

UNIVERSITE PARIS I PANTHEON-SORBONNE
ECOLE DOCTORALE DE DROIT PUBLIC ET DE DROIT FISCAL

Thèse pour l'obtention du Doctorat en Droit

Consentement et subjectivité juridique

Contribution à une théorie émotivo-rationnelle du droit

Présentée et soutenue publiquement par

M. Maxence CHRISTELLE

Le 18 septembre 2014

Sous la direction de

M. Etienne PICARD

Professeur à l'Université Paris I Panthéon-Sorbonne

Jury composé de :

Mme Catherine TEITGEN-COLLY, Professeur à l'Université Paris I Panthéon-Sorbonne

M. Olivier BEAUD, Professeur à l'Université Paris II Panthéon-Assas

M. Olivier CAYLA, Professeur à l'Ecole des Hautes Etudes en Sciences Sociales

M. Etienne PICARD, Professeur à l'Université Paris I Panthéon-Sorbonne

M. Alain SUPIOT, Professeur au Collège de France

L'Université n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses. Ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

Remerciements

Au Professeur Picard, pour l'honneur qu'il m'a fait en acceptant de diriger cette recherche. Malgré mes hésitations, et la particularité de ce travail, il a toujours été d'un soutien indéfectible et d'une attention constante. Au travers de ces pages, j'espère avoir réussi à me montrer à la hauteur de la confiance qu'il m'a témoignée.

À ma famille, pour avoir supporté mes absences et mes humeurs. Merci à ma mère, pour sa patience et son soutien, ainsi que pour le temps considérable qu'elle a passé à m'aider. Merci à mon père de m'avoir soutenu, pour nos discussions philosophiques et le regard qu'il a porté sur cette recherche. Merci à mon frère qui m'a initié au « Chacun fait ce qu'il veut ». Ce travail est donc aussi le sien.

Je remercie également tous mes amis et collègues, et particulièrement François-Xavier Hible pour sa relecture critique qui m'a été extrêmement précieuse, sans parler de son sens du rangement. Merci à Gilles, pour nos rencontres hypnotisantes, ainsi que pour sa loyauté. Mes remerciements vont aussi vers Yassine, pour toutes nos soirées et plus encore, Nazli, pour sa confiance et sa gentillesse, mais aussi Claire, Nadège, Alex, Arthur, Bertrand, Olga, Éléonore, ainsi que tous les membres du CERAP.

Enfin, je dédie ce travail à Pierre Lavigne, qui m'a fait comprendre que l'on pouvait communiquer même sans mots. Qu'il trouve ici le témoignage de mes sentiments.

TABLE DES PRINCIPALES ABREVIATIONS :

A.D.L. CREDOF	Lettre Actualités droits-libertés du Centre de recherches et d'études sur les droits fondamentaux, Université Paris X
A.J. Famille	Actualité juridique Famille
AJDA	Revue d'actualité juridique de droit administratif
Arch. phil. droit	Archives de philosophie du droit
Ass.	Assemblée
C. civ.	Code civil
C. éduc.	Code de l'éducation
C. pén.	Code pénal
C. rur.	Code rural
C. santé publ.	Code de la santé publique
C. trav.	Code du travail
C.J.C.E.	Cour de justice des communautés européennes
C.R.D.F.	Cahiers de la recherche sur les droits fondamentaux, Centre de Recherche sur les Droits Fondamentaux de l'Université de Caen-Basse-Normandie
CASF	Code de l'action sociale et des familles
CCNE	Comité consultatif national d'éthique
CDFUE	Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne
CE	Conseil d'Etat
CEDH.	Convention européenne des droits de l'Homme
CNCDH	Commission nationale consultative des droits de l'Homme
coll.	Collection
Commission E.D.H.	Commission européenne des droits de l'Homme
Cons. const.	Conseil constitutionnel
CourEDH	Cour européenne des droits de l'Homme
CREDIMI	Centre de recherche sur le droit des marchés et des investissements internationaux
CRIDHO	Cellule de recherche interdisciplinaire en droits de l'homme

CSA	Conseil supérieur de l'audiovisuel
CURAPP	Centre universitaire de recherches administratives et politiques de Picardie
D.	Recueil Dalloz
DDHC	Déclaration des droits de l'homme et du citoyen
Déc.	Décision
Defrénois	Répertoire du notariat Defrénois
Dr. et patrimoine	Droit et patrimoine
Dr. soc.	Droit social
DUDH	Déclaration universelle des droits de l'homme
éd.	Editions
EHESS	Ecole des hautes études en sciences sociales
Gaz. Pal.	Gazette du Palais
HALDE	Haute autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité
JCP-G	La Semaine juridique – édition générale
JOCE	Journal officiel des Communautés européennes
JORF	Journal officiel de la République française
JOUE	Journal officiel de l'Union européenne
L.G.D.J.	Editions Librairie générale de droit et de jurisprudence
LPA	Les petites affiches
N.R.H.	Nouvelle revue historique de droit français et étranger
Ord.	Ordonnance de référé
P.U.F.	Editions Presses universitaires de France
PIRDC	Pacte international relatif aux droits civils et politiques
PUAM	Editions Presses universitaires Aix-Marseille
R.A.J.F.	Revue de l'actualité juridique française
R.D.L.F.	Revue des droits et libertés fondamentaux
R.D.S.S.	Revue de droit sanitaire et social
R.F.D.C.	Revue française de droit constitutionnel
R.F.S.P.	Revue française de sciences politiques
R.H.F.D.	Revue d'histoire des facultés de droit et de la science juridique
R.I.E.J.	Revue interdisciplinaire d'études juridiques, Bruxelles
R.R.J.	Revue de recherche juridique et de droit prospectif
R.S.C.	Revue de science criminelle et de droit pénal comparé

RDC	Revue des contrats
RDP	Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger
Rec. cons. const.	Recueil des décisions du Conseil constitutionnel
Rép. civ. Dalloz	Répertoire civil, <i>Dalloz</i>
Rép. pén. Dalloz	Répertoire pénal, <i>Dalloz</i>
Rev. sociétés	Revue des sociétés
RFDA	Revue française de droit administratif
RID comparé	Revue internationale de droit comparé
RID économique	Revue internationale de droit économique
RTD civ.	Revue trimestrielle de droit civil
RTD com.	Revue trimestrielle de droit commercial et de droit économique
RTDH	Revue trimestrielle des droits de l'homme
Sect. et ss-sect.	Section et sous-section
T.C.	Tribunal des conflits
trad.	Traduction

SOMMAIRE

TABLE DES PRINCIPALES ABREVIATIONS

SOMMAIRE

INTRODUCTION

PARTIE I : CONSENTEMENT ET SUBJECTIVITE : UNE LIAISON DELICATE

TITRE 1 : PERSPECTIVES HISTORIQUES SUR LE CONSENTEMENT

CHAPITRE I : ÉMERGENCE DU CONCEPT DE CONSENTEMENT AU SEIN DE LA SPHÈRE JURIDIQUE

CHAPITRE II : INSCRIPTION DU CONSENTEMENT DANS L'HISTOIRE DE LA PENSÉE JURIDIQUE

TITRE 2 : CONSENTEMENT JURIDIQUE, CONSENTEMENT PHILOSOPHIQUE, CONSENTEMENT POPULAIRE : DES NOTIONS DISTINCTES

CHAPITRE 1 : PANORAMA PHILOSOPHIQUE DU CONSENTEMENT INDIVIDUEL ET SOCIAL

CHAPITRE 2 : CONSENTEMENT ET SUBJECTIVITÉ : LE MYSTÈRE DE L'AUTONOMIE

PARTIE II : LE RÉGIME JURIDIQUE DU CONSENTEMENT : UNE SUBJECTIVITÉ D'IMPORTANCE VARIABLE

TITRE I : LA SUBJECTIVITÉ A L'AUNE DE L'ENGAGEMENT : QUI S'ENGAGE, ET POUR QUELLE DURÉE ?

CHAPITRE 1 : CONSENTEMENT ET CAPACITÉ A CONSENTIR : UN DÉPASSEMENT DU SUJET

CHAPITRE 2 : LA SUBJECTIVITÉ DE L'ENGAGEMENT AU REGARD DE LA TEMPORALITÉ SPÉCIFIQUE DU CONSENTEMENT

TITRE II : UNE SUBJECTIVITÉ ÉPROUVÉE PAR LE RÉGIME JURIDIQUE DU CONSENTEMENT

CHAPITRE 1 : LE CONSENTEMENT LIBRE ET ÉCLAIRÉ : MIRAGE DE LA SUBJECTIVITÉ

CHAPITRE 2 : LE CONSENTEMENT A L'ÉPREUVE DU TRAITEMENT JURIDIQUE DE LA SEXUALITÉ

CHAPITRE 3 : LE CONSENTEMENT FACE AUX FRONTIÈRES PHYSIQUES ET PSYCHIQUES DU SUJET DE DROIT

CONCLUSION GÉNÉRALE

BIBLIOGRAPHIE

TABLE DES MATIÈRES

« Malheur ! Les temps sont proches où l'homme ne jettera plus par-dessus les hommes la flèche de son désir, où les cordes de son arc ne sauront plus vibrer !

Je vous le dis : il faut porter encore en soi un chaos, pour pouvoir mettre au monde une étoile dansante. Je vous le dis : vous portez en vous un chaos. »

Friedrich Nietzsche, Ainsi Parlait Zarathoustra (1883), Prologue.

« Juravi lingua, mentem injuratam gero »

Cicéron, De Officiis, Livre Troisième, 29.

(Formule empruntée à Euripide)

INTRODUCTION

1. « *Noli foras ire, in te ipsum redi : in interiore homine habitat veritas* »¹. Cette phrase de Saint Augustin, penseur chrétien bien connu pour la beauté du dialogue intérieur des Confessions, illustre à sa manière la question qui deviendra centrale chez Descartes : celle de la subjectivité. En effet, rejoignant sans la poursuivre la formule grecque du « *nosce te ipsum* »² inscrite sur le temple d'Apollon à Delphes, l'évêque d'Hippone invite à s'interroger sur les possibilités et moyens offerts à celui qui cherche à se découvrir.

2. Dès lors, c'est bien la dimension intérieure de l'existence qui est ici exprimée, et dont l'investigation aboutit à envisager la manière dont elle se manifeste, tant pour celui qui l'habite que pour celui qui la reçoit.

3. Cette intériorité semble pouvoir être observée sous des latitudes différentes, selon que l'on aborde l'aspect sensitif d'un point de vue biologique, comme une réaction du corps à des stimuli, ou psychologique lorsqu'il s'agit de comprendre par quel processus l'information ainsi traitée peut être décryptée, puis comprise. Toutefois, ces angles ont ceci de commun qu'ils sont transparents pour celui qui les expérimente, c'est-à-dire qu'ils agissent sans que leur présence soit immédiatement apparente au sujet. En somme, on fait face ici à une forme d'inconnaissance, qu'une explication ultérieure peut certes venir clarifier, mais qui pour autant, conserve cette part nécessaire d'obscurité.

4. Il est néanmoins un autre angle par lequel on peut espérer explorer cet univers de l'intime, et qui met cette fois-ci directement la personne en face d'elle-même, dans une forme de rapport qui vise à lier ce qui est éclaté, disparate, désordonné. Cet angle, c'est celui du consentement, c'est-à-dire de cette faculté par laquelle une personne exprime et inscrit une position qui lui est spécifique, et qui ce faisant, manifeste sa subjectivité. Or, le consentement

¹ Saint Augustin, *De vera religione*, Chapitre 39, §72, que l'on peut traduire par : « Ne va pas au dehors, mais rentre en toi; La vérité réside dans l'intérieur de l'homme ». Cette citation semble être un emprunt à Saint Paul, dans l'épître aux Éphésiens, Chapitre 3, §16-17, mais correspond selon Pierre Hadot à une mauvaise traduction latine de l'épître concernée. Sur ce point, cf. P. Hadot, *Éloge de la philosophie antique*, éd. Allia, 1998, 76 pages, p. 52-56.

² Ici donnée dans sa formulation latine. Saint-Augustin en donne également une lecture renouvelée. Sur ce point, cf. E. Bermon, *Le cogito dans la pensée de Saint-Augustin*, Vrin, 2001, 432 pages, p. 24-25.

a ceci de particulier qu'il paraît déborder l'ensemble des classifications qui visent à lui assigner une place déterminée. On retrouve donc ce dernier aussi bien dans la philosophie, la science politique, la sociologie, et pour ce qui nous intéresse prioritairement, au sein de la sphère juridique.

5. Toutefois, le même phénomène s'observe au sein du droit, puisque loin de rester cantonné à une branche particulière du savoir juridique, le consentement s'étend et se diffuse, et ce faisant, imprègne aussi bien le droit privé que le droit public, sans que pour autant l'on sache toujours le sens qu'il a suivant ces apparitions.

6. Aussi, pour lever cet obstacle, il apparaît nécessaire d'essayer d'entrevoir ce que le concept de consentement désigne en droit (I) avant d'aborder la thématique de la subjectivité qui l'accompagne (II). C'est alors que nous pourrions nous intéresser aux objectifs que cette recherche vise à satisfaire (III).

I / LE CONSENTEMENT : UNE ABSENCE DE DÉFINITION ET UN USAGE EN DÉCALAGE AVEC L'IMPORTANCE CONFÉRÉE AU CONCEPT

7. Bien que le consentement soit considéré, dans la communauté juridique, comme un concept en tout point essentiel, ce qui étonne à la lecture des travaux savants est bien l'absence d'une définition précise de ce dernier (A). Pour parvenir à en formuler une, le retour à la racine étymologique du consentement permettra d'appréhender une réalité nouvelle et trop peu considérée (B). Enfin, l'étude statistique des usages du consentement par le juge et par la doctrine, aboutit à mettre en exergue la différence entre le discours sur le droit et le droit lui-même (C).

A : La recherche d'une définition du concept de consentement

8. Afin de tenter de définir le concept de consentement, on étudiera ce que la littérature juridique peut nous apprendre sur ce point (1), avant de se reporter aux définitions proposées tant dans la langue philosophique que dans la langue courante (2).

1 / Définition du consentement au sein de la littérature juridique

9. S'agissant de la définition juridique du consentement, le professeur Chauvel n'y consacre que quelques lignes³ : « Le mot « consentement » connaît lui-même deux acceptions. Il s'agit, tout d'abord, ce que suggère l'étymologie (*cum sentire*), de l'accord des contractants proprement dit, résultant de la rencontre des volontés. Ainsi évoquerons-nous « le » consentement — au singulier — des parties. En un second sens un peu différent, le consentement désigne ensuite la volonté isolée qui, soit se suffit à elle-même dans le cas de l'acte unilatéral, soit en rencontre une ou plusieurs autres, pour former la convention. C'est ce second sens que le Code civil retient, au travers de l'article 1108 : « le consentement de la partie qui s'oblige » au nombre des quatre conditions essentielles pour la validité d'une convention. Il y a là, au moins, une maladresse dans l'expression, car les auteurs font justement observer qu'un contrat, fût-il unilatéral, suppose, au minimum, l'accord de deux volontés et non l'assentiment du seul débiteur ».

10. Plusieurs éléments sont réunis ici : l'assimilation du consentement à la volonté, la synonymie avec l'accord marquée à un point tel que l'auteur considère que le consentement serait impropre à désigner la volonté seule puisque le contrat suppose un accord, et enfin la confusion entre la volonté et l'objet de la volonté.

11. Pour celui qui désire réfléchir au consentement de manière isolée, la situation de départ paraît donc, à tout le moins, d'une complexité déconcertante : le consentement est un élément essentiel et fondamental du contrat, mais l'on ne sait pas véritablement ce qu'il est, ainsi que ce qu'il désigne. Nul secours n'est à espérer du Code civil, qui ne contient aucune définition du consentement, mais mentionne simplement les occasions dans lesquelles celui-ci n'existe pas, là où on pouvait le penser présent, au travers des vices du consentement.

12. Si l'on se tourne cette fois vers les travaux doctoraux, deux thèses récentes consacrées plus spécifiquement au consentement présentent cette même typicité. Ainsi, M. François écrit dans sa thèse que le consentement peut désigner « tant la manifestation de volonté de chacune des parties au contrat que la rencontre de ces volontés », et que ce faisant, « il est en général

³ P. Chauvel, « Consentement », *Rép. Civ. Dalloz*, §2.

rangé parmi les composantes subjectives du contrat, parce que la volonté est un élément de la subjectivité [...]»⁴. Se manifestent, là encore, ainsi aussi bien la confusion évoquée précédemment entre le consentement et la volonté, mais aussi son absence de définition, puisque le renvoi à un autre terme, qui n'est pas davantage défini, ne permet pas d'avancer vraiment dans la compréhension du concept. Tout au plus peut-on dire que le consentement semble entretenir des relations avec l'idée de subjectivité, ce qui n'est pas sans poser problème.

13. En effet, l'auteur note qu'il « a été proposé, de manière certes un peu provocatrice, d'en finir avec la phase de formation du contrat, et donc avec l'examen du consentement contractuel, pour davantage se concentrer, se focaliser sur la phase de l'exécution du contrat »⁵. Ceci s'explique selon lui par l'emprise du volontarisme dans la vision majoritaire, « et ce, bien que l'examen du vouloir intime soit impraticable »⁶. Aussi, si l'on suit le raisonnement qu'il développe à l'appui de sa critique⁷, le consentement correspond à la volonté, qui elle-même est insondable, voire impraticable. Aussi, par le seul jeu de la transitivité, le consentement est donc lui-même insondable et impraticable. Étrange définition que celle qui consiste à dire qu'il n'y a pas de définition !

14. La situation est différente dans la thèse de Mme Attuel-Mendès, qui consacre les dix premières pages de son introduction à la recherche d'une définition du consentement. Après avoir constaté qu'une partie majoritaire de la doctrine s'attache à la définition correspondant à l'accord de volontés⁸, l'auteur relève les utilisations variables du terme par la doctrine⁹, ainsi

⁴ G. François, *Consentement et objectivation*, Thèse pour le doctorat en droit, Université de Clermont-Ferrand, 2006, éd. PUAM., 2007, 510 pages, p. 15.

⁵ G. François, précité, p. 17.

⁶ G. François, précité, p. 24. Cette affirmation pouvait être anticipée avant même la lecture de l'introduction, puisque l'épigraphe renvoie à la Thèse de Rouhette et à sa lecture critique de l'autonomie de la volonté. De même, dès la seconde page de l'introduction, il est noté que « le juge, pas plus que le législateur, ne peut prétendre sonder les âmes des parties. Les données psychologiques ne sont-elles pas proprement impalpables, la question du « vouloir » ne renvoie-t-elle pas exclusivement à la psychologie, « registre dans lequel s'inscrit mal le droit des contrats ». De même, p. 30, l'auteur remarque que « il est un défaut chez nombre de juristes français, celui de se référer à ce que les parties ont voulu : une fois la formule brandie, malheur à celui qui ne s'y rallierait pas ».

⁷ L'idée défendue dans la thèse étant de parvenir à un consentement objectivé, c'est-à-dire à considérer comme réel un élément qui ne l'est pas nécessairement, en l'occurrence ici le consentement juridique.

⁸ L. Attuel-Mendès, *Consentement et actes juridiques*, Thèse pour le doctorat en droit, Univ. Paris II, 2006, publiée chez Litec, Bibliothèque de droit de l'entreprise, 2008, 475 pages, p. 2, et particulièrement la note de bas de page n°11 qui contient une recension des auteurs de la doctrine favorables à cette définition.

⁹ À ce titre, la définition du consentement proposée par l'association Henri Capitant, au travers du Vocabulaire

que la multiplicité de ses occurrences dans les divers Codes¹⁰. La conclusion est alors sans appel : « il s'avère donc bien que le droit du consentement est un droit négligé par le législateur et que sa forme aboutie n'a vu le jour que sous la plume du juge et d'une partie de la doctrine »¹¹.

15. Si les prémices sont justes, la conclusion, elle, ne nous semble pas convaincante. En effet, en fait de définition, ce qui a été proposé par la doctrine et le juge consiste essentiellement dans des usages possibles du terme de consentement. Aussi, si grâce à cela, on sait que le consentement peut être employé dans telle ou telle situation, on n'est pas davantage renseigné quant au sens que présente ce dernier. Cette précision est d'importance puisque seule une définition précise peut permettre de comparer le consentement étudié à l'occasion d'un litige avec un modèle qui permettrait ainsi d'en apprécier la validité concrète, en jouant le rôle d'un étalon de mesure.

2 / Définition du consentement dans la langue philosophique et ordinaire

16. Si l'on se penche cette fois sur des définitions non typiquement juridiques, d'autres éléments viennent ainsi s'ajouter. Le vocabulaire Lalande¹² paraît reprendre l'idée d'association étroite du consentement avec la volonté, et également l'idée d'un accord donné à une action, une opinion, etc. Ce n'est véritablement que dans des dictionnaires plus généraux que l'on va trouver l'indice le plus probant pour notre recherche. Premièrement, le terme même de consentement apparaît dans la deuxième moitié du XII^e siècle¹³. Ainsi le dictionnaire Littré¹⁴ propose deux sens différents : d'un côté l'uniformité d'opinion, et de l'autre l'action de consentir à quelque chose. Toutefois, dans la partie consacrée aux synonymes, il est fait état de la proximité du mot avec la « permission » et « l'agrément », et à cette occasion, il est noté

juridique, est emblématique de ces utilisations multiples, puisqu'il propose pas moins de cinq sens possibles, qui ont ceci de commun de concerner soit l'accord, soit le terme de volonté qui revient dans trois de ces définitions; Cf. également S. Guinchard, T. Debard, *Lexique des termes juridiques*, éd. Dalloz, coll. Lexique, 2013, qui propose p. 236 la définition suivante du consentement : « dans la création d'un acte juridique, adhésion d'une partie à la proposition faite par l'autre. L'échange des consentements entraîne l'accord de volonté qui lie les parties ».

¹⁰ L. Attuel-Mendès, précité, p. 3, 4, 5-7.

¹¹ L. Attuel-Mendès, précité, p. 9.

¹² A. Lalande, *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, PUF, coll. Quadrige, 2010, p. 177.

¹³ Mme. Attuel-Mendès, dans sa thèse, propose la date de 1160. Cf. L. Attuel-Mendès, précité, p. 2.

¹⁴ E. Littré, *Dictionnaire de la langue française*, version électronique disponible à l'adresse suivante : www.littre.org.

que « le consentement, signifiant conformité de sentiment, veut dire qu'on tombe d'accord avec la personne qui demande le consentement ».

17. Puis, si l'on recherche le même terme au sein du Trésor de la langue française¹⁵, on retrouve cette même confusion initiale, puisque le consentement correspond à la fois à « l'action de consentir », et au « résultat de cette action ». Toutefois, trois sens sont proposés suivant les usages : « l'autorisation ou l'accord dans le domaine juridique et politique », « l'acceptation totale et réfléchie d'une valeur reconnue comme vraie ou existante » dans le domaine intellectuel, et enfin, dans le domaine moral, à « l'acte libre de la pensée par lequel on s'engage entièrement à accepter ou à accomplir quelque chose ». À la lecture de ces propositions, l'utilisation désignée comme juridique paraît correspondre à une version plus sèche, moins engageante de l'accord, au regard du domaine intellectuel ou moral. Sur ce point, la définition proposée par le dictionnaire de l'Académie française ne reprend pas cette distinction, et ne consacre que l'assentiment ou l'accord, en reprenant la même confusion du consentement comme action et comme résultat¹⁶.

18. Un secours est néanmoins envisageable. Puisque le consentement est dérivé du verbe consentir, il peut être utile de se reporter à la définition de ce dernier. C'est à cette occasion que l'on va pouvoir observer l'un de ses éléments les plus essentiels, que ne laissent pas directement apparaître les définitions fournies.

19. Une première différence existe entre les sources: si l'on se réfère au Trésor de la langue française, le premier sens proposé correspond à « se prononcer en faveur de l'accomplissement d'un projet, d'un acte, etc. ». S'ensuivent alors de multiples raffinements qui ont ceci de commun d'évoluer autour de l'assentiment, de l'adhésion, de l'autorisation, mais aussi l'idée de « reconnaître comme vrai ou exact ».

20. Toutefois, c'est le Littré qui va véritablement se singulariser sur ce point. Ainsi, le premier sens proposé est « rendre à un sentiment, à une volonté, à une obligation ». Le sens spécifiquement juridique ne figure qu'en quatrième place, tandis que l'accord est lui en

¹⁵ Version informatisée du *Trésor de la langue française*, disponible à l'adresse suivante : <http://atilf.atilf.fr/>.

¹⁶ *Dictionnaire de l'Académie Française*, 9^e édition, version électronique disponible sur le site du centre national de ressources textuelles et lexicales : www.cnrtl.fr.

cinquième position. Aussi, le premier sens, le plus direct et immédiat, est celui qui touche directement au sentiment. Cela se trouve confirmé par la précision qui est faite au regard d'un verbe voisin, à savoir acquiescer. À cette occasion, on peut lire « Dans le consentement, il y a conformité de sentiment ; dans l'acquiescement, il y a conformité de volonté ». Du reste, le point figure également dans la thèse de Mme Attuel-Mendès puisque celle-ci note que « le mot « consentement » provient pour certains du verbe latin *consentire* qui veut dire « être de même sentiment » ; d'autres, auxquels s'associent les juristes, privilégient une origine différente, l'expression latine *cum sentire*, qui signifierait « vouloir avec » ou « sentir avec, tomber d'accord » »¹⁷. Il faut donc pousser plus avant l'étude sur ce point.

B : Une étymologie du terme de consentement à forte valeur heuristique

21. Faute d'une définition satisfaisante dans la littérature juridique, nous allons donc rechercher si l'étymologie du terme dans la langue latine et anglaise nous permet d'avancer dans la compréhension de ce concept (1). On découvrira à cet égard à quel point le rôle de Cicéron a été central dans l'introduction du terme en latin (2).

1 / Étymologie latine et anglaise du vocable de consentement

22. Pourtant, la réalité est plus complexe qu'il n'y paraît, puisque le terme même de *consentire* en langue latine, fait partie d'un ensemble plus vaste au sens relativement indéterminé. Il convient donc d'apporter quelques précisions, utiles pour la compréhension future.

Selon le Gaffiot, il importe en effet de distinguer précisément entre « *consensus* », qui signifie accord, et « *consensio* », qui lui vise « la conformité dans les sentiments, l'accord ». On observe déjà, en comparant ces deux termes, que l'un fait spécifiquement référence à la notion de sentiment, tandis que l'autre est plus sec, simplement réduit à un accord qui n'est pas défini.

23. La situation se complique lorsque l'on remarque qu'aussi bien « *consensus* » que « *consensio* » proviennent du verbe « *consentire* », dont le premier sens correspond à « être de même sentiment, être d'accord ». À cette occasion, le Gaffiot fait référence à un passage de

¹⁷ L. Attuel-Mendès, précité, p. 2.

Cicéron qui parle « d'âmes qui sont d'accord (*animi consentientes*) ». On ne trouve de référence à l'idée d'être d'accord à propos de choses que dans une troisième position.

24. Aussi, à partir du verbe « *consentire* », deux termes apparaissent, qui désignent pour l'un la conformité dans les sentiments et l'accord, tandis que l'autre ne vise que l'accord. Dès lors, il est particulièrement délicat de distinguer la différence, aussi bien d'usage que de sens, entre ces deux termes. Tout au plus peut-on dire qu'au regard du sens de « *consentire* », « *consensio* » semble plus proche, puisqu'il fait lui aussi référence spécifiquement au sentiment.

25. Toutefois, si l'on se rapporte cette fois à un autre dictionnaire latin éminent, à savoir le dictionnaire Lebaigue¹⁸, le sens varie de manière significative. Ainsi, *consensio* reçoit désormais comme sens : « accord de sentiments, unanimité, concert ». *Consensus* lui, est également décliné en un participe passé (*consensus*) qui correspond à « consenti, convenu, accordé », et une forme nominale masculine, qui elle est définie comme suit : « a/ accord de sentiments, unanimité ; b/ accord (d'objets inanimés), harmonie, enchaînement ; c/ conspiration, complot ».

26. C'est surtout au travers de la définition proposée pour *consentio*, c'est-à-dire *consentire*, que la différence se fait le plus sentir : selon ce dictionnaire, ce terme correspond à : « 1. sentir en même temps, sympathiser ; 2. être du même sentiment, être d'accord, s'entendre, consentir à ; 3. se concerter, conspirer, comploter ; 4. en parlant des choses s'accorder avec, se rapporter, être en harmonie ». On le voit, la différence est plus que substantielle. En effet, la traduction proposée par ce dictionnaire présente cette particularité de systématiquement mettre en avant la notion de sentiment, par rapport au Gaffiot qui lui insiste bien davantage sur l'accord.

27. Cela signifie-t-il, pour autant, que ces deux définitions sont contradictoires ? Elles ne le sont, en vérité, qu'à la condition que l'on considère que l'accord mentionné par le Gaffiot est exclusif du sentiment, c'est-à-dire s'oppose à lui. Si l'on veut bien admettre qu'il n'en est pas nécessairement ainsi, et que l'accord visé peut lui aussi être considéré comme pouvant être

¹⁸ Ch. Lebaigue, *Dictionnaire latin-français*, Librairie classique d'Eugène Belin, 1881. Une version électronique est disponible à l'adresse suivante : <http://www.prima-elementa.fr/Dico.htm>.

déterminé par le sentiment, alors la contraction apparente s'efface. Tout au plus peut-on reconnaître que le dictionnaire Lebaigue a pour souci de faire apparaître de manière plus manifeste le terme de sentiment, qui constitue, il faut le rappeler, la base étymologique du terme de *consentio*.

28. Si l'on se reporte cette fois à un dictionnaire étranger faisant référence, par exemple le *Merriam-Webster's Collegiate Dictionary*¹⁹, les informations fournies diffèrent encore. Selon ce texte, le premier sens du terme *consent* en anglais correspond à donner son assentiment ou son approbation. Il est également mentionné un sens plus archaïque, qui s'entend dans le fait d'être dans une communauté d'opinions ou de sentiments (*to be in concord in opinion or sentiment*). Le sentiment est donc encore évoqué, et ce même dans une langue étrangère. On peut donc légitimement penser, puisqu'aussi bien l'anglais que le français s'appuient sur le terme latin de *consentire*, que la présence du sentiment se trouve déjà dans le verbe étudié.

29. Cette hypothèse se trouve confirmée si l'on poursuit la lecture de l'entrée dans le dictionnaire, puisqu'il est fait mention, s'agissant de l'origine du terme dans la langue anglaise, du fait que celui-ci provient du terme anglo-français de consentir, qui dérive lui-même du latin *consentire*, formé de « *com + sentire to feel* ». Il est ici particulièrement intéressant de remarquer que la traduction fournie pour *sentire*, en anglais, est « *to feel* » et non « *to think* » ou « *to experiment* ». Or, le verbe *feel* en anglais renvoie très spécifiquement à l'ordre du ressenti, de la sensation et du sentiment, et non à des aptitudes intellectuelles.

30. Pourtant, le Gaffiot propose pour le verbe *sentire*, deux sens distincts, à savoir dans un premier temps, « percevoir par les sens, sentir, éprouver », puis dans un second sens, « percevoir par l'intelligence, sentir, se rendre compte, avoir dans l'esprit, penser, juger, exprimer un avis, etc. ». Le dictionnaire Lebaigue lui aussi, distingue plusieurs sens ou emplois du terme, et propose: « sentir physiquement, percevoir » ; puis « sentir moralement, ressentir, éprouver » ; ensuite, vient « sentir intellectuellement, s'apercevoir par la réflexion, comprendre » ; s'ajoute alors une dernière proposition : « avoir un sentiment, avoir une opinion, juger, penser » et enfin « émettre son opinion, exprimer un avis, voter ».

¹⁹ *Merriam-Webster's Collegiate Dictionary*, Eleventh Edition, version électronique consultable en ligne. La traduction fournie est l'œuvre de l'auteur de ces lignes.

31. On le voit, le terme de consentement est marqué, dès l'origine, par une confusion particulièrement vivace sur son sens et ses usages, entretenue par la proximité des termes entre *consensus*, *consensio* et *consentire*, et dont la logique d'emploi ne se laisse guère approcher aisément. Dès lors, il paraît particulièrement ardu de prétendre pouvoir systématiser un usage particulier dans ce qui semble relever définitivement du champ de l'empirie. Comment alors espérer découvrir la règle d'usage du terme *consensus*, au-delà de la nébuleuse de ses apparitions ?

2 / L'importance de Cicéron dans l'introduction du consentement dans la langue latine

32. En réalité, une réponse possible à cette interrogation peut se trouver chez Cicéron. Selon Guy Achard²⁰, dans le but d'évoquer l'entente, « Cicéron aime employer des successions de mots dotés du préfixe *com-*. [...]. Le verbe le plus fréquent est *consentire*. Il s'applique aussi bien à l'ensemble des *boni ciues* qu'à tel groupe ou à tel ordre, mais l'orateur se sert aussi de verbes plus imagés et plus vigoureux tels *conspirare...* »²¹. Or, il est particulièrement intéressant de constater, lorsque l'on se réfère à l'œuvre complète de Cicéron, que la traduction proposée ne semble pas faire écho à l'utilisation précise du terme, telle qu'elle est indiquée ici par l'auteur. En effet, le terme *consentire* et tous ses dérivés ne sont pas systématiquement traduits ni par accord, ni par consentement, tandis que le terme de consentement est utilisé pour traduire des termes autres, tels par exemple l'assentiment (*assensiones*).

33. Ensuite, Cicéron lui-même, dans un texte fameux, emploie le consentement dans un sens tout à fait particulier, et qui s'éloigne du strict accord. Ainsi, il déclare : « Les anciens philosophes, qui admettaient la fatalité universelle, disaient que le consentement est nécessaire et forcé. Ceux qui professaient le sentiment contraire niaient l'empire de la fatalité sur le consentement, et prétendaient que si l'on soumettait le consentement au Destin, on le rendait inévitablement nécessaire »²². Plus loin, et reprenant en partie les explications de Chrysippe sur ce point, il note : « ceux qui prétendent que le Destin ne détermine pas notre

²⁰G. Achard, *Pratique rhétorique et idéologie politique dans les discours « optimates » de Cicéron*, éd. E. J. Brill, 1981, p. 74.

²¹G. Achard, *ibid.*

²²Cicéron, *Traité du Destin*, œuvres complètes, volume 4, ss. La dir. De M. Nisard, J. J. Dubochet et compagnie éditeurs, Paris 1881, version électronique, p. 271.

consentement, et qui nient en même temps que le consentement ne puisse se produire que provoqué par une perception, ceux-là soutiennent véritablement une autre thèse ; mais ceux qui accordent que le consentement est toujours provoqué par la perception, et qui cependant veulent soustraire le consentement à la loi du Destin, me semblent fort n'avoir pas d'autres sentiments que Chrysippe. [...] »²³.

34. Il n'est pas douteux, à la lecture de ce passage, que ce qui est évoqué ici n'est pas simplement l'accord, mais plutôt au travers des causes nécessaires ou suffisantes, ce qui ou non détermine le principe de notre impulsion et de notre consentement. On est donc ici fort loin de l'accord au sens juridique, et beaucoup plus proche de l'idée de mouvement de l'âme, reliée de manière manifeste à l'idée de perception, et donc à l'idée de « sentir-avec ».

35. Un aveu décisif pour notre étude peut être trouvé dans un autre texte qui concerne Cicéron, à savoir *La Vie de Cicéron* par Plutarque. Dans celle-ci, l'illustre auteur déclare : « car ce a été, comme l'on dit, le premier qui a donné noms latins à ces mots grecs, qui sont propres aux philosophes, *phantasia*, c'est-à-dire appréhension, *catathesis*, consentement, *epoché*, doute, *catalepsis*, compréhension, [...] au moins si ce n'a été le premier, ce a bien été celui qui plus en a inventé et usé, en tournant aucuns par translations, autres en termes propres, si bien qu'ils estoient reçus, usités et entendus de chacun »²⁴.

