sexuelle est détournée vers un objet indirect qui est l'idéal du moi ou surmoi. L'émotion apparaît peu au stade de la foule primitive car les individus perdent leur personnalité et deviennent inconscients d'eux-mêmes. Dans la foule organisée qu'est l'Etat, la raison l'emporte sur les pulsions. Cela ne suffit pas à comprendre les relations entre le politique et les émotions qui est devenu un thème important en science politique.

En somme, il ne paraît pas aisé de rester positiviste tout en prenant en compte les émotions dans le droit car cela conduit à renoncer au caractère scientifique du droit, sauf aujourd'hui à pouvoir avoir une approche scientifique des émotions avec les neurosciences et les études de psychologie.

3. Emotion, sociologisme et réalisme en droit.

Mauss héritier de Durkheim voit dans les émotions une symbolique ou un langage social permettant de rendre compte des rapports de force. Il indique même que les émotions conduisent à des normes. Selon lui, les émotions opèrent comme lien donc comme normes ou valeurs morales, politiques et esthétiques³⁹. Il y a maintenant une sociologie

³⁷ General method of private law v. website.

³⁸ Hans Kelsen, « La notion d'Etat et la psychologie sociale », publié dans *Imago, Revue de psychanalyse appliquée aux sciences humaines*, éditée par Sigmund Freud, 1922, vol. VIII.2, et republié dans la revue *Hermès*, 1988, numéro *Masses et politique*.

³⁹ F. Fernandez S. Lézé, H. Marche, *Les émotions. Une approche de la vie sociale*, éd. Des Archives contemporaines, 2014, p.2.

des émotions qui considère globalement qu'elles varient selon les époques et les sociétés et qu'elles sont donc construites. Les émotions pour Bourdieu jouent un rôle clé parce qu'elles conduisent l'individu à déterminer sa position dans la société : l'opposition dominant/dominé s'éprouve dans l'émotion. L'émotion apparaît non seulement comme un produit du social mais comme un mécanisme de reproduction des inégalités : « La connaissance pratique que procure ce sens de la position prend la forme de l'émotion (malaise de celui qui se sent déplacé, ou aisance associée au sentiment d'être à sa place) ». Ce mécanisme de reproduction des schémas émotionnels serait consécutif d'une socialisation « hautement chargée d'affectivité. L'enfant incorpore du social sous forme d'affects, mais socialement colorés, qualifiés ». L'émotion est l'entrée par laquelle les structures sociales s'incorporent dans l'individu. On peut parler d'habitus affectif : les émotions sont, comme les goûts, déterminées par la position et les l'expériences sociales. Ainsi, le justiciable pauvre peut éprouver une frustration et une peur face à la justice, que le justiciable maîtrisant les arcanes du droit n'éprouvera pas. Les émotions apparaissent bien comme « socialement construites », même en fonction du genre (exemple de la colère qui est mieux acceptée socialement chez l'homme que chez la femme)⁴⁰. Bourdieu est en France l'équivalent des *Critical Legal Studies* CLS aux Etats-Unis.

Unger, le fondateur des CLS considère que l'émotion est un ingrédient indispensable de la démocratie participative à côté de la raison⁴¹. L'acteur rationnel est un mythe et le droit est l'expression de la passion ou de l'émotion. Les CLS doivent être fondées sur les émotions. Cela conduit cet auteur à une conception participative de la démocratie proche de celle de Habermas. Il défend les droits de solidarité et même un droit de déstabiliser les situations acquises. La transformation de la société est possible par le droit à l'aide de l'imagination.

⁴⁰ Julien Bernard, 2015, Les voies d'approche des émotions, Enjeu de définition et catégorisations, <https://teth.revues.org/196>.

⁴¹ Lloyd's Introduction to Jurisprudence, by Michael Freeman, Sweet and Maxwell, 9^e éd. 2014, p. 1030