36. Ceci est tout à fait capital pour notre étude, puisque se trouve ainsi énoncé le fait que le terme même de consentement n'existe pas à l'origine dans la langue romaine, et qu'il est la résultante d'une volonté délibérée de la part de Cicéron d'introduire un concept par nature philosophique dans la langue de l'époque. On peut à cet égard remarquer que le terme auquel il est fait référence, qui se trouve mal orthographié dans la traduction présentée, correspond au terme grec de *synkatathesis*. Or, ce dernier, typique de la philosophie stoïcienne, est le plus souvent traduit par « assentiment », au sens de cette philosophie²⁵, ce que nous verrons par la suite²⁶.

²³ Cicéron, précité, p. 273.

²⁴ Plutarque, *Les vies des hommes illustres*, trad. Amyot, notes et observations par MM. Brotier et Vauvilliers, revue et corrigée par E. Clavier, Paris, 1802, Tome huitième, 507 pages, p. 128. Nous avons pris le parti de conserver la citation dans sa forme et dans l'orthographe d'époque.

²⁵ Cf. par exemple B. Duburque, *L'effort*, Mémoire de maîtrise en philosophie, Université Paris IV, 1990 ; H.-G. Gadamer, *Interroger les grecs – Études sur les Présocratiques*, Platon et Aristote, éd. Fides, coll. Noesis, 2006, p.

37. Ces précisions ne visent pas à simplement exposer des difficultés terminologiques ou à exposer la situation romaine. Au contraire, elles sont absolument déterminantes pour toute l'orientation de notre recherche. En effet, ce dévoilement prouve de manière définitive, à notre sens, que le consentement n'est pas initialement un concept juridique, et que sa source première, son origine, est à rechercher dans le domaine de la philosophie, et non simplement dans la sphère du droit. Dès lors, la conception qui sera défendue dans le cadre de ce travail, qui vise à montrer que le consentement ne peut être simplement l'accord, se trouve ainsi confirmée dans l'historicité même du terme. Il est donc absolument nécessaire de se pencher, de manière attentive, dans la philosophie, aussi bien antique que plus récente, pour espérer comprendre ce qui se joue derrière ce terme. À ce titre, l'étude de la philosophie stoïcienne jouera un rôle non négligeable dans notre propos, en ce que c'est au sein de cet environnement de pensée que l'on pourra retrouver les premiers signes du concept de consentement.

38. Ces précisions établies, on peut désormais s'attacher à observer à quel point la réalité juridique laisse une place au consentement, dans une perspective générale. En effet, si ce dernier est bien un concept fondamental du droit, on peut donc légitimement s'attendre à ce que son utilisation reflète cette importance.

C : Étude statistique des usages du consentement : une importante quantitative en décalage avec l'importance reconnue au concept

39. Nous proposons ici d'effectuer une recension des principaux termes qui gravitent habituellement autour du consentement, et ce tant dans la jurisprudence que dans le discours doctrinal (1). Après avoir procédé à l'analyse des résultats obtenus (2), on pourra constater à quel point il existe un décalage entre la production doctrinale sur ces termes, et leur utilisation par le juge (3). Ceci nous permettra de formuler quelques hypothèses à l'égard de la définition du consentement juridique (4).

69.

²⁶ Sur ce point, cf. *infra*. Partie I, Titre II, Chapitre 1, Section 1.

1 / Recension statistique du vocable de consentement et des termes qui lui sont associés

40. À ce titre, les travaux qui le mentionnent, soit directement, soit de manière détournée, sont à ce point nombreux qu'il serait vain de prétendre en dresser ici une liste exhaustive. Tout au plus peut-on mentionner que, s'agissant de la base de données Dalloz, le terme de consentement apparaît dans près de 18445 résultats, qui ce qui représente environ **4.77%** du total des documents disponibles²⁷. On peut déjà remarquer que le pourcentage obtenu est relativement faible, au regard de l'importance supposée et affirmée de la notion de consentement au sein du discours juridique.

41. Toutefois, si l'on précise encore davantage l'analyse, un premier constat s'impose. S'agissant des thèses, selon la base de données SUDOC, il existe 264²⁸ thèses en langue française qui contiennent le terme de consentement dans leurs titres, et ce depuis 1840. Toutefois, elles ne correspondent pas toutes à des thèses de droit, puisqu'il est possible d'y trouver un nombre conséquent de thèses de médecine, et en moindre proportion, de philosophie. Si l'on se concentre exclusivement sur les thèses de droit, un élément apparaît. À notre connaissance, il n'existe pas de thèse de doctorat en droit, exception faite de celle du Professeur Pin²⁹, qui se consacre à l'étude du consentement sans qu'il soit directement relié à un aspect particulier, comme si le concept en lui-même n'avait guère d'intérêt. Certes, comme on l'a indiqué, on pourra trouver des exemples variés de documents touchant au consentement du patient, au consentement du consommateur, au consentement dans le mariage, au consentement en matière criminelle, etc. Toutefois, aucune ne traite spécifiquement de la question du consentement en lui-même, c'est-à-dire du concept, de son sens, avant qu'il ne soit utilisé dans telle ou telle branche qui lui fait acquérir une typicité juridique. Tout se passe comme s'il n'existait pas de consentement en tant que concept, mais simplement des usages multiples et différenciés du même terme.

²⁷ Recherche à jour du 25 juin 2014. La même recherche n'a pas pu être menée à son terme sur les autres bases de données, en raison du fait que le nombre de résultats était trop important pour pouvoir être affiché. Dès lors, il ne nous a pas été permis d'établir une comparaison sur ce point entre les différentes bases de données.

²⁸ Consultation à jour du 25 juin 2014.

²⁹ X. Pin, *Le consentement en matière pénale*, Thèse pour le doctorat en droit, Université de Grenoble, 1999, éd. L.G.D.J., coll. Bibliothèque de sciences criminelles, 2002, 724 pages.

42. Comment expliquer une telle situation, au regard de l'importance de la notion ? Une première hypothèse explicative tient peut-être dans la définition même du terme de consentement. En effet, de manière intuitive, il est probable que toute personne initiée à la matière juridique est en mesure de fournir une définition du terme, même de manière intuitive. L'enseignement du droit est à tel point lié, dès les premiers temps de la formation, au terme, que son évidence fait consensus. Cette évidence, c'est bien évidemment celle qui vise à faire du consentement un synonyme de l'accord. Dans cette perspective majoritaire, pour ne pas dire exclusive, donner son consentement, c'est donner son accord à la réalisation d'une chose. Aussi, peut-être que l'idée de consacrer tout un travail doctoral à une définition d'apparence aussi simple a pu paraître de peu d'intérêt, et par extension, rebuter quelques candidats curieux.

43. Mais, à ce premier élément va s'en ajouter un autre. Celui-ci touche cette fois à la fréquence d'utilisation, dans le discours du juge, du vocable de consentement ou de termes qui lui sont proches et souvent associés. Pour ce faire, nous avons pris le parti de retenir le terme de « consentement », mais aussi celui de « volonté », d'« accord », d'« autonomie », et enfin, d'« autonomie de la volonté ». Pour les besoins de l'enquête, nous avons effectué une recherche sur la base Hudoc pour la Cour européenne des droits de l'homme, et sur Légifrance pour les juridictions nationales. Afin de donner un aperçu significatif des résultats statistiques, seuls les juridictions les plus hautes (Conseil d'État et Cour de cassation), ainsi que le Tribunal des conflits ont été retenus. De manière analogue, nous effectuerons la même recherche dans la base de données Dalloz afin d'évaluer la production doctrinale sur ce thème.

44. À chaque fois, les chiffres produits doivent se comprendre en rapport à l'ensemble de la production jurisprudentielle de chaque juridiction. La même logique prévaut s'agissant de la doctrine.

Juridictions et doctrine Termes recherchés	Cour E.D.H.	Cour de cassation	Conseil d'État	Conseil constitutionnel	Tribunal des conflits	Doctrine
Consentement	1.2%	2.1%	0.3%	7.6%	0.3%	4.7%
Volonté	2.5%	5.8%	0.8%	19.6%	0.7%	12.6%
Accord	5.8%	11.2%	8.2%	23.7%	6.3%	15.1%
Convention	57.8%	19.6%	22%	21.4%	23.8%	23%
Contrat	2.89%	26.8%	8.9%	18.12%	43.29%	27%
Autonomie	0.69%	0.69%	0.8%	10.8%	1.27%	5.1%
Autonomie de la volonté	0.004%	0.01%	1 seule décision	0.55%	N.A	0.4%

2 / Analyse des données statistiques au regard de la production doctrinale

45. Le but ici n'est pas simplement de donner un ordre de grandeur statistique de l'utilisation de ces termes, encore qu'une telle démarche ne soit pas dépourvue d'intérêt, mais plutôt de permettre d'illustrer, par la comparaison de ces chiffres entre eux, plusieurs éléments qui intéressent directement notre recherche.

46. Le premier point touche à la relative équivalence statistique, s'agissant de la production doctrinale, entre le terme d'« accord » et de « contrat ». Or, cette équivalence ne correspond pas à l'utilisation par le juge des mêmes termes, puisque l'accord est en général au moins trois fois moins présent dans la jurisprudence que ne l'est le « contrat », ou bien le

terme de « convention ». Peut-être faut-il y voir ici le fait que la doctrine paraît admettre une forme de synonymie des termes, le contrat étant pensé comme une forme d'accord, tandis que le juge, lui, maintiendrait une séparation plus stricte entre les deux termes. Toutefois, cette explication ne permet pas de donner un sens net à une telle disproportion : comment le contrat peut-il être à ce point dominant dans la jurisprudence, et ce de manière bien distincte de l'accord, sans que pour autant cela se vérifie de manière analogue dans les travaux doctrinaux ? En effet, par le simple jeu du commentaire sur les décisions de juridiction, nous devrions trouver des chiffres qui épousent au plus près cette production jurisprudentielle. Ce qui vaut ici pour le « contrat » est également applicable à la « convention », qui se retrouve de manière presque identique, s'agissant de l'importance statistique, entre le discours doctrinal et l'utilisation jurisprudentielle. Peut-être est-ce dû également au fait que, en raison de la longueur des articles publiés, il devient assez rapidement nécessaire, au cours du processus d'écriture, de trouver un synonyme au terme de contrat ou de convention, afin d'éviter la répétition. De ce point de vue, la brièveté des décisions de jurisprudence permettrait d'éviter ce problème particulier. Mais, une telle explication s'effondre si l'on fait retour à la jurisprudence de la CourEDH, et à la longueur singulière de ces arrêts. Or, les termes de « contrat » et d'« accord » sont présents 2.5 fois moins pour le premier, et 9 fois moins pour le second, par rapport au discours doctrinal³⁰. Il y a donc une première étrangeté qui se manifeste ici, qui a trait à une présence mystérieuse du mot « accord » dans la production doctrinale.

47. Ensuite, cet état de fait est à rapporter cette fois à l'utilisation qui est faite des autres termes. Ainsi, l'importance toute particulière de la thématique contractuelle devrait également affecter les occurrences de la « volonté » et du « consentement ». En effet, même si tous les

³⁰ On pourrait objecter à cela le fait que la jurisprudence de la CourEDH concerne de manière principale les relations juridiques entre les justiciables et les États parties. Dès lors, les contrats et conventions sont moins présents dans cette hypothèse qu'ils ne le sont dans les rapports entre particuliers. Toutefois, on assiste de plus en plus à une diffusion horizontale des droits reconnus par la Convention, comme l'attestent des recherches récentes. Sur ce point, cf. V. van der Plancke et N. Van Leuven, « Privatisation du respect de la Convention européenne des droits de l'homme : faut-il reconnaître un effet horizontal généralisé ? », Centre de recherche interdisciplinaire en droits de l'homme, Univ. Catholique de Louvain, Working Paper, 2007/03, version électronique, 64 pages ; B. Moutel, *L'« effet horizontal » de la convention européenne des droits de l'homme en droit privé français. Essai sur la diffusion de la CEDH dans les rapports entre les personnes privées*, Thèse pour le doctorat en droit, Univ. De Limoges, 2006, 495 pages qui évoque au §520, p. 437, le fait que cet effet horizontal « permet de privatiser les droits de l'Homme et d'humaniser le droit privé » ; Sur la fondamentalisation du droit des contrats, cf. J. Raynaud, *Les atteintes aux droits fondamentaux dans les actes juridiques privés*, Thèse pour le doctorat en droit, Univ. Limoges, 2001, 382 pages ; R. Dijoux, *La contractualisation des droits fondamentaux*, Thèse pour le doctorat en droit, Univ. De la Réunion, 2010, publié chez L'Harmattan, 2012, 582 pages.

travaux de recherche ne portent pas spécifiquement sur ce point, ne serait-ce qu'au regard de l'écriture des articles et de la recherche de synonyme qui l'accompagne, on pourrait s'attendre à retrouver dans des proportions plus ou moins similaires les deux termes évoqués. À ceci s'ajoute le fait que le « consentement », et la « volonté », concepts absolument déterminants de la théorie des contrats privés comme publics, devraient justement figurer en bonne place dans ce relevé quantitatif. Or, comme les chiffres le suggèrent, il n'en est rien.

48. Ainsi, le « consentement » est employé en moyenne 6 fois moins que ne le sont les termes de « contrat » ou de « convention », et ce dans le discours doctrinal. Si l'on se réfère cette fois à la jurisprudence, la différence est encore plus manifeste : le terme est 10 fois moins utilisé pour la jurisprudence civile par rapport au « contrat », et 61 fois moins pour le Conseil d'État dans l'hypothèse de la « convention », 22 fois moins pour ce qui touche à « l'accord », et 24 fois moins pour le « contrat ». Comment expliquer une telle répartition ?

49. Si l'on avait déjà pu constater un certain découplage entre les articles publiés par la doctrine et le discours du juge, rien d'aussi manifeste n'était apparu jusqu'à présent. L'équilibre est ici rompu, mais dans un sens particulier. L'excès ne se trouve pas du côté du juge, mais bien du côté de la doctrine, qu'elle soit civiliste comme publiciste³¹, qui paraît donner sensiblement plus d'importance au consentement que ce que la réalité jurisprudentielle révèle.

50. Ce raisonnement se retrouve à l'identique s'agissant de la volonté, puisque le terme est environ 2.5 fois plus présent dans la doctrine, qu'il ne l'est dans la jurisprudence de la Cour de cassation, et près de 15 fois plus présent que dans la jurisprudence du Conseil D'État. Ceci s'explique probablement par le fait que le droit public met davantage en jeu des personnes morales, au travers de l'Administration, pour lesquelles l'emploi du vocable de « volonté » peut paraître moins approprié. Toutefois, cette explication n'épuise absolument pas la question, puisque le juge administratif est appelé également à connaître, de manière déterminante, du contentieux mettant en cause des personnes physiques³².

³¹ En effet, le chiffre de 5.26% évoqué pour le consentement dans la base de données Dalloz inclut à la fois les travaux de droit privé et de droit public. Nous n'avons pas souhaité discriminer entre les deux, puisque justement le consentement apparaît comme un concept trans-frontières, qui ignore la dichotomie classique prévalant habituellement.

³² On pense ici à tout le contentieux relatif aux droits des étrangers, à une partie de la responsabilité hospitalière,

3 / Réflexions à l'égard de la surabondance du commentaire doctrinal par rapport à l'utilisation jurisprudentielle des termes recherchés

51. Comment comprendre alors cette dissymétrie ? La première explication envisageable consiste à considérer que la doctrine ne se saisit pas nécessairement de la jurisprudence pour orienter sa recherche, et qu'elle peut donc prêter attention à des concepts et idées juridiques indépendamment de leurs fréquences d'apparition respective. Dans cette perspective, toute recherche d'une corrélation visant à l'équivalence serait nécessairement vouée à l'échec, puisque les deux éléments n'auraient pas, de manière nécessaire, vocation à entretenir des liens étroits. Cette situation est déjà observable dans le mécanisme des arrêts de principes, qui donnent lieu à de nombreux commentaires, et cela pour un arrêt ou une décision unique. Cet effet multiplicateur du discours juridique serait donc le propre de l'activité de commentaire qui ainsi, obéirait à une logique propre.

52. Pour peu que l'on y souscrive, cette explication est insuffisante en ce qu'elle ne parvient pas à expliquer l'intensité de cette disproportion. Pourquoi donc les auteurs se préoccuperaient à ce point de termes et concepts qui, en pratique, seraient d'application rare ? Au-delà de l'intérêt savant, il ne nous paraît pas envisageable de considérer que le commentaire juridique serait à ce point clos sur lui-même qu'il se soucierait si peu des conséquences pour la pratique du droit, tant du point de vue du juge que des justiciables. Aussi, s'il peut sembler normal que certains termes soient davantage utilisés dans ces travaux de recherche, en raison même du fait que le juge n'a pas vocation, dans sa forme actuelle, à théoriser ses positions dans le contenu même de ses arrêts, on voit mal comment et pourquoi une place serait laissée à la réflexion autour de concepts qui ne sont pas directement opératoires. On en veut pour preuve que les recherches menées en théorie du droit paraissent en général dans des revues ou ouvrages spécialisés, et sont marginales au regard de la production scientifique majoritaire. Aussi, les principes de la volonté et du consentement semblent intéresser davantage la doctrine que ce que la jurisprudence suggère.

53. Pour autant, si l'on s'attarde cette fois uniquement sur le discours doctrinal en lui-même, il est tout à fait surprenant de constater à quel point le terme de consentement est si peu

aux contrats dans lesquels une personne physique est partie, etc.

employé. En effet, ne serait-ce que rapportée à la « convention » ou au « contrat », dont il est normalement le premier élément, son importance quantitative est étonnement basse. Comment donc un terme aussi essentiel à la théorie des obligations³³ de manière générale peut-il effectivement susciter si peu d'écho dans la réflexion savante sur ce point ? Voilà déjà un premier motif de surprise, qui n'aura de cesse de se renouveler.

54. En effet, à supposer que tous les articles concernant le contrat ne mentionnent pas spécifiquement le consentement, on peut légitimement penser qu'un autre terme est utilisé, qui vient ainsi remplacer utilement le premier pour décrire le processus de formation du contrat. De ce point de vue, et dans la perspective dominante, le terme auquel on pense spontanément est bien celui de volonté, fidèle en cela à la formule classique selon laquelle le contrat est un « accord de volontés »³⁴. Pourtant, si celui est bien employé 3 fois plus que le seul consentement, il l'est toujours dans une proportion significativement moindre que la convention ou le contrat. Ceci n'est pas à proprement parler problématique, puisque l'on peut penser que la réflexion autour du contrat, ne serait-ce qu'au regard de son exécution, ne mobilise pas nécessairement la volonté. La différence pourrait alors trouver sa justification.

55. Mais, une telle explication est impuissante à donner une idée des causes de cet emploi surabondant du terme de volonté par rapport au consentement. En effet, ceci ne peut s'expliquer simplement par une référence au Code civil, puisque dans ce dernier, le terme de volonté est bien moins utilisé que celui de consentement³⁵. Ce n'est pas non plus, semble-t-il, en raison de la jurisprudence, puisque le mot apparaît certes de manière plus importante, mais

³³P. Chauvel, « Consentement », précité, §1 : « Quoique la question puisse être discutée [...] la doctrine de l'autonomie de la volonté conduit à considérer que le consentement est l'élément fondamental de tout acte juridique, partant, de toute convention » ; Dans le même sens, Cf. L. Attuel-Mendès, *Consentement et actes juridiques*, thèse précitée, p. 4 qui note, références à l'appui, que « le consentement a ainsi été qualifié de berceau du contrat, de substance même du contrat, d'essence de la convention, d'élément central du contrat, d'élément constitutif de l'acte juridique, voire de notion cardinale du droit privé... ».

³⁴ Sur ce point, cf. par exemple Ph. Malaurie, L. Aynès, Ph. Stoffel-Munck, *Les obligations*, Defrénois, coll. Droit civil, 3^e éd, §457 : « selon l'analyse classique, le contrat est l'accord de volontés... ». Dans le même sens, L. Boyer, « Contrats et conventions », Rép. Civ., Dalloz, § 1-5, et particulièrement le §2 : « Par rapport à l'acte juridique en général qui suppose un « fait-volonté » à finalité juridique, le contrat a pour caractéristique spécifique de comporter nécessairement un accord de volontés ; mais, selon certains auteurs du droit public, il faudrait, en outre, que cet accord soit librement débattu et fasse naître des droits subjectifs (Duguit, *Traité de droit constitutionnel*, Tome 1 : « La règle de droit, le problème de l'Etat », éd. Ancienne librairie Fontemoing, 1927, § 370 ; A. de Laubadère, *Traité théorique et pratique des contrats administratifs*, éd. L.G.D.J., 1956, n° 1) ».

³⁵ Ainsi, le terme de « volonté » apparaît 59 fois dans tout le Code civil, tandis que le consentement est utilisé lui 132 fois.

sans pour autant que l'on observe le même rapport de proportion. Pourtant, si le contrat compte bien le consentement parmi les conditions essentielles à sa formation, il n'est pas fait mention spécifiquement de la volonté dans cet article³⁶. C'est pourtant ce terme que la doctrine a entendu utiliser.

56. Ceci trouve un sens, selon nous, si l'on veut bien relier cette idée à l'utilisation qui est faite des termes précédemment évoqués. Ainsi, au regard des statistiques, il y a une relative équivalence entre la « convention », l'« accord » et le « contrat ». Si le contrat n'est bien qu'une espèce de convention, on peut néanmoins envisager l'idée selon laquelle, sauf hypothèses particulières, dès lors que deux parties sont en cause, ces mots sont utilisés les uns à la place des autres, ce qui correspond de manière relativement fidèle à la définition du contrat que nous avons évoquée. De ce point de vue, les mots sont quasi interchangeables, et l'on peut s'attendre à ce que les uns soient employés à la place des autres.

57. Aussi, si ces trois termes sont bien substituables, cela signifie qu'ils incluent en eux-mêmes une référence soit au consentement, soit à la volonté. Ces termes sont supposés, et participent de l'environnement conceptuel immédiat du « contrat », de la « convention », ou de l'« accord ». Il n'y aurait donc pas lieu, dans cette optique, de les mentionner de façon spécifique. Mais, si cette idée est juste, alors on devrait trouver un même désintérêt pour le consentement et la volonté, et non l'écart que nous avons relevé. Il faut donc que, du moins dans l'esprit des auteurs, le terme de volonté ait quelque chose de spécifique, qui figure un supplément d'intérêt pour la réflexion, par rapport au consentement. Ceci est d'autant plus juste qu'il est nécessaire de surmonter cette évidence factuelle première du consentement, puisque lui seul est bien mentionné dans l'article 1108 du Code civil.

³⁶ C. civ., art. 1108.

4 / Premières hypothèses à l'égard du concept juridique de consentement

58. Ce supplément, selon nous, repose sur un constat simple, que l'on retrouvera avec une régularité redoutable tout au long de cette recherche : le consentement est considéré comme un substitut de l'accord. Or, ce dernier est lui-même le fruit de la rencontre des volontés. Dès lors, le consentement est à la fois inclus dans l'accord, mais également dans la volonté. De ce point de vue, la lecture a contrario d'un article vieux de près de 20 ans illustre tout à fait cette idée³⁷. Dans celui-ci, le Professeur Frison-Roche entend montrer la nécessité qu'il y a à bien distinguer entre le terme de consentement et celui de volonté, trop souvent confondus selon elle. Cette différence tient à ce qu'« échange et rencontre ne doivent pas s'assimiler. La volonté est au cœur de l'humanisme et marque l'intériorité incommensurable de l'homme tandis que le consentement est un objet, conséquence de la volonté, symbole et extériorisation de la volonté, mais distinct de la volonté »³⁸. Dès lors, le consentement serait bien le produit de la volonté, mais non la volonté elle-même, ce qui témoigne déjà du fait, par l'opposition ainsi formulée, qu'il est détaché de l'intériorité humaine dont il n'est qu'un produit.

Il nous faut néanmoins ici préciser le sens que nous retiendrons pour le concept de volonté, qui sera employé à maintes reprises au cours de la démonstration. Là encore, le vocabulaire Lalande va se révéler précieux, en ce qu'il décrit assez précisément le sens que nous avons retenu : « Qualité du caractère consistant dans la force plus ou moins grande avec laquelle une tendance, à laquelle le sujet s'identifie consciemment, se maintient et devient efficace malgré la résistance d'autres tendances à l'égard desquelles il se considère comme passif »³⁹. Ceci explique pourquoi, dans notre acception, la volonté possède deux sens : selon le premier, dans une acception large, elle désigne la partie mentale du sujet dirigé vers une fin à obtenir, qu'il s'agisse d'un objet, d'une action, ou de toute autre chose (« *Je veux quelque chose* ») ; dans son second sens, la volonté désignera cette partie mentale spécifique de l'individu en tant qu'elle distingue des émotions et des sensations du corps (ex : « *Je veux mais je n'ose pas* »). Ceci a pour effet de permettre de penser le conflit entre la volonté et le désir, mais également de montrer que la volonté peut être le produit de ces émotions ou sensations.

³⁷ M.-A. Frison-Roche, « Remarques sur la distinction de la volonté et du consentement en droit des contrats », RTD Civ., 1995, p. 573 et s. .

³⁸ M.-A. Frison-Roche, *ibid.*

³⁹ A. Lalande, *Vocabulaire...*, précité, p. 1218.

59. Ceci précisé, la confusion sémantique entre le consentement et la volonté, que l'on retrouvera sans cesse à travers les époques, permet le dévoilement de quelque chose de profond. Si l'on relie cette idée avec l'étude statistique, on peut alors émettre l'hypothèse que l'utilisation moindre du consentement tient, d'une part, à ce que la doctrine préfère valoriser le terme de volonté, manifestant ainsi l'orientation toute particulière du droit privé depuis le XVIII^e siècle⁴⁰, mais d'autre part au fait que le consentement dans cette vision n'a guère d'intérêt. Pourquoi en effet l'étudier de manière conséquente, au-delà du seul intérêt lexicologique et de la référence qui est faite dans le Code, puisqu'il n'est jamais que l'accord ? La volonté elle, ouvre un large champ, qui en plus de flatter le volontarisme dominant, permet d'aborder des éléments plus fondamentaux. Envisagé ainsi, le consentement est bien le parent pauvre du contrat, la portion congrue, simple terme visant à qualifier juridiquement une volonté extériorisée. De ce passage de la volonté au consentement, la réflexion savante ne gagnerait rien, mais s'appauvrirait au contraire.

60. À cet égard, le vocabulaire employé dans l'article est tout à fait révélateur de l'intention qui y préside : il ne s'agit pas de revaloriser le consentement en tant que concept propre, mais au contraire, de redonner à la volonté une place importante. Aussi on trouvera sous la plume de l'auteur les expressions suivantes qui visent à décrire le consentement⁴¹ : « le signe d'une sorte de capitulation. Il y a toujours de l'aliénation dans un consentement », le fait de « baisser pavillon », « par le consentement, je me sou mets » ; « la faiblesse est du côté du consentement », « signe de faiblesse, de vassalité », « otage donné », jusqu'à cette formulation proprement incroyable selon laquelle « par consentement, je m'abaisse et l'on se souviendra que la tradition asiatique analyse le contrat comme un déshonneur ». On peut comprendre dès lors que ce terme ne soit guère employé, en ce qu'il apparaît peu glorieux pour celui qui s'y prête, en opposition à la volonté qui, elle, magnifie la puissance du sujet⁴².

61. Aussi, à la lecture de ces éléments, le consentement apparaît comme un terme à la définition incertaine et fluctuante. À cet égard, on observe également un décalage entre

⁴⁰ Sur ce point, cf. *infra*. Pour une perspective historique sur le concept de consentement, qui permettra de montrer à quel point il est bien pensé comme synonyme de l'accord, et détaché de l'intériorité, alors que dans le même temps, on l'assimile à la volonté.

⁴¹ M.-A. Frison-Roche, *ibid*.

⁴² À ce titre, l'article de Mme Frison-Roche oppose de manière systématique les deux termes, la volonté positive, et le consentement négatif. Aussi, la recension effectuée à l'égard du consentement pourrait être réalisée de manière inverse s'agissant de la volonté, associée au « martyr » et au « héros ».

l'importance prêtée au concept et les travaux savants sur ce thème. Comme le notait déjà le Professeur Lequette, « jadis magnifié, le consentement n'est plus de la part de la doctrine contemporaine, que l'objet d'une attention distraite »⁴³. De plus, les éléments mentionnés précédemment permettent de mettre en exergue le fait que le terme de consentement trouve son origine dans un vocable latin emprunté au champ philosophique. Cet emprunt est lui-même hautement signifiant, puisqu'il ne se réalise que par le retrait d'une composante essentielle, celle du sentiment. Ce faisant, c'est bien la subjectivité qui est ici interrogée, et la manière dont le droit lui fait accueil au travers des mécanismes qui le gouvernent. Dès lors, pour pouvoir procéder plus avant dans l'étude de la relation entre le consentement et la subjectivité juridique, il convient d'essayer de déterminer le sens de cette dernière.

II / LA SUBJECTIVITÉ JURIDIQUE PRISONNIÈRE DE L'APPRÉHENSION TRÈS MAJORITAIREMENT OBJECTIVE DU SUJET DE DROIT

62. L'analyse attentive de la recherche doctrinale autour de la figure du sujet de droit permet de constater à quel point ce dernier est considéré, de façon majoritaire, selon une perspective abstraite (A). Or, le prisme subjectif constitue un point essentiel à la compréhension d'une authentique subjectivité (B), qui permet ainsi d'introduire la question de la vulnérabilité et du rôle joué par les émotions dans la réflexion juridique (C).

A : Le primat d'une conception abstraite et désincarnée de la subjectivité juridique

63. Ce qui domine actuellement dans la doctrine est bien une compréhension du sujet de droit qui relève d'un fonctionnalisme abstrait, réduisant ainsi le concept à sa seule dimension technique (1). À ce titre, force est de constater que l'attention prêtée par la doctrine à une subjectivité concrète est encore trop marginale (2).

⁴³ Y. Lequette, préface à la thèse de C. Ouerdane-Aubert de Vincelles, *Altération du consentement et efficacité des sanctions contractuelles*, Université Paris II, 2000, éd. Dalloz, coll. Nouvelle bibliothèque des thèses, 2002, p. IX, cité in L. Attuel-Mendès, précité, p. 9.

1 / La définition majoritaire en doctrine de la subjectivité juridique : un fonctionnalisme abstrait

64. La question des rapports entre le consentement et la subjectivité juridique ne peut se passer d'une définition préalable de ce qu'il faut entendre par le vocable même de subjectivité.

Si l'on se réfère au Trésor de la langue française (TFL), plusieurs se distinguent, parmi lesquels la « qualité (inconsciente ou intérieure) ce qui appartient seulement au sujet pensant », ou bien le fait que la subjectivité se comprenne comme un synonyme du « moi » et de la « conscience ». Sur le plan linguistique, il est fait référence à la « présence du sujet parlant dans son discours », mais également à la « qualité de ce qui ne donne pas une représentation fidèle de la chose observée ».

On peut observer ici à quel point se conjuguent les deux faces habituelles du terme, sous la forme du prisme d'observation, qui prend pour point de départ un sujet particulier, et non un point de vue général, et les conséquences qu'un tel parti pris impose, à savoir la partialité.

Cette partition de la définition, pour plaisante qu'elle soit, ne satisfait pas pour autant. En effet, elle traduit en acte l'idée selon laquelle il existerait une alternative entre l'objectivité et la subjectivité. Or, selon nous, il n'y a que des degrés différents de subjectivité. Cette dernière, par un effort particulier, peut tenter de conjurer le risque d'une perception quasi-monadologique, qui virerait ainsi au solipsisme.

Dès lors, dans le cadre de la présente recherche, le terme de subjectivité pourra désigner les situations ou cas suivants : dans un premier temps, la subjectivité peut être comprise comme une manière d'exprimer la singularité d'un être, d'une position ou d'une perception par rapport à l'existant. Subjectivité dans ce cas s'entend justement comme ce qui exprime la spécificité d'un élément par rapport à son ensemble d'appartenance ; dans un second temps, la subjectivité désigne également le résultat de l'opération de confrontation de cette singularité par rapport à son ensemble indifférencié d'appartenance, et qui permet l'émergence d'un « je » authentique et revendiqué. Ce faisant, la subjectivité est également identificatoire pour le sujet lui-même ; enfin, dans un dernier sens, la subjectivité présente des liens forts avec l'intériorité, en ce qu'elle peut également désigner ce dialogue intérieur qui met l'individu face au mystère de ses sensations et désirs. Ce faisant, la subjectivité est nécessairement tributaire d'une incarnation, d'une assise charnelle à même de lui donner son

épaisseur. Qu'en est-il alors de la subjectivité plus juridique ?

Dans cette perspective, c'est la figure du sujet de droit qui est interrogée, dans ses présupposés logiques.

65. Pourtant, nous ne livrerons pas ici à une étude à prétention exhaustive sur le concept même de sujet de droit, qui pourrait constituer un sujet de thèse à lui tout seul⁴⁴. Néanmoins, l'essentiel des travaux doctoraux sur la question porte non pas tant sur le sujet de droit lui-même, pensé indépendamment du domaine du droit dans lequel il exerce son pouvoir, que sur ses manifestations particulières : ainsi sont étudiés le sujet de droit consommateur⁴⁵, le sujet de droit international⁴⁶, le sujet de droit rapporté aux droits fondamentaux⁴⁷, etc. Pour celui qui désire étudier la figure du sujet de droit en lui-même, le principal secours viendra donc d'articles de la doctrine⁴⁸, ainsi que de quelques ouvrages sur le thème⁴⁹.

66. Selon le Professeur Gzegorczyk⁵⁰, le sujet de droit peut se définir à partir de trois hypostases, à savoir un sujet propriétaire, un sujet auteur des actes juridiques, et un sujet responsable. La première, plus spécifiquement juridique, s'attache à la possibilité d'une propriété de biens au sens du droit. La seconde met, quant à elle, l'accent sur la capacité-puissance aux accents aristotéliens, dont le sujet est reconnu titulaire, de mettre en œuvre des droits ou prérogatives, et dont il aménage la survenance dans le réel par le jeu de sa volonté.

⁴⁴ À ce titre, il existe plusieurs thèses sur la question. Cf. par ex. : X. Dijon, *Le sujet de droit en son corps : une mise à l'épreuve du droit subjectif*, Thèse pour le doctorat en droit, Travaux de la faculté de droit de Namur, 1982, 789 pages ; C. Levy, *La personne humaine en droit*, Thèse pour le doctorat en droit, Université Paris 1, 2000, 426 pages ; C. Raux, *La construction du sujet de droit : recherches sur la nature et les formes de l'individualisme juridique*, Thèse pour le doctorat en droit, Univ. Dijon, 2004, 447 pages ; J.-C. Jobart, *L'individualisme en droit public français*, Thèse pour le doctorat en droit, Université Toulouse 1, 2009, 2 volumes, 1206 pages.

⁴⁵ H. Delplanque, *Un sujet de droit original et particulier : le consommateur. Contribution à l'étude de la notion de volonté contractuelle en droit interne*, Thèse pour le doctorat en droit, Univ. Valenciennes, 1995, 320 pages.

⁴⁶ F. Amakoué Satchivi, *Les Sujets de droit - Contribution à l'étude de la reconnaissance de l'individu comme sujet direct du droit international*, éd. L'Harmattan, coll. Logiques juridiques, 1999, 592 pages ; D. Meillon, *La personnalité juridique internationale : analyse d'un facteur de structuration du discours juridique*, Thèse pour le doctorat en droit, Univ. Montesquieu -Bordeaux 4, 2004, 526 pages ; B. Taxil, *L'individu, entre ordre international et ordre national : recherches sur la personnalité juridique internationale*, Thèse pour le doctorat en droit, Univ. Paris 1, 2005, 785 pages ; A.-L. Vauris-Chaumette, *Les sujets de droit international pénal : la définition de la personnalité juridique internationale à l'épreuve du droit international pénal*, Thèse pour le doctorat en droit, Univ. Paris 10, 2007, 498 pages.