Pour les théories féministes postmodernes, l'égalité est une construction sociale et un produit du patriarcat : pas une seule théorie de l'égalité ne sera profitable aux femmes. Même la question de l'égalité est patriarcale. En effet, considérer l'individu comme séparé des autres pour mesurer leur niveau d'égalité est une approche patriarcale qui ne prend pas en compte la relation⁴². Il ne doit pas s'agir d'opposer la différence et l'égalité entre les hommes et les femmes mais de procéder à l'analyse d'une domination et d'une dépossession. Selon notamment J. Butler, le féminin est construit, ce qui la conduit à développer la théorie du genre. Il faut mettre à jour un raisonnement judiciaire féminin en prenant conscience de la place de la femme (notamment comme juge). La vérité empirique est située et partielle (elle peut donner lieu à une narration). La rationalité doit donc être élargie et comprendez les aspects émotionnels⁴³. Le problème des théories féministes du droit est qu'elles ne théorisent guère la notion de rapport de droit. Elles insistent trop sur l'émotion et la relation factuelle, ce qui conduit à un excès inverse : d'un droit sans émotion on passerait à un trop plein d'émotion en droit. L'émotion doit être canalisée dans un procès et en même temps prise en compte dans l'approche raisonnée d'une affaire.

Dans le réalisme de l'interprétation de M. Troper et des autres chercheurs de cette approche, les contraintes juridiques apparaissent essentiellement comme factuelles, sinon le juge recevrait une habilitation par des normes⁴⁴. Cependant, il s'agit en réalité de contraintes juridiques qui proviennent des rapports juridiques préexistants au procès (l'organisation des professions judiciaires, leur statut, les rapports entre institutions, etc.). M. Troper n'intègre donc pas la psychologie du juge, sa personnalité dans le raisonnement judiciaire, ni sa sociologie pourtant il met en lumière la présence de contraintes qui encadrent l'activité du juge. Il ne permet pas d'intégrer aisément les émotions dans la théorie du droit.

⁴² Op. cit., p.1084

⁴³ Bartlett 1990 citée par Michaël Freeman, chapitre sur le féminisme en droit, précit.

⁴⁴ M. Troper, V. Champeil-Desplats et Ch. Grzegorzczuk, *Théorie des contraintes juridiques*, Bruylant LGDJ, 2005.

Les réalistes, les sociologues du droit, les CLS et les théories féministes conduisent au mouvement Droit et Emotion, mais il manque, comme chez Bourdieu nous semble-t-il, une prise en compte des relations juridico-symboliques au sein desquelles les émotions sont construites.

Chapitre 3.- Relationisme et émotion.

Fonder le droit sur la relation juridique n'implique pas d'en avoir une approche purement émotionnelle et partant quelque peu irrationnelle. L'approche relationiste du droit tient compte de la place de l'émotion dans le raisonnement et particulièrement dans le raisonnement judiciaire tout en maintenant la nécessité de la rigueur analytique dans l'application des textes.

Le relationisme part de la relation juridique. La norme ne préexiste pas elle est seconde en logique. L'aire du tribunal est délimité avant de trouver une solution à un litige. Le rapport procédural est premier sur le jugement. Il s'agit d'une situation symbolique supposant un tiers de référence et un espace-temps particulier. La norme est interprétée dans ce cadre par le débat entre les parties devant un juge non lié aux parties et donc impartial. Le juge n'est pas sans émotion mais il doit être sans conflit d'intérêt. Il existe des normes permettant de créer les rapports de droit, des normes en procédure, mais il convient de raisonner à partir du rapport et non de la norme. La situation procédurale n'est pas factuelle mais juridique, il s'agit de rapports procéduraux pas de rapports de fait ou de force. Il existe des rapports judiciaires entre les professions (expert avocat, huissier, etc.). L'espace juridique du procès est l'espace du symbolique au sens strict, il permet de faire retomber l'émotion et le juge peut diriger le raisonnement judiciaire. Les émotions non neutres et impartiales sont écartées par les règles de procédure, il ne faut pas tomber dans la tyrannie des émotions selon une approche prescriptive existant dans law and emotions.

Jennifer Nedelsky⁴⁵ s'inspire des théories féministes du droit et a une conception anti kantienne de l'autonomie. Elle critique l'individualisme libéral et considère qu'un droit s'inscrit dans une relation. Elle critique Rawls qui retient une égalité abstraite. Pour elle, la raison et l'affect ne sont pas séparés et le corps est concerné par la relation, d'où l'importance du *care* dans sa pensée et une prise en compte de la raison émotionnelle.