⁴⁷ X. Bioy, *Le concept de personne humaine en droit public. Recherches sur le sujet des droits fondamentaux*, Thèse pour le doctorat en droit, Dalloz, Nouvelle Bibliothèque de Thèses, Vol. 22, 2005, 913 pages.

⁴⁸ A. Garapon, « Le sujet de droit », *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, 1993, n°31, p. 69-84.

⁴⁹ *Arch. phil. droit*, Tome 34, « Le sujet de droit », Sirey, 1989, 425 pages ; F.-X. Druet, E. Ganty (dir.), *Rendre justice au droit. En lisant le juste de Paul Ricoeur*, Press. Univ. Namur, 1999, 315 pages.

⁵⁰ C. Grzegorzczk, « Le sujet de droit : trois hypostases », in *Arch. phil. droit*, 1989, Tome 34, précité, p. 9-24.

Enfin, la troisième compétence tient au fait que le sujet constituerait un point d'imputation, une origine juridique à des actes et à des manifestations positives, dont le droit tirerait la conséquence de sa responsabilité. Devant la difficulté à synthétiser ces trois éléments dans une forme unique, l'auteur avoue son impuissance à fournir une définition satisfaisante. Néanmoins, une précision importante est faite, au détour de la réflexion. Selon lui, « le sujet de droit n'est donc pas « quelque chose » que l'on puisse trouver dans la réalité physique, il n'existe qu'en tant que manière de voir juridiquement cette réalité. Il a le même statut conceptuel qu'une figure d'un jeu (par exemple, le roi aux échecs : sa seule définition passe par un ensemble de postulats précisant son fonctionnement au sein de ce jeu même, en dehors duquel il n'est que morceau de matière [...] »⁵¹.

67. On voit donc apparaître ici l'idée, au hasard d'une phrase, selon laquelle le sujet de droit n'entreprendrait pas de continuité avec son support biologique, c'est-à-dire l'être humain dans sa subjectivité. Cette césure n'est guère étudiée, mais plutôt posée comme une sorte d'évidence, confirmée par une analyse du droit romain qui révèle que dans le contenant « sujet » pouvaient figurer plusieurs personnes différentes. De manière analogue, il est fait mention du fait que la subjectivité n'est pas assimilable à la personnalité juridique, en faisant écho au Professeur Virally qui entendait dénoncer la « tentation moderne de confondre sujet de droit [...] au sens large et individu humain »⁵². L'idée s'appuyait alors sur le fait que c'est le droit qui détermine à quelle(s) condition(s) un individu humain peut prétendre à être reconnu comme sujet juridique.

68. Toutefois, on n'est guère ici plus éclairé à l'égard des qualités spécifiques de la subjectivité. On apprend certes que cette dernière entretient des liens avec la volonté et la rationalité, mais c'est à peu près tout. À vrai dire, cela est parfaitement compréhensible, en raison même de l'abstraction ici décrite : une hypostase n'a pas à recevoir de qualités particulières, mais simplement à figurer une forme de modèle pour la pensée. Dès lors, comment reprocher à une construction purement abstraite d'être dépourvue de sensibilité ? Il n'en reste pas moins qu'une telle approche produit des conséquences assez funestes : cette dissociation entre l'individu humain et le sujet de droit permet donc d'exclure du champ du droit ceux qui ne remplissent pas les conditions d'accès à la personnalité juridique,

⁵¹ C. Grzegorzcyk, « Le sujet de droit... », précité, p. 22.

⁵² M. Virally, *La pensée juridique*, L.G.D.J., 1960, p. 12, cité in C. Grzegorzcyk, précité, n.b.p n° 6, p. 12-13.

composante essentielle du sujet de droit. Aussi, le primat conféré à l'abstraction produit *de facto* une forme de marginalisation de ceux que leurs contours singuliers condamnent à la déchéance. On peut alors remarquer à quel point cette conceptualisation s'accorde parfaitement avec le sort réservé à l'incapable majeur pendant de nombreuses années, et plus généralement, au principe même de la discrimination, quel que soit l'objet sur lequel elle se porte⁵³.

69. Or, cette forme d'unanimité est largement répandue dans la doctrine. Ainsi, dans l'ensemble des contributions sur ce thème dans le volume des Archives de la philosophie du droit qui y est consacré, on trouve un article sur la philosophie de Hobbes, Locke et Rousseau par le biais duquel l'accent est mis sur un sujet support de droits et un sujet d'une puissance, en l'occurrence le souverain⁵⁴.

70. Puis, dans une réflexion sur « le juste en tant que sujet de droit », le lecteur se trouve mis en garde contre la nécessité d'empêcher que « la liberté ne soit pas simplement un individualisme libertaire et que l'égalité ne dérive pas en égalitarisme », la solution résidant dans l'option du « point de vue d'une volonté universelle et abstraite qui se fait juge a priori du choix social le meilleur »⁵⁵.

71. Ensuite vient une étude sur le sujet de droit dans la philosophie hégélienne, l'idée étant de parvenir à la réalisation d'une objectivité en chassant les dernières traces du subjectivisme latent chez Kant⁵⁶.

Poursuivant, une autre analyse porte cette fois sur le droit de révolte du peuple, au terme de laquelle il est montré que dans l'acte de résistance, c'est-à-dire d'affirmation de la

⁵³ On pense ici aussi bien aux incapables majeurs, qu'aux étrangers, aux femmes, aux homosexuels, en somme, à ces catégories dont le système juridique a pu tolérer qu'elles soient dotées de droits ou d'une protection plus faible que la figure archétypale du sujet juridique comme homme-citoyen rationnel.

⁵⁴ F. Tinland, « La notion de sujet de droit dans la philosophie politique de Th. Hobbes, J. Locke, et J.-J. Rousseau », in *Arch. phil. droit*, 1989, Tome 34, précité, p. 51-66.

⁵⁵ M. Castillo, « Le choix du juste en tant que sujet de droit », in *Arch. phil. droit*, Tome 34, précité, p. 67-75, p. 67. Dans le même sens, il est noté que, s'agissant du parti-pris en faveur de la théorie rawlsienne, « l'hypothèse du voile d'ignorance, qui correspond chez Kant, à l'ignorance volontaire des finalités psychologiques ou sociales de l'action, conduit bien à sélectionner la liberté et l'égalité des sujets comme uniques critères pertinents d'une théorie du droit [...] », p. 70. L'argument est réitéré p. 71 : « De la même manière, la voile de l'ignorance évite le marchandage sur la base de l'évaluation des intérêts psychologiques ou sociaux ».

⁵⁶ B. Bourgeois, « Le sujet du droit selon Hegel », *Arch. phil. droit*, Tome 34, précité, p. 77-88.

liberté, ce n'est pas le sujet juridique qui est en jeu, mais le sujet moral⁵⁷, ce qui revient à dire que le sujet de droit n'existe que rapporté à un pouvoir qui le dote de droits de manière limitative. Il est sujet en tant qu'auteur d'un certain nombre de comportements juridiquement identifiés, mais surtout sujet au titre d'objet d'un pouvoir qui s'exerce sur lui.

De manière analogue, dans la contribution de M. Edelman⁵⁸ portant sur la « techno-science », il est noté que « la techno-science, mariée au libéralisme économique, a libéré le démon qui sommeillait dans le sujet de droit ; il a libéré son « individualisme indompté » »⁵⁹. Or, ce démon comme il l'écrira dans la suite, c'est aussi « le sujet du désir », qui viendrait ainsi s'introduire par effraction dans l'édifice juridique, et qui dès lors, menacerait à la fois le droit mais aussi l'humanité toute entière.

72. En fait, sur les dix contributions que contient l'ouvrage sur la question, sept ne font référence au sujet que sous cette forme particulière, c'est-à-dire d'un sujet pensé majoritairement comme contenant et support d'un ensemble de droits. La distinction d'avec le sujet humain revient avec une certaine fréquence, sans que pour autant celle-ci soit étudiée pour elle-même. On trouve toutefois, dans trois contributions, une attention particulière à cet écart entre l'individu réel et le sujet juridique.

2 / L'attention trop marginale de la doctrine à l'égard de la subjectivité concrète

73. Ainsi, l'étude du professeur Trigeaud, qui porte sur la personne et non le sujet, lui permet de faire observer également la thématique qui nous occupe. En envisageant les différents sens du concept de personne, l'auteur aboutit à une description précise de la figure ainsi dessinée. La *persona* a ceci de particulier que « la substance authentiquement personnelle échappera, dans sa radicalité et son irréductibilité à tout ce qui fait la substantialité naturelle : à sa généralité, à sa conceptualité, à sa rationalité, qui sont autant de signes de son abstraction. La personne est donc en l'occurrence la nature ou l'homme génériquement parlant. D'où un humanisme de la nature qui se dissocie en toute rigueur de l'humanisme de la personne tel qu'il apparaîtra dans une autre tradition »⁶⁰. Cette conception va connaître son heure de gloire

⁵⁷ P. Wachsmann, « Un sujet de droit peut-il se révolter ? », in *Arch. phil. droit*, 1989, Tome 34, précité, p. 89-102, p. 102. L'auteur qualifie lui-même le droit en question de « droit illusoire », p. 96.

⁵⁸ B. Edelman, « Sujet de droit et techno-science », in *Arch. phil. droit*, Tome 34, précité, p. 165-179.

⁵⁹ B. Edelman, « Sujet de droit... », précité, p. 171.

⁶⁰ J.-M. Trigeaud, « La personne », *Arch. phil. droit*, 1989, Tome 34, précité, p. 103-121, p. 111.

dans les suites de la philosophie kantienne, dont on verra qu'elle n'épargne guère la subjectivité dans sa poussée transcendantale qui vise à l'universalisation. Dans cette perspective, la personne « est le produit d'une expérience dominée par la raison [...]. Mais cette évolution est telle qu'elle entraîne dès lors un règne sans partage de l'homme générique. La personne a été nature, et cette nature s'est peu à peu imposée comme raison, l'instrument du générique. [...]. Mais son tort est de se satisfaire sans doute de la rationalité abstraite dans sa généralité, dans sa généricité, sans admettre que la nature puisse exprimer un donné individuel sous-jacent, une substance plus profonde et rebelle à l'abstraction qui se nommerait personne. L'approche de la personne héritée de l'idéalisme est fermée à toute autre réalité vivante »⁶¹.

74. L'idée est donc bien enracinée, selon laquelle le sujet juridique est avant tout pensé de manière abstraite, c'est-à-dire détaché du sujet biologique dont il est l'expression circonstanciée. Dans cette perspective, on mesure ici pourquoi les référents abstraits, dont le *bonus pater familias*⁶² fait figure de parangon, ont pu prospérer avec autant de facilité au sein du droit.

75. Cette attention à l'égard de la sensibilité va se retrouver également dans une contribution qui entend analyser les racines protestantes du sujet. Au travers de l'évocation des propositions de Calvin, Bayle et Ricoeur, on retrouve la recherche d'une « requête de singularité »⁶³, une « responsabilité singulière du sujet », une « subjectivisation du droit » car « chaque situation est singulière et que la loi ne peut aller jusqu'à cette singularité »⁶⁴. La différence avec les versions évoquées précédemment est telle que l'auteur en vient à déclarer que « l'éthique n'est pas une faculté que nous aurions de former des règles, mais celle qui nous est donnée de les déformer à l'infini en direction des singularités »⁶⁵.

⁶¹ J.-M. Trigeaud, « La personne », précité, p. 112.

⁶² Que ce soit dans sa formulation ancienne, que nous utiliserons ici, que dans la dénomination nouvelle, purement cosmétique, et qui reprend le même principe : l'individu « raisonnable », ou l'adverbe « raisonnablement ».

⁶³ O. Abel, « Les racines protestantes du sujet de droit », in *Arch. phil. droit*, Tome 34, précité, p. 33-49, p. 45.

⁶⁴ O. Abel, précité, p. 41.

⁶⁵ O. Abel, précité, p. 42.

76. Toutefois, c'est Jean Carbonnier, qui au travers d'un texte fameux⁶⁶, va à notre sens décrire de la façon la plus précise le cœur de l'interrogation relative au sujet de droit. Au-delà de la démarcation classique entre sujet de droit en tant que titulaire de droits subjectifs, et sujet de droit au sens d'objet d'un pouvoir se manifestant dans le droit objectif, le Doyen Carbonnier nous invite à repenser la question même du sujet. Certes, il semble tout d'abord en proposer une définition classique, assez formelle, puisque selon lui, ce sujet s'entend, de manière dynamique, comme « un émetteur et récepteur d'actes et de faits juridiques »⁶⁷. Sujet et objet donc, voilà qui n'étonne guère. Mais, l'innovation principale réside dans la suite du raisonnement, puisque l'approche de la figure du sujet se fera par son image inversée, par son double obscur, en la forme du non-sujet de droit.

77. Qu'est-ce donc que celui-ci ? C'est selon l'illustre professeur « l'être, la chose au sens le plus vague de ces termes, qui n'est titulaire ni de droits ni d'obligations, qui n'est pas assujetti au droit subjectif, qui n'a pas de personnalité, etc... »⁶⁸. Toutefois, une telle définition souffre le défaut d'englober, par son champ d'application, l'ensemble de l'existant. Plus précisément, les non-sujets de droit sont « ceux qui auraient vocation théorique à être sujets de droit, et qui sont empêchés de l'être. L'essentiel est dans un mouvement de rejet ou d'inhibition »⁶⁹.

78. Cette perspective est absolument fondamentale, en ce qu'elle permet d'introduire le lecteur à un aspect trop souvent ignoré dans l'étude juridique. En effet, ce dont il est question ici est l'écart qui pourrait se constituer entre la représentation que nous nous faisons de ce qu'est la subjectivité, et celle que cette dernière reçoit au sein de la sphère juridique. En effet, de manière spontanée, nous avons tendance à considérer nos semblables, c'est-à-dire les autres membres de l'espèce humaine, comme partageant avec nous ce trait commun de la subjectivité. Quelles que soient les qualités particulières dont nous les parons, chaque personne est, de manière intuitive, un sujet, c'est-à-dire une entité singulière, avec des préférences propres. Or, le concept de non-sujet de droit permet justement de remarquer qu'à rebours de nos ressentis immédiats, il est possible qu'un individu que l'on ressent

⁶⁶ J. Carbonnier, « Sur les traces du non-sujet de droit », in *Arch. phil. droit*, Tome 34, précité, p. 197-207.

⁶⁷ J. Carbonnier, « Sur les traces... », précité, p. 198.

⁶⁸ J. Carbonnier, *ibid.*

⁶⁹ J. Carbonnier, *ibid.*

spontanément comme sujet, au même titre que nous, soit pourtant un non-sujet de droit. C'est ici que se découvre l'écart possible entre la réalité empathique de l'existence et la vie juridique.

79. Aussi, cette approche par le négatif, qui se distingue nettement des autres contributions, permet déjà d'asseoir un fait d'une importance tout à fait première au regard de notre sujet : le sujet de droit n'est pas nécessairement une personne humaine, et toutes les personnes humaines, et même tous les humains, ne sont pas nécessairement sujets de droit. Aussi, la subjectivité juridique n'est pas le propre de l'espèce humaine, mais se conçoit comme un rapport de médiation, un lien entre une chose et un ensemble de droits et de possibilités d'agir. Plus précisément, la subjectivité juridique, dans cette perspective, est un processus par lequel une entité se trouve mise dans un rapport de correspondance avec un ensemble de facultés organisées au sein de la matière juridique. Cette orientation fonctionnaliste semble rejoindre l'idée d'un droit pensé et conçu comme une technique de mise en relation entre des objectifs et des moyens de parvenir à ces objectifs. En somme, et dans cette perspective, l'orientation du droit serait indifférente, en ce qu'elle lui serait extérieure. Il n'aurait pour vocation que d'établir des correspondances sur un plan topologique, manifestant ainsi son intrication profonde avec le concept de pouvoir, puisque comme l'a montré Foucault, ce dernier est indissociable d'un quadrillage de l'espace aux fins d'attribuer des places. Dès lors, le droit n'est jamais bon ou mauvais, puisqu'il n'est plus que l'instrument d'une volonté qui le charge d'un contenu particulier. Ce faisant, et sur le plan de la seule logique, la règle visant à interdire à quiconque de tuer un de ses semblables, et celle autorisant le meurtre de tous par tous ont exactement la même valeur, en tant qu'elles tendent à relier des choses et des droits.

80. L'exemple est certes caricatural, mais il n'est évoqué qu'ici que parce que, par son pouvoir grossissant, il permet de mettre en lumière la logique qui préside à ce raisonnement, qui s'est appliqué et s'applique toujours dans notre ordre juridique selon des modalités diverses. Plus généralement, il est possible de dire que c'est justement ce fonctionnement qui rend possible juridiquement le principe même de la discrimination. En effet, puisque la subjectivité juridique se trouve défaite de son substrat immédiatement humain, alors il devient en effet possible de distinguer entre des individus qui ne sont justement pas ramenés à leur

détermination première, c'est-à-dire leur rattachement à l'espèce. Dès lors, et d'un strict point de vue logique, il devient ainsi possible de considérer que sur le plan juridique, sous réserve de leur identité générique d'êtres humains, un homme ne doit pas bénéficier des mêmes droits qu'une femme, un pauvre des mêmes droits qu'un riche, etc.

81. On comprend alors mieux pourquoi l'examen de cette catégorie va passer, pour le Doyen Carbonnier, par l'étude de ces individus souvent aux franges du droit, au point où il devient difficile de distinguer leurs contours juridiques. Le lecteur verra donc défiler, dans cette galerie de portraits, l'incapable, figure majeure de la question du consentement et de la subjectivité juridique comme nous le verrons par la suite, l'indiscernable (le vagabond, le sans-identité), la chose assimilée à la personne et la personne assimilée à la chose (les personnes morales, les esclaves), et enfin ce qui n'est plus humain ou ce qui ne l'est pas nécessairement encore (la dépouille et l'enfant à naître)⁷⁰.

82. Mais, cette première approche n'épuise pas la recherche de ce qui constitue précisément, la condition juridique de ces personnages. Or, de manière tout à fait intéressante, le professeur Carbonnier évoque le fait de savoir s'il est nécessaire de se sentir subjectivement non-sujet de droit pour pouvoir être effectivement qualifié comme tel. Bien que l'argument soit rejeté⁷¹, il témoigne néanmoins de l'attention de l'auteur à la question de la subjectivité, et plus précisément, à la manière dont le justiciable peut ou non se reconnaître dans cette figure que l'on désigne comme étant son représentant au sein du droit. Il n'en reste pas moins que l'attribution de cette « condition juridique » pour reprendre les termes du doyen renvoie de manière spontanée la possibilité de discrimination que nous avons évoquée.

B : La nécessité du recours au prisme subjectif et à l'incarnation du sujet en droit

83. Par le biais du prisme subjectif, l'importance de la capacité dans la réflexion sur la subjectivité juridique se révèle (1). Dans le même mouvement, on peut observer les risques posés par une approche essentiellement abstraite et désincarnée du sujet de droit (2). C'est en

⁷⁰ La classification proposée est celle du Doyen Carbonnier, et manifeste ainsi le contexte d'écriture de cet article, puisqu'aujourd'hui, on s'accorde à dire que l'enfant à naître n'est pas une personne au sens du droit, mais est déjà un être humain.

⁷¹ J. Carbonnier, « Sur les traces... », précité, p. 204.

ce sens qu'on empruntera à la fois au registre de l'objectivité et de la subjectivité, pour conduire cette réflexion (3).

1 / L'importance de la thématique de la capacité au regard de la subjectivité juridique

84. Il ne s'agit pas ici de prétendre fonder un ordre juridique sur la seule appréciation subjective de ses participants, en faisant de la volonté le principe explicatif universel de la mécanique ainsi mise en place. Le droit nécessite, pour fonctionner, une part d'objectivité, c'est-à-dire un au-delà du sujet qui détermine le rapport pacifique d'une subjectivité à une autre, dans l'entrelacs des facultés qui sont les leurs⁷². Dès lors, le fait que les conditions de la subjectivité juridique soient extérieures au sujet n'est pas l'objet de notre critique. Toutefois, le fait que la règle soit bien extérieure n'implique aucunement qu'elle doive se faire contre le sujet, et non pas pour lui. Encore une fois, on se trouve ici ramené à la finalité même de la règle juridique, qui n'existe pas simplement en tant qu'édifice logique témoignant de la rationalité humaine. Le droit n'existe pas pour lui, mais nécessairement rapporté à des sujets, fondamentalement libres, et de ce point de vue, ontologiquement faillibles. Aussi, le propre du droit est bien de faire cortège à l'aventure humaine, en tant que témoignage de l'esprit d'une époque, de ses préoccupations et ses craintes. Mais, le risque ici encouru est bien, en plaçant le droit sous la seule lettre de l'objectivité, d'oublier ses principaux acteurs, et la raison pour laquelle il existe. De ce point de vue, on fait ici retour à la thématique de la normativité, qui pour être effective, nécessite bien un accueil subjectif de la norme, comme l'a très bien montré M. Brunet dans sa thèse⁷³, qui qualifie ainsi les destinataires des normes comme des « majeurs herméneutes »⁷⁴.

⁷² Dès lors, il ne s'agit pas dans le cadre de ce travail d'opposer de manière trop caricaturale subjectivité et objectivité, puisque les deux concepts sont selon nous plus complémentaires qu'opposés.

⁷³ F. Brunet, *Normativité et droit*, Thèse pour le doctorat en droit, Univ. Paris 1 Panthéon-Sorbonne, 2011, 526 pages, p. 171 : « la normativité juridique suppose, par définition, la possibilité d'une appropriation subjective ; la norme doit être relayée par son destinataire en tant qu'outil de jugement, elle doit entrer dans l'appréciation subjective du sujet de droit. Ce n'est qu'en ce sens que l'on peut continuer d'appréhender la normativité pour ce qu'elle est : la capacité d'un instrument de jugement à donner des *raisons* d'agir et donc des *justifications* pour ces actions ». Dans le même sens, cf. p. 336 : « En ce sens, on peut dire qu'une théorie de la normativité est tributaire d'une philosophie du sujet de droit ; il convient en effet de renoncer à une conception purement objectiviste de la normativité – fût-elle juridique – et de réintégrer au sein même de la normativité les ressorts subjectifs qui lui sont consubstantiels ».

⁷⁴ F. Brunet, précité, p. 262.

85. Mais, cette capacité qui est reconnue ici aux sujets de droit de pouvoir interpréter une norme, et ainsi d'œuvrer à ce que le sujet y consente⁷⁵, ne se retrouve pas par la suite dans l'attribution de droits correspondants. En somme, en raison du fait que l'on pense la capacité, dans sa version classique, comme permettant la mise en mouvement de droits, alors un sujet est capable pour ce qui relève de l'interprétation de la norme, mais incapable en ce qui concerne sa mise en œuvre.

86. Cette différence de perception tient à ce que, premièrement, la capacité d'interprétation est directement reliée à la subjectivité et d'une certaine façon, extérieure au contenu même de la norme. En effet, la relation entre normativité et interprétation détermine la norme dans son existence même, et de cette façon, préside à son avènement. Elle n'est donc pas dans la norme, mais elle est ce qui la rend possible, la condition de création de cette dernière. Pour reprendre une terminologie du Professeur Picard, elle n'est pas une « règle de droit », mais une « règle du droit ».

87. Ensuite, cette appréciation différenciée tient également au fait que la capacité n'est pas une donnée définitive du sujet juridique. Comme le notait le professeur Carbonnier, la condition juridique « c'est une étiquette apposée, imposée du dehors par la société. [...]. Un aspect important de la condition juridique du non-sujet de droit, c'est son insertion dans un processus évolutif »⁷⁶. Or, là où la subjectivité non juridique est bien fixe, puisqu'un individu ne cesse jamais à proprement parler d'être sujet⁷⁷, la subjectivité juridique est, elle, fonction de critères susceptibles d'évolution. Ce faisant, la capacité d'interprétation, qui est en lien avec la subjectivité elle-même est bien un invariant de la condition juridique. Mais, la capacité juridique, qui est liée, elle, non pas à la subjectivité elle-même, mais à la subjectivité juridique, est dès lors susceptible de variation.

⁷⁵ F. Brunet, précité, p. 339 : « Cette reconnaissance par le sujet de droit comprend, par définition, deux dimensions : d'une part, une connaissance de ce qui est dit, ce qui suppose que le sujet de droit saisisse par son entendement l'objet qui se présente à lui ; d'autre part, un consentement à ce qui est dit, ce qui implique un jugement par lequel le sujet de droit adhère à l'objet présenté, parce qu'il fait écho en lui ». On remarque ici que l'auteur semble envisager le consentement comme excédant le simple accord rationnel, par la référence à l'écho qui paraît engager une perception intime.

⁷⁶ J. Carbonnier, « Sur les traces... », précité, p. 204.

⁷⁷ Du moins si l'on écarte la définition retenue par une certaine partie du courant psychanalytique. Sur ce point, cf. *infra*. Partie I, Titre II, Chapitre 2, Section 3.

88. Cette importance de la notion de capacité ne se retrouve pas seulement dans cette vision du sujet de droit. Ainsi, Ricoeur, qui a beaucoup travaillé sur cette question en lien avec celle du sujet⁷⁸, lui réserve également une place centrale⁷⁹. En effet, dans l'herméneutique du soi que propose l'auteur, il est fait grand cas du concept de capacité en lien avec la distinction acte/puissance que l'on retrouve chez Aristote⁸⁰. Or, selon M. Ganty, l'ambition de Ricoeur est d'assurer la « transition de l'homme capable au citoyen réel. C'est sur ce trajet de l'homme capable au citoyen réel que Ricoeur entend reconstruire les strates de constitution d'un sujet de droit « au sens plein » ou d'un « sujet de plein droit »⁸¹. Certes, la capacité au sein de la philosophie de l'auteur dépasse largement la seule capacité juridique, pour embrasser l'être dans toute sa complexité⁸². Il n'en reste pas moins qu'une distinction est bien établie entre d'un côté, une capacité à caractère formel, et de l'autre, l'effectivité de cette dernière sur un plan concret, rejoignant ainsi l'opposition entre l'objectif et le subjectif.

89. Dans ce sens, Ricoeur note bien que le processus par lequel l'individu passe de sujet du droit à sujet de droit s'effectue par une « médiation institutionnelle » qui a pour effet de conférer aux individus un ensemble de droits. Néanmoins, dans ce processus, « l'individu n'est qu'une esquisse d'homme »⁸³. Mais, comme le remarque bien M. Ganty, une telle approche qui lie la capacité à la maîtrise, à la puissance, a pour effet de laisser dans l'ombre ceux qui ne peuvent s'attester eux-mêmes comme auteurs des actions qu'ils commettent. Pour le dire autrement, si la capacité en tant que maîtrise est une condition de qualification du sujet de droit, alors cela implique-t-il que ceux qui ne peuvent y répondre ne sont pas sujets de

⁷⁸ P. Ricoeur, *Le juste*. Tome 1, Esprit, coll. Philosophie, 2001, 221 pages, et P. Ricoeur, *Le Juste*. Tome 2, Esprit, coll. Philosophie, 2001, 300 pages, qui contiennent des développements significatifs pour la compréhension de la lecture ricoeurienne du droit et de la justice, mais aussi, du sujet du droit pensé comme sujet digne d'estime et de respect.

⁷⁹ Cf. P. Ricoeur, *Soi-même comme un autre*, Points, 1996, 427 pages. Voir aussi C. Sautereau, « Subjectivité et vulnérabilité chez Ricoeur et Levinas », *Études Ricoeuriennes*, Vol. 4, n°2, 2013, p. 8-24 ; E. Wolff, « Compétences et moyens de l'homme capable à la lumière de l'incapacité », *Études Ricoeuriennes*, Vol. 4 ; n° 2, 2013, p. 50-63 ; M. Brevglieri, « L'espace habité que réclame l'assurance intime de pouvoir. Un essai d'approfondissement sociologique de l'anthropologie capacitaire de Paul Ricoeur », *Études Ricoeuriennes*, Vol. 3, n°1, 2012, p. 34-52.

⁸⁰ Sur ce point, et l'influence de cette conception sur Ricoeur, cf. C. Marin, « « acte et puissance », Ravaisson et Ricoeur, lecteurs d'Aristote », in R. Belay, C. Marin (dir.), *De la nature à l'esprit : Études sur la philosophie française du XIXe siècle*, ENS Éditions, 2001, 258 pages, p. 37-64.

⁸¹ E. Ganty, « Du sujet du droit au sujet de droit : attestation et reconnaissance », in F.-X. Druet, E. Ganty (dir.), *Rendre justice au droit. En lisant le Juste de Paul Ricoeur*, éd. Presses Universitaires de Namur, 1998, 317 pages, p. 37-49, p. 39-40, mais aussi p. 46, n.b.p. n°51 qui marque bien ce passage.

⁸² Nous ne reviendrons pas ici sur la définition de la capacité comme attestation dans la philosophie ricoeurienne.

⁸³ P. Ricoeur, *Le Juste*, tome 1, précité, p. 39, cité in E. Ganty, précité, p. 46.

droit ? Cette question se retrouvera dans la définition du fondement de la capacité, associée en l'état du droit à la raison, ce qui pose des problèmes tout à fait spécifiques⁸⁴.

90. Toutefois, une telle explication, pour satisfaisante qu'elle soit sur le plan des concepts, ne résout en rien le problème spécifique posé par ce régime. En effet, l'artificialisme qui préside ici aboutit bien en pratique à ce que certains individus se voient déniés l'accès à des droits. En ce sens, on observe le caractère ambivalent rattaché à la capacité juridique, qui peut servir à octroyer une protection plus grande, mais aussi dans les cas extrêmes, à amoindrir cette dernière⁸⁵.

91. Or, ce qui se joue derrière cet artifice, ce n'est pas simplement un problème logique, mais plus fondamentalement, une existence concrète. Derrière le sujet juridique, il y a d'abord une personne humaine qui entend inscrire son action dans l'empire du droit. Or, cette perspective est majoritairement absente du discours doctrinal, soit que les auteurs s'intéressent avant tout à la seule technique juridique, à la manière dont les normes s'agencent et agissent entre elles, soit que la question soit simplement évacuée comme étant un fait constitutif, habituel, du droit. Il est à cet égard étonnant de constater que, dans l'ouvrage étudié, les auteurs qui s'attardent le plus sur cette inscription de la corporéité dans la thématique de la subjectivité, sont fortement influencés par la théologie. Comme si, d'une certaine façon, ils trouvaient dans cette dernière un ensemble de questionnements propres à donner une vie, au moins spirituelle, à cette figure abstraite. En somme, comme si l'échappatoire à cette solution se trouvait nécessairement hors du droit⁸⁶, dans ce qui l'enrichit d'un aspect supplémentaire dans la compréhension de l'agir humain.

⁸⁴ Sur ce point, cf. *infra*. Partie II, Titre I, Chapitre 1, Section 1.

⁸⁵ J. Carbonnier, « Sur les traces... », précité, p. 204 : « Le statut de non-sujet de droit a le sens tantôt d'une sanction, tantôt d'un bienfait : il est tantôt stigmaté, tantôt privilège ».

⁸⁶ Comme l'écrit le Doyen Carbonnier, dans son plaidoyer en faveur du concept de personne, apte à juguler le droit : « Si une faiblesse peut lui être reprochée, c'est la faiblesse même de la personne. La personnalité est définie par le droit : ce qui dépend du droit peut-il constituer une résistance au droit ? », in J. Carbonnier, *Sur les traces...*, précité, p. 206.

2 / Les risques engendrés par l'appréhension purement abstraite du sujet de droit

92. Sur ce registre, l'importance jouée par Kelsen dans la pensée juridique contribue sans nul doute à cette appréciation purement abstraite du sujet de droit⁸⁷. En effet, pour reprendre les termes de M. Dijon, dans la pensée de Kelsen, « le sujet y figure seulement comme une étiquette commode pour décrire le destinataire de la dernière norme sans aucune consistance qui relèverait de la personne [...] »⁸⁸. À ce titre, l'article de M. Rommel, magistrat belge, est tout à fait exemplaire de cette façon de penser. Dès le début de celui-ci, l'auteur se déclare favorable à la vision kelsénienne, et considère que « le sujet de droit est un sujet du droit, une fiction opérationnelle et non une personne libre et responsable ». Dans cette perspective, le sujet est posé comme réalité antéjuridique, condition de possibilité du droit. Mais, ce qui est le plus marquant est bien la définition qui est proposée. Selon cet auteur, il « advient, par un découpage opéré exclusivement selon des déterminations juridiques, dans la biographie d'une personne humaine devenant par là un sujet de droit qualifié par le droit ; celui-ci déclare ce découpage comme existant juridiquement grâce à la textualité narrative de cette procédure juridique »⁸⁹. Plus loin il ajoute, affirmant son propos : « Un homme n'est pas un sujet de droit ; seul un découpage d'éléments biographiques dans la vie d'un homme donne lieu à une déclaration juridique comme étant la vérité du concept de sujet de droit. [...] L'avènement du sujet de droit et de son fonctionnement dans l'effectuation du droit atteste que le droit n'a pas de *Sitz im Leben* »⁹⁰, autrement dit, que le droit ne trouve pas son assise ni son origine dans la vie socialisée.

⁸⁷ Sur ce point, cf. par exemple D. Tsarapatsanis, « Le sujet de droit dans la théorie pure du droit de Hans Kelsen : éclaircissements conceptuels », disponible à l'adresse suivante : http://www.academia.edu/2190790/Le_sujet_de_droit_dans_la_theorie_pure_du_droit_de_Hans_Kelsen ; Cette conception explique aussi l'hostilité de Kelsen à l'égard des droits subjectifs. Cf. C.-M. Herrera, *La philosophie du droit de Hans-Kelsen : une introduction*, Press. Univ. Laval, 2004, 100 pages, p. 34-36 ; On retrouve également cette idée dans le postulat kelsénien de l'absolue objectivité de l'interprétation : P. Amselek, « Le rôle de la volonté dans l'édiction des normes selon Hans Kelsen », *Revue Juridique Thémis*, 1993, n°33, p. 189-223, p. 220 ; P. Amselek, « L'interprétation dans la Théorie pure du droit de Hans Kelsen », in *Interpretatio non cessat. Mélanges en l'honneur de Pierre-André Côté*, Éditions Yvon Blais, Cowansville (Québec), 2011, pp. 39-56, version électronique, p. 4.

⁸⁸ X. Dijon, « Le sujet de Ricoeur : côté droit », in F.-X. Druet, E. Ganty (dir.), *Rendre justice au droit...*, précité, p. 51-57, p. 52. Dans le même sens, Cf. G. Rommel, « La nature du sujet en droit », in D.-X. Druet (dir.), *Rendre justice au droit...*, précité, p. 59-74, p. 62-63.

⁸⁹ G. Rommel, « La nature du sujet ... », précité, p. 65. Plus loin il ajoute que « le droit ne trouve pas un sujet de droit, mais opère un découpage biographique qu'il tient pour la réalisation de son concept de sujet de droit ».

⁹⁰ G. Rommel, « La nature du sujet... », précité, p. 66.

93. Cet artificialisme poussé à l'extrême peut certes paraître satisfaisant sur le plan logique, en ce qu'il permet de conceptualiser plus facilement le rôle et la fonction du sujet de droit au sein de l'ordre juridique. Toutefois, il ne passe pas moins à côté, à notre avis, du sens même du droit. En effet, sous couvert de raisonnement abstrait, c'est bien l'humanité même de la règle juridique qui se trouve pour le moins questionnée. À ce titre, l'auteur semble lui-même entrevoir ce point, puisqu'il note, sans s'en émouvoir, que « le droit matériel emprunte à l'absence de *Sitz im Leben* et au caractère nomenclatural des avatars du sujet de droit son caractère de forum, c'est-à-dire sa clôture à l'égard de la vie, sa parfaite aliénation de la vie ou son in-humanité. La distinction entre droit objectif et droit subjectif n'existe pas. Le sujet de droit est la condition sous-entendue de possibilité même de tout droit, tant dans sa virtualité que dans son actualité juridique, une actualité qui n'est qu'une autre virtualité »⁹¹. Que l'on puisse ainsi défendre l'idée d'un droit aliéné à la vie, voilà qui en dit long sur l'influence néfaste d'un positivisme exacerbé. Ce dernier a perdu de vue le fait qu'à la différence des sciences physiques, le droit doit composer avec un matériau humain, vibrant, et non des forces abstraites.

94. Il faut en effet appréhender ici à quel point cette argumentation, pour valable qu'elle soit, ne répond absolument pas à une question simple : de quel droit parlons-nous lorsque l'on utilise ce vocable ? Car, prise dans sa radicalité, cette conception aboutit en effet à considérer que, puisque le droit est nécessairement coupé de son substrat humain, alors n'importe quel droit est toujours du droit. La seule donnée qui subsiste est celle d'un pouvoir sans bornes de celui qui est investi de la capacité de créer la norme supérieure à partir de laquelle l'ordre juridique se découle et se met en mouvement. Pourquoi donc le droit devrait-il en effet se limiter à quoi que ce soit, puisqu'il n'entretient pas de relations nécessaires avec l'humanité en elle-même ? On mesure à quel point une telle conception peut donner force de vérité à l'affirmation napoléonienne selon laquelle « il n'est pas de tyran qui n'ait trouvé son juriste ». À ce titre, la fin de l'article évoqué est toute entière consacrée à réfuter les affirmations précédentes, d'inspiration ricoeurienne, selon lesquelles le sujet de droit aurait bien à voir avec le sujet réel.

⁹¹ G. Rommel, « La nature du sujet... », précité, p. 68.

3 / La nécessaire conciliation des approches objective et subjective dans la compréhension de la subjectivité juridique

95. Il faut donc faire retour aux travaux du Doyen Carbonnier pour espérer apercevoir l'être humain là où il avait disparu. En effet, il s'agit là de la perspective qui guide notre propre recherche, à savoir retrouver derrière le sujet juridique le sujet humain dans sa singularité, c'est-à-dire non amputé de sa partie sensible. Pour reprendre les termes de M. Carbonnier, cette perspective « écarte l'artifice du droit, et elle va directement à la matérialité qui est dessous, la seule que connaisse le sens commun : l'homme. [...]. Homme résume tout. Plutôt que sujet de droit, c'est homme qu'il faudrait dire – être humain, à la rigueur, si l'on ne souhaite avoir d'histoire avec aucun sexe. Le sujet de droit étant ainsi ramené à sa réalité naturelle, naturelle parce que biologique [...] »⁹².

96. Toutefois, cette approche souffre aussi de défauts. En effet, qui peut dire que derrière le vocable générique d'homme, il ne sera pas reconduit le même principe que celui prévalant pour le sujet de droit ? Le risque ici est bien celui de la pure substitution sémantique, qui viendrait simplement remplacer un terme par un autre, sans que rien ne change véritablement. Car, il est vrai que le terme « homme » est suffisamment générique pour permettre lui aussi d'éclipser la subjectivité de celui qui s'en prévaut, si cette dernière entend se distinguer de ce modèle.

97. Mais cette difficulté est en réalité inhérente au fonctionnement même du droit, ou plutôt, à l'incomplétude fondamentale de ce dernier. C'est bien parce que la loi ne saurait prévoir l'ensemble des cas, qu'elle se doit avant tout d'être relativement générale et abstraite, de telle façon que le juge puisse alors la concrétiser à l'occasion d'un litige. Aussi, la critique ne vise pas le principe de l'abstraction de la loi, mais davantage la comparaison effectuée entre le sujet singulier et son modèle juridique. Pour le formuler autrement, ce qui pose problème ici est que dans le processus de concrétisation de la norme, il n'est pas fait référence à un individu concrètement incarné, mais plutôt à son double abstrait. En somme, dans l'instant même du passage de l'objectif au subjectif, à l'occasion de l'examen du cas, on réintroduit de l'objectif par le recours au référent abstrait. Dès lors, la concrétisation est nécessairement imparfaite, et

⁹² J. Carbonnier, « Sur les traces... », précité, p. 207.

ce d'une double manière : l'objectivité est toujours le prisme par lequel l'affaire est appréhendée, et le modèle est en plus de cela trop souvent dépourvu d'une sensibilité, pour n'être conçu que comme rationalité calculante⁹³.

98. On pourrait objecter à cela que, par une lecture caricaturale de la subjectivité, c'est bien la possibilité même d'une justice par un tiers qui est abolie. En effet, puisque le sujet singulier n'est pas immédiatement remplaçable, alors tout jugement qui sera le fait d'un tiers sera nécessairement en décalage par rapport au sujet. Dans cette perspective, la subjectivité est alors non plus le fondement du droit, mais devient sa limite, son point d'impossibilité. Il est vrai qu'un subjectivisme exacerbé implique effectivement que le sujet est à la fois l'origine et l'aboutissement du processus, enfermant ainsi le discours juridique dans un solipsisme qui rendrait impropre toute vie sociale. Il faut bien qu'un sens dépassant les parties soit établi, pour que la querelle portant sur sa détermination s'estompe, sans quoi chacun se trouve renvoyé à la souveraineté de son interprétation.

99. Mais, pour pertinente que soit cette affirmation, elle ne correspond pas à ce qui est envisagé dans cette recherche. En effet, il n'est pas question de faire de tout sujet de droit le seul auteur et interprète légitime des normes. Ce que nous visons consiste plutôt dans le fait de redéfinir la subjectivité juridique, de telle façon que le destinataire des normes soit envisagé pour ce qu'il est, et non comme ce que l'on voudrait qu'il soit. Plus précisément, l'objectif n'est pas d'appeler à un gouvernement de chacun contre chacun, comme autant de prisonniers dans des forteresses de solitude, mais de rendre compte de manière la plus fidèle possible du principal acteur de la vie juridique : le sujet de droit. Ce faisant, le destinataire comme la finalité de la règle sont ainsi réinscrits au cœur du débat juridique.

100. De manière analogue, ce prisme subjectif permet également de battre en brèche l'idée trop répandue selon laquelle aussi bien l'interprète que le chercheur pourraient prétendre à l'objectivité. En effet, le juge comme le juriste sont autant destinataires des normes que peut

⁹³ Faisant ainsi retour à l'origine étymologique du terme de raison. Sur ce point, cf. A. Supiot, *Homo juridicus. Essai sur la fonction anthropologique du droit*, Points, coll. Essais, 2009, 334 pages, p. 12, n.b.p. 2. Cf. également les travaux du philosophe Xavier Zubiri, qui a élaboré le concept d'« intelligence sentante », c'est-à-dire une intelligence qui ne serait pas coupée des sens ni de la sensibilité. X. Zubiri, *Sentient Intelligence*, The Xavier Zubiri foundation of North American, 1999, 416 pages, version électronique disponible à l'adresse suivante : <http://www.zubiri.org/works/englishworks/si/Sentientintelligence.pdf>.

l'être le sujet. Aussi, lorsqu'ils interprètent chacun dans leurs domaines de compétences la norme qui leur est soumise, ils s'efforcent de prétendre à l'objectivité et de se débarrasser de leur être singulier. Mais cette ascension transcendente est nécessairement vouée à l'échec, comme l'a déjà montré Kant malgré tous ses efforts pour y parvenir⁹⁴, puisque la perception totalement objective qui permettrait d'embrasser les noumènes est le propre du non-humain. Comme l'écrit M. Brunet : « D'une part, il faut contester l'idée selon laquelle « la perception de l'être » serait pure de toute volonté. [...]. En d'autres termes, l'objectivité doit nécessairement faire avec la subjectivité du chercheur : elle ne peut pas nier purement et simplement cette dernière, ni la considérer comme négligeable »⁹⁵.

101. Que nous soyons tous des êtres subjectifs, voilà ce avec quoi chacun doit composer, tant le législateur, le juge que le membre de la doctrine. Loin d'être un regret, ou une imperfection du système, cette manifestation est en réalité la marque du caractère proprement humain de la règle juridique. Aussi, vouloir ainsi séparer ces deux composantes, c'est en quelque sorte défigurer ce visage dans lequel il nous est possible de nous reconnaître, pour reprendre un concept majeur chez Levinas.

⁹⁴ Sur ce point, cf. *infra*. Partie I, Titre II, Chapitre 2, Section 1.

⁹⁵ F. Brunet, *Normativité et droit*, Thèse précitée, p. 52.

C : La vulnérabilité comme déterminant ontologique de la subjectivité : l'ouverture aux émotions

102. Cette ouverture sur la vulnérabilité et sur les émotions du sujet du droit interroge directement l'autonomie de ce dernier (1). De la même façon, le recours à une perspective émotive-rationnelle va permettre d'apporter un éclairage nouveau sur la matière juridique (2). On précisera toutefois le cadre lexicologique et les inspirations qui irrigueront cette étude (3).

1 / Autonomie et subjectivité sous l'angle de la sensibilité

103. Si nous voulons que ce visage se rapproche de la réalité de la condition humaine, alors il est nécessaire de repenser le sujet également sur le versant de sa capacité. En effet, en renversant la perspective traditionnelle, qui vise à poser les individus comme immédiatement capables, c'est-à-dire comme possédant tous la plénitude de leurs attributs mentaux comme physiques. C'est par rapport à cette norme que l'on juge de l'incapacité. Or, dans les pas de Ricoeur⁹⁶ et de Levinas⁹⁷, le sujet doit être posé comme ontologiquement fragile, comme nécessairement et universellement faillible. Cette fragilité est également liée à la sensibilité, en ce qu'elle relève d'abord d'un sentiment, d'un ressenti par le biais duquel elle s'impose, d'une certaine façon, à celui qui l'expérimente. Mais, elle n'est pas nécessairement antérieure à l'événement, puisqu'elle peut se révéler également de manière postérieure, lorsque s'imaginant maîtres d'une situation, nous nous retrouvons dépassés par celle-ci. Car c'est aussi dans l'expérience de l'involontaire que l'on s'éprouve soi-même comme en vie⁹⁸.

⁹⁶ P. Ricoeur, « Autonomie et vulnérabilité », in A.-M. Dillens (dir), *La philosophie dans la cité : hommage à Hélène Ackermans*, Publications de la faculté de Saint-Louis, 1997, 228 pages, p. 121-142 ; P. Ricoeur, *Philosophie de la volonté : tome 1 : Le volontaire et l'involontaire*, Points, coll. Points Essais, 2009, 618 pages ; P. Ricoeur, *Philosophie de la volonté : tome 2 : finitude et culpabilité*, Points, coll. Essais, 2009, 582 pages. Le second tome correspond en fait à la réunion de deux ouvrages autrefois édités séparément, le premier s'intitulant justement « *L'Homme faillible* » ; cf. également G. Fiasse (dir.), Paul Ricoeur, *De l'homme faillible à l'homme capable*, PUF, coll. Débats philosophiques, 2008, 192 pages.

⁹⁷ Cf. N. Antenat, « Respect et vulnérabilité chez Levinas », *Le Portique*, n°11, 2003, disponible à l'adresse suivante : <http://leportique.revues.org/558> ; Cf. également C. Pelluchon, *L'autonomie brisée...*, précité ; C. Pelluchon, « Levinas et l'éthique médicale », *Cahiers d'Études Levinassiennes*, n° 9, 2010, version électronique ; Pour une approche croisée des deux auteurs, cf. P. Bétrémieux, « Les figures de la vulnérabilité », in E. Hirsch (dir.), *Traité de bioéthique*, éd. Érès, 2010, 768 pages, p. 174-188.

⁹⁸ M. Breviglieri, « L'espace habité que réclame... », précité, p. 39 : « Sa description psychologique de l'involontaire amène Ricoeur à cerner progressivement cette assise existentielle et vitale qui ne correspond donc pas à un *pouvoir d'agir* mais à un *se sentir en vie* auquel on ne peut que consentir et depuis lequel un fondement corporel vient pourtant entretenir la subjectivité et, en un sens, beaucoup plus loin, porter l'humanité ».

104. Pour autant, cette faillibilité doit-elle nécessairement être comprise comme antinomique de l'autonomie⁹⁹ ? En effet, si l'on accepte l'idée, comment alors continuer à penser le sujet comme capable de se fournir sa propre loi, puisque la notion même d'autonomie, d'inspiration kantienne, repose sur l'usage non contrarié de la raison¹⁰⁰ ? En réalité, l'opposition n'existe qu'en apparence, puisque c'est justement en raison de cette vulnérabilité qu'il est possible de penser l'autonomie. En effet, cette faculté de se déterminer soi-même suppose une liberté. Or, cette dernière doit se comprendre également comme le fait d'être toujours possiblement dans l'erreur, sans quoi il ne serait pas possible de penser la moralité. C'est bien parce que l'erreur est possible qu'il peut y avoir du mérite dans le fait de parvenir à y échapper. Comme le note Ricoeur, « l'autonomie est bien l'apanage du sujet de droit, mais c'est la vulnérabilité qui fait que l'autonomie reste une condition de possibilité que la pratique judiciaire transforme en tâche. Parce que l'homme est par hypothèse autonome, il doit le devenir »¹⁰¹. Dès lors, les deux figures ne s'opposent pas, mais sont en réalité deux composantes de la même personne.

105. Aussi, l'objectif de ce travail de recherche ne consistera pas à remettre en cause de manière générale et absolue le concept même d'autonomie, mais plutôt à tenter d'enrichir sa compréhension et sa définition au sein de la sphère juridique. Plutôt que d'en accepter une

⁹⁹ Pour une version critique du concept d'autonomie, cf. M. Jouan, S. Laugier (dir.), *Comment penser l'autonomie ? Entre compétences et dépendances*, PUF, coll. Éthique et philosophie morale, 2009, 5004 pages ; M. Marzano, *Je consens donc je suis*, éd. P.U.F., coll. Hors collection, 2007 ; P. Goldstein, *Vulnérabilité et autonomie dans la pensée de Martha C. Nussbaum*, PUF, coll. Philosophies, 2011, 160 pages ; C. Pelluchon, *L'Autonomie brisée...*, précité, p. 45-79. Pour une lecture juridique critique de la conception moderne de l'autonomie en droit public, cf. G. Karavokyris, *L'autonomie de la personne en droit public français*, Thèse pour le doctorat en droit, Univ. Paris II, 2008, 855 pages, publiée sous le titre *L'autonomie de la personne en droit public français*, Bruylant, 2013, 778 pages. L'auteur y déclare : « Pour dire les choses plus clairement, le concept d'autonomie constitue à la fois une valeur indépassable et une illusion incontestable de la philosophie et du droit, comme s'il s'agissait d'une béquille absolument nécessaire pour la constitution de l'individu en particulier et l'exaltation de l'humanité en général dont, pourtant, la teneur et la solidité sont gravement controversées », p. 16 ; Cf. également R. Le Coadic, « L'autonomie, illusion ou projet de société ? », in *Cahiers internationaux de sociologie*, 2006/2, n°121, p. 317-340, qui propose une réflexion approfondie, à caractère critique, sur la notion.

¹⁰⁰ Pour une perspective large sur la question des rapports entre autonomie et vulnérabilité, cf. N. Maillard, *Autonomie et vulnérabilité. État des lieux et essai d'articulation*, Thèse pour le doctorat es Lettres, Univ. Lausanne, 2008, 349 pages. La thèse, dans sa version remaniée, est disponible sous le titre : *La vulnérabilité. Une nouvelle catégorie morale ?*, éd. Labor et Fides, 2011, 386 pages ; P. Golstein, *Vulnérabilité et autonomie...*, précité, p. 53-98 ; C. Pelluchon, *L'autonomie brisée...*, précité, p. 251-307.

¹⁰¹ P. Ricoeur, « Autonomie et vulnérabilité... », précité, p. 121. Plus loin, il ajoute : « C'est le même homme qui est l'un et l'autre sous des points de vue différents. Bien plus, non contents de s'opposer, les deux termes se composent entre eux : l'autonomie est celle d'un être fragile, vulnérable. Et la fragilité ne serait qu'une pathologie, si elle n'était pas la fragilité d'un être appelé à devenir autonome, parce qu'il l'est dès toujours d'une certaine façon », p. 122. Dans le même sens, et dans une perspective juridique, cf. B. Melkevik, *Considérations juridico-philosophiques*, éd. Presses Université Laval, 2005, 186 pages, et particulièrement le chapitre 1, p. 5-34.

définition trop simple, qui méconnaîtrait ainsi la pluralité des positions individuelles, et la fragilité inhérente à la condition humaine, l'idée ici est de tenter d'associer les deux termes dans une même définition. En somme, renouveler la subjectivité juridique en l'élargissant à cette dimension nouvelle du sentiment et de la faillibilité, tout en maintenant le principe de l'autonomie. À ce titre, les propositions faites dans ce travail visent à permettre un traitement égal des situations, non pas dans leurs effets immédiats, mais plutôt dans la manière dont nous les conceptualisons. Ainsi, les situations dans lesquelles on demande à un justiciable, au regard d'un événement qui fait office de cas, de justifier avec une particulière intensité sa liberté et sa volonté au titre de sa vulnérabilité, doivent dès lors être repensées. Si tout le monde est vulnérable, à des degrés d'intensité variable, alors le soupçon porté sur certains justiciables, qui devrait davantage apporter la preuve de leur liberté, manifeste ici une discrimination qui asservit plutôt qu'elle ne protège¹⁰².

106. Pour autant, il n'est pas davantage question de remettre en cause toute idée d'objectivité, au seul profit d'une subjectivité exacerbée qui deviendrait ainsi le principe d'explication ultime de l'ensemble du droit. De la même façon que la seule objectivité constitue un excès du raisonnement, la prise en compte exclusive de la subjectivité aboutirait à appauvrir le droit plutôt qu'à l'enrichir. Ici, il s'agit bien de parvenir à trouver une position médiane, faisant ainsi retour à la *médiété* aristotélicienne, qui emprunte alternativement aux deux registres. On retrouve ici la définition proposée par Thomas Nagel s'agissant de l'impartialité, c'est-à-dire le fait de pouvoir être à la fois objectif et subjectif¹⁰³. Aussi, et même si les développements qui vont suivre vont essentiellement consister dans la recherche d'une subjectivité évanescence, cela ne peut se comprendre que par rapport à un état donné de la perception majoritaire, ici objective. Aussi, ce serait méconnaître la visée de ce travail que de considérer qu'il vise à éliminer toute référence, implicite ou explicite, à l'objectivité.

107. Il n'en reste pas moins que cette approche par la subjectivité est également rendue nécessaire par le fait qu'elle permet d'introduire dans la réflexion juridique des

¹⁰² Par asservissement, on entend ici le fait que le justiciable considéré, comme nous le verrons, devient véritablement esclave perpétuel de sa vulnérabilité, qui le résume en tant que sujet dans la perspective du droit. Sur ce point, cf. *infra*. Partie II, Titre II, Chapitre 3, Section 1, §1, A/.

¹⁰³ T. Nagel, *Le point de vue de nulle part*, éd de l'éclat, 1993, 291 pages.

problématiques qui sont parfois trop peu étudiées, parfois plus franchement ignorées. On va donc tâcher ici d'explicitier ce dont il est question.

108. Nous avons évoqué à plusieurs reprises des termes qui ne se trouvent guère dans la littérature juridique habituelle, si ce n'est pour décrire des réalités posées comme extérieures au droit. Ainsi, l'évocation de ressentis, de sentiments, et plus généralement, d'émotions, témoignages du subjectif, appelle quelques précisions. Le fait de s'attacher à penser le sujet de droit comme incarné, dans un corps charnel, permet en effet d'introduire deux dimensions : celle de la corporéité, et partant, celle du vécu intérieur. C'est ce que nous allons voir maintenant.

2 / De l'utilité d'une perspective émotivo-rationnelle dans la compréhension du droit

109. Que peut donc bien faire une théorie juridique de ces éléments ? La réponse à une telle question dépend entièrement du positionnement théorique adopté. Ainsi, si l'intérêt du chercheur se porte uniquement sur le versant logique de l'ordre juridique, sur le rapport entre des normes de valeurs différentes et la manière dont elles se concilient, alors il est probable que traiter de l'émotion en droit paraîtrait au mieux inutile. Mais, pour celui qui cherche à se saisir de la finalité du droit lui-même, la possibilité d'appréhender de manière plus précise son principal destinataire ne peut que constituer un objet tout à fait digne d'intérêt. En effet, loin de se limiter au seul justiciable, une théorie qui intégrerait l'approche émotionnelle se révélerait féconde dans d'autres domaines, telle par exemple la théorie de l'interprétation. En effet, si le principe même de la subjectivité se trouve lié aux émotions, alors il devient possible de considérer que le juge aussi en est parcouru. Dès lors, elles peuvent effectivement jouer dans l'interprétation qu'il donnera tant de la règle que du litige qui lui est soumis. Aussi, la portée heuristique d'une telle conceptualisation nous paraît tout à fait précieuse¹⁰⁴.

¹⁰⁴ Du reste, le consentement a bien à voir avec le sentiment, comme l'avait déjà montré Adam Smith dans sa théorie des sentiments moraux : A. Smith, *Théorie des sentiments moraux*, P.U.F, coll. Quadrige, éd. 2003, 480 pages ; Pour une lecture des liens spécifiques entre consentement et sentiments chez Smith, cf. O. Tholozan, « Le consentement dans la théorie des sentiments moraux d'Adam Smith », in *L'idée contractuelle dans l'histoire de la pensée politique*. Actes du colloque International de l'A.F.H.I.P (sept. 2007), Press. Univ. Aix-Marseille, 2008, 614 pages, p. 289-296, et surtout la p. 292 qui montre bien que l'on retrouve chez Smith les vocables d'émotion, de sentiment et de passion liés directement au consentement. Dans le même sens, cf. M. Revault d'Allonnes, *Pourquoi nous n'aimons pas la démocratie*, éd. Seuil, 2010, 148 pages, p. 122 : « Adam Smith, on l'a sans cesse relevé, est à la fois l'auteur de la Richesse des nations [...], et celui de la Théorie des sentiments moraux où la *sympathie* (l'éprouver-avec, la com-passion au sens étymologique) est le premier opérateur du lien social ».

110. Sur ce point, la littérature juridique française souffre d'un vide considérable¹⁰⁵, renforcé par la comparaison avec ce que l'on peut trouver dans la réflexion juridique américaine. À cet égard, il est impossible de ne pas mentionner les travaux absolument fondamentaux de Martha Nussbaum, professeur de droit et d'éthique à l'Université de Chicago. Toute son œuvre¹⁰⁶ consiste dans une réintégration de la composante émotionnelle au sein de la philosophie et de la littérature, mais également dans la compréhension du droit et des décisions de justice, en tant qu'elle entretient une relation privilégiée avec le savoir. Au-delà du fait qu'une telle approche est bien essentielle pour comprendre les ressorts intimes de la subjectivité, et donc l'écart qui peut exister entre le sujet juridique et le sujet concret, elle permet également de saisir certaines stratégies argumentatives spécifiques, tant de la part de la doctrine que du juge. À ce titre, il est désormais possible de trouver, dans des ouvrages juridiques¹⁰⁷, des contributions qui portent sur la manière dont l'affectivité peut influencer sur le

¹⁰⁵ On peut toutefois évoquer D. Gutmann, *Le sentiment d'identité. Étude de droit des personnes et de la famille*, Thèse pour le doctorat en droit, L.G.D.J, Bibliothèque de droit privé, 2000, 520 pages ; cf. également A. d'Alton, « La place de l'émotion dans la structure objective du droit », *Thèmes*, revue de la bibliothèque de philosophie comparée, III, 2012, version électronique, 11 pages, qui évoque les travaux fondateurs selon lui de Léon Petrazycki. L'auteur note ainsi, p. 1 : « L'histoire contemporaine de la philosophie du droit relève peu d'efforts expliquant en effet le moment émotionnel du processus de connaissance à l'œuvre dans la formation du droit depuis les travaux de Léon Petrazycki ».

¹⁰⁶ Pour la partie plus spécifiquement philosophique, cf. par exemple : M. C. Nussbaum, *The Fragility of Goodness : Luck and Ethics in Greek Philosophy*, éd. Cambridge University Press, 2001, 590 pages ; M. C. Nussbaum, *Upheavals of thought. The intelligence of Emotions*, éd. Cambridge University Press, 2001, 751 pages ; M. C. Nussbaum, *Love's knowledge. Essays on philosophy and literature*, Oxford University Press, éd. 1992, 432 pages ; M. C. Nussbaum, J. Sihvola (dir.), *Sleep of reason: Erotic Experience and Sexual Ethics in Ancient Greece and Rome*, University of Chicago Press, éd. 2002, 464 pages. Concernant la place des émotions dans la compréhension du droit, cf. M. C. Nussbaum, *Hiding from Humanity. Disgust, Shame and the Law*, Princeton University Press, 2004, 437 pages ; M. C. Nussbaum, *From Disgust to Humanity. Sexual Orientation & Constitutional Law*, éd. Oxford University Press, 2010, 217 pages ; M. C. Nussbaum, *Political Emotions: Why Love Matters of Justice*, éd. Belknap Press, 2013, 480 pages. Pour une approche en langue française de ses travaux, cf. S. Chavel (dir.), « Martha Nussbaum. Émotions privées, espaces public », *Raison Publique*, 2010, n°13, 436 pages ; P. Goldstein, *Vulnérabilité et autonomie...*, précité.

¹⁰⁷ On fait ici allusion aux Archives de philosophe du droit, dont le Tome 55 s'intitule "le droit et les sciences de l'esprit". Parmi l'ensemble des contributions, on lira avec profit pour notre réflexion : S. Tassy, « Approche neuroscientifique du raisonnement moral : vers un nouveau modèle cognitif distinguant le jugement et le choix de l'action », *Arch. Phil. Droit*, Tome 55, 2012, p. 3-18 ; S. Pichon, P. Vuilleumier, « Impact des états affectifs sur la réactivité du système limbique : implications pour la régulation émotionnelle et le comportement social », p. 47-63 ; O. Oullier, « Délibérations au tribunal : Jugements, décisions, biais et influences », p. 269-280, dans laquelle l'auteur évoque spécifiquement l'émotionnalité en lien avec la décision judiciaire, pour affirmer que le juge mélange des processus émotionnels et rationnels dans son office ; Dans le même sens, mais dans une perspective plus sociologique, cf. N. Burgi-Golub, « Émotion, identité, jugement », in CURAPP, questions sensibles, PUF, 1998, p. 59-76 ; Pour une approche plus générale de la relation entre émotion et rationalité, et la manière dont les premières influent sur le processus de décisions, cf. A. R. Damasio, *L'erreur de Descartes*, Odile Jacob, éd. 2010, 396 pages ; A.R. Damasio, *Spinoza avait raison. Joie et tristesse, le cerveau des émotions*, Odile Jacob, éd. 2004, 346 pages ; F. Cova, *L'architecture de la cognition morale*, Thèse pour le doctorat en philosophie, EHESS, 2011, 508 pages, disponible à l'adresse suivante : http://www.academia.edu/2348323/LArchitecture_de_la_Cognition_Morale . Cf. également S.

processus de décision du sujet, même si ces études sont encore uniquement le fait de chercheurs non juristes.

111. Toutefois, une précision terminologique s'impose. En effet, que faut-il entendre par le concept d'émotion ? Sur ce point, les travaux abondent, à un point tel qu'il n'est pas possible d'en faire l'inventaire. De la même manière, étudier précisément les différences entre les différentes approches dépasserait très largement le cadre de ce travail. On peut simplement mentionner, à la suite des travaux de Dixon¹⁰⁸, que le terme d'émotion pour désigner le vécu intérieur est d'apparition récente en langue anglaise, puisqu'il n'émerge qu'au début du XVII^e siècle. Il vient alors se substituer à deux termes qui existaient déjà. Le premier, « passion » est rattachable à la philosophie stoïcienne dans laquelle il joue un rôle absolument considérable¹⁰⁹. Il est ce contre quoi la raison doit lutter pour parvenir à rester maîtresse d'elle-même. En réponse à cette théorisation qui vise à éliminer selon Dixon le principe même de l'émotion¹¹⁰, Saint-Augustin, et Thomas d'Aquin vont élaborer le concept d'« affection », qui correspond à un appétit de la volonté, et non plus des sens comme pour la passion¹¹¹. Dès lors, deux concepts coexistent qui permettent de distinguer entre ce qui relève des sens en propre et de l'intelligence ou de la volonté pour le second. Or, le fait que les deux soient désormais réunis au sein de la catégorie « émotion » aboutit selon Dixon à perdre de vue aussi bien le fait que des émotions peuvent être attachées à l'intelligence, et non simplement à une pure passivité sensorielle, mais aussi que la passion existe dans un rapport direct à la morale, puisqu'elle est ce contre quoi la raison doit lutter. De ce fait, cette superposition aboutirait à ce que, dans la pensée moderne, on oppose systématiquement la raison et l'émotion, comme si la première était tenue pour suspecte¹¹².

Ebbersmeyer, « Conduire ou séduire la raison ? Réflexions sur l'ambivalence des émotions à partir de la Rhétorique d'Aristote », in *Revue de métaphysique et de morale*, 2010/2, n°66, p. 233-248, qui à partir d'Aristote, propose de retravailler le concept « d'animal rationnel » pour y adjoindre la composante émotionnelle.

¹⁰⁸ T. Dixon, *From Passions to Emotions: The Creation of a Secular Psychological Category*, Cambridge University Press, éd. 2006, 300 pages; T. Dixon, ““Emotion”: The History of a Keyword in Crisis”, *Emotion Review*, Vol. 4, n° 4 (oct. 2012), p. 338-344. Pour une note de lecture sur l'ouvrage principal de Dixon, cf. E. Cassan, « From passions to emotions », *Labyrinthe*, vol. 29, 2008, p. 147-151, version électronique.

¹⁰⁹ Sur ce point cf. *infra*, Partie I, Titre II pour une étude de la philosophie stoïcienne en lien avec le consentement.

¹¹⁰ Même si cela correspond, selon nous, à une lecture quelque peu caricaturale du stoïcisme, qui n'est pas opposée à toutes les émotions. Sur ce point, cf. *infra*. Partie I, Titre I, Chapitre 1, Section 1.

¹¹¹ T. Dixon, “Emotion : the history...”, précité, p. 339.

¹¹² C'est la position défendue par E. Cassan dans sa note, p. 151 : « Elle (la position de Dixon) mène alors à se demander si ce projet de réhabilitation ne témoigne pas d'une méfiance induite à l'égard de la raison, et de l'intelligence, sinon d'une approche réductrice de celles-ci comme facultés de l'esprit desséchantes et purement

112. Dans le cadre de ce travail, nous n'utiliserons le terme de passions que lors de l'étude philosophique du consentement et des implications. Pour le reste, nous ne reprendrons pas ici les distinctions élaborées en philosophie de l'esprit, qui visent à distinguer entre les désirs, les émotions, les ressentis, les sensations, les sentiments¹¹³. Outre le fait que la délimitation précise de chacun de ces termes ne fait pas l'objet d'un consensus, les différences qu'ils présentent portent sur des points qui ne nous semblent pas nécessairement déterminants au regard de l'objet de cette recherche. En effet, le fait de savoir si tel terme correspond ou non à un élément intentionnel, si le sentiment peut également concerner des éléments cognitifs ne joue pas un rôle essentiel dans la compréhension de notre démarche qui vise à ajouter un élément sensitivo-émotionnel à la raison trop souvent pensée de façon solitaire. Dès lors, on emploiera de manière substituable les termes de sensations, d'émotions, de ressentis et de sentiments. Cette substituabilité est d'autant moins gênante, à notre sens, que la visée de ce travail n'est pas d'élaborer spécifiquement une conception juridique de l'une ou l'autre de ces notions, mais simplement d'introduire un champ nouveau, la sensibilité, dont il restera à déterminer les éléments notionnels les plus importants par la suite.

113. De manière analogue, l'accent porté sur l'intériorité explique aussi le fait que la psychanalyse sera invoquée à plusieurs reprises dans ce travail, que ce soit au travers du vocable de désir¹¹⁴, qu'en elle-même. L'influence de ce savoir imprègne en effet l'ensemble de notre réflexion, de façon plus ou moins déterminante selon les points abordés. Ceci s'explique par le fait qu'en étant confronté à la thématique de l'inconscient, on peut prendre acte de la fragilité ontologique de l'être humain. Ce faisant, on évitera l'écueil d'un déterminisme physico-biologique trop prononcé, qui viserait à expliquer l'ensemble de l'agir humain, et même de la sensibilité, par un ensemble de facteurs chimico-biologiques,

dogmatiques ».

¹¹³ Pour une introduction à ces distinctions, cf. J. A. Deonna, F. Teroni, *Qu'est-ce qu'une émotion ?*, Vrin, coll. Chemins Philosophiques, 2008, 128 pages ; A. Nugier, « Histoire et grands courants de recherche sur les émotions », *Revue électronique de Psychologie Sociale*, 2009, n°4, p. 8-14.

¹¹⁴ Vocable qui est par exemple rejeté dans certaines approches philosophiques de l'émotion, en raison du fait que le désir serait nécessairement dirigé vers l'avenir, et toujours propositionnel. À titre d'exemple, cf. J. A. Deonna, F. Teroni, *Qu'est-ce qu'une émotion...*, précité, p. 18-20.

manifestant ainsi le fantasme de la Science comme lieu de la vérité et du savoir¹¹⁵. Que quelque chose échappe au « sujet de la parole », et donc à la science, voilà qui constitue selon nous un des apports les plus fondamentaux de l'investigation psychanalytique. La question de l'apport de la psychanalyse à la compréhension du droit n'est pas nouvelle, et sur ce point, nous ne faisons que suivre la voie tracée par d'autres¹¹⁶. Toutefois, ce ralliement de principe ne doit pas se comprendre comme le fait que l'ensemble des positions des auteurs concernés est partagé. Il n'en est pas moins nécessaire de définir ce que l'on entend ici par intériorité.

Sur ce point, le Vocabulaire Lalande en donne une définition satisfaite selon nous à l'occasion de l'examen du vocable « intime » : « Est intime ce qui est fermé, inaccessible à la foule, réservé ; par suite, ce qui est individuel, connu du sujet seul, soit accidentellement, soit essentiellement et par nature »¹¹⁷. L'intériorité au sens où nous l'entendons peut donc être rapprochée de l'intime, sans préjudice d'un éventuel partage de ce ressenti lors de son énonciation positive.

114. Enfin, cette présentation ne serait pas complète sans une remarque dirigée vers la problématique de la corporéité. En effet, si l'ambition de cette recherche est bien de redonner une place au sujet de droit concret, et non plus abstrait, alors cette incarnation passe nécessairement par le recours à un corps support de cette subjectivité. De fait, c'est bien par le biais de ce dernier que nous expérimentons le monde, par le biais de celui-ci que nous mettons notre volonté en acte, puisque même l'acte de parole suppose un corps qui émet un son. Dès lors, le corps va jouer un rôle important dans la dynamique de la sensibilité, ce qu'écrivait déjà William James¹¹⁸, et qu'attestent toutes les recherches relatives aux émotions¹¹⁹. La thématique corporelle nous intéressera d'autant plus qu'elle permet, soit d'illustrer des problématiques au cœur de la question du consentement en lien avec la subjectivité, comme

¹¹⁵ Pour un exemple de cette idée, cf. J. Proust, *La nature de la volonté*, éd. Folio, coll. Essais, 2005, 368 pages ; J. Proust, « Précis de la Nature de la Volonté, suivi de la Disputatio », *Philosophiques*, vol. 35, n° 1, 2008, p. 109-117, version électronique.