Les notions d'émotion et de relation s'inscrivent dans une construction symbolique. Les spécialistes des neurosciences considèrent aujourd'hui à l'instar de sociologues et des historiens que les émotions sont construites : «Les émotions nous permettent d'interpréter l'activité mentale inconsciente en élargissant la notion d'inconscient freudien, lieu du refoulement, à un inconscient non refoulé, préverbal, présymbolique qui s'associerait en particulier aux premières expériences de la vie »⁴⁶. L'auteur paraît confondre le présymbolique avec le préverbal alors que la symbolisation commence dès le début de la vie. En revanche, l'idée de construction des émotions est intéressante. Avec les neurones-miroir nous partageons, dans notre corps, la douleur d'autrui. L'autre devient un autre soi-même comme dans le stade du miroir. On ne peut concevoir un je sans un nous : « La relation s'exprime par le non-verbal, l'analogique et l'émotionnel »⁴⁷...« en outre la compassion dépend d'autres facteurs liés à la reconnaissance de la douleur, comme par exemple de qui est l'autre et de quelles relations nous avons avec lui ; elle est influencée par notre éventuelle capacité à nous mettre à sa place, de notre motivation à prendre en charge ses vécus émotionnels ses souhaits et ses attentes envers l'autre »⁴⁸.

Rizzolatti et Sinigaglia⁴⁹, les découvreurs italiens des neurones-miroir écrivent : « la narration d'histoire à laquelle nous sommes confrontés depuis la naissance, joue vraisemblablement un rôle important dans ce processus d'acquisition du long processus d'apprentissage qui nous

⁴⁵ Law's Relations, Oxford University Press, 2011

⁴⁶ Onnis (dir.), Psychothérapie et neurosciences : une nouvelle alliance, éd. Fabert, 2015.

⁴⁷ OP. cit., p.160.

⁴⁸ Op. cit., p.161.

⁴⁹ 2006 181, cité p 169 par Onnis, ouvrage préc.

conduit à devenir compétent dans l'utilisation d'attitudes propositives envers l'autre".

A. Somek est un auteur autrichien qui peut être inclus dans le courant relationniste. Il se rattache à Kelsen et à l'interprétation authentique des normes par le juge. Selon lui, le droit et la morale ne sont pas séparés dans le sens de Hart. Le droit génère au contraire un rapport juridique qui permet d'opposer des positions morales irréconciliables. L'essence même du droit est donc de construire ce rapport pour permettre de sortir de la recherche impossible d'un consensus en matière morale. Le droit n'est donc pas en dehors de la morale, il intègre au contraire les positions morales pour pouvoir parvenir à rendre viable un rapport de droit. Il faut faire de la place aux autres pour avoir de la place soi-même : "make room for other to have room". Au lieu de conduire à une ironie désespérée du faible qui subit une solution ("c'est toujours le plus riche qui l'emporte") face aux solutions juridiques, cette approche conduit à ce qu'il appelle une ironie sereine. Il critique les approches autoritaires dans lesquelles un juge choisit la position morale qu'il préfère. Si une autorité décide de comment faire un meilleur citoyen, on est dans une position autoritaire. Au contraire, "the authority of law that emerges from the legal relation is an authority of right"⁵⁰. Elle garantit une approche pluraliste prenant en compte les positions de Ego et d'Alter (les neurones miroir d'ego lui permettent de se mettre à la place d'alter pour mieux apprécier sa position). La raison est selon lui intersubjective et garantit l'universalité en passant par les particularités de chacun. Il y a un différend (au sens de Lyotard qu'il cite) raisonnable. Les deux personnes en rapport vont « pouvoir se mettre dans les chaussures de l'autre » ("shoes of the other") pour pouvoir penser sans émotion la raison de l'autre. Il peut écrire : "Legal relation emerges from moral relation. It emerges by necessity on moral grounds"⁵¹. Les raisons de choisir telle ou telle solution sont souvent impossibles à connaître, il y a une sorte de transcendance de soi-même. Il faut donc organiser un débat pour parvenir à la meilleure solution : "The transcendence vis-à-vis morality is symbolized in the abstractness with which legal persons encounter one another on the level of legal relation". Ces

⁵⁰ Legal relations, Cambridge University Press, 2016, p.125.