¹¹⁶ On pense ici à Pierre Legendre, dont l'ensemble de l'œuvre démontre l'utilité de la psychanalyse pour comprendre les ressorts profonds du phénomène juridique. Mais aussi au Professeur Supiot, au travers de son ouvrage *Homo Juridicus* : A. Supiot, *Homo juridicus...*, précité ; Dans le même sens, un colloque s'est tenu les 28 et 29 juin 2013, à l'Institut d'Études Politiques de Paris, sur le thème « droit et psychanalyse ».

¹¹⁷ A. Lalande, *Vocabulaire...*, précité, p. 533.

¹¹⁸ W. James, *La théorie de l'émotion*, Booksurge Publishing, coll. Elibron Classics, éd. 2001, 148 pages ; W. James, *Les émotions – Œuvres choisies I*, L'Harmattan, éd. 2006, 183 pages, avec une introduction de S. Krauth-Gruber qui permet de bien remettre en perspective la pensée de l'auteur.

¹¹⁹ J. A. Deonna, F. Teroni, *Qu'est-ce qu'une émotion...*, précité, p. 57-62, et p. 76-82 ; A. R. Damasio, *Le Sentiment même de soi. Corps, émotions, conscience*, Odile Jacob, 1999, 384 pages.

dans l'exemple de l'appréhension juridique de la sexualité, soit de comparer la liberté laissée au sujet dans la relation à son corps à celle relative à l'esprit.

III / HYPOTHÈSES ET OBJECTIFS DE LA RECHERCHE : LE CONSENTEMENT COMME SENTIR-AVEC, VOIE D'ACCÈS À UNE SUBJECTIVITÉ JURIDIQUE RENOUVELÉE

115. La réflexion que nous allons proposer est rendue nécessaire par les questions soulevées lors de l'étude attentive des liens unissant le consentement et la subjectivité juridique, et ce particulièrement dans un contexte de recours croissant au concept par les justiciables, dans un sens qui parfois étonne (A). Pour y faire face, nous allons donc poser à la fois les hypothèses qui sous-tendent cette recherche, mais également le cadre dans lequel celle-ci va s'effectuer (B).

A : Les questions soulevées par l'étude des liens entre consentement et subjectivité juridique

116. Aussi, la recherche entreprise ici se fait-elle l'écho des incertitudes que cette délimitation du champ notionnel fait apparaître. Elle vise à tenter de montrer comment le consentement, catégorie essentielle du droit, constitue le médium par lequel se joue la problématique de la subjectivité juridique, à la fois sur le plan conceptuel mais également pratique.

117. En effet, derrière la définition du terme même de consentement, ce qui se joue, c'est bien la manière dont le droit, et avec lui, la communauté savante, entendent concevoir la subjectivité incarnée dans les règles de droit. Cette question ne revêt pas un intérêt simplement théorique, puisqu'aujourd'hui, ce qui paraît particulièrement frappant dans les revendications modernes, c'est justement l'omniprésence du consentement là où celui-ci était presque totalement ignoré il y a peu. Ceci s'explique probablement par le phénomène de contractualisation des rapports sociaux, c'est dire l'appréhension des relations intersubjectives sous l'angle du contrat.

118. Cette judiciarisation est, semble-t-il, à mettre en lien avec l'omniprésence du discours économique et de la notion de marché, qui contribuent toutes les deux à incorporer le droit et la question marchande dans des rapports autrefois purement privés. En effet, si le

consentement est aujourd'hui mobilisé, c'est surtout en tant qu'instrument de revendication à l'égard de la puissance publique, et comme moyen permettant de justifier, une fois encore dans une logique purement procédurale, la soumission de rapports humains à un équivalent monétaire. En somme, l'impératif qui s'exprime prend la forme d'un « *je consens donc j'ai le droit* »¹²⁰.

119. Or, cette perspective récente aboutit à déconsidérer totalement le concept, tant au vu de sa répétition quasi incantatoire, que du fait que son instrumentalisation à des fins purement techniques aboutit à perdre de vue ce qui relève de l'ordre du sensible. Sous couvert d'un sentiment de liberté renouvelé, l'utilisation contemporaine du terme ne sert souvent que dans une logique purement possessive, appropriative de biens matériels. C'est donc la dimension marchande qui préside, au nom de cette même liberté qui dans le consentement ouvre sur l'immatériel d'un ressenti commun.

120. Aussi, la question centrale qui innerve cette recherche est-elle double. Dans un premier temps, il s'agit de prendre acte de l'indétermination du concept de consentement au sein de la sphère juridique, et qui dès lors, paraît se prêter à tous les usages, les plus heureux comme parfois les plus regrettables. Or, puisque celui-ci est bien posé comme un des éléments les plus fondamentaux du droit, une telle situation ne peut prospérer sans menacer la rationalité de l'édifice juridique dans son ensemble. Dès lors, cette recherche se conçoit comme une première tentative de réponse à une question aujourd'hui trop peu étudiée : qu'est-ce donc que ce concept, quels sont ses origines et son sens, et comment l'utilisation qui en est faite renseigne-t-elle sur ses évolutions à venir ?

121. Mais, ce premier aspect doit nécessairement être complété par un autre. En effet, que l'on s'en félicite ou s'en inquiète, le sujet de droit est, par définition, le principal acteur de la sphère juridique. Le consentement ne possède pas de mouvement qui lui est propre, et doit donc nécessairement être mis en œuvre par le biais d'un sujet humain qui le fait exister juridiquement. Dès lors, le consentement a nécessairement à voir avec la subjectivité, selon les usages qui sont reconnus possibles. En somme, étudier le consentement, c'est également, par voie d'incidence, faire face à la subjectivité juridique. Or, de manière troublante, cette dernière

¹²⁰ Dans la même perspective, mais avec une lecture fortement critique, cf. M. Marzano, *Je consens donc je suis*, précité; Pour une version plus nuancée: G. Fraisse, *Du consentement*, Seuil, éd. Non conforme, 2007, 135 pages.

fait également l'objet d'un relatif désintérêt sur le plan de la pensée. Dès lors, par le biais de l'étude du consentement à travers les âges, on pourra observer ce qu'il en est de cette subjectivité évanescence. On espère pouvoir ainsi répondre à la fois à la question de sa détermination, mais également au point de savoir si le consentement constitue un atout adéquat pour la faire exister au sein du droit ?

122. C'est donc dans la voie tracée par l'oscillation incessante entre ces deux notions, à ce point intriquées qu'elles paraissent parfois difficilement discernables, qu'il nous faudra avancer.

B : Formulation des hypothèses et cadre de la recherche

123. Afin d'essayer de démêler l'écheveau de cette signification, nous avons considéré nécessaire de séparer l'étude du concept en lui-même de ses manifestations dans le droit contemporain. Pour ce faire, et ainsi appréhender dans quelle mesure le consentement peut ou non constituer une voie d'accès efficace et pertinente à la subjectivité, il est essentiel de tenter d'observer quel sens ce dernier a pu recevoir dans l'histoire de la pensée juridique. Ce que nous souhaitons entreprendre ici, c'est une histoire, nécessairement lacunaire, de la manière dont le concept de consentement a pu être interprété au travers des époques. Plus précisément, les usages ainsi mis en lumière au travers du déroulement des siècles permettront d'illustrer à quel point le consentement constitue une sorte de chambre de résonance de l'impensé juridique, tant au niveau du concept lui-même, que de la question de la subjectivité.

124. L'intérêt d'une telle étude n'est pas de fournir un pur objet de connaissance, dans une prétention à l'encyclopédisme qui serait nécessairement vouée à l'échec. Elle vise au contraire, à essayer de déterminer si le consentement peut bien jouer le rôle pour lequel il est aujourd'hui utilisé. Aussi, si dans l'histoire du consentement il est possible de remarquer une constante, grâce à laquelle on pourrait dire si oui ou non, le consentement est définitivement le marqueur de la subjectivité, alors on peut espérer qu'un tel éclairage permettra d'aider à une meilleure compréhension des débats contemporains. Ceci explique pourquoi une place conséquente sera laissée à l'histoire du droit, et plus généralement, de la pensée juridique centrée sur le seul consentement. Toutefois, la lecture ainsi effectuée se fera avec une

vigilance constante à l'égard de ce que ces conceptualisations successives laissent comme place au sujet de droit, pensé ici dans son entièreté, c'est-à-dire non privé de sa capacité à ressentir.

125. Pour ce faire, nous prenons le parti de considérer le consentement selon un sens différent de celui qui a habituellement cours. Selon cette perspective, de manière bien plus fondamentale, le consentement n'est pas simplement cette forme d'accord, qui renvoie à une sorte d'extériorisation procédurale d'un ressenti. Il est, primitivement, cette faculté authentiquement humaine de pouvoir **sentir-avec**, c'est-à-dire d'être en mesure, à un instant déterminé, d'éprouver une disposition du sentiment identique à celui avec qui l'on consent. Il ne s'agit donc pas d'un mimétisme du sentiment, puisque celui-ci impliquerait un modèle qu'il s'agirait de copier, mais plutôt d'une identité synonyme de partage. Fort de cela, le consentement apparaît comme un concept qui souligne l'individualisation, puisqu'il est avant tout un ressenti personnel, mais aussi un opérateur de socialisation dans la possibilité offerte à un moment d'être en harmonie avec un extérieur à soi-même.

126. L'objection est aisée, qui consiste à dire que le consentement juridique, puisant ses origines dans le droit romain, fonctionne nécessairement sur la base d'un artificialisme qui lui serait consubstantiel¹²¹. Une telle objection, pour pertinente qu'elle soit sur le plan historique, n'est pas pour autant insurmontable. Premièrement, le simple fait que le droit romain a fonctionné sur ce registre n'implique en aucune façon que le droit contemporain doit faire de même. Ensuite, ce qui pouvait être pertinent et efficace dans un certain contexte ne l'est plus nécessairement aujourd'hui. En effet, l'utilisation du droit à l'époque romaine est très éloignée, à tout le moins, de l'usage qui est fait aujourd'hui de la règle juridique. Aussi, si cet artificialisme pouvait avoir un sens dans un contexte où le droit était majoritairement utilisé pour l'échange de biens économiques, il n'en va pas de même à notre époque, où le droit a très largement débordé cette façon de penser et de procéder. Dès lors, la recherche de la

¹²¹ Sur ce point, les travaux de Yan Thomas font figure de référence. Pour un résumé de ce positionnement, cf. O. Cayla, Y. Thomas, *Du droit de ne pas naître. À propos de l'affaire Perruche*, Gallimard, éd. Le Débat, 2002, 177 pages, p. 90-170 ; cf. également Y. Thomas, « *Fictio legis* - L'empire de la fiction romaine et ses limites médiévales », *Droits*, 1995, n°21, p. 89; Y. Thomas, *Les Opérations du droit*, éd. EHESS, Gallimard et Seuil, coll. Hautes Études, 2011, 368 pages; P. Thevenin, « L'institution, la casuistique et l'historien. Hommage à Yan Thomas », *Tracés. Revue de Sciences humaines*, 2009, n° 17, p. 157-164 ; Sur le thème de la fiction, cf. également R. Jacob, « Le juge et la fiction en Common Law et dans les cultures romano-canoniques », Institut des Hautes Études sur la Justice, 17 déc. 2012, version électronique disponible à l'adresse suivante : http://www.ihej.org/wp-content/uploads/2013/03/Robert_Jacob_Juge_et_fiction_en_common_law.pdf

subjectivité à l'œuvre ou non dans les mécanismes du consentement, à travers les époques, n'est pas rendue inutile par cette considération.

127. Dans le même mouvement, et puisque comme nous l'avons déjà indiqué, le consentement trouve son origine première dans le champ philosophique, une part substantielle des développements à venir sera consacrée à ce que la philosophie peut nous dire, à la fois du consentement, tant individuel que social, et du lien que ce dernier entretient avec la subjectivité.

128. Néanmoins, la recherche conduite ne pourra porter sur toutes les manifestations du consentement. En effet, ce dernier irrigue à ce point l'ensemble du droit qu'une étude exhaustive ne pourrait être menée dans l'espace que propose une thèse. Il faudrait en effet plusieurs volumes de taille très conséquente pour espérer pouvoir circonscrire l'ensemble des usages du terme.

Aussi, ce travail ne contiendra pas de développements substantiels consacrés au droit du travail, dans lequel le consentement joue également un rôle très important, et qui permet d'illustrer certaines questions fondamentales en lien avec la thématique de la subjectivité et de la variabilité du consentement¹²². De manière analogue, nous n'étudierons pas le droit international au sens large, aussi bien car cette recherche vise davantage les personnes physiques que les personnes morales, mais également car ce domaine nous a semblé moins illustratif des problématiques du consentement que d'autres. De même, tous les points abordés ne donneront pas lieu nécessairement à des développements de taille équivalente. Ainsi, dans l'hypothèse d'une comparaison entre un régime juridique dit de droit privé et un régime de droit public, si le second se différencie peu du premier, alors nous ne préciserons pas outre mesure le propos¹²³.

Enfin, il paraît nécessaire ici de rappeler que cette recherche est avant tout une recherche de droit public. Dès lors, même si nous récusons la dichotomie habituelle en la

¹²² En effet, le droit du travail est un domaine souvent évoqué lorsqu'il s'agit d'exemplifier une situation caractérisée par un différentiel de puissance entre des parties aux contrats, de telle sorte que l'on s'interroge sur la validité du consentement émis. De manière analogue, s'agissant par exemple de la variabilité du terme de consentement, l'hypothèse de la cession d'entreprise pourrait être utilement étudiée (Art. L. 122-12 al. 2 du Code du travail).

¹²³ On le verra, cette précision joue surtout pour l'hypothèse des vices du consentement, qui sera davantage étudié sur le plan du droit privé que du droit public. Ceci s'explique à la fois par la faiblesse relative de la littérature sur ce domaine en droit public, et par le fait que le régime ne présente pas de différences fondamentales susceptible d'engendrer le besoin d'une réflexion de taille équivalente.

matière au profit d'une approche transversale et interdisciplinaire, il n'en reste pas moins qu'il est toujours nécessaire, au moins sur le plan administratif, de choisir un domaine d'accueil. Cette nécessité aura eu au moins une conséquence, à savoir le fait que les analyses relevant du droit privé, pour importantes qu'elles soient, ne pouvaient pas occuper l'essentiel du travail de recherche

C'est pourquoi, afin d'assurer la possibilité même de l'étude, nous avons pris le parti de sélectionner des usages divers du consentement, qui empruntent chacun à des domaines différents du droit, mais qui illustrent tous un aspect particulier du concept, et de son lien avec la subjectivité. Dès lors, le droit privé des obligations sera abordé, ne serait-ce que parce qu'il permet d'appréhender l'origine de la thématique contractuelle, et qu'il imprègne l'ensemble de la pensée à l'égard du consentement ; le droit public également, au travers de la question du vote ; le droit pénal, lorsqu'il s'agira d'étudier le consentement dans la thématique sexuelle, mais aussi le droit de la santé, dans lequel le consentement joue un rôle absolument fondamental.

129. Ce parti pris en faveur de situations particulières et circonstanciées d'usages du consentement constituera le fil conducteur de notre progression au travers du droit contemporain. La perspective sera donc double : en lien avec la subjectivité, nous étudierons donc le consentement d'un point de vue personnel, mais aussi collectif. De la même manière, on raisonnera en prenant appui sur les qualificatifs qui accompagnent usuellement le consentement : son caractère personnel, libre et éclairé. C'est par le biais de ces situations et de ce prisme que l'on verra se dessiner les contours du concept, tout comme le caractère essentiel des problématiques auxquelles il lui appartient de faire face.

130. Ce faisant, pour tenter de répondre aux interrogations soulevées, on envisagera successivement le consentement et la subjectivité dans une perspective historique et philosophique (Partie I), avant de s'attacher à étudier et comprendre comment cet éclairage permet de mieux saisir le fonctionnement du consentement dans le droit contemporain, au travers de l'étude de son régime (Partie II).

PARTIE I : CONSENTEMENT ET SUBJECTIVITE : UNE LIAISON DELICATE

131. Pour pouvoir espérer comprendre ce qui se cache derrière le vocable de consentement, la seule appréhension juridique du concept ne saurait suffire. Le droit n'opère pas dans un espace clos, distinct du champ social, de telle façon que les concepts qu'il utilise seraient autosuffisants. Du fait que le droit mobilise dans chacune de ses manifestations du langage, dans une forme qui lui est plus ou moins spécifique, il reste redevable de la manière dont les mots résonnent en dehors de leur domaine de définition. Or, de ce point de vue, le consentement en tant que mot dispose d'une histoire, d'un point d'origine à partir duquel il est possible de tirer le fil de ses évolutions.

132. Cela ne vise pas à dire que le sens d'un terme est fixé une fois pour toute, au moment où il se manifeste pour la première fois, exception faite de quelques altérations que l'histoire aura imprimées au cours de son déroulement. Au contraire, des modifications conséquentes sont susceptibles de survenir. Toutefois, celles-ci ne sont perceptibles dans leur profondeur qu'à la condition, selon nous, que l'on se perçoive également l'environnement au sein duquel elles se produisent. D'une certaine façon, tout concept reste tributaire d'un ensemble signifiant dans lequel il prend place, et auquel il s'accorde de façon plus ou moins heureuse.

133. Certes, pour que le concept fonctionne au sein du droit, il devra faire l'objet d'une opération de traduction, au cours de laquelle il acquerra ses contours définitifs. Pour autant, cela signifie-t-il que le droit a toute latitude en ce domaine ? Pour le professeur Bioy, « [...] le droit se construit, dans une certaine mesure, selon un mode propre, de façon autonome par rapport à la « réalité » physique et sociale qui en constitue l'origine et la finalité »¹²⁴. Plus loin il ajoute : « avant tout, il ne faut pas perdre de vue que le système juridique crée son objet, ses actions et surtout ses sujets »¹²⁵.

134. Cette affirmation nous paraît problématique à plus d'un titre. S'il est rigoureusement exact que, en raison des objectifs qu'il poursuit, le droit peut transformer des notions

¹²⁴ X. Bioy, *Le concept de personne...*, Thèse précitée, § n°87, p. 47.

¹²⁵ X. Bioy, *ibid.*

ordinaires pour leur faire exercer un rôle tout à fait particulier, il subsiste néanmoins des limites. Ainsi, le principe de cohérence impose que l'ensemble ainsi constitué soit intelligible, et ne présente pas de contradictions trop considérables, qui remettraient en cause l'édifice juridique dans sa totalité. Toutefois, en lien avec la *summa divisio* universitaire, qui partage l'existant entre droit privé et droit public, et le développement de savoirs experts nécessairement circonscrits, la cohérence évoquée se réduit. Plus précisément, elle restreint son champ pour ne plus concerner qu'un domaine plus étroit : le droit des obligations possède sa logique propre, le droit administratif lui aussi, le droit médical également, et ainsi de suite¹²⁶. Cela est tout à fait intéressant d'un point de vue pratique, participant ainsi de l'efficacité du dispositif global. Mais, pour le justiciable qui fait face à cette construction, que reste-t-il alors ?

135. La réponse à cette question n'est guère évidente. Cela tient, selon nous, au fait que de cause du système juridique, comme le dit si bien la formule du Digeste¹²⁷, le sujet de droit est devenu l'acteur nécessaire, la portion congrue. Par là on entend que, dans cette perspective, le droit n'est plus pensé tant par rapport au sujet, à la manière dont celui-ci peut ou non réceptionner la norme et l'intégrer au titre du sens, que comme système auto-entretenu. Ce faisant, on voit ici se manifester une des tendances les plus fortes de la pensée économique contemporaine, et qui irrigue de proche en proche, les savoirs qui la jouxent. Selon celle-ci, et en schématisant la présentation, ce n'est pas à l'économie de s'adapter au matériau humain, mais à l'être humain de s'adapter aux prescriptions de modèles mathématiques finement ouvragés.

136. Ce qui se joue derrière cette confrontation, c'est bien la question du consentement, de la manière dont un individu peut faire accueil dans son être aux normes qui structurent son existence. L'oubli de cette dimension fondamentale condamne le droit à n'être plus qu'une affaire de savants, alors qu'il n'existe qu'en tant que construction humaine, ordonnée, poétique dans le sens le plus noble du terme¹²⁸. Sauf à vouloir n'en faire qu'un pur objet de

¹²⁶ Le professeur Bioy évoque lui-même la question de l'autonomisation des différentes branches du droit entre elles. Sur ce point, cf. X. Bioy, *Le concept de personne...*, Thèse précitée, p. 47, n.b.p n°3.

¹²⁷ Digeste, 1, 5, 2 : *Hominum causa omne jus constitutum.*

¹²⁸ On pense ici à la formule d'Hölderlin, selon laquelle « L'essentiel, sans doute, c'est d'essayer d'habiter poétiquement le monde, la maison du monde ». Sur ce point, cf. P. Amsselek, « *Zôon poiêtikon* ou le myosotis de l'univers », Texte d'une communication faite au 3^{ème} Symposium Poétique organisé à Lisbonne par l'Institut

contemplation, à le réduire à son esthétique logique, il faut bien réintégrer le droit dans le champ des connaissances, au carrefour de ses influences diverses.

137. Pour ce faire, nous avons pris le parti d'introduire dans un travail de recherche en droit public, une dimension historique tout entière tournée vers la place et le rôle du consentement au travers des époques. Ceci relève habituellement des catégories du droit privé, encore que la tendance à l'autonomisation a également touché l'histoire du droit, qui occupe une place un peu décalée¹²⁹. Cette référence est toutefois absolument nécessaire pour saisir à quels questionnements spécifiques le concept de consentement répond, et comment son sens évolue au sein même du droit (Titre 1).

138. À cette première dimension historique s'en ajoute une autre, qui s'inscrit dans la même démarche. Si à notre sens le droit ne saurait être radicalement clos sur lui-même, alors l'étude de la manière dont par exemple la philosophie a pu se saisir du même concept, pour répondre peut-être à des questions différentes ne peut qu'enrichir notre perspective.

Cette nécessité se trouve redoublée d'au moins deux façons : la première tient au fait que la doctrine ne se prive pas de faire appel à des auteurs classés comme philosophes pour expliquer certains concepts juridiques, tels par exemple la dignité¹³⁰. S'ajoute à cela l'hypothèse qui constitue le fil conducteur de notre démonstration, à savoir le fait que le consentement a sa source, en tant que concept, au sein de la philosophie antique. Dès lors, il n'est pas possible de passer outre cette analyse. Au surplus, on verra à cette occasion à quel point la philosophie a déjà anticipé de nombreuses interrogations relatives à la manière dont le consentement interroge les limites de la socialité, de l'autonomie, de la liberté, c'est-à-dire autant de questionnements auxquels le droit est aujourd'hui confronté du fait de l'utilisation de ce concept (Titre 2).

Piaget les 2, 3, 4 mai 1996, version électronique, 15 pages, qui reprend cette formule, et qui évoque la subjectivité en ces termes : « Il est en contact avec le monde par l'appareil sensori-moteur dont il est doté, mais ces contacts ne lui parviennent et ne sont subjectivement vécus qu'intériorisés, après avoir franchi le sas de son intériorité. Le sujet est en quelque sorte en situation d'insularité: il n'a de rapports, de contacts avec l'extérieur qu'à l'intérieur de lui-même, médiatisés, filtrés par le prisme de sa propre intériorité. Entre lui et le monde, il y a toujours les productions, la poïésis de son esprit qui viennent s'intercaler », p.3-4.

¹²⁹ Il faudra un jour interroger la raison de cette partition : l'autonomie peut présenter des avantages pour la matière, qui n'a ainsi plus à répondre aux exigences spécifiques du droit privé, ou du droit public. Il demeure néanmoins que celle-ci n'est peut-être pas sans lien avec le relatif désintéret que connaît la discipline, de telle façon que l'autonomie ainsi conférée est peut-être davantage l'expression d'une volonté de mise à l'écart de la part de la doctrine privatiste et publiciste.

¹³⁰ Sur ce point, cf. *infra*. Partie II, Titre II, Chapitre 3, Section 1.

TITRE 1 : PERSPECTIVES HISTORIQUES SUR LE CONSENTEMENT

139. L'hypothèse que nous avons formulée, selon laquelle le consentement serait issu de la transposition d'un concept philosophique au sein de la technique juridique, doit pour pouvoir être reçue comme valide, être démontrée par une analyse précise du sens reçu par le consentement. De manière analogue, l'idée même de consentement comme sentir-avec nécessite qu'elle soit comparée avec le sens et l'usage qui est fait du consentement, de telle sorte que l'on puisse établir s'il y a correspondance entre le consentement juridique et le consentement comme sentir-avec.

140. Toutefois, une telle étude est rendue délicate par un ensemble de facteurs. Le premier et le plus simple consiste dans le fait que, puisque le droit vise à répondre aux besoins de la mécanique sociale, alors il est à prévoir que suivant ses besoins, et selon les époques, les sens octroyés aux principaux concepts vont être amenés à évoluer. Aussi, nous ne pourrions pas nous appuyer sur un seul exemple d'usage du consentement qui correspondrait à notre hypothèse pour affirmer que celle-ci est vérifiée. Ceci explique pourquoi une place conséquente sera réservée à cette perspective historique, qui seule peut nous permettre de rendre intelligible le concept de consentement.

141. La seconde difficulté, quant à elle, tient à ce que ce projet ne possède pas d'équivalent, du moins dans sa forme actuelle. Ainsi, il existe de nombreux ouvrages différents qui traitent chacun d'histoire du droit, d'histoire du droit privé, d'histoire du droit des obligations, etc. Néanmoins, il n'en existe pas un seul, à notre connaissance, qui porterait de manière exclusive et systématique sur les occurrences d'utilisation du terme dans l'histoire de la pensée juridique. Aussi, ce manque de source spécifique va nécessiter que l'on prenne le temps de détailler, dans l'ensemble des périodes historiques considérées, la manière dont le consentement s'articule avec le reste des mécanismes, s'il est ou non protégé et comment, etc. Toutefois, puisque cette thèse n'est pas à proprement parler une thèse d'histoire du droit, des raccourcis devront être empruntés, certains moments ou certaines civilisations seront plus étudiés que d'autres. Il ne faut pas y voir une préférence particulière, mais simplement le résultat de la nécessité d'un choix, nécessairement arbitraire et réducteur, par lequel il est possible de donner une certaine vision générale des mouvements du consentement à travers

l'histoire. Il est donc probable, à cet égard, que la version ici proposée présente des lacunes. Elle n'en constitue pas moins une ébauche à compléter, par laquelle on donne à voir à la fois le concept et sa vie propre, c'est-à-dire la manière dont il est rapporté et rapportable à un contexte socio-économique, philosophique également, qui le façonne lentement de manière à le rendre conforme à un usage particulier. De la même façon, les mécanismes évoqués le seront le plus souvent de manière assez générale, puisque l'étude du régime juridique précis du consentement, et de la manière dont celui-ci est protégé fera l'objet de développements significatifs plus loin dans notre travail¹³¹.

142. Afin d'espérer réaliser cette entreprise, qui verra passer plus de deux mille ans d'usages et d'évolutions du concept de consentement, on étudiera à la fois l'émergence du concept au sein de la théorie juridique, lorsque son statut et son sens ne sont pas encore fermement établis dans les esprits (Chapitre 1). Puis une fois cette place assignée, c'est bien l'inscription définitive du consentement dans la pensée juridique, c'est-à-dire à la fin du Moyen-Âge que nous évoquerons dans le détail (Chapitre 2).

<p>CHAPITRE I : ÉMERGENCE DU CONCEPT DE CONSENTEMENT AU SEIN DE LA SPHÈRE JURIDIQUE</p>

143. Au regard de l'histoire du droit, le consentement est un concept ancien, dont on pourrait probablement trouver trace dans les civilisations les plus lointaines. Ainsi, certains commentaires du Code d'Hammourabi emploient le terme de consentement, sans que l'on puisse dire avec précision s'il s'agit bien du terme visé. Si cela est vrai, il est possible qu'il en aille de même chez les Sumériens, et peut être plus avant encore. Mais, nous ne disposons pas de sources suffisamment précises qui permettraient de pouvoir formuler un avis, d'un point de vue général, sur l'éventuelle place du consentement au sein de ces mondes révolus. De même, il n'est pas acquis que le degré de formalisation du droit, durant ces époques, soit suffisamment abouti pour pouvoir entreprendre une étude systématique.

Dès lors, puisqu'il est bien nécessaire de s'appuyer sur des textes, socle de la réflexion juridique, nous avons pris le parti de découper l'histoire, pour la faire coïncider avec la naissance du consentement. Pour cela, les études suffisamment précises pour soutenir une telle

¹³¹ Pour ce qui touche au régime juridique du consentement en droit contemporain, cf. *infra* Partie II.

réflexion ne sont disponibles qu'à partir de l'antiquité grecque. Faute de connaissances suffisantes, il aura donc fallu composer avec la rareté des sources, et ainsi faire commencer l'histoire du consentement en tant que tel, à l'antiquité grecque. C'est à partir de ce contexte spatio-temporel spécifique que le consentement va émerger de façon documentée au sein de la théorie juridique (Section 1). Mais, c'est surtout durant la grandeur de l'Empire romain, lorsque la formalisation juridique atteint une intensité encore jamais observée, au regard des sources disponibles, que le consentement va gagner une place définitive dans l'histoire du droit (Section 2). Ceci est d'autant plus juste si l'on veut bien considérer à quel point, malgré les errements successifs de la pensée à travers les époques, qui voient le consentement perdre de son importance, au moins sur le plan théorique, comme dans la période immédiatement postérieure à la chute de l'Empire (Section 3), le consentement va néanmoins tracer sa voie jusqu'à nous.

SECTION 1 : LES PREMIÈRES TRACES DU CONSENTEMENT JURIDIQUE FORMALISÉ : LE MONDE GREC

144. Les premières traces relativement formalisées que l'on puisse retrouver, s'agissant du consentement, s'observent dans l'antique droit grec. Ce dernier, relativement peu étudié dans l'histoire du droit classique, en ce qu'il paraît moins abouti que son homologue romain, n'en reste pas moins d'une grande importance pour notre propos. En effet, puisque le consentement en tant que concept a son origine, selon les hypothèses de cette recherche, dans la philosophie stoïcienne, alors il apparaît particulièrement important de mesurer si le droit grec antique se fait bien l'écho de ce sens particulier, et plus généralement, du sens ainsi conféré au consentement.

145. Aussi, pour parvenir à discerner ce premier moment de l'histoire juridique du consentement, il faudra donc évaluer comment le consentement émerge, quelle signification il reçoit dans l'ensemble plus large auquel il appartient (§1). Mais, la seule évaluation de son sens ne permettrait pas d'apprécier pleinement la place qu'il réserve ou non à la subjectivité. Dès lors, c'est bien dans la façon dont il encadre l'usage même du consentement, soit en lui posant des limites, soit en garantissant sa protection que l'on pourra apprécier effectivement sa place (§2).

§1 : L'émergence du consentement dans l'antiquité grecque

146. En raison du fait que le consentement est un terme d'apparition récente dans la langue française, il faut prendre garde à la tentation qui consiste à vouloir traduire les termes de l'époque avec des mots de notre temps. Sur ce point, une attention particulière doit être portée à la question de la traduction (A). Une fois ceci relevé, on pourra s'interroger sur la présence du consentement dans la technique juridique à l'œuvre (B), et ce faisant, déterminer au plus près quel sens le consentement reçoit au sein de ce droit aujourd'hui disparu (C).

A / Propos général sur le problème de la traduction du grec ancien

147. La lecture dominante qui est faite des textes grecs aboutit à considérer comme substituables les termes de « volontaire » et de « consenti », sans que cela ne soit justifiée (1). Or, une étude un peu attentive permet de constater que suivant la traduction retenue, c'est la place du consentement qui est mise en question (2).

1 / L'assimilation non justifiée de la volonté et du consentement

148. Face à la pluralité des utilisations du consentement, la littérature disponible n'est guère loquace. Sur le plan du droit pénal, un travail de recherche récent a trouvé un lien de "coexistence historique" entre le consentement et la justice pénale, et ce dès le Code d'Hammourabi au travers d'un mécanisme de réparations par compensation qui reposaient sur l'accord de la victime, avant d'être par la suite en plus contrôlé par l'État¹³². Puis, le même auteur relève que dans la Grèce Antique se développe progressivement un mode alternatif de règlement des litiges, en lieu et place de la simple vengeance, dans lequel les parties acceptent de recourir à un tiers pour les départager. Cette forme sera bientôt absorbée avec l'institutionnalisation d'un gouvernement structurée, caractéristique de la société grecque¹³³.

149. Qu'en est-il alors du consentement en lien avec la théorie des obligations ? Sur ce point, les sources sont rares s'agissant de l'antiquité grecque. La référence commune à tous les

¹³² W. Exposito, *La justice pénale et les interférences consensuelles*, Thèse pour le doctorat en droit soutenue le 9 déc. 2005, version électronique, p. 36. L'auteur s'appuie lui-même sur J. Gaudemet, *Les institutions de l'Antiquité*, Paris, éd. Montchrestien, 6ème éd., 2000, p. 33.

¹³³ W. Exposito, *La justice pénale...*, p. 36-37.

auteurs est observable chez Aristote, dans l'Éthique à Nicomaque. Ainsi, M. Teixeira dans sa thèse note que « Gaius a pu être influencé par Aristote qui, dans l'Éthique à Nicomaque distingue deux types de transactions privées, celles qui sont formées par consentement mutuel, et celles qui sont formées sans »¹³⁴. Il entreprend alors de citer le passage concerné du texte d'Aristote :

150. « Ces rapports sont contractés tantôt par consentement mutuel, tantôt sans. Sont consenties les opérations telles que, par exemple, la vente, l'achat, le prêt à intérêt, la garantie, la location, le dépôt ou la prise à gages. Et si on les dit consenties, c'est parce que, au départ de ces transactions, il y a consentement mutuel. Quant aux affaires non consenties, ce sont tantôt des entreprises effectuées dans la clandestinité comme le vol, l'adultère, l'empoisonnement, la prostitution, la subornation d'esclaves, le piège meurtrier ou le faux témoignage ; tantôt des actes violents comme l'agression, la séquestration, l'assassinat, le brigandage, la mutilation, l'insulte ou l'outrage »¹³⁵.

151. M. Teixeira tire alors la conclusion selon laquelle Aristote procéderait à une distinction entre « d'une part, les actes consentis ou volontaires (*ekousia*) [...] que l'on peut ranger dans la catégorie des contrats ; et d'autre part, les actes non consentis ou involontaires (*akousia*) [...] qui peuvent être assimilés aux délits dans la classification de Gaius »¹³⁶.

152. Cette affirmation nous semble contestable à plus d'un point de vue. Premièrement, on peut observer avec quelle facilité l'auteur emploie successivement, comme s'ils étaient synonymes, les termes de consentement et de volontaire. Or, à défaut d'une justification lexicologique suffisante, rien ne permet d'affirmer une telle équivalence. Comme nous le verrons dans ce travail, le consentement ne peut être justement réduit au seul volontaire, puisqu'il peut être le fruit d'un processus parfaitement involontaire, ou bien même, qu'il est possible de consentir à quelque chose sans pour autant que cela aboutisse dans le réel. Il est patent ici que cette substitution de mots vise à désigner le consentement comme le seul processus extériorisé, c'est-à-dire en somme, à en faire une forme d'accord comme une autre.

¹³⁴ C. Teixeira, *La classification des sources des obligations du droit romain à nos jours*, Thèse de doctorat en droit du droit des institutions et des faits sociaux, Université Lyon 3, 2011, version électronique, p. 17.

¹³⁵ Aristote, *Éthique à Nicomaque*, Paris, éd. Flammarion, 2004, 1130 b -1131 a, p. 236.