⁵¹ Op. cit., p.121.

personnes sont alors plus libres dans la relation juridique que dans la relation morale, puisque chacun peut garder sa position morale “freer than in moral relation”. Il développe ensuite une conception de l’égalité comme étant l’interdit des discriminations dans les rapports de droit car elles conduisent à dénier la présence au monde des personnes discriminées. Il termine en disant qu’il faut une articulation entre les rapports de droit : “The structure of the legal relation has to be expanded into a web of relations of social freedom”⁵². Il faut donc défendre les droits de l’homme pour empêcher les situations de dépendance. Il se situe ainsi comme il le dit lui-même davantage du côté des droits et obligations que du côté des normes et des règles⁵³. Le rapport est plus central en droit que la norme. Il veut aboutir à : « Changing the conception of Law from viewing it as a system of norms to a specific relation among people »⁵⁴. Il écrit aussi “The legal relation is a relation among choosers who choose within limited sphere” (ex private property)⁵⁵. Il ne traite guère des émotions mais l’on peut s’inspirer de sa pensée. Le rapport de droit en tant qu’agencement symbolique conduit à entendre la position de l’autre fondée sur des émotions que l’on n’a peut-être pas comprises. Les époux dans un divorce peuvent entendre sans adhérer les positions de l’autre fondées sur ses émotions.

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

Thurman Arnold (1891-1969) a eu une approche symbolique du droit⁵⁶. Il critique le droit formel qui se prétend rationnel alors qu’il emploie des symboles irrationnels. Ainsi, le jury qui est symbole de justice et de démocratie est, selon lui, imprévisible et sujet aux émotions. Ce qui compte est la cérémonie judiciaire davantage que la

⁵² Op. cit., p. 157

⁵³ Op. cit., p.182

⁵⁴ Op. cit., p.22

⁵⁵ Op. cit., p.158

⁵⁶ The Symbols of Governance, Yale University Press, 1935.

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

Le rapport de droit est un agencement symbolique⁵⁷, qui autrefois impliquait des symboles d'ailleurs (symbole judiciaire, une motte de terre pour symboliser un contrat de vente) mais est devenu abstrait (le contrat de vente en deux exemplaires, l'architecture judiciaire contemporaine) tout en restant symbolique grâce au tiers de référence, à une quatrième personne plus mouvante, un espace carré entre deux parties, (par exemple : le lien contractuel sous l'égide d'un notaire ou du gouvernement avec monnaie et impôt et juge). Dans ce cadre, les émotions sont conscientes, informent, permettent d'agir et peuvent être rectifiées. L'agencement symbolique les cantonne et les canalise (ex de la colère dans la procédure). Le temps permet de calmer les esprits. L'agencement symbolique se fait avec des personnes potentiellement indépendantes ayant des émotions canalisées. Le tiers juge ne doit pas avoir de lien personnel avec une partie pour ne pas avoir d'affect privilégié. L'émotion est ainsi intégrée à la théorie. Sans agencement symbolique, des émotions peuvent rester insoutenables telle qu'une colère passionnée.

⁵⁷ V. sur ce point notre ouvrage, *Théorie relationiste du droit*, précit.

Selon J. Nedelsky, il faut quatre étapes dans une approche relationniste : repérer les rapports de droit, évaluer les intérêts de chacun, chercher ensuite les valeurs en cause, et essayer de trouver la solution la meilleure pour tout le réseau de rapports de droit considéré afin d'assurer l'autonomie des individus ou, s'ils sont dépendants, viser leur retour à l'autonomie jamais atteinte. D'ailleurs toute personne est toujours un peu dépendante. De même, le philosophe danois Logstrup développe une idée d'interdépendance. On peut aussi citer la théorie tridimensionnelle du droit qui, avec son fondateur Miguel Reale, un brésilien philosophe du droit, prend en compte les faits, les valeurs et les normes. Une philosophe du droit espagnole a d'ailleurs développé cette théorie en distinguant également trois perspectives de théorie du droit⁵⁸ : la théorie de la norme, la théorie de l'ordre juridique et la théorie de la relation juridique.

L'institution ou même l'Etat ne sont pas premiers. Il s'agit plutôt d'un ensemble organisé et organisateur de rapports de droit, des ensembles fragiles, parfois mortifères⁵⁹, à parfaire pour assurer l'objectif d'autonomie des individus mais pas des être séparés des autres. C'est le problème avec les droits subjectifs même sociaux.

Si l'on perd de vue l'approche relationniste du droit, on peut être confronté à de nombreux problèmes. Ainsi, dans la procédure de tutelle, la personne incapable n'est pas considérée comme un sujet de droit. Jean Hauser l'a souvent remarqué dans ses chroniques à la Revue trimestrielle de droit civil. La personne incapable n'est pas entendue au sens procédural un peu comme le patient en médecine dont on n'écoute pas toujours le point de vue. Or, si le but d'une procédure de tutelle est le retour à l'autonomie, même très précaire tous les droits fondamentaux doivent être respectés. C'est la même chose dans les rapports avec les institutions sociales dans une logique d'efficacité (ex du RSI si décrié car il est devenu harcelant pour les

⁵⁸ MJ Falcon y Tella, in *Three-Dimensional Theory of Law* (2010), sur l'approche tridimensionnelle du droit on peut lire aussi F. Ost et M. van de Kerchove, *De de la pyramide au réseau*, Faculté Saint Louis Bruxelles, 2002.