¹³⁶ C. Teixeira, *ibid.*

2 / Des variations substantielles de sens selon la traduction retenue

153. À cette première objection s'ajoute une autre : l'auteur ne précise pas que la formulation ici employée est tout à fait dépendante de l'auteur de la traduction. Ainsi, la version citée est-elle l'œuvre de Richard Bodéüs. Si l'on prend celle de Jean Voilquin, le texte d'Aristote se transforme ainsi : « L'autre aspect est celui de la justice relative aux contrats. Cette dernière se divise en deux parties : parmi les relations, les unes sont volontaires, les autres involontaires. [...] On les appelle volontaires parce que leur principe est librement consenti. Parmi les relations involontaires, les unes sont clandestines [...]. Les autres sont des actes de violence... »¹³⁷. On le voit, la différence est flagrante, puisque le terme même de consentement disparaît purement et simplement, de même que la spécification d'une forme de « mutualité » des consentements. De la même façon, « le consentement mutuel » devient ainsi « librement consenti ». Comment expliquer qu'une version face ainsi référence à la liberté du consentement, terme fondamental, et l'autre non ? De manière analogue, pourquoi cette évocation d'une nécessité d'un consentement partagé dans un cas, tandis que cette exigence disparaît dans l'autre version ? Sur ce point, il n'est guère possible d'apporter une réponse significative et tranchée, mais simplement de mettre en lumière le fait que dès son origine, le terme de consentement est difficile à caractériser.

154. De plus, il nous semble y avoir une forme de saut qualitatif dans le fait de considérer que le principe d'une relation est librement consenti est équivalent au fait que le consentement suffit à fonder la source de l'obligation. Être d'accord avec le principe de l'engagement, c'est-à-dire avec le fait de s'engager, ne signifie pas pour autant être d'accord avec l'engagement matérialisé, puisque celui-ci peut différer dans ses conditions de ce qui est attendu par une partie au moins. Dès lors, dire que le consentement suffit à fonder l'obligation nous paraît ici impropre.

155. Cela paraît d'autant plus affirmé si l'on se rapporte par exemple aux écrits du professeur Lassard, qui dans son histoire de la notion d'obligation, écrit : « Un terme revient chez Aristote, concernant l'obligation, c'est celui de « synallagma » (Aristote, *Éthique à Nicomaque*, 1131, a, 1, sq. ; v. Alberto Maffi, « Synallagma e obbligazioni in Aristote », *Atti II°*

¹³⁷ Aristote, *Éthique de Nicomaque*, Paris, éd. Flammarion, 1998, p. 141.

Seminario gardesano, Milan, 1990, pp. 11-35). Aristote l'utilise pour désigner un lien né d'une convention (« *ekousia synallagma* » = vente, prêt, engagement, etc.) ou d'un délit (« *akousia synallagma* » = vol, empoisonnement, adultère, violence, homicide, etc.). Mais son emploi demeure peu fréquent »¹³⁸.

156. De fait, cela revient à dire qu'*ekousia* désigne la convention, tandis qu'*akousia* vise lui le délit. Se peut-il alors que le même terme désigne à la fois le consentement et le produit de ce consentement, à savoir la convention, comme si en quelque sorte le consentement était tout entier absorbé dans le résultat ? En pratique, une telle affirmation conduirait à dire que le consentement désigne alors à la fois le principe de l'action, et l'action elle-même, ce qui aboutirait à une définition parfaitement tautologique : serait consentement ce qui procéderait d'un consentement. De ce point de vue, la classification entreprise par Aristote ne présenterait que peu d'intérêt pour notre recherche.

157. Il semble donc bien que ce que cherche à distinguer le philosophe soit le lien qui peut unir un ou plusieurs individus à un autre, lien qui peut être le fruit d'une décision volontaire, ou involontaire. Il s'agit donc peut-être ici davantage de déterminer un embryon de responsabilité, c'est-à-dire de pouvoir imputer la responsabilité d'un acte, et donc également celle du choix présidant à sa survenue, à un individu en particulier.

158. On retrouve cette idée dans le Dictionnaire des Antiquités de Daremberg, dans lequel celui déclare très justement, concernant le même passage d'Aristote : « Aristote répartit les obligations en deux classes, selon qu'elles sont involontaires ou volontaires. À cette division récente et un peu artificielle, il faut en préférer une autre, qui tient davantage à la nature des choses, en obligations nées d'un délit et obligations nées d'un contrat »¹³⁹. Plus encore, les obligations contractuelles, qui sont, elles, fondées sur le consentement, au moins en partie, ne sont que le produit des obligations délictuelles dont elles découlent. Ainsi, « les obligations contractuelles dérivent des obligations délictuelles. Le premier contrat a été celui par lequel l'auteur d'un délit s'engageait à payer la somme »¹⁴⁰.

¹³⁸ Y. Lassard, *Cours d'histoire du droit des obligations*, version électronique, disponible à l'adresse suivante : <http://blogs.upmf-grenoble.fr/yveslassard/introduction/>.

¹³⁹ Ch. Daremberg, E. Saglio, *Dictionnaire des Antiquités grecques et romaines*, Tome 1, éd. Hachette, 1877, p. 134.

¹⁴⁰ Ch. Daremberg, E.. Saglio, *ibid.* Sur ce point, cf. A. Esmein, « Un contrat dans l'Olympe homérique ». In:

B / Consentement et contrats consensuels au sein du droit des obligations de la république athénienne

159. Dès lors, comment envisager la formation du contrat à cette époque ? Les sources dominantes s'accordent à dire que la forme principale est le consensualisme, semblant ainsi faire écho à la distinction aristotélicienne entre volontaire et involontaire (1). Toutefois, le consentement n'est que peu théorisé, si bien que derrière l'apparence de son règne par le consensualisme, son statut demeure ambigu (2).

1 / Le consensualisme dans le droit antique grec : la problématique du volontaire et de l'involontaire

160. La situation grecque diffère singulièrement de l'exemple romain sur le plan juridique, même si on observe bien, au moins dans un premier temps, un rôle réduit de l'obligation face à la prépondérance du droit de la famille. Ainsi, sur les quatre volumes qui traitent du droit attique, d'un point de vue historique, Beauchet consacre deux volumes au droit de la famille, un autre au droit de propriété, et un pour le droit des obligations¹⁴¹. De même, le droit antique grec ignore la distinction romaine entre le *jus civile* et le *jus gentium*, et applique donc le même droit entre ses citoyens, et ceux qui ne le sont pas. Ce cosmopolitisme grec va avoir une certaine influence sur la façon dont le droit va évoluer, dans le sens d'une plus grande souplesse que le droit romain, du moins lorsque ce dernier est tout entier concentré sur un formalisme dominant.

161. Selon les sources disponibles, le droit attique se caractérise, en premier lieu, par l'absence de tout « appareil formaliste et la règle [...] est que le consentement, librement exprimé, suffit pour créer l'obligation »¹⁴². Ceci est d'autant plus manifeste que l'auteur va même jusqu'à déclarer que « la règle *solus consensus obligat* fut proclamée de tout temps, du moins à l'époque historique, par la loi athénienne »¹⁴³.

Mélanges d'archéologie et d'histoire, T. 8, 1888. pp. 426-436.

¹⁴¹ L. Beauchet, *Histoire du droit privé de la république athénienne*, 4 Volumes, Paris, éd. Masecq, 1897.

¹⁴² L. Beauchet, *Histoire...*, précité, vol. 4, p. 6.

¹⁴³ Ibid.

162. Beauchet, dans sa présentation, relève l'absence de divisions caractéristiques du droit romain, entre d'un côté les obligations qui naissent du contrat, et de l'autre celles qui sont le fruit d'un délit, classification héritée de Gaius, mais relève la mention qui est faite chez Aristote dans l'*Éthique à Nicomaque*. Toutefois, la lecture qu'il en propose est différente.

163. Ainsi, dans un premier temps, il utilise une traduction qui ne reprend pas le terme de consentement, comme dans celle de Richard Bodéüs, mais qui emploie plutôt le volontaire et l'involontaire. La première inclurait, suivant le texte d'Aristote, « la vente, l'achat, le prêt, le cautionnement, l'abandon de jouissance, le dépôt, le louage d'ouvrage ». La seconde s'entendrait elle des actes commis soit de manière dissimulée (vol, adultère, etc.) soit qui ont pour cause l'exercice d'une violence (coups, meurtre, mutilation, etc.) ». L'auteur lui-même souligne le fait que la liste proposée par Aristote est incomplète, et évoque à cette occasion la classification fournie par la loi de Gortyne, qualifiée d'assez obscure, et qui ne semble pas reprendre cette même *divisio* : dans cette dernière, les obligations ont cinq sources¹⁴⁴ : la chose jugée ; un terme grec signifiant suivant les auteurs soit tout contrat verbal ou consensuel, soit le pacte de *constitut* «consistant à prendre jour pour payer ou rendre une somme d'argent » ; un terme évoquant soit des obligations ex delicto, soit rien d'identifiable ; le cautionnement ; et enfin, le contrat de gage.

164. D'ores et déjà, il est possible de constater différents éléments. Le premier est que la remarque que nous avons faite précédemment, et qui concernait les précautions à prendre et respecter dans l'abord de versions anciennes, toujours susceptibles d'être exposées à la subjectivité de l'interprétation, s'avère pertinente. Il est donc fait usage ici, dans un ouvrage qui fait référence, de la traduction évacuant le terme de consentement du texte même, pour le remplacer par celui de volontaire. Cela ne signifie pas qu'il s'agit ici du texte véritable, puisque nous ne sommes pas en mesure de déterminer qui des deux traducteurs s'est le plus éloigné du texte. Toujours est-il que cette situation est problématique pour l'étude du consentement, et ce d'autant plus si l'on remarque que la traduction proposée, « volontaire », est ensuite remplacée par l'auteur par contractuel : ainsi, il déclare « les obligations peuvent se diviser, dans le droit attique, en volontaires ou contractuelles d'une part, et involontaires ou délictuelles d'autre part ». La substitution des termes, visant à les faire passer pour des reproductions à l'identique,

¹⁴⁴ L. Beauchet, *Histoire...*, précité, vol. 4, p. 11, n.b.p n° 3.

est certes utile du point de vue de l'écriture, mais insuffisamment explicitée du point de vue lexicologique. Car, à prendre l'expression de manière littérale, cela signifie-t-il que tout ce qui est volontaire est nécessairement contractuel ? Et que, de ce fait, l'ensemble des actions volontaires des justiciables grecs est, à la fois saisi par le droit, et relève en plus du droit des obligations ? Ceci ne paraît pas envisageable.

165. Ensuite, la seconde source mentionnée, la loi de Gortyne, propose une vision profondément différente de la naissance des obligations. On ne retrouve pas en effet le principe général selon lequel l'essentiel des obligations pourrait être recoupé entre le volontaire et l'involontaire : ainsi, quid de la chose jugée ? S'agit-il d'un involontaire, en ce sens que la décision est le fait d'une autorité extérieure ? Mais, cela ne peut en même temps être opérant, puisque selon la classification dite aristotélicienne, ce qui n'est pas volontaire relève de la matière délictuelle, ce qui reviendrait à dire que la chose jugée est un délit !

166. Puis, on peut observer la difficulté présidant à la traduction des manuscrits anciens. Si l'on se réfère à la seconde source d'obligations, suivant les auteurs, il est soit question directement du consentement, en tant que source des obligations, soit il est fait référence à une forme d'engagement particulier ayant trait au paiement ! De fait, c'est bien toute la place du consentement dans l'ordre juridique grec qui est mise en jeu. Il faut donc se résoudre à accepter une version plutôt qu'une autre, même si un tel choix emporte des conséquences considérables dans la perception de la notion considérée.

2 / Le statut ambigu du consentement derrière le principe du consensualisme

167. Quoi qu'il en soit, si nous poursuivons l'étude, l'auteur se fait plus affirmatif, et n'hésite pas à déclarer qu'« il n'existe à Athènes qu'une seule classe de contrats, les contrats consensuels »¹⁴⁵. Plus loin, lorsqu'il décrit la situation romaine, dans une version un peu schématique qui ne se représente le droit romain que comme formaliste, il évoque une étude d'un autre auteur qui entend résumer cette situation, et qui propose à cette occasion une ébauche de définition du consentement : « Cette notion si étroite du contrat, [...] convenait parfaitement au droit encore grossier des débuts, alors que l'esprit d'analyse n'avait pas encore

¹⁴⁵ L. Beauchet, *Histoire...*, précité, p. 14.

distingué, dans l'échange de deux volontés, l'élément purement psychique qui constitue le consentement, et la manifestation extérieure de ce consentement. De là la confusion qui s'établit forcément entre la convention et les actes extérieurs par lesquels elle s'exprime [...] »¹⁴⁶.

168. Même s'il est fait ici référence au droit romain, il n'en demeure pas moins que la définition proposée dans ces lignes tranche avec ce que l'on peut lire habituellement dans les manuels consacrés à la question, en ce que l'accent est mis sur le psychique, et donc, nécessairement, sur le fait que le consentement est d'abord le produit du psychisme d'un individu. Sauf à supposer que l'élément psychique auquel il est fait référence ici serait le même pour tous, et qu'il désignerait ainsi davantage un lieu d'émergence, plutôt qu'une différence d'essence ou de substance, cette affirmation fait sens quelle que soit la période dont il est question. En fait, elle est d'autant plus signifiante en visant spécifiquement les droits dits primitifs, qui désignent ici le droit romain dans ses débuts, ainsi que le droit grec. C'est bien l'objectif de ce travail que de mettre en lumière le fait que le consentement a nécessairement à voir avec le psychique. Or, si celui-ci pouvait, en raison de certaines circonstances historiques spécifiques, s'entendre comme un contenant vide, identique d'un individu à l'autre, l'amélioration de la connaissance sur ce thème oblige à reconsidérer ce qu'on pouvait prendre pour acquis. Qui plus est, cette référence à l'élément psychique rejoint tout à fait le sens premier du concept, dans son utilisation philosophique¹⁴⁷, et aboutit ainsi à ce que le consentement trouve ses éléments constituants en lui et à l'extérieur, et non simplement dans l'objet de la convention, qui paré de différentes qualités, est supposé le rendre tangible. Il nous semble donc ici qu'une telle définition est, au moins en partie, en cohérence avec l'idée du consentement comme sentir-avec, comme amalgame.

169. Certes, on pourra objecter à cela le fait que le psychique dont il est fait mention n'est jamais qu'une forme détournée pour évoquer le phénomène volontaire, faisant ainsi retour à Aristote. Du volontaire, on passerait donc à la volonté, c'est-à-dire à un phénomène interne dont le terme « psychique » rendrait compte. Cette affirmation est correcte, mais ne constitue pas un obstacle rédhibitoire. Si l'on reprend la citation ici commentée, force est de constater qu'il est bien précisé que c'est à l'intérieur de l'échange des volontés que se réside le

¹⁴⁶ L. Beauchet, *Histoire ...*, précité, p. 17. C'est nous qui soulignons.

¹⁴⁷ Sur ce point, cf. *infra* Le titre II de la partie I consacré à cette question.

consentement, dont le premier élément constituant est psychique. Aussi, il ne paraît pas y avoir d'équivalence entre la volonté et le consentement dans cette définition, ce dernier étant un élément observable lorsque deux volontés se rencontrent ou s'échangent, comme le membre d'un ensemble qui le contient et le dépasse. On peut donc légitimement penser que le psychique auquel il est fait référence ici désigne un processus interne qui n'est pas simplement assimilable à la volonté.

170. Si l'on poursuit alors l'étude du texte, on observe que l'affirmation initiale, selon laquelle il n'existait pas d'autres contrats que les consensuels, est nuancée par l'auteur, puisqu'il déclare que « l'existence de contrats purement consensuels n'est point davantage établie par la règle souvent citée [...] »¹⁴⁸. Ce qu'il faut donc entendre ici est qu'il existe, pour certains contrats, des formalités, mais que néanmoins, le principe du consentement irrigue toutes les conventions, que celles-ci soient simplement consensuelles, ou bien le fruit du consentement et d'une formalité. « Il faut que le consentement qui sert de base au contrat soit libre ; voilà ce qui signifie la règle en question »¹⁴⁹. Il est alors fait état de controverses dans la doctrine, cette dernière se trouvant divisée entre d'un côté, ceux qui pensent qu'il n'existe pas de contrats purement consensuels dans le droit attique, et ceux qui comme Beauchet, partagent l'avis inverse, même si cette opposition doit être mise en perspective, puisque de l'avis même de l'auteur, « sans doute, en fait, les parties contractantes ne se contentent jamais d'un simple échange de consentements, et il se joint toujours un élément formel plus ou moins important à leur convention [...] »¹⁵⁰.

171. Aussi, et pour résumer, la formalité serait essentiellement d'ordre probatoire, alors que le consentement serait lui un élément de validité du contrat. Daremberg et Saglio écrivent dans leur dictionnaire : « Toutefois la volonté n'a pas toujours été l'élément fondamental du contrat. Les Grecs ont sans doute passé par une phase du développement juridique où les contrats se réalisaient, non par un accord de volontés, mais par l'accomplissement de certaines formes solennelles (paroles, gestes, écritures = formalisme ». Plus loin, ils précisent : "Au V^e et IV^e

¹⁴⁸ L. Beauchet, *Histoire...*, précité, p. 19.

¹⁴⁹ Ibid.

¹⁵⁰ L. Beauchet, *Histoire...*, précité, p. 22.

siècle, et à Athènes, formalisme et matérialisme ont disparu. La simple convention est obligatoire »¹⁵¹.

C / Caractérisation juridique du consentement dans l'antiquité grecque

172. Lorsqu'il s'agit de caractériser précisément le sens et la place du consentement dans le régime juridique de l'époque, le chercheur doit faire face à l'absence de définition de ce dernier au sein des principaux textes accessibles (1). On peut néanmoins relever que le consentement seul est insuffisant à former le contrat, et qu'il doit présenter certaines qualités pour être réputé valide (2).

1 / L'absence de définition du consentement au sein de l'antique droit grec

173. Après avoir rappelé ces éléments d'ordre général, on peut donc s'attacher désormais à évoquer la manière dont le consentement est défini, ainsi que les caractéristiques qu'il doit ou non revêtir pour être considéré comme valide. Pour la définition, Beauchet indique que « le consentement, c'est-à-dire le concours de deux ou de plusieurs volontés dans un même but juridique, *duorum vel plurium in idem placitum consensus*, est manifestement l'âme de tout contrat »¹⁵². Il est toutefois évident que cette définition est le fait de l'auteur qui, à la fin du XIX^e siècle, observe le droit antique, et fortement inspiré des définitions du droit romain, plaque en quelque sorte celle-ci sur le vocable étudié. Il est en effet remarquable de constater qu'à rebours de l'idée selon laquelle le consentement joue un rôle majeur dans le droit grec de l'époque, puisque le consensualisme paraît dominer, l'auteur ne parvient à trouver aucun texte ancien contenant une définition du consentement, et ce tant chez les historiens, les orateurs ou les philosophes. Pourquoi en effet proposer une locution latine, typique du droit romain, pour expliquer un élément de droit grec ? Pourquoi ne pas plutôt citer le texte d'un contemporain, en grec ancien, qui permettrait de s'assurer de la régularité de l'interprétation ?

Sur ce point, aucune information n'est proposée, et Beauchet entreprend de poursuivre sa réflexion sans plus de justifications ou commentaires, comme si, d'une certaine façon, la

¹⁵¹ Cg. Daremberg, E.. Saglio, précité, p. 134. Dans le même sens, cf. A. Esmein, *Un contrat dans l'Olympe...*, précité, p. 435 : « Les Grecs connaissaient-ils aussi le formalisme des contrats en ce sens que seules certaines paroles, prononcées dans un certain appareil, pouvaient former un engagement, une simple manifestation de volonté étant insuffisante pour cela? Cela est très probable, quoique le génie grec se soit assez tôt débarrassé de ces entraves, si bien que le droit attique n'en garde plus aucune trace ».

¹⁵² L. Beauchet, *Histoire...*, précité, p. 29-30.

définition elle-même ne posait pas de problème.

174. Or, elle est problématique, à plus d'un titre. Premièrement, elle ne correspond pas, de manière littérale, à la définition du consentement en droit romain. En effet, comme on le verra, la définition romaine ne mentionne en aucune façon un « but juridique », mais évoque simplement des volontés qui se mettraient d'accord, ou se rencontreraient sur une même idée ou une même chose. De fait, la définition romaine du consentement déborde le juridique, tandis que celle proposée ici la restreint pour des motifs qui restent inexpliqués. Ensuite, mais c'est là un problème qui se rencontrera également en droit romain, le consentement tel qu'il est désigné ici vise à la fois le processus que son extériorisation, à la fois la dimension volitive et la création de cette volonté. Ceci se remarque aisément si l'on observe qu'il est fait référence au « concours de deux ou plusieurs volontés », ce qui renvoie bien à l'objet qui se constitue à la suite de cette rencontre. Mais, une telle proposition, qui propose une lecture commode et pratique du terme, pose en réalité des difficultés considérables que deux idées permettront d'illustrer.

175. La première est que, en désignant le produit de la rencontre, la définition fait l'impasse sur ce qui a amené chaque volonté à s'extérioriser. Pour formuler cette idée d'une autre façon, on peut en effet s'interroger sur le fait de savoir s'il faut consentir au préalable, pour pouvoir consentir avec un autre ? Comment sinon expliquer cette rencontre ? Par un pur hasard ? En plus de cela, des volontés peuvent se rencontrer sans nécessairement être en accord sur les modalités précises de la transaction juridique. Il faut d'abord que chacune, dans son for intérieur, détermine les conditions et modalités suivant lesquelles elle entend s'engager, avant qu'une quelconque rencontre soit envisageable. Aussi, faire du consentement un simple concours de volontés au regard d'un même but juridique, c'est aboutir à rendre le consentement difficilement attaquant en pratique. En effet, cette proposition, qui n'est en fait qu'une manière d'introduire une théorie de la cause dans la perception du lecteur¹⁵³, rend difficilement contestable tout engagement : s'agissant d'une vente, il suffit de considérer que les deux justiciables sont d'accord l'un pour acheter, l'autre pour vendre, pour que le contrat soit formé.

¹⁵³ On peut en effet comprendre la référence au « but juridique » comme une référence directe à la théorie de la cause développée par les canonistes, et qui trouvera justement son aboutissement chez certains auteurs, dont Planiol, dans l'idée que la cause d'un contrat est la même pour tous les contrats identiques. Sur ce point, cf. *infra*.

Il n'est donc alors plus question, potentiellement, de savoir si la chose objet du contrat est bien la même des deux côtés, son prix, ses qualités, etc.

C'est pourquoi une telle définition nous paraît maladroite dans sa formulation, ne serait-ce que sur un plan pratique.

176. De manière analogue, cette proposition de définition ne laisse aucune place à la possibilité d'un consentement solitaire. Le consentement, dans cette perspective, est donc toujours quelque chose d'extérieur puisqu'il doit nécessairement être lié à son double chez un autre sujet de droit. Est-ce que cela signifie, par exemple, que celui qui rédige un testament olographe ne consent pas à ce que son patrimoine soit partagé de la façon qu'il a décrite dans ce document ? Ou bien que celui qui effectue une donation ne consent pas à cette dernière ? Il est pourtant de notoriété établie que le consentement est bien un des éléments essentiels de validité de la donation, du côté du donateur, et cela dans sa forme contemporaine.

177. On pourrait rétorquer à cela que la donation est bien une hypothèse de concours de volontés, puisque le donataire doit également se manifester par un acte positif pour que la donation soit valide. Mais, affirmer cela c'est en même temps oublier que, à notre époque, le Code civil exige le consentement du donateur, mais pas du donataire, pour lequel il n'impose qu'une « acceptation »¹⁵⁴. Il s'agit donc bien d'une hypothèse de consentement isolé, ou au moins, de consentement dissymétrique¹⁵⁵.

2 / La nécessité d'un consentement doté de qualités particulières

178. Poursuivant sur l'analyse des conditions dans lesquelles le consentement est réputé valide, on voit apparaître, dès la Grèce antique, l'idée que consentir n'est pas suffisant, et qu'il faut donc que d'autres qualités s'ajoutent à ce premier paramètre. Ce critère va prendre la forme d'une certaine forme de tempérance dans l'exercice de la raison, cette dernière ne devant pas être altérée de manière trop importante. Il est ainsi fait référence à Théophraste et son

¹⁵⁴ C. civ., art. 932 al. 2 ; art. 933, art. 935 ; art. 936 ; Même si la logique consensuelle est présente, il ne s'agit néanmoins pas de la même chose selon nous, en ce que l'acceptation relève davantage de l'accord que du consentement comme sentir-avec.

¹⁵⁵ Même si l'art. 938 du Code civil dispose que « la donation dûment acceptée sera parfaite par le seul consentement des parties ; et la propriété des objets donnés sera transférée au donataire, sans qu'il soit besoin d'autre tradition ». Si cet article vise spécifiquement le consentement des deux parties, il fait figure d'exception au regard des articles 931 à 952. De plus, le consentement semble n'intervenir qu'à la suite d'une acceptation.

Traité des lois, dans lequel celui indique qu'un consentement pour être valable doit provenir d'une personne qui n'est ni ivre, « ni égarée par la colère ou la jalousie, ni en démence, mais dans la plénitude de sa raison [...]. Toutes ces conditions doivent être exigées même dans le cas où la loi définit les personnes desquelles on peut acheter. En effet, dans ces circonstances, c'est le moment et la passion qui décident, or il faut que l'acte émane d'une volonté réfléchie. C'est à cette condition qu'il sera conforme au droit »¹⁵⁶.

179. Ce passage nous permet d'observer que, si l'idée d'une forme de garde-fou du consentement par une raison réfléchie ne paraît guère originale, c'est bien au travers des avatars des menaces qu'une nouveauté se manifeste. En effet, en plus de l'habituelle mention de la démence, ou de l'ivresse, qui correspondent toutes deux à l'hypothèse de l'altération du discernement telle que nous l'entendons à notre époque, une référence directe aux « passions » est présente. Ces dernières, dans le sens grec, renvoient directement aux mouvements de l'âme, et aux affections que celle-ci éprouve au travers des affects. Ainsi, pour les Grecs, la colère, la jalousie et la passion, au sens large, sont mises sur le même plan que la démence. Or, ceci est particulièrement important au regard de la conception du consentement que nous défendons ici, c'est-à-dire le consentement comme sentir-avec. En effet, c'est bien ces éléments propres au ressenti, au sensible, qui sont ici décrits comme pouvant affecter notre esprit, suffisamment pour que l'on puisse douter du consentement exprimé. Cette prise en compte du sentiment introduit nécessairement une appréhension plus forte, du moins en théorie, de la subjectivité, puisque la colère ou le chagrin sont à chaque fois spécifiques à un contexte, mais aussi à un individu particulier.

180. Certes, il ne nous est pas fourni de précisions permettant d'apprécier la manière dont le juge interprétait cette règle : était-il fait usage d'un référent abstrait, à l'aune duquel on évaluait si oui ou non la colère était suffisamment présente ou puissante pour avoir altéré la raison ? Ou bien fallait-il se placer dans les yeux de l'agent, et observer si, pour lui, sa colère à ce moment avait bien emporté son action ?

La réponse est incertaine, mais il n'en demeure pas moins qu'une première lecture permet d'ores et déjà de constater que la vision de ce qui fonde le consentement est différente.

¹⁵⁶ Cité in L. Beauchet, précité, p. 30.

§2 : Protection et limites du consentement dans l'antique droit grec

181. À ces difficultés premières, qui illustrent déjà à quel point l'enjeu de définition du consentement est important et problématique dès sa première utilisation, s'ajoutent également des considérations spécifiques à la manière dont le droit entend protéger et limiter l'usage qui est fait du consentement. De ce point de vue, le prisme romain par lequel on aborde habituellement les premiers mouvements du droit produit un effet singulier : on s'attend, de façon presque nécessaire, à découvrir des mécanismes propres à garantir l'intégrité d'un consentement posé comme essentiel.

182. Cette situation se retrouve-t-elle avec la même précision dans le droit de l'antiquité grecque ? C'est ce que nous tenterons de déterminer (A). Dans une continuité logique, l'étude des garde-fous apposés au principe de la convention nous renseignera nécessairement sur le consentement et la subjectivité : en interdisant certains contrats ou façons de procéder, il sera possible de percevoir quel est l'usage auquel on entend réserver le contrat, et partant, à la fois le consentement et la subjectivité juridique (B). Alors seulement, on pourra tenter de conclure sur la place et le rôle du consentement (C).

A / Consentement et vices du consentement dans l'antique droit grec

183. Les hypothèses ici désignées concernent toutes une situation où, selon le droit grec, le consentement fait absolument défaut. Nous allons donc envisager les trois principaux vices du consentement, au sens du droit des obligations contemporain, afin d'observer s'ils existent à l'identique dans l'antique droit grec.

184. Premièrement, la violence physique est effectivement reconnue comme anéantissant le consentement. S'agissant de sa contrepartie psychique, son statut est beaucoup plus incertain, puisque selon les auteurs, elle était soit parfaitement ignorée, soit tout à fait contenue dans la rubrique juridique relative à la violence¹⁵⁷.

¹⁵⁷ L. Beauchet, *Histoire...*, précité, p. 31-32.

185. Ensuite, s'agissant de l'erreur, la réponse ne peut être simplement affirmative ou négative. En effet, elle est admise dans certains cas, et rejetée dans d'autres, sur un schéma très similaire à ce qui existe en droit romain. Ainsi, l'erreur sur la nature du contrat, ou l'*error in corpore* sont considérées comme suffisantes pour que le consentement fasse défaut. Dans une continuité apparemment logique, il est possible de trouver ensuite des erreurs dites indifférentes qui, sans épargner le consentement, ne lui portent pas suffisamment atteinte pour que ce dernier soit vaincu. À cet égard, Beauchet note que « l'erreur, sans supprimer l'accord des volontés, peut simplement contribuer à le déterminer »¹⁵⁸. Derrière cette formule, il s'agit en réalité de l'erreur sur la substance, et de l'erreur sur la qualité.

186. Aussi, sur ce point, le droit attique procède d'une même volonté, qui aboutit donc à considérer certaines erreurs comme déterminantes du consentement, et d'autres non. Il apparaît toutefois que l'erreur sur la substance ou les qualités peut être admise si « les parties se sont formellement expliquées dans la convention sur la substance ou la qualité de la chose »¹⁵⁹, ce qui nous renvoie ici à la détermination du champ contractuel.

187. Mais, c'est surtout au regard du dol que le droit étudié va se singulariser. En effet, si celui-ci est admis depuis le droit romain, et a semble-t-il traversé les âges sans trop de bouleversements¹⁶⁰, il n'en est rien dans l'antique droit grec. Ainsi, selon Beauchet, si l'on se réfère à Platon et Aristote, les deux considèrent que le dol est bien une source de nullité du contrat, parce que la manœuvre qui le caractérise peut s'assimiler à une contrainte, ou à une forme de violence. Néanmoins, selon l'auteur, il s'agit simplement d'avis de sages qui ne reflètent pas la réalité juridique de l'époque, qui ne punit pas le dol¹⁶¹. Ceci proviendrait selon lui du fait que « le contrat, même déterminé par le dol d'une des parties, n'en est pas moins l'accord de deux volontés libres. Il n'y a pas lieu de s'étonner de cette lacune [...], quand on songe qu'à Rome, d'après le droit civil, le dol même le plus dommageable n'était point, en principe, une cause d'obligation et d'action, et qu'en dehors d'hypothèses très restreintes l'auteur du dol échappait à toute poursuite. C'est seulement en l'an de Rome 688 que le préteur Aquilius Gallus proposa pour la première fois la formule *de dolo* qui fut désormais reproduite

¹⁵⁸ L. Beauchet, *Histoire...*, précité, p. 33.

¹⁵⁹ L. Beauchet, *Histoire...*, précité, p. 33.

¹⁶⁰ Exception faite de la réticence dolosive.

¹⁶¹ L. Beauchet, *Histoire...*, précité, p. 34-36.

dans les édits subséquents. Le droit attique, à l'époque des orateurs, était donc conforme au *jus civile* de Rome »¹⁶².

188. Nous faisons ici face à un des points les plus saillants du régime de protection du consentement, en droit des obligations. Celui-ci ne fait jamais l'objet de justifications particulières, peut-être pour éviter d'exposer de manière trop franche son arbitraire. Ce à quoi il est fait référence ici est bien le choix antécédent qui permet de déterminer ce qui est ou non susceptible de porter atteinte au consentement. Dans une acception qui prétend à l'universel, le consentement serait, ou ne serait pas affecté, par telles ou telles situation ou paroles. Qu'importe donc, d'une certaine façon, si l'un des contractants attachait plus d'importance à la qualité de l'objet, à sa substance, plutôt qu'à l'objet lui-même. Il lui sera indiqué qu'il fait erreur, et qu'un homme raisonnable ne saurait être perturbé par ce type de considérations. La situation est loin d'être absurde et purement théorique, puisqu'on peut tout fait imaginer la vente d'un objet quelconque dont l'un des contractants, indépendamment de sa forme, espère qu'il s'agit d'un métal précieux.

189. On objectera à cela que l'impératif de sécurisation des transactions juridiques impose que des garde-fous soient apposés, pour éviter la remise en cause systématique de toutes les conventions. L'argument n'est guère discutable, et emporte immédiatement l'adhésion. Mais la critique que nous entreprenons ici ne vise pas à dire que l'ensemble des conventions devrait toujours pouvoir être détruit en raison d'un consentement défectueux. Il s'agit plutôt de souligner le fait que le discours visant à écarter la subjectivité du consentement, pour les raisons évoquées, oublie son propre lieu d'origine. En effet, sauf à considérer que la règle établie, qui discrimine les usages du consentement, est le fruit d'une révélation extérieure, il est bien le fait d'une subjectivité qui s'affirme.

190. Il faut en effet admettre que la règle ainsi édictée ne peut prétendre à l'universel, en ce que l'étude de ses manifestations successives dans l'histoire démontre sa variabilité. Elle n'est que le produit d'une subjectivité qui, à un moment, a dominé les autres en se posant comme norme et référence. C'est une subjectivité qui a déterminé, au regard de ce qui la fonde, que certains vices du consentement étaient admissibles, et d'autres non.

¹⁶² L. Beauchet, *Histoire...*, précité, p. 37.

191. Une lecture inadéquate de notre propos pourrait laisser penser que l'on vise ici la critique d'une forme d'intérêt personnel, d'intentionnalité égoïste, alors qu'il n'en est rien. Ce dont il est question touche davantage au fait que toute opération de choix relève en première intention de l'exercice d'une subjectivité, qui constitue notre point d'entrée dans le monde. C'est donc bien un sujet, et non une pure objectivité, qui au regard de la manière dont il envisage le monde, a entendu favoriser certaines règles plutôt que d'autres. Aussi, on peut dire que dans une forme de paradoxe apparent, c'est une subjectivité qui est à l'origine d'un régime qui la méconnaît potentiellement en ce qui concerne les autres sujets. Et c'est justement par l'exercice de celle-ci que le sujet premier, auteur de la règle, a pu faire émerger cet ensemble de normes.

192. Une fois encore, l'intention ici n'est pas de clore définitivement la question de la possibilité pour un individu, nécessairement pris dans sa subjectivité, d'embrasser une perspective objective. Car il est vrai que l'on pourrait ici s'étonner des remarques sur la subjectivité de l'auteur de la norme, comme si ce dernier n'avait pu s'abstraire des déterminations et contingences liées à son existence propre. Mais il faut ici marquer une différence entre le vouloir et le pouvoir¹⁶³, puisqu'il n'est pas question ici de prêter une quelconque intention à cet auteur, qui n'est pas nécessairement un sujet isolé, mais peut-être une pluralité d'individus. Nous souhaitons simplement mettre ici en lumière le fait que le régime juridique afférent procède d'un choix. Ce n'est donc pas un donné qui constituerait une forme d'objectivité manifeste présente quelles que soient les époques.

B / Consentement et bonnes mœurs : une liaison ancienne et incertaine

193. Au titre de la protection et des limites au consentement, on invoque fréquemment la notion de bonnes mœurs, qui viendrait ainsi poser une barrière aux prétentions des parties. Pourtant, cette protection, si tant est que l'on puisse la qualifier ainsi, apparaît davantage dirigée vers la liberté en elle-même que vers le sujet incarné (1). On peut observer cela dans la manière dont le droit grec de l'époque régit le phénomène prostitutionnel (2).