⁵⁹ V. R. Kaës, *Les dépressions conjointes dans les espaces psychiques communs et partagés*, in *Figures de la dépression*, Dunod, 2005, pp.159-230 qui tente d'ailleurs de faire une théorie du lien (p.223).

petites entreprises). Le *care* à l'américaine a quelque chose de maternel, même si J. Nedelsky et d'autres sont là pour critiquer cette tendance. Dans une approche scandinave, le *care* est basée sur l'interdépendance entre aidant et aidé, l'aidé qui aide aussi l'aidant à être plus indépendant.

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

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

Il existe une proximité entre l'émotion et le symbole. L'échange des anneaux dans le mariage peut déclencher une joie ; les pleureuses dans certaines cultures peuvent déclencher de la tristesse ; la prison peut

faire peur avec ses lourdes portes et ses barreaux. La symbolisation du rapport de droit ne sert pas qu'à mettre à distance des parties qui se reconnaissent ainsi différentes sous l'égide d'un tiers de référence et d'un quatrième participant ayant un rôle de témoin. Elle ne fait pas que canaliser ou donner une forme aux émotions, elle paraît aussi produire des émotions. Il faut peut-être un symbole ou plutôt un agencement symbolique pour prendre conscience des émotions et générer le processus qui conduit à la réaction.

Le rapport entre émotion et symbole est complexe. Le symbole est une représentation d'une émotion éprouvée ; le symbole est généré par l'émotion ; le symbole est donc une émotion analogue. L'émotion est un phénomène d'interaction entre agents et communauté. La symbolisation est une conséquence de l'émotion qui est elle-même une mise en mouvement. Cependant si les émotions sont construites avec la symbolisation, elles ne sont pas construites de n'importe quelle manière⁶⁰. C'est pourquoi les constructions émotionnelles peuvent évoluer avec le temps mais lentement. La symbolisation elle-même est construite en se fondant sur une relation naturelle entre symbolisant et symbolisé.

Ainsi, par exemple, le pédo-psychiatre Bernard Golse raconte qu'un enfant orphelin de quelques mois, dans les bras d'une infirmière, fait un geste de la main et du doigt pour entourer l'œil de cette femme, devenu symbole de leur relation, puis, quelques minutes plus tard, quand elle est partie, il fait le même geste autour d'une coupelle. L'émotion de joie ressentie est traduite par un mouvement circulaire puis transformée en symbole avec la coupelle. Il y a une relation naturelle de forme entre le contour de l'œil de l'infirmière et la coupelle. La construction de l'émotion et de la symbolisation repose donc sur des analogies naturelles. Les émotions du juge et des parties sont "construites" dans l'aire judiciaire à l'aide d'un processus de symbolisation qui n'est pas arbitraire car ayant lieu dans des rapports procéduraux.

La théorie relationiste conduit à intégrer les émotions en droit. Comment passer de la dépendance à l'émotion dans le rapport de droit

⁶⁰ R. Keucheyan, *Le constructivisme, des origines à nos jours*, Hermann, 2007 et C. Sintez, *Le constructivisme en droit*, Mare et Martin, 2014.

? Pourquoi faut-il être indépendant⁶¹? Ne vaut il pas mieux être inséré dans les relations ?

Quand il y a une émotion négative, il y a une atteinte à l'indépendance des personnes unies dans le rapport de droit. Dans le rapport statutaire avec le juge, celui-ci ne doit pas ressentir d'émotion personnelle provenant d'un autre rapport. Si c'était le cas, il devrait se déporter ou être récusé⁶². Il se peut donc que l'émotion en tant qu'évènement conscient n'est possible que dans un agencement symbolique. Il faut être indépendant pour être en relation. L'indépendance suppose de ne pas être sous l'emprise de ses émotions. Le rapport de droit permet de construire et de transformer ses émotions pour tendre le plus possible à l'indépendance dans l'interdépendance. On devrait d'ailleurs parler d'inter- indépendance, d'indépendance de personnes reliées entre elles par de justes distances. Une personne désaffiliée n'est pas, en ce sens, indépendante.

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

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

Si l'on songe aux émotions d'un juge, on s'aperçoit que leur rapport aux émotions est construit à l'école nationale de la magistrature. Les enseignants leur disaient généralement de canaliser leurs émotions et

⁶¹ Question posée par JP Laborde lors d'un séminaire Comprasec à Bordeaux en février 2018.

⁶² voir le film « Toutes nos envies » de Ph. Lioret.

de juger à froid. L'ENM a recruté un psychologue pour apprendre aux magistrats à mieux connaître et réagir à leurs émotions. Cela peut se traduire par une formation à l'ENM, mais il conviendrait qu'elle soit plurielle et non prescriptive assurée par un psychologue, spécialiste des neurosciences, aussi bien que par des juges à la retraite etc. Il ne serait sans doute pas bon de "psychologiser les rapports de droit".

Sur cet exemple, on peut voir que le processus de l'émotion qui implique évidemment une part biologique est construit dans le rapport de droit (ici au sein du métier de magistrat). Il se peut, dès lors, que dans tous les métiers on apprenne à "gérer" ses émotions sans s'en apercevoir. Même le musicien doit apprendre à exprimer ses émotions. Il se peut que les leçons blanches que l'on passe avant le concours d'agrégation de droit servent à transmettre un certain comportement face aux étudiants et dès lors une certaine maîtrise des émotions. Les émotions ressenties et exprimées hors des rapports de droit se caractériseraient justement par leur manque de retenue, de code et leur aspect explosif.

Il resterait alors à comprendre comment l'agencement symbolique du rapport de droit fonctionne vis-à-vis des émotions. On voit bien que le tiers de référence peut faire en quelque sorte la police des comportements en particulier au cours d'un procès. Il forme à la bonne manière d'exprimer ses émotions. La structure symbolique mettant à juste distance les parties peut aussi conduire chacun à se mettre à la place de l'autre pour entendre sa position. Par exemple, la colère pourra prendre la forme d'un acte introductif d'instance ou d'une plainte au pénal. On songe cependant aux lois d'émotions qui sont prises sous le coup de l'émotion suscitée par un fait divers, comme celle par exemple qui devait mettre fin au juge d'instruction⁶³. Dans ce cas, l'émotion est biologisée et déjuridicisée. Elle est vue comme un phénomène collectif naturel auquel il faut répondre par le droit. Cependant, il n'est pas impossible que cette fameuse émotion collective ait été elle-même construite par le jeu complexe des rapports de droit entre justice, médias et politique. La fabrication du droit pourrait bien obéir à des émotions mêlées à des raisons elles-mêmes déjà construites juridiquement.

⁶³ Loi du 5 mars 2007.

Un lien d'instance est un agencement qui prend en compte les émotions sauf dans une approche formaliste et positiviste du droit. Cela conduit alors à une conception du raisonnement judiciaire qui n'est pas formelle. Ce n'est pas seulement une argumentation (Aristote associait déjà les émotions à la rhétorique), mais une démarche qui prend en compte une raison émotionnelle à travers l'appréciation des preuves et la qualification des faits⁶⁴. Il convient ainsi d'intégrer dans le syllogisme judiciaire des étapes d'appréciation, de qualification et d'évaluation qui impliquent une intelligence émotionnelle.

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

Le modèle fonctionne avec l'agencement procédural. On reste dans le domaine du droit, l'émotion y est construite, notamment celle du juge qui doit ressentir des émotions de manière égale à l'égard des deux parties pour ne pas être dans une situation de partialité ; celles des parties qui sont en position de comprendre les émotions de l'autre - au moins d'accepter qu'elles existent - à l'aide des neurones miroirs. L'émotion risque d'être réprimée dans un tribunal criminel composé

⁶⁴ N. Paulo, Law, Reason and Emotion ? The Challenge from Empirical Ethics, Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie 103, 2017/2, 239-258

de juges professionnels (voir le projet de loi du gouvernement du 18 avril 2018) qui remplacerait la cour d'assise⁶⁵.