¹⁶³ C'est ici l'un des principaux problèmes posés par la théorie du contrat social de Rousseau. Sur ce point, cf. *infra*. Partie I, Titre II, Chapitre I, Section 3, §1.

1 / Une protection du consentement tournée davantage vers la liberté que vers l'individu concret

194. Aussi, pour résumer, on peut dire que le consentement est bien présent dans le droit des obligations de l'antiquité grecque, qu'il est fondateur d'obligation, soit seul, soit accompagné d'une formalité, et que des mécanismes existent visant à garantir son intégrité et sa sincérité. À ce titre, l'époque repère comme menace dont il faudrait se protéger la violence physique d'abord, puisque le statut de la violence morale est indéterminé, ainsi que l'erreur lorsqu'elle porte sur la nature du contrat, ou sur la chose objet du contrat. Toutes les autres hypothèses aboutissent donc à un maintien du contrat, dans l'état dans lequel il a été conclu. Si bien que l'on peut se demander ce qui est véritablement protégé dans les situations décrites.

195. En effet, le consentement étant systématiquement associé au fait d'être libre, en ce qu'il serait un produit ou une émanation de cette liberté, il est envisageable de considérer que ce n'est pas tant le consentement en tant que tel qui est visé, mais davantage la liberté en elle-même. De ce point de vue, la différence opérée entre la violence morale et la violence physique manifeste cette évidence : le corps entravé et contraint témoigne directement d'une atteinte à la liberté, alors que la violence morale est probablement moins perceptible matériellement dans le contexte de l'époque. De même, la protection offerte par l'erreur ne vise pas à protéger un justiciable en particulier, au travers des atteintes qu'il penserait avoir subies, mais bien plus une liberté fétichisée. De fait, ce sont donc les atteintes à des données objectives, interprétables et substituables entre individus, qui sont réprimées, et non les atteintes particulières dont pourrait se prévaloir un sujet particulier, à la différence d'un autre. Aussi, la déclinaison d'un principe de liberté, objectif, en une forme incarnée, subjectivée, n'a pas d'équivalent dans la sphère juridique : elle demeure toujours objective. C'est pourtant bien par un usage de la liberté que l'on peut justement faire prévaloir un motif plutôt qu'un autre dans la conclusion d'un contrat, une qualité plutôt qu'une autre dans la recherche d'un bien, etc. Mais ce discours, le droit y reste sourd, tant il semble davantage protéger des principes, que directement des individus. Cette idée se retrouvera dans le droit romain, mais aussi dans le droit franc¹⁶⁴. Elle marque en quelque sorte l'entrée du consentement dans le périmètre juridique.

¹⁶⁴ Sur ces points, cf. *infra*. Partie I, Titre I, Chapitre I, Section 3, §1.

196. Cette approche du consentement par dépassement s'observe également dans la place que la cause a dans la théorie des obligations de cette période. S'il est délicat de déterminer si une telle théorie existe bien dans le droit grec, selon Beauchet, « il est certain que la jurisprudence attique était arrivée à peu près aux mêmes résultats que la loi romaine dans les divers cas d'obligation sans cause ou sur cause illicite »¹⁶⁵. Si la première partie n'est guère surprenante, la seconde elle ne cesse d'étonner. En effet, si le principe est bien celui du consentement comme source d'obligations, ce dernier n'implique pas nécessairement qu'un contrôle soit opéré sur ce sur quoi ces consentements s'accordent. Il peut paraître en effet douteux que l'on puisse défendre le consentement en l'interdisant dans certaines situations. Pourtant, selon l'auteur, il existerait bien des règles permettant de sanctionner les contrats faits *contra bonos mores*. Toutefois, la situation est compliquée par le fait que des textes attestent pourtant de l'existence d'action judiciaire conférée à des parties, et ce dans une espèce concernant un contrat de ce type : « telle est celle qui intervient entre une courtisane et son amant ou entre un pédéraste et son complice. [...] Les orateurs parlent à plusieurs reprises des écrits qui étaient rédigés à l'occasion de ces louages honteux et dans lesquels les parties réglaient avec un soin minutieux les conditions de leur déshonneur »¹⁶⁶. Plus loin, il ajoute « Si le débordement des mœurs fut assez grand à Athènes pour que certains individus eussent assez peu de dignité pour venir étaler leur honte devant les tribunaux, nous ne pouvons admettre que ceux-ci aient jamais reconnu la validité de ces conventions honteuses qu'on leur soumettait »¹⁶⁷. À l'appui de cette affirmation, il invoque les écrits d'Eschine, ainsi qu'Aristote, dans un renversement de l'argument pourtant utilisé plus tôt, selon lequel les écrits des philosophes ne reflétaient pas nécessairement la réalité juridique de l'époque.

2 / Appréciation des limites au consentement en référence aux bonnes mœurs

197. Or, cette position pose un problème conséquent au regard des données historiques de l'époque. Il est vrai que la prostitution est marquée, à l'époque grecque, par une forte désapprobation sociale, puisque le citoyen qui s'offre en tant que prostitué est frappé par la déchéance de ses droits civiques publics, et est également interdit de pénétrer dans certains

¹⁶⁵ L. Beauchet, *Histoire...*, précité, p. 38.

¹⁶⁶ L. Beauchet, *Histoire...*, précité, p. 41-42.

¹⁶⁷ L. Beauchet, *Histoire...*, précité, p. 42-43.

bâtiments, tels les temples, la tribune, ou même les tribunaux¹⁶⁸. Mais en même temps, la prostitution est une activité légale à Athènes¹⁶⁹, soumise à autorisation pour ses exploitants (*pornothropos*), et sur laquelle le pouvoir prélève une taxe. Elle est à ce point intégrée à la société que Solon décidera la création de maisons spécifiquement dédiées à cet usage, dont la protection sera assurée par des gardes payés avec les deniers publics, et où le prix sera réglementé par les pouvoirs publics. Le but avoué est alors de fournir une distraction aux jeunes citoyens désœuvrés, du fait que la prostitution constitue en pratique la seule façon d'avoir des relations sexuelles avant un mariage, mais aussi pendant puisque une forme de division archaïque des tâches s'effectue : aux femmes légitimes le soin de donner une descendance, aux prostitués le soin d'assurer la satisfaction charnelle des époux.

198. Ainsi, la situation de l'antiquité au regard de la prostitution peut être décrite par ces mots : « L'offre et la vente des corps, explique J.N. Davidson, se déroulent dans des lieux publics rigoureusement séparés de l'espace privé de l'*oikos* (la maison) et considérés comme des « zones de commercialisation, des espaces magiques qui transforment les humains en produits ». [...]. Pour que l'ordre public soit respecté, les *astynomoi*, les dix magistrats qui en sont chargés, doivent veiller à l'application de la loi : les joueuses d'*aulos* et autres musiciennes ne doivent pas profiter de la compétition dont elles sont l'objet pour faire monter les prix. Le prix forfaitaire pour une nuit ne doit pas dépasser deux drachmes, et si des hommes se disputent la même professionnelle, cette dernière sera tirée au sort sans être consultée. Celui qui paye plus est passible d'une *eisangélie* une action judiciaire qui concerne les délits politiques. Dans une cité démocratique, le marché du sexe doit être ouvert à tous, sans distinction de fortune ! Le bordel est un lieu public où se pratique légalement le commerce du sexe féminin »¹⁷⁰.

199. Il paraît donc délicat de concilier les deux points de vue, lorsque ceux-ci sont si diamétralement opposés. En effet, comment concevoir que cette activité puisse bénéficier d'un tel encadrement légal, mais qu'en même temps, la relation qui s'établit entre un prostitué et son

¹⁶⁸ L. Beauchet, *Histoire...*, précité, p. 43.

¹⁶⁹ Pour de plus amples développements, cf. A. Salecroix, *Prostitution, proxénétisme et droit pénal*, Mémoire pour le Master de droit pénal et sciences pénales, Université Panthéon-Assas, 2010, p. 1-3.

¹⁷⁰ Claudine Leduc et Pauline Schmitt Pantel, « Prostitution et sexualité à Athènes à l'époque classique. Autour des ouvrages de James N. Davidson (*Courtesans and Fishcakes. The Consuming Passions of Classical Athens, 1997*) et d'Elke Hartmann (*Heirat, Hetärenentum und Konkubinat im klassischen Athen, 2002*) », *CLIO – Histoire, femmes et sociétés*, 2003, n° 17, pp. 137-161, §11 à § 13. C'est nous qui soulignons.

client se situe en dehors du droit ? Car c'est bien de cela dont il est ici question. Comment appréhender la nature de la relation qui unit le prostitué et son client ? Suivant la réponse que l'on pourra apporter, c'est bien la nécessité du consentement qui se manifesterá. Or, de ce point de vue, différents scénarios sont envisageables.

200. Dans le premier, on fait application du principe énoncé plus haut, selon lequel faute de l'absence d'une liste limitative de formes juridiques, comme dans l'hypothèse du droit romain, alors tout engagement réciproque caractérisé par un consentement fait convention. Aussi, si le prostitué et son client consentent tous deux à cette prestation tarifée, celle-ci forme un lien obligataire entre les deux, désormais liés par une convention. Le fait qu'il existe une action ou non pour faire valoir ce contrat est indifférent pour déterminer l'existence même de celui-ci.

201. Dans le second cas, on considère que la relation entre les deux ne peut être appréhendée sous l'angle contractuel. Mais, dans ce cas, comment la caractériser ? On sait qu'elle est protégée dans son prix par la loi, au travers de l'action *eisangélie*. Toutefois, elle ne serait protégée qu'autant que le litige porterait sur un prix excessif. Mais que se passe-t-il si un prostitué fausse la concurrence et propose un tarif inférieur ? On peut penser que la même action existe, puisqu'il s'agit de protéger un prix officiel, et non simplement s'assurer que le prostitué ne profite pas de manière trop importante de son activité, même si ceci reste une hypothèse de travail.

202. Ensuite, il est nécessaire de considérer que les parties en question consentent à la prestation, sans quoi il s'agirait d'une forme de violence dont on peut penser que le droit grec, même extrêmement misogyne, punira par une sanction.

Nous serions donc face à une situation où deux individus, par le jeu d'un consentement (à se livrer à des rapports sexuels tarifés), rentrent dans un cadre législatif précis (l'encadrement prostitutionnel), mais sans que pour autant il s'agisse d'un contrat ?

203. Ceci est difficilement concevable, mais on peut trouver peut-être un début d'explication par la référence à un autre élément. En effet, sociologiquement, les prostitués, quel que soit leur sexe, sont très fréquemment des esclaves¹⁷¹. Or, l'esclave en droit grec est

¹⁷¹ Il existe en effet une hiérarchie, contestée au sein des historiens, entre les prostitués suivant leur statut, le

dépourvu de personnalité juridique. Ce faisant, il ne dispose pas a priori de la capacité juridique de consentir à une convention. De fait, l'accord considéré ne pourrait être un contrat. Toutefois, un problème se pose à l'égard de cette affirmation, puisque dans son ouvrage sur ce point, Beauchet n'évoque absolument pas la question de la capacité, ni celle de son lien avec le consentement. Dès lors, on ne saurait dire si ces deux notions sont disjointes, ou bien si elles fonctionnent ensemble.

C / Conclusions sur le rôle et l'importance du consentement dans le droit de l'antiquité grecque

204. Aussi, pour conclure sur cette période historique, qui marquera de son influence la civilisation romaine, et donc le droit qui l'accompagne, on peut dire que le consentement est présent dans une forme première, presque archaïque. Il est très délicat de déterminer le sens qu'il a précisément à cette époque, puisque les ouvrages consultés ne nous fournissent, au mieux, qu'une lecture romaine du droit et des institutions grecques, et au pire, une interprétation contemporaine d'une lecture romaine déjà elle-même sujette à caution. Ainsi, aucun texte contenant une définition de ce qu'est le consentement au sens du droit ne semble nous avoir été transmis, ce qui ne facilite guère notre propos. Si l'existence du concept est indiscutable, c'est bien son sens qui pose ici une difficulté.

205. Ce qui paraît certain néanmoins est bien la perception différente qu'avaient les Grecs de ce qui pouvait présider à une décision : à côté de l'élément raisonnant accolé à la rationalité, on trouve également les affects et la puissance de ceux-ci dans l'acte du vouloir. Ceci n'est guère étonnant si l'on se souvient que c'est dans cette petite parcelle de territoire qui marquera de son empreinte toute l'histoire de la philosophie, qu'émerge le stoïcisme. Or, ce dernier va avoir une influence forte, aussi bien sur la perception de l'époque, que par la suite, sur les principaux éléments touchant au consentement au sein du droit romain¹⁷².

public visé, les rémunérations afférentes, etc. Sur ce point, cf. C. Leduc et P. Schmitt Pantel, précité, §15 et s.

¹⁷² Sur l'influence du stoïcisme sur l'histoire juridique du consentement, cf. *infra*. Partie I, Titre II, Chapitre 1, Section I, §1.

206. À ceci, il convient d'ajouter un autre élément, qui peut sembler de peu d'importance, mais qui est en réalité tout à fait nécessaire au consentement. Puisque la Grèce antique constitue peut-être le véritable foyer et lieu d'origine du concept juridique de consentement, on pouvait s'attendre à ce que celui-ci soit développé, inséré dans un ensemble théorique qui viendrait lui donner un sens. Il s'agissait en quelque sorte de poser les jalons d'un concept appelé à demeurer par la suite. Or, un paradoxe subsiste, qui manifeste probablement déjà le décalage entre la sphère juridique et le non-juridique. Ainsi, à aucun moment, il ne semble établi ni affirmé que le consentement serait le propre de certains individus seulement. Si l'on se réfère aux textes étudiés, que ce soit ceux des orateurs ou des philosophes, est présente l'idée que le principe du consentement est l'apanage de l'homme, en ce sens qu'il est un être libre du moins dans son esprit. Ce n'est que par suite qu'il peut devenir esclave, ce qui constitue une forme d'altération juridique de son état, mais n'emporte pas pour autant la perte de la qualité d'homme au sens de l'être humain. Certes, le statut juridique qui lui est consacré fait frémir lorsqu'on l'observe dans le détail, et plus particulièrement, lorsque l'on constate que ce qui est visé à chaque fois n'est pas la personne de l'esclave, mais plutôt les conséquences des actions effectuées sur celui-ci.

Ainsi, dans l'hypothèse du meurtre d'un esclave à Athènes, le meurtrier est puni non pas en raison de la mort de l'esclave à proprement parler, mais plutôt du fait de la tache indélébile que laisse cet acte sur celui qui l'a commis.

207. Mais, comment concilier l'idée d'un consentement comme exercice de la raison et maîtrise des passions, avec le fait même de ne pas développer une théorie spécifique sur la capacité, c'est-à-dire le droit à consentir ? En somme, tout fonctionne comme si le consentement était accordé à certains, et à d'autres non, sans que cela ne soit juridiquement cohérent ou explicite. On se doute bien ici que tout l'édifice se maintient grâce à la pensée philosophique qui le soutient, et qui peut parfaitement s'accommoder de différences de nature entre les individus, certains aptes à être libres, et d'autres non¹⁷³. Pourquoi plutôt ne pas avoir eu recours, comme le feront plus tard les Romains, à une théorie de la capacité, qui permettrait justement de distinguer au sein de la masse des individus ? La réponse réside peut-être dans au

¹⁷³ Cf. par exemple, Ch. Daremberg, E. Saglio, précité, p. 135 : « Le droit grec ne connaît qu'exceptionnellement les obligations que les Romains appellent naturelles. Celles-ci sont en effet le fruit d'une transaction des jurisconsultes entre les doctrines stoïciennes qui exaltent la volonté et la personnalité humaines, et les traditions d'après lesquelles tout pacte ne constitue pas un contrat et tout homme ne possède pas la personnalité. Mais en Grèce ces traditions étaient, dès le Ve siècle, trop entamées pour qu'on eût à transiger avec elles ».

moins deux éléments, à savoir le faible degré de formalisation juridique de l'époque et de la réflexion proprement juridique qui l'accompagne, mais aussi à l'importance conférée au statut. Dans cette perspective, la *summa divisio* grecque réside probablement dans la dichotomie citoyen/ non-citoyen.

En effet, si l'on reprend celle-ci, on retombe ainsi sur la grande division du consentement de l'époque : les citoyens sont aptes à consentir, les non-citoyens non.

Mais une telle affirmation cache sous son apparente simplicité un problème tout à fait sérieux : s'il est juste que l'esclave et la femme, qui ne peuvent être citoyens, sont aussi dépourvus du consentement¹⁷⁴, il n'en reste pas moins que les marchands étrangers, qui ne sont pas eux-mêmes citoyens peuvent néanmoins consentir et ainsi former des contrats de vente avec des citoyens grecs.

208. En réalité, la cohérence qui existe dans le droit romain ne se rencontre pas dans le droit grec, qui paraît procéder davantage par une approche pratique, que par un souci de théorisation ou d'élaboration doctrinale. Le consentement conserve donc, dans son principe, une forme de mystère. Toutefois, il faut reconnaître que certains éléments sont déjà présents, comme la nécessité d'un consentement libre, que reprendront mot à mot leurs successeurs dans l'histoire. De manière analogue, il est aussi fait mention d'une dimension informationnelle, même si c'est de façon encore très embryonnaire.

209. Au regard du consentement posé comme sentir-avec, et du lien entre celui-ci et la subjectivité, l'étude ne permet pas d'aboutir à des conclusions trop tranchées, pour les raisons évoquées plus haut. Néanmoins, nous pensons pouvoir dire que, au vu des éléments fournis, on assiste bien à une forme de découplage entre le champ philosophique dans lequel émerge le concept, et le champ juridique au sein duquel il a une application concrète. Si dans un cas, il peut être le propre d'un être humain, dans le second cas, il peut justement lui faire défaut dans des hypothèses énumérées. Aussi, on ne peut pas véritablement parler de l'existence précise et indiscutable du sentir-avec, faute d'éléments en ce sens. Dans la même continuité, la

¹⁷⁴ Ceci n'est néanmoins pas toujours le cas pour la femme libre, puisqu'il existe par exemple un divorce par consentement mutuel, qui suppose par son intitulé même, la possibilité d'un consentement féminin. Il faut toutefois noter que, s'agissant du mariage, le consentement de l'épouse n'est pas nécessaire à la validité de celui-ci, puisque c'est l'autorité de tutelle de la femme (père, frère, tuteur, etc.) qui consent au mariage.

subjectivité ne constitue pas un élément déterminant du consentement en tant qu'opérateur juridique.

210. Le droit attique semble en effet s'être constitué sur une volonté étrangère à la prise en compte de la subjectivité, ce qui s'explique peut-être par la division a priori de la population entre différents statuts, esclaves, citoyens, femmes, etc., qui participent du fait qu'avant d'être un sujet quelconque, la personne considérée est déjà membre d'une forme de classe à laquelle elle appartient. C'est la nature et la naissance qui fondent ce que l'on est, et non pas tant ce que l'on souhaite ou désire. Peut-être alors, dans cette perspective, n'est-il pas étonnant que l'on fasse si peu de cas de la subjectivité. Alors certes, Daremberg et Saglio remarquent, dans leur Dictionnaire, que « le caractère non formaliste des obligations grecques se reflète aussi dans les effets de ces obligations. Du moment que celles-ci se fondent sur la volonté des parties, elles ne doivent s'interpréter que conformément à cette volonté ; elles ne sont donc jamais *de droit strict*, et l'on ne peut rencontrer de théories analogues à celles du droit romain sur la question des risques, de la faute, de la demeure »¹⁷⁵. Toutefois, il ne nous est pas permis d'extrapoler, à partir de là, sur le fait que le droit grec serait tout à fait centré sur le désir réel des parties, qui serait recherché au travers du procès.

211. À dire vrai, il ne faut pas non plus oublier qu'en ces périodes, le droit n'avait pas vocation à être un outil de revendications particulier, pas plus qu'il n'était supposé irriguer l'ensemble de la vie sociale, et des rapports interindividuels. C'est ici une des contreparties du fait qu'il est avant tout conçu pour répondre à des besoins sociaux nommément identifiés, qui concernent quasi systématiquement des transactions à caractère commercial¹⁷⁶, ou bien l'organisation d'institutions spécifiques à la vie collective.

212. Ces caractères, ici embryonnaires, vont se retrouver précisés et magnifiés dans le droit romain, qui va tirer parti des élaborations théoriques qui lui sont antérieures, mais qui va les porter jusqu'à une acmé qui marquera l'histoire juridique pendant plus de deux millénaires. C'est donc cette forme juridique singulière que nous allons étudier désormais.

¹⁷⁵ Ch. Daremberg, E. Saglio, précité, p. 135.

¹⁷⁶ Ch. Daremberg, E. Saglio, précité, p. 135 : « Cette absence de formalisme dans les contrats s'explique par le remarquable développement du commerce. Les affaires commerciales doivent s'effectuer rapidement ; elles répugnent aux lenteurs et aux complications du formalisme ».

SECTION 2 : LA PÉRIODE FONDATRICE DE LA RÉFLEXION JURIDIQUE SUR LE CONSENTEMENT : L'ANTIQUITÉ ROMAINE

213. C'est bien au cours de l'Empire romain que le consentement va atteindre, pour l'époque, son plus haut degré de formalisation, dans cette sorte d'orfèvrerie juridique que constitue le droit romain. Son étude est d'autant plus précieuse qu'il marque à lui seul une étape considérable dans l'histoire du droit, puisque l'essentiel de l'histoire à venir se fera en rapport avec lui, soit qu'il s'agisse de s'en distinguer, soit au contraire que l'on y découvre des solutions propres à répondre aux questions d'une époque.

214. Mais, si le consentement joue bien un rôle tout à fait essentiel à cette époque, son usage est en réalité plus complexe qu'il n'y paraît, et dépasse sur certains points la seule question juridique. À cet égard, le fait que le droit romain ne propose pas de protection systématique du consentement manifeste la position incertaine de ce dernier (§2). Toutefois, pour en mesurer la pertinence, il faut encore s'atteler à préciser son sens, et les conditions de son émergence (§1).

§ 1 : L'affirmation du consentement : le droit romain

215. Loin de l'idée selon laquelle la place du consentement en droit romain serait établie de façon claire et précise, l'étude attentive de ses mécanismes tend à donner le sentiment d'une grande complexité. De fait, l'apparition progressive du consensualisme ne constitue en aucune manière la réponse ultime à la problématique du consentement, puisque celui-ci tend à jouer un rôle qui paraît transcender à certains moments la dichotomie formalisme/consensualisme.

216. Mais, s'arrêter à cet état de fait, c'est oublier que les concepts émergent et existent, pour reprendre une formulation deleuzienne, parce qu'ils répondent à une question¹⁷⁷. Aussi, on tentera de comprendre, dans le moment de l'émergence du concept, la solution qu'il apporte aux difficultés spécifiques de l'époque (A). Pour autant, la confusion sémantique qui règne autour du terme de consentement bat en brèche l'idée selon laquelle son sens serait immédiatement accessible (B). Ceci est d'autant plus vrai si l'on veut bien considérer qu'en

¹⁷⁷ Sur ce point, cf. G. Deleuze, F. Guattari, *Qu'est-ce que la philosophie ?*, Les Éditions de Minuit, coll. Reprise, 2005, 219 pages.

réalité, le consentement joue un rôle dans le droit romain qui dépasse la seule technique juridique (C).

A / L'émergence du concept de consentement dans le droit romain

217. Comme dans le droit antique grec, le droit romain pose des difficultés spécifiques qui touchent tant à l'accès à des sources fiables qu'à la traduction à donner de celles-ci, pour rester fidèle au contexte de l'époque (1). Ces obstacles levés, l'apparition du consentement, et par extension, du consensualisme pourra être analysée (2).

1 / Remarques terminologiques et critique sur le terme de consentement en droit romain

218. Ainsi, selon la doctrine dominante en histoire du droit¹⁷⁸, il est nécessaire de remonter au début du I^{er} siècle avant Jésus-Christ pour trouver une utilisation familière du consentement, au travers de la possibilité de conclure un contrat de vente par le seul consentement (*emptio venditio*).

Toutefois, avant de commencer à étudier le régime proprement dit dans lequel ce contrat particulier s'insère, il convient de s'arrêter un instant sur un point qui demeure obscur, et pourtant profondément essentiel.

219. Une remarque terminologique apparaît nécessaire au regard du terme même de consentement au sein de la sphère juridique. Comme on va le voir, les écrits romains sont plutôt imprécis et fluctuants relativement à l'emploi de ce mot. Ainsi, il arrive fréquemment qu'un terme autre que celui de consentement soit traduit par consentement dans certaines occurrences, tandis qu'un autre mot, souvent celui d'accord, lui sera substitué dans d'autres circonstances. De même, puisqu'aucune définition n'est fournie du sens à donner à ce terme, il est souvent délicat de le repérer au sein des textes, et d'ainsi pouvoir systématiser son sens au travers de ses usages. Sur ce point, une proposition est avancée par un auteur qui justifie qu'on l'évoque. Ainsi, Ortolan dans son Histoire de la législation romaine note : « les actes juridiques emportent nécessairement l'idée de l'intention, de la volonté de l'homme. C'est

¹⁷⁸ Sur ce point, cf. Y. Lassard, *Histoire du droit des obligations – le progrès de l'idée d'obligation*, précité, version électronique, p. 43.

l'élément spirituel de l'acte, tandis que la forme en est le vêtement matériel, la manifestation physique. Certains actes s'opèrent par la volonté d'une seule personne : alors il y a uniquement volonté (*voluntas*). D'autres exigent le concours, l'accord de deux ou de plusieurs volontés : alors il y a consentement (*consensus* : de sentire cum), c'est-à-dire adhésion réciproque du sentiment des uns au sentiment des autres »¹⁷⁹. Dans le même sens, Ourliac écrit dans son Histoire du droit privé que « pour que le contrat se forme valablement, il faut que les parties soient en communauté de sentiments (*cum sentire*) »¹⁸⁰.

220. Ces assertions sont d'une importance considérable pour notre étude, puisqu'est condensé en une formule l'essentiel des points qui nous intéressent. Ainsi, il est premièrement fait mention de la distinction opérée à l'époque romaine entre la volonté et le consentement. Il est possible, semble-t-il, de lever cette opposition selon plusieurs voies différentes, sans être antinomiques. On peut ainsi comprendre cette formule comme le fait que ce qui est désigné ici, au travers du consentement, n'est pas tant le processus qui y mène, que le résultat qui est produit. De fait, l'opposition entre les termes tombe, à la condition que l'on considère le premier membre, la volonté, comme la description d'un processus et/ou d'un résultat, tandis que le second lui renverrait de manière exclusive à ce qui résulte de la rencontre de deux volontés. Dès lors, si celles-ci sont libres, alors la mathématique ainsi créée a pour effet de produire un résultat qui est l'addition d'actes libres dans un contenant juridique approprié.

221. L'autre voie, complémentaire de la première, se lie avec la suite de l'explication fournie par Ortolan, à savoir le fait que le consentement est adhésion réciproque du sentiment des uns aux sentiments des autres. Cette formule, qui a le mérite de mettre immédiatement en lumière le substrat sentimental qui préside au consentement, et qui constitue l'axe de notre recherche, pourrait alors se comprendre comme le fait que l'accord est parfois le produit d'un quelque chose qui dépasse la volonté, qui l'excède sans nécessairement l'annuler, et qui correspond justement à cette dimension sentimentale, ou plus précisément, au consentement comme sentir-avec, comme composite.

¹⁷⁹ J. Ortolan, *Histoire de la législation romaine depuis son origine jusqu'à la législation moderne et généralisation du droit romain*, 10e éd., Plon, 1876, version électronique, p. 656.

¹⁸⁰ P. Ourliac, J. De Malafosse, *Histoire du droit privé*, Tome 1, P.U.F., 1957, p. 125. Il est à noter que les auteurs rangent le consentement dans la partie consacrée à la volonté.

222. Néanmoins, une telle proposition n'est pas sans poser problèmes : si le consentement est bien amalgame, composé à la fois d'une dimension rationnelle mais aussi sentimentale, alors il n'y pas lieu de considérer que cet alliage n'existe que dans l'hypothèse d'un engagement plural. Pourquoi en effet une personne seule ne pourrait être travaillée par ce même processus, et échapperait ainsi à l'action du sentiment ? Il n'existe, à notre sens, aucune raison pour justifier une telle exclusion¹⁸¹.

De fait, il semble bien que ce soit la combinaison de ces deux voies qui permet de rendre au plus près la réalité du consentir : il faut donc prendre garde à ne pas confondre le processus et le résultat, et à inclure dans cette définition le soubassement sentimental qui le supporte.

2 / Datation de l'apparition du consentement et du consensualisme, et hypothèses explicatives

223. Une fois ces éléments de définitions posés, on peut désormais envisager la question fondamentale pour notre recherche de l'apparition du consensualisme en droit romain (a), et formuler quelques hypothèses explicatives à cet égard (b).

a / Émergence et développement du consensualisme en droit romain

224. L'image traditionnellement véhiculée dans l'enseignement de l'histoire du droit est celle d'un début du droit essentiellement romain. Dans ce cadre, il est expliqué que les Romains sont partagés entre un formalisme dominant, et un consensualisme embryonnaire. Il est ainsi fait expressément référence au principe du contrat dit « *solo consensu* », c'est-à-dire conclu par le seul échange des consentements. Mais cette vision nous paraît inexacte car tronquée. En effet, au prix d'une généralisation à vocation pédagogique, elle laisse dans l'ombre le fait que si la Rome antique commence véritablement à partir du VII^e s. avant J.C, comment alors comprendre la période se déroulant entre le VII^e siècle et le I^{er} siècle avant J.C ? Il semble bien

¹⁸¹ Au-delà de la question terminologique, cela tient aussi à fait que le droit romain ne reconnaît pas qu'une volonté seule puisse être source d'obligation. Ceci s'aperçoit au travers de la pollicitation, qu'Ulpien dans le Digeste opposé au *pactum*, et déclare : « *ex nuda pollicitatione nulla actio nascitur* » que l'on peut traduire par « d'une pollicitation seule ne peut naître une action ». Cité in, J. Macqueron, *Histoire des obligations – le droit romain, Publications du centre d'histoire institutionnelle et économique de l'antiquité romaine*, Université D'Aix-en-Provence, 1971, p. 216. Toutefois, l'auteur confesse lui-même l'existence de promesses qui engagent bien celui qui les émet, comme la promesse de récompense que le maître fait inscrire sur une médaille, qu'il attache ensuite au cou de son esclave au cas où ce dernier s'enfuirait. p. 217.

en effet, faute d'écrits en sens contraire, que ces six siècles sont en fait régis par le seul formalisme, et que le droit romain de l'époque ne connaît pas le consentement tel que nous l'entendons aujourd'hui. Ceci est d'autant plus important que l'Empire s'achevant à la fin du V^e siècle, la civilisation romaine aura, d'une certaine façon, vécu plus longtemps sans le consentement qu'avec ce dernier.

225. Dès lors, faire remonter le principe du consentement à l'époque romaine nous paraît problématique, car s'il est vrai que c'est bien à cette époque qu'il émerge, il n'a en aucune façon l'importance quantitative qu'on voudrait lui prêter, en tout cas pendant toute la période de la République romaine.

Le consentement est donc une institution plutôt nouvelle dans le droit romain, moderne pour l'époque, et non un principe ancien qui aurait toujours été présent¹⁸².

226. Pour moduler cette affirmation, on pourrait invoquer le fait que les sources manquent à mesure que l'on remonte le temps, et qu'il serait alors tout à fait concevable que le consentement apparaisse bien avant ce I^{er} siècle. Toutefois, l'Histoire du droit romain, rédigée par Gustav Hugo, apporte un éclairage tout à fait important sur ce point. En effet, ce dernier note, lorsqu'il étudie le droit existant à l'époque de Cicéron¹⁸³, « l'usage des contrats qui étaient parfaits par le simple consentement, s'était introduit précisément à l'époque dont nous retraçons l'histoire ». Plus loin, il ajoute : « Une foule de passages de Cicéron attestent leur existence dès l'époque où nous sommes parvenus. Cette existence est en outre constatée par l'inscription d'Héraclée, qui cite les deux contrats de cette nature qui sont rapportés les derniers dans les Institutes, mais qui au contraire viennent en premier dans l'Édit. Ce qui démontre aussi qu'ils n'existaient pas depuis longtemps à cette époque, c'est d'une part, que les verbes *emere, vendere (venum dare), locare, conducere, societatem coire, mandare, qui sont employés dans la composition du nom de ces contrats ne se rapportent pas à de simples stipulations verbales ; et de l'autre, qu'il n'y a qu'un seul de ces contrats dans lequel le nom soit*

¹⁸² Il faut noter que la date d'apparition précise des contrats consensuels est discutée en doctrine, certains affirmant que ces contrats n'existaient pas dans l'Ancien droit, tandis que d'autres font état d'une mention explicite de leur existence à l'époque de la loi des XII Tables. Sur ce point, cf. P. Ourliac, J. De Malafosse, *Histoire du droit privé*, précité, p. 34. Cf. également J. Macqueron, précité, p. 96.

¹⁸³ C'est-à-dire autour du I^{er} siècle avant J.C.

terminé en UM (*mandatum*), comme celui des anciens contrats, tandis que dans les quatre autres, il porte la nouvelle terminaison en TIO ; ... »¹⁸⁴.

b / Hypothèses explicatives relatives à l'apparition et au développement du consensualisme

227. Dès lors, si le consentement apparaîtrait bien dans cet intervalle-là, comment expliquer qu'il prospère par la suite, jusqu'à s'étendre à d'autres types de contrats, et à devenir un point essentiel de la technique juridique romaine ?

Une hypothèse explicative consiste à observer que l'émergence du concept est en quelque sorte concomitante à la fin de la République romaine, et au début de l'Empire. En somme, la situation à l'époque se caractérise par une montée en puissance des échanges économiques, d'abord sur le seul territoire de la République, avant qu'en raison de l'élargissement des frontières consécutif aux conquêtes, les flux commerciaux s'intensifient dans des proportions jamais observées précédemment. De fait, il apparaît bien que le consentement répond, à cette époque, à une logique économique, visant à rendre plus pratique, rapide et efficace la conclusion de contrats. Ceci semble parfaitement logique si l'on veut bien considérer que le consentement émerge avant tout avec le contrat de vente, c'est-à-dire un contrat purement commercial.

228. À cela, il convient d'ajouter une précision supplémentaire concernant justement l'extension du territoire. En effet, au sein d'un empire globalement unifié, soumis au même droit et à la même monnaie, se pose très vite la question du rôle du droit dans la facilitation, ou la complexification des échanges économiques. De ce point de vue, si le système prévalant jusqu'alors, qui s'exprimait essentiellement au travers des formalités, qu'elles soient écrites, verbales ou portent sur la remise d'un objet, pouvait fonctionner dans le cadre d'un territoire aux proportions restreintes, le bouleversement géographique introduit par l'Empire bouleverse la donne. On peut à cet effet aisément imaginer qu'une préoccupation essentielle pour les contemporains réside dans l'amélioration d'un système jugé trop lourd, trop entravant pour le commerce.

¹⁸⁴ Gustav Hugo, *Histoire du droit romain*, Tome 1, 1822, p. 449-450, version électronique. C'est nous qui soulignons.

229. Plus précisément, il semble possible de considérer que la difficulté première, en lien avec la géographie, consiste dans la possibilité de conclure des contrats entre absents. Ce point paraît d'une importance tout à fait considérable si l'on prend conscience des difficultés de transport, et de la lenteur de ceux-ci à cette époque. Dès lors, un commerçant qui souhaiterait conclure un contrat avec un confrère situé aux confins d'un empire qui ne cesse de s'agrandir, se verrait profondément pénalisé par le système préexistant : il lui faudrait ainsi soit se rendre lui-même en face de son cocontractant, afin que tous deux puissent assister à l'exécution réciproque des formalités, soit mander quelqu'un pour réaliser cette tâche, mais ceci ne supprime en rien le délai de transport. Or, ce temps passé sur la route est autant de temps non disponible pour se consacrer à d'autres affaires. Si l'on généralise ce procédé à l'ensemble des commerçants, et des contrats commerciaux, alors il paraît évident que le besoin d'une solution plus souple permettant la conclusion de contrats voit le jour.

230. C'est en ce sens que l'on peut comprendre, selon notre hypothèse, l'apparition du consentement : celui-ci n'émerge pas en tant que medium permettant l'expression d'une subjectivité quelconque, afin de permettre à un individu de rencontrer son écho dans la sphère juridique. La réalité est plus triviale, et peut-être moins romantique : le consentement survient en tant que facilitateur des échanges économiques, et ce particulièrement dans les contrats entre absents. Il est donc à la fois opérateur du probatoire, permettant par la même de démontrer qu'un contrat a bien été conclu par sa seule présence, mais aussi outil d'expansion économique.

231. Cette hypothèse est confirmée si l'on reprend l'histoire du droit de M. Hugo. Ce dernier relève ainsi que « ces contrats étaient même ceux des actes auxquels on avait principalement recours pour s'engager réciproquement, et depuis que l'agrandissement du territoire de la république plaçait souvent les citoyens romains à de grandes distances les uns des autres, on pouvait passer de tels contrats même entre absents, par lettre ou par l'entremise d'un courrier »¹⁸⁵.

De manière analogue, le professeur Lassard précise bien que « le consentement peut être exprès ou même tacite, se manifester verbalement, par l'envoi de messenger, de lettre ou de tout autre manière. Les parties sont libres de manifester leur volonté comme elles l'entendent,

¹⁸⁵ G. Hugo, Histoire..., précité, p. 449.

à condition de rester dans le cadre des opérations économiques définies par le droit »¹⁸⁶. Charles Demangeat déclare à peu près la même chose : « Quatre contrats se forment solo consensu [...]. Ces quatre contrats sont obligatoires par cela seul que les parties se sont mises d'accord : aucune écriture n'est nécessaire, non plus qu'aucune tradition, et il n'est pas même besoin que les parties soient en présence l'une de l'autre. - Dans l'ancien droit, il n'y avait aucun autre cas où une obligation pût prendre naissance *solo consensu* »¹⁸⁷.

Dans le même sens, Raymond de Fresquet écrit, s'agissant de ces contrats : « on dit que l'obligation est consensuelle parce qu'il n'est pas nécessaire de l'écriture ou de la présence des parties, ou même d'une tradition pour faire naître le lien civil ; il suffit du consentement de ceux qui traitent. Ce genre d'engagement peut être pris entre absents par lettre ou par messenger »¹⁸⁸.

232. De fait, à ce stade de l'étude, on peut considérer que le consentement joue bien un rôle actif en ce qu'il permet de faciliter les opérations économiques par la diminution du formalisme. Certains auteurs ont avancé l'idée que cette diminution du formalisme serait à mettre en lien avec la nécessité du commerce extérieur et que de fait, le formalisme serait d'inspiration romaine, tandis que le consensualisme marquerait l'influence extérieure de non-Romains¹⁸⁹. Toutefois, cette formulation masque, à notre sens, le fait que le commerce interne à l'Empire peut avoir été un moteur au moins aussi puissant à l'accroissement du rôle du consentement, que le commerce avec les étrangers à ce dernier. Toutefois, se pose effectivement la question de la différence de droits s'appliquant entre les citoyens romains et ceux qui ne le sont pas. Puisque les non-citoyens ne peuvent utiliser le droit réservé aux citoyens romains (*jus civile*), qui est d'essence formaliste, alors pour la majorité des auteurs, c'est bien pour fournir un outil adapté aux échanges entre citoyens et pérégrins que sont créées ces nouvelles institutions qui procèdent de la logique consensualiste.

233. M. Naumowicz, dans sa thèse sur le sujet, se déclare ouvertement hostile à cette idée. Selon lui, « aucun texte de jurisprudence concernant une action de bonne foi de l'album ne

¹⁸⁶ Y. Lassard, précité, p. 43.

¹⁸⁷ C. Demangeat *Cours élémentaire de droit romain*, Volume 2, 1866, p. 297, version électronique.

¹⁸⁸ R. de Fresquet, *Traité élémentaire de droit romain*, Volume 2, éd. Marescq et Dujardin Paris, 1854, p. 158, version électronique.

¹⁸⁹ Cf. Pascal Naumowicz, *Fidei bonae nomen et societas vitae – Contribution à l'étude des actions de bonne foi*, Thèse de doctorat, Université Panthéon-Assas, 2011, version électronique, p. 392, pour une critique de cette idée.

nous mentionne une paternité manifeste du préteur pérégrin, ou un lien aux négoce avec les pérégrins. Si, pour certaines actions, tel a pu être le cas, le trait n'est pas apparu comme caractéristique des origines de l'institution concernée et ce déni historique serait surprenant. Car les Romains sont généralement assez enclins à reconnaître ce qui leur vient de l'étranger, ou ce qui leur vient du contact avec les étrangers. Jamais nous n'avons la moindre évocation d'une pareille origine historique [...]. Cette donnée à elle seule incite à se demander si vraiment les échanges avec les pérégrins ont pu être un facteur décisif dans la création des obligations protégées par une action de bonne foi »¹⁹⁰.

234. Toutefois, l'analyse proposée par l'auteur dépasse de loin cette seule question historique, puisqu'elle aboutit à reconsidérer totalement la place du consentement au sein de l'architecture juridique romaine. Afin de pouvoir saisir la pertinence d'une telle affirmation, il apparaît nécessaire de faire déjà un point sur ce qui existe en droit romain, avant de s'attacher à comprendre la raison qui peut justifier ce dernier.

B / Une notion aux contours indistincts : la confusion sémantique du droit romain

235. Autour du concept de consentement gravitent des notions voisines, telles la convention ou la *paction*, dont le sens devra être précisé. Par ce biais, nous observerons à quel point cette perspective large permet de s'extraire, au moins temporairement, de l'opposition entre formalisme et consensualisme (1). Dans le même mouvement de détermination de l'environnement conceptuel immédiat, il faudra donc s'attacher à déterminer si le consentement est bien, en droit romain, un synonyme de l'accord (2).

1 / Convention, consentement et *paction* : un dépassement de l'opposition formalisme/consensualisme

236. Pour ce faire, il est nécessaire de se reporter au Digeste, qui date du début du VI^{ème} siècle, c'est-à-dire presque au moment du déclin de l'Empire romain occidental. Dès le livre II, une référence explicite au consentement apparaît, au travers de la définition du pacte : il est ainsi noté que « la *paction* est le consentement de deux ou plusieurs personnes sur le même

¹⁹⁰ P. Naumowicz, *ibid.*

objet »¹⁹¹. Puis, on voit écrit que « le terme de convention est général ; il appartient à tout consentement donné par ceux qui ont des intérêts réciproques, soit pour contracter, soit pour transiger ; car de même que ceux qui se rendent de différents lieux au même endroit, sont dits convenir, de même aussi on applique ce terme à ceux qui se réunissent à un même sentiment. Il est si vrai que le terme de convention est général, que Pédius avance avec raison qu'il n'y a aucun contrat, aucune obligation qui ne renferme une convention ; soit qu'il s'agisse d'une obligation qui suppose la tradition de la chose, soit qu'il s'agisse de celle qui est contractée par paroles ; car la stipulation qui se contracte par paroles, est nulle à défaut de consentement »¹⁹². Ortolan, quant à lui, note qu' : « À l'égard de ceux qui puisent leurs sources dans le consentement mutuel des parties, le mot le plus général sous lequel ils se rangent est celui de convention, ou pacte (*conventio, pactum conventum*), qui désigne le concours de deux ou plusieurs volontés sur un droit quelconque à créer, à modifier ou à éteindre ; mais le titre de contrat (*contractus*), qui désigne particulièrement la convention produisant obligation, est réservé aux conventions spécialement reconnues comme obligatoires et munies d'une action par l'ancien droit civil des Romains »¹⁹³.

237. Ce point est tout à fait capital pour la compréhension de l'architecture du consentement. D'un côté, il est fait référence spécifiquement au pacte, qui figure dans le titre même. Puis, par un glissement, le terme est remplacé par celui de convention. S'agit-il de la même chose ?

Les travaux d'histoire du droit nous renseignent sur ce point : le pacte correspond à une forme d'engagement, qui n'est pas un contrat pour autant. En effet, le contrat en droit romain, dans son appellation même, est d'apparition tardive puisque l'on considère qu'il se manifeste pour la première fois sous la plume de Labéon, au I^{er} siècle¹⁹⁴, mais dans un sens encore différent puisqu'il vise le fait de réunir deux opérations juridiques en une. Dès lors, l'accent n'est pas mis expressément sur la rencontre des volontés, mais davantage sur les opérations ainsi réalisées. Puis, l'Édit du préteur, codifié par le jurisconsulte Julien utilise alors précisément le terme de *contractum*, mais sans lui conférer une signification précise. S'ensuit

¹⁹¹ Digeste, Livre II, Titre XIV, 2.

¹⁹² Digeste, Livre II, Titre XIV, 3. Dans le même sens, cf. G. Hanard, Droit romain : notions de base, concept de droit, sujets de droit, p. 99.

¹⁹³ J. Ortolan, *Histoire de la législation romaine depuis son origine jusqu'à la législation moderne et généralisation du droit romain*, 10e éd., Plon, 1876, version électronique, p. 645.

¹⁹⁴ Y. Lassard, *Histoire du droit des obligations*, 2010-2011, Titre II, p. 89, version électronique. Les passages suivants reprennent le cours du Professeur Lassard.

alors une querelle doctrinale entre deux écoles, les Sabinien et les Proculien, les premiers ne voyant dans le terme *contractum* qu'un synonyme supplémentaire, tandis que les seconds s'attachent davantage à la notion déjà vue chez Aristote d'obligations réciproques (*synallagma*). Gaius, dans les *Institutes*, va élargir encore le concept, en y incluant à la fois des contrats synallagmatiques et unilatéraux, mais le terme de contrat est toujours plus étroit que le sens contemporain, du fait qu'il s'attache exclusivement aux contrats dits nommés. Il faudra donc attendre le Digeste pour que son sens rejoigne celui qui nous est familier. C'est en ce sens que le professeur Barmann peut déclarer que « les explications d'Ulpien (D. 2, 14, 1) ne font pas apparaître que la notion du *contractus* ait correspondu à la notion, aux contours très précis, du contrat dans le droit moderne »¹⁹⁵.

238. Aussi, le pacte est une forme particulière d'engagement qui n'est pas un contrat, mais qui comme lui, peut être rangé dans la catégorie la plus générale, à savoir la convention. On remarque que la définition proposée dans le Digeste, qui est l'œuvre d'Ulpien, reprend spécifiquement Gaius, son prédécesseur dans l'histoire. La convention, accolée au consentement, peut donc se retrouver au moins à partir du II^{ème} siècle. Il s'agit donc ici de la première systématisation du consentement, en tant que principe général ayant trait aux conventions. Ceci est d'autant plus vrai que dans la citation de Pedius, qui semble distinguer les différentes obligations suivant leur genre, le consentement n'est pas exclusif de cette taxinomie, mais plutôt inhérent à celle-ci : en somme, quelle que soit la nature de l'obligation en cause, celle-ci suppose, de manière quasi ontologique, un consentement¹⁹⁶, qui déjà, est décrit comme le fait de se « réunir à un même sentiment ».

239. Pour autant, est-ce véritablement du même consentement dont il est question ici ? Il semble possible d'en douter, puisque ce qui est désigné ici n'est pas tant le consentement en tant qu'opérateur juridique, mais plutôt le consentement comme étape antérieure, comme seuil d'entrée dans le juridique. On peut en effet résumer les choses ainsi : avant que le droit puisse véritablement se saisir de ce qui va lier deux individus, il faut comme condition préalable, comme point d'accroche, que les deux aient déjà consenti à être liés par un lien juridique. De ce point de vue, la distinction entre consensualisme et formalisme apparaît quelque peu

¹⁹⁵ Johannes Barmann, « Pacta sunt servanda – Considérations sur l'histoire du contrat consensuel », *RID comp.* 1961, n°1, p. 18.

¹⁹⁶ Cf. F. Mackeldey, *Manuel de droit romain contenant la théorie des Institutes*, précédée d'une introduction à l'étude du droit romain, Ad. Wahler et Cie, 1837, 444 pages, p. 106, §163.3: « Tout acte juridique requiert la volonté et le consentement des personnes contractantes ».

exagérée : en effet, cette dernière ne vise qu'à permettre de marquer une différence entre des engagements qui, en plus du consentement, nécessitent une composante supplémentaire (paroles, chose, écrit), par rapport à ceux pour qui le seul consentement est nécessaire. Mais, si le consentement n'est pas en tant que tel juridique, alors il ne peut être opposé au formalisme : il lui préexiste et le détermine.

2 / Consentement, convention, accord : des synonymes juridiques ?

240. Toutefois, la formulation utilisée dans le Digeste n'est pas sans questions : ainsi, la convention est-elle le consentement, ou bien le produit de ce dernier ? Sur ce point, la réponse paraît délicate : s'il est vrai que, dans les termes romains, la convention ne peut exister sans le consentement, il paraît impossible de dire que les deux termes sont confondus. En effet, la convention est d'origine plurielle, c'est-à-dire qu'elle provient de la réunion de consentements et non simplement de celui-ci. Car, si le consentement peut s'adresser à un autre que celui qui l'émet, il est toujours le propre d'un individu singulier. C'est bien parce que le consentement d'un seul ne saurait suffire à créer une convention, que cette dernière ne peut simplement être résumée au consentement. Elle est donc à la fois l'addition de ceux-ci, ainsi que ce qui émerge de cette opération.

De ce statut préjuridique, il découlera alors le fait que le droit romain n'y porte pas d'attention particulière, laissant ainsi sa détermination aux parties. Ceci explique à notre sens très largement l'absence d'une théorie systématique des vices du consentement à cette époque, comme nous le verrons par la suite.

241. Il est vrai que la présentation qui est faite, entre le Digeste et les Institutes, présente une véritable confusion : ainsi si le Digeste déclare expressément que toute convention suppose un consentement, il est noté, au titre de la classification des obligations qui naissent des contrats dans les Institutes qu'« elles sont elles-mêmes de quatre espèces : car elles se contractent ou par la tradition de la chose, ou par la solennité des paroles, ou par l'intervention d'un écrit, ou par le simple consentement »¹⁹⁷. On aurait alors tendance à considérer que si le

¹⁹⁷ *Institutes*, Livre III, Titre XIV, 2. A noter toutefois que les juriconsultes n'étaient pas tous du même avis sur cette question. Ainsi Modestin déclare que « *obligamur, aut re, aut verbis, aut simul utroque, aut consensu, aut lege, aut jure honorario, aut necessitate, aut ex peccato* », tandis que Gaïus ne fait lui pas directement référence au consentement : « *Obligaciones aut ex contractu nascuntur, aut ex maleficio, aut proprio quodam jure, ex variis causarum figuris* ». Cité in R. de Fresquet, Précité, p. 60.

consentement n'est mentionné que pour la dernière catégorie, c'est qu'il n'est pas à rechercher dans les autres hypothèses. La seule façon de donner un sens à cette exposition des obligations est de donner un sens précis au consentement : il est ici utilisé comme un synonyme de l'accord et rien de plus. Ainsi, toutes les obligations supposent au préalable un accord, sans quoi on imagine mal pourquoi l'un des cocontractants s'attacherait à exécuter une formalité particulière. De fait, le consentement est bien pensé, à l'époque, comme un synonyme de l'accord.

242. Ceci est confirmé par la lecture prolongée des *Institutes*, puisqu'au passage concernant les obligations qui se contractent par le seul consentement, il est noté précisément que ceci signifie que ces dernières «n'exigent ni la solennité de l'écriture, ni la présence des contractants, et qu'il n'est pas nécessaire de donner quelque chose pour que l'obligation subsiste »¹⁹⁸.

On peut alors interpréter cette phrase comme indiquant que les autres obligations mentionnées nécessitent bien une condition supplémentaire au seul consentement, mais non pas qu'ils sont exclusifs de celui-ci. De manière plus troublante pour la détermination précise du contour du concept, il est précisé qu' « il suffit que ceux qui veulent contracter ces obligations consentent »¹⁹⁹. L'alternance des termes utilisés semble impliquer que vouloir et consentir ne désignent pas les mêmes choses, sans quoi cette phrase aurait tout à fait pu se résumer à « il suffit que ceux qui s'engagent le veuillent ». Le consentement serait peut-être alors l'expression extérieure de cette volonté, c'est-à-dire le passage de la subjectivité à l'objectivité, par le jeu de la parole qui rendrait visible à tous la volonté de celui qui l'émet.

243. Mais pourquoi alors le choix du terme de consentement, plutôt que celui d'accord, pour désigner cette opération juridique, si ces derniers sont en tout point similaires dans leur mode de fonctionnement ? La réponse à cette question réside peut-être dans la langue latine elle-même. Ainsi, le texte complet des *Institutes*, qui correspond il faut le rappeler au manuel permettant de comprendre et de mettre en œuvre la codification contenue dans le *Digeste*, ne comprend pas le terme d'accord, pas plus que le *Digeste* en réalité. Plus précisément, si l'on entend accord au sens du marqueur de l'union de deux volontés allant dans le même sens, le terme ne figure pas dans les textes. On observe bien le verbe accorder, voire le terme d'accord,

¹⁹⁸ *Institutes*, Livre III, Titre XXIII, 1.

¹⁹⁹ *Ibid.*

mais il possède alors un sens différent de celui que nous manipulons usuellement : il désigne ici une forme de grâce²⁰⁰ qu'une entité hiérarchiquement supérieure accorde à un ou plusieurs individus placés sous son pouvoir. Ainsi, le Prince accorde des droits à ses sujets, le prêteur accorde une action ou une exception aux citoyens dans le cadre de son magistère, le *dominus* accorde la liberté à son esclave, etc. Or, l'utilisation contemporaine de l'accord tend plutôt à consacrer un rapport d'égalité, une forme d'horizontalité des forces en présence qui, placées sur un pied d'égalité de manière réelle ou fantasmée, s'accordent sur un point. Certes, on note bien une traduction possible, le fait d'être d'accord sur (*convenire*), de convenir à plusieurs, mais le même terme désigne également le fait de se rassembler physiquement en un même lieu. Il vise donc avant tout le processus qui unit les parties, plus que l'accord lui-même, c'est-à-dire l'objet de la réunion de ces volontés.

L'accord est également plus marqué du sceau de l'unilatéralité, en ce sens qu'étant rattaché à une entité qui possède sous sa dépendance d'autres entités, il est de son ressort quasi exclusif de décider s'il accorde ou non le droit ou privilège en question. Ainsi, si l'on reprend l'hypothèse de l'affranchissement de l'esclave, seul son maître doit donner l'accord et l'avis personnel ou le sentiment de l'esclave importe peu dans l'effectivité de cette faveur.

C / Le consentement comme voie d'accès à un environnement conceptuel plus large

244. Les utilisations proposées du concept de consentement permettent de mettre en lumière le mécanisme d'abstraction sur lequel il repose initialement (1). On peut ainsi apprécier en quoi la référence à la volonté doit se comprendre comme visant à faciliter les échanges économiques et non à donner une place particulière à la subjectivité (2).

1 / Une virtualisation des conditions empiriques présidant au contrat

245. Ce point est important pour notre recherche, en ce qu'il souligne que la pensée du contrat, à l'époque, tend à placer les cocontractants dans une situation d'indépendance initiale, c'est-à-dire en somme à les considérer non pas nécessairement comme égaux, mais en tout cas, comme à égalité dans le fait de s'engager. Une telle formule ne masque pas la réalité des positions respectives, qui particulièrement dans la société romaine, sont très souvent

²⁰⁰ Même si l'on pourrait rattacher éventuellement le terme de grâce à la dimension sentimentale, en ce qu'il fait appel au cœur que l'on désigne souvent comme le siège des sentiments, du moins dans le romantisme.

inégalitaires. Néanmoins, le pouvoir de s'engager dans le contrat est pensé et constitué, de telle façon qu'il soit équitablement partagé entre ceux qui s'acheminent vers la conclusion d'un contrat.

246. Cette virtualisation des conditions empiriques rejoint ainsi les hypothèses avancées, à savoir que c'est bien par cette hypostase que la technique juridique est actionnée et rendue cohérente aussi bien avec les idéaux moraux en place, qu'avec l'ensemble de l'ordre juridique. Il n'est de ce point de vue guère surprenant de constater que l'attention est essentiellement tournée vers les matérialisations objectives de la volonté, c'est-à-dire d'un vouloir qui s'inscrit lui-même dans cette fiction de sujets abstraits. L'appréhension contraire, c'est-à-dire le fait de porter le regard sur l'intime qui préside à cette expression, aurait précisément pour effet d'abolir l'idéal d'une relative égalité dans les positions de contractants.

247. Certes, il est vrai que l'époque et les justiciables qui l'habitent, ne sont guère leurrés par cet artifice. Chacun sait bien que la société n'est pas composée de citoyens rigoureusement égaux, ne serait-ce que par les avantages que procurent les charges et le patrimoine. Néanmoins, s'opposer à cette fiction, c'est remettre aussi bien en cause le système juridique en lui-même, que le système politique de la République. Dès lors, dans cette perspective, il paraît évident qu'une attention trop soutenue aux déterminants subjectifs de la volonté ne peut prospérer. Seule une valorisation excessive de l'extériorisation de cette dernière peut s'imposer durablement. Comme le notera plus tard Savigny, « la volonté elle-même, comme fait intérieur, ne saurait se faire connaître que par l'intermédiaire d'un signe sensible... »²⁰¹.

248. C'est en ce sens que l'on peut faire retour à une des hypothèses avancées par le professeur Barmann. Celle-ci marque le fait que le recours à un terme toujours utilisé, celui de contrat, induit un prisme déformant lorsqu'il est examiné dans les conditions romaines. En effet, selon lui, « *contrahere*, c'est tout simplement rassembler, et plus tard entreprendre un acte juridique entraînant une obligation, mais seulement au sens de s'attirer une responsabilité en commettant un acte illicite et prenant en considération la responsabilité, la saisie, et non pas le fondement d'un contrat – c'est-à-dire d'une obligation fondée sur un accord de volontés »²⁰².

Une telle affirmation a pour mérite de mettre en lumière que ce qui caractérise

²⁰¹ Friedrich Karl Von Savigny, *Traité de droit romain*, volume 3, 1856, version électronique, p. 246.

²⁰² J. Barmann, précité, p. 26.

juridiquement le contrat n'est pas tant la volonté en elle-même, que le fait de placer son comportement sous la judicature d'une règle extérieure par laquelle on se lie. C'est bien de là que découle l'idée de la responsabilité.

À l'appui d'une telle affirmation, le professeur Barmann évoque également Gaius, qui « limite de toute évidence ses considérations à la responsabilité en rapport avec un acte juridique individualisé par un comportement volontaire », mais aussi Ulpien, qui dans le *De Pactis*, n'évoque que l'acte et jamais la volonté, « au moins au sens où la volonté interne serait déterminante »²⁰³.

249. On mesure bien ici à quel point une telle affirmation est d'importance concernant l'examen du lien entre consentement et subjectivité. En effet, le propre du consentement juridique n'est pas, dans les premiers temps de son apparition et de son application, de faire valoir une quelconque subjectivité, mais constitue plutôt un principe d'inspiration philosophique²⁰⁴ à dimension probatoire²⁰⁵. Cela est confirmé par l'ancrage manifeste du contrat et donc du consentement dans la matière économique, dont nous avons déjà souligné le fait que celle-ci constitue en quelque sorte le fil d'Ariane du développement du consensualisme. Ainsi, si les Romains connaissent bien une certaine forme de liberté contractuelle, qui ne cessera de croître au fur et à mesure de l'histoire, il n'en reste pas moins que les lunettes avec lesquelles le droit entreprend d'apercevoir le réel sont fondamentalement économiques. Ainsi, comme le révèle le professeur Barmann, « Gaius considère seulement la volonté orientée vers des buts économiques déterminés. Les *contractus* de Gaius représentent des actes économiques courants ; le *contractus* n'est pas ici une désignation de la technique juridique. Ces actes manifestent une obligation-type, plutôt qu'un effet fondé sur un accord de volontés abstrait, qualifié uniformément par le droit. Le type de leur contenu, tel qu'il apparaît économiquement, les rend obligatoires »²⁰⁶. C'est donc davantage au regard du contenu du contrat et par extension, de l'obligation, que l'appréhension romaine fonctionne. Il n'est donc pas question d'un principe général ayant trait à la volonté.

²⁰³ J. Barmann, précité, p. 27.

²⁰⁴ Sur ce point, cf. *infra*. Partie I, Titre II.

²⁰⁵ A. Esmein, *Étude sur les contrats dans le très-ancien droit français*, éd. Larose et Forcel, Paris, 1883, p. 8 : « On voit qu'en matière de contrats, la question de la preuve a une importance capitale. Pendant longtemps, notre vieux droit ne distinguera pas nettement ces deux questions : la simple convention est-elle obligatoire ? La simple convention peut-elle être prouvée ? Le second point sera même le plus important ; [...] ».

²⁰⁶ J. Barmann, précité, p. 28.

250. Cette perspective particulière explique, au moins en partie, la coexistence du formalisme et du consensualisme dans la même époque, mais également le fait que les contrats apparemment formels et nommés n'épuisent pas la totalité des occasions de rencontre du consentement. Ce sont en quelque sorte les nécessités de la vie juridique et donc du commerce, qui expliquent le fait que progressivement, ce qui était initialement exclusivement formel, est petit à petit gagné par ce que l'on a identifié comme le consentement. Ainsi, la *stipulatio*²⁰⁷, contrat éminemment formaliste, se destitue de ce caractère à partir de la *Constitutio Leonina*, en l'an 472. Puis, au travers de différentes étapes, l'opposition entre les contrats réels, consensuels et réels innommés est dépassée puisqu'on conféra une *actio* et donc une protection juridique, à des contrats informels : « finalement, la protection juridique fut accordée sans exceptions, par ce fait que les accords dépourvus de forme adjoints à un contrat consensuel ou réel, qui en réalité n'étaient pas sanctionnés, furent dotés de l'action du contrat nommé »²⁰⁸.

Ici, un débat doctrinal existe qui touche à un point essentiel : selon certains, ce développement de la forme consensuelle est en réalité le témoignage de l'émergence d'une véritable théorie de la cause en droit romain. Ceci pose problème au regard des textes qui ne la mentionnent guère et qui fonctionnent quasi systématiquement sans la définir.

2 / Un retour à la volonté sans liens directs avec la subjectivité concrète

251. Quelle que soit la manière dont on se positionne sur ce terrain, on ne peut que constater qu'encore une fois, c'est par le consentement que l'on accède à autre chose, qu'il s'agisse comme on l'a évoqué de la thématique de la responsabilité, des opérations économiques juridiquement protégées, ou bien de la cause. Ce n'est donc pas le consentement en tant que tel dont il est question, mais une autre chose dont il constitue une sorte de paravent, un mot valise permettant de désigner des concepts non encore parfaitement formalisés. Ainsi, pour le professeur Barmann, « il semble que même en droit romain toute la controverse touchant la forme des contrats et leur rattachement à divers types se réduise seulement à l'opposition entre la théorie de la volonté et celle de la déclaration au sens moderne »²⁰⁹.

²⁰⁷ Qu'il faut entendre ici comme un échange de paroles codifiées entre les parties au contrat, qui permet de caractériser la formation de ce dernier.

²⁰⁸ J. Barmann, précité, p. 29.

²⁰⁹ J. Barmann, précité, p. 30.

On revoit ici le cœur de l'interrogation qui fonde ce travail de recherche, puisque ce qui est discuté est bien la manière dont il faut saisir ce qui préside à l'accord. S'agit-il de la seule manifestation extérieure, ou bien faut-il scruter le for intérieur des parties, si tant est que cela soit possible ? On sait bien à quel point cette question a occupé la doctrine beaucoup plus tardivement²¹⁰ et les liens qu'elle entretient avec la théorie de la cause. Ceci sera d'une grande importance par la suite, lors de la redécouverte du droit romain par les glossateurs²¹¹.

252. Toujours est-il que la dislocation des liens autrefois marqués entre la notion d'obligation et l'action juridique correspondante, ainsi que la transformation de la *stipulatio*, amènent à ce que « l'opposition entre *contractus* et *pactum* devient également caduque : depuis que cela ne tient plus à la clause de stipulation, on peut intenter une action sur la base de toute promesse d'obligation ». Or, derrière la promesse, c'est bien le pacte nu qui se découvre, c'est-à-dire la puissance accordée à la seule déclaration de volonté. Kaser, que cite Barmann écrit ainsi : « les procédés antérieurs de constitution de la dette, qui ont conduit à l'établissement de la classification méthodique d'obligations *re, verbis, litteris, consensu*, disparaissent maintenant derrière l'élément de l'accord déclaré des volontés qui est commun à tous les contrats. [...]. Cette intériorisation du lien contractuel s'accorde avec la pensée morale et chrétienne de l'époque. Si les quatre catégories transmises que l'on ne distingue plus strictement se transforment ainsi en un contrat unique, la cause de l'obligation individuelle, la *causa obligationis*, acquiert de ce fait à nouveau une signification plus grande. Elle définit aussi la *natura contractus* et ainsi la *natura actionis* »²¹².

253. Cette affirmation prouve bien, à notre sens, qu'initialement le consentement n'a pas directement à voir avec un principe juridique visant à garantir le respect d'une intégrité psychique²¹³, ou l'expression d'une subjectivité. Ce n'est que tardivement, en quelque sorte,

²¹⁰ On pense ici à la thèse célèbre de Raymond Saleilles, *De la Déclaration de volonté. Contribution à l'étude de l'acte juridique dans la Code civil allemand*, Paris, 1901.

²¹¹ Sur ce point, cf. *infra*. Partie I, Titre I, Chapitre I, Section 3, §2.

²¹² J. Barmann, précité, p. 31, n.b.p n°58. C'est nous qui soulignons.

²¹³ C'est à ce titre que nous n'évoquerons pas la question du préjudice moral, dont l'existence en droit romain est discutée. Le professeur Lassard note sur ce point : « Face à cette évolution, certains auteurs considèrent que les jurisconsultes romains ont dégagé la notion de préjudice. Mais ce point de vue mérite d'être nuancé, car les romains n'ont semble-t-il jamais tenu compte du *pretium doloris*, de l'émotivité et de la psychologie du sujet concerné (Paul au Digeste, 9, 2, 33). Le droit romain consent tout au plus à l'indemnisation des conséquences matérielles de l'atteinte, mais en aucune façon de la dimension subjective du dommage », in Y. Lassard, précité, p. 9 ; dans le même sens, cf. A.-M. Mesa, « Peine pécuniaire et indemnisation du droit romain au droit contemporain », in *Méditerranées. Revue de l'association Méditerranées*, éd. L'Harmattan, n°34-35, 2003, 242

que le principe du contrat et de l'obligation vont prendre leurs sources au sein de la volonté du justiciable. Ceci est d'autant plus vrai si l'on se souvient que ce dont il est avant tout question, derrière cette recherche de l'origine de l'obligation, est bien la sécurisation d'accords visant à exercer une forme de commerce juridique, permettant la réalisation d'opérations économiques. On aurait donc tort de penser que, à cette époque, ce retour à la volonté vise à accorder une plus grande prise en compte de la subjectivité²¹⁴. Elle n'est que le reflet d'une évolution du droit afin que celui-ci épouse au mieux les contours d'une activité économique en constante transformation. Cette dernière impose par elle-même un besoin de flexibilité accrue en matière contractuelle. Afin de saisir la validité de cette affirmation, on peut alors se demander si le consentement, en tant que principe d'expression d'une subjectivité, est effectivement protégé et de quelles façons.

§2 : L'absence d'une théorie générale de protection des vices du consentement en droit romain

254. C'est à l'occasion de l'étude des manières par lesquelles le droit romain protège effectivement le consentement qu'une première incongruité logique apparaît : si c'est bien dans les derniers temps de l'Empire romain que le consensualisme gagne ses lettres de noblesse, le droit romain est pourtant dépourvu d'une théorie générale propre à garantir son intégrité.

pages, p. 195-226, qui écrit p. 203 : « Ainsi subsiste-t-il, même dans le droit de Justinien, d'importantes lacunes : le préjudice moral ou d'affection n'est jamais pris en considération [...] ». cf. également E. Chevreau, « « Liberum corpus aestimationem non recipiat » : une insuffisance de la procédure civile romaine ?, in J. Hoareau-Dodinau, G. Métaine, P. Texier (dir.), Procéder : pas d'action, pas de droit ou pas de droit, pas d'action ? », *Cahiers de l'Institut d'Anthropologie juridique*, n°13, Presses Univ. Limoges, 2006, 394 pages, p. 23-34, spécialement p. 27, n.b.p. 14.

²¹⁴ Ce qui n'est pas sans présenter quelques similitudes avec la théorie de la déclaration de la volonté héritée de Saleilles. Cf. R. Saleilles, *De la déclaration de volonté : contribution à l'étude de l'acte juridique dans le Code civil allemand* (art. 116 à 144), Paris, Pichon 1901, 423 pages, et spécialement le Livre Premier, Section troisième, titre deuxième, §1, p. 1 qui en donne la définition suivante : « il faut que cette volonté se soit traduite par une manifestation extérieure, ayant valeur juridique positive, de là le nom de Déclaration de volonté, donné à toute volonté se manifestant extérieurement en vue d'un résultat juridique à réaliser; qu'elle doive le produire à elle seule, par voir de déclaration unilatérale de volonté, ou qu'elle exige une autre déclaration concordante venant concourir avec elle, peu importe ». Sur ce point, cf. également J. Chabas, *De la Déclaration de volonté en droit civil français*, Thèse pour le doctorat en droit, Université de Paris, éd. Recueil Sirey, 1931, 236 pages ; Pour une vision comparatiste : A. Rieg, *Le rôle de la volonté dans l'acte juridique en droit civil français et allemand*, L.G.D.J., 1961, 589 pages.

255. Ce faisant, au travers de l'étude du régime de l'erreur (A) et du dol, on pourra apercevoir à quel point le droit romain se soucie ou non de la subjectivité entendue comme adéquation entre le sujet concret et le sujet juridique (B). Nous n'étudierons pas spécifiquement le régime de la violence, qui est assez similaire dans son fonctionnement à celui du dol. Quelques rappels sur ce point seront effectués plus tard, à l'occasion de l'étude du régime de la violence en droit contemporain²¹⁵.

A / La protection du consentement en droit romain face à l'ignorance et l'erreur d'un contractant

256. Suivant la logique exégétique, on distinguera ici, dans un souci de fidélité au texte, le cas de l'erreur (2) de celui de l'ignorance (1). Pour proches qu'elles soient, ces deux notions sont pourtant bien distinctes à l'époque et se complètent véritablement.

1 / Mécanismes de protection du consentement dans le droit romain : le cas de l'ignorance

257. L'absence de protection de l'intégrité du consentement se manifeste de manière tout à fait visible dans les mécanismes mêmes de contrôle et de censure de celui-ci qui est censé être au cœur de toutes les conventions. Premièrement, il convient de noter qu'il n'existe en aucune façon, en droit romain, de théorie générale et systématique des vices du consentement. On va trouver soit d'un côté, l'erreur qui entretient une relation directe avec le consentement considéré dans l'ensemble contractuel, c'est-à-dire du point de vue de la théorie des obligations ; de l'autre, des délits plus classiques qui sont sanctionnés en tant que tels et non au regard du consentement. Ceci explique que nous nous concentrerons