Cette approche permet de critiquer aussi bien les dérives du management judiciaire, l'obsession gouvernementale pour la médiation, et la justice prédictive. Le management par objectifs est un sophisme contemporain, une pensée unique qui prétend dire le vrai et qui est bien souvent fausse, fondé sur une raison sans émotion et sans symbole, sans analogie, sans association, c'est une raison glacée et morte⁶⁶. Le management par objectif tend à gouverner les émotions sans tiers pour les contenir. Un management relationnel en revanche est possible qui prend en compte les émotions et permettrait dans la justice d'affronter les situations émotionnellement difficiles⁶⁷. Dans la médiation, une approche en terme de négociation et une autre en terme d'émotion sont possibles. Le risque est de se retrouver dans une situation émotionnelle sans cadre symbolique. Cela explique qu'en Seine Saint-Denis la médiation qui avait été localisée dans une maison de justice a été relocalisée dans le tribunal de Bobigny. Enfin, la justice prédictive fondée sur des algorithmes peut prévoir des fourchettes de résultats chiffrés mais ne peut guère intégrer les émotions dans le processus judiciaire.

En conclusion, il reste difficile de prendre en compte les émotions dans le travail du juge. On ne peut guère mesurer leurs effets et leurs intensités. On ne peut pas dire qu'il y ait des normes applicables directement à l'émotion. Les affects ne peuvent être abordés qu'obliquement en droit. Les règles de procédure servent à canaliser et utiliser les émotions mais de manière implicite. Goodrich et Nussbaum conseillent de lire des romans et de visionner des films pour connaître le jeu des émotions dans les procès. Goodrich va jusqu'à dire que les fictions sont des sources du droit en ce qu'elles peuvent faire réfléchir et même servir de modèle ou de contre-modèle au juge et aux participants du procès⁶⁸. Le film "Tête haute"

⁶⁵ V. aussi B. Frydman, vidéo, indiquant à propos de l'éventuelle suppression de la cour d'assise en Belgique qu'il n'est pas bon de se couper de ses émotions.

⁶⁶ Lire par exemple B. Cassin, *Derrière les grilles, sortons du tout-évaluation*, Mille et une Nuit, 2014.

⁶⁷ V. E. Jeuland et C. Boillot, *La qualité dans la mesure de la performance judiciaire, une approche relationnelle*, IRJS 2016.

⁶⁸ *Law in the Courts of love : Literature and other minor jurisprudence*, London, Routledge, 1996.

d'Emmanuelle Bercot (2014) peut ainsi être considéré comme une source de la procédure du juge des enfants. Une magistrate, jouée par Catherine Deneuve, suit le parcours chaotique d'un adolescent qui devient délinquant et qui finalement s'en sort. Le thème de l'émotion est abordé explicitement à deux reprises. Une première fois l'adolescent, après un séjour en centre de rééducation, comparaît devant la magistrate qui lui demande s'il arrive "mieux à gérer ses émotions". Une seconde fois, l'éducateur joué par Benoit Magimel qui a porté la main sur Malony avoue, devant la juge, qu'il "n'a pas contrôlé ses émotions". Plus implicitement, l'espace du bureau de la juge est filmé montré comme un dispositif symbolique avec l'avocat à côté de son client, portant une robe, et la survenue de loin en loin, au coin de la table, du procureur. Mais la décision de mettre en prison est prise dans la salle d'audience solennelle. L'adolescent dit d'ailleurs « merci » au juge lorsqu'il apprend qu'il va aller en prison comme s'il demandait à être puni. Ainsi, l'apprentissage lent du contrôle des émotions va passer par un processus de symbolisation. Malony en centre de rééducation va demander à l'éducateur de faire parvenir à la juge un galet. L'éducateur réagit en lui disant qu'il espère que ce n'est pas pour le lancer à la figure de la magistrate. Sa dénégarion et son calme montrent au contraire qu'il symbolise ainsi ses rapports avec la juge et les distances qu'il prend avec la violence. Plus tard dans le film, on aperçoit sur le bureau du juge le galet devenu presse-papier et l'on saisit la joie sur le visage de Malony. En revanche, il vole un foulard appartenant à la juge et il s'agit alors plutôt de fétichisme que de symbolisation. On notera un moment très émouvant où la juge lui demande au dessus de son bureau de lui donner la main. Il finit par la lui donner et la juge lui dit : il faut accepter « les mains que l'on te tend ». Elle a symbolisé ainsi les possibilités offertes à Malony. Ce film permet donc non seulement d'illustrer notre hypothèse selon laquelle l'émotion est construite (ou disons modelée) dans le cadre du lien procédural, mais de démontrer, par l'image, que l'émotion est formée dans un cadre symbolique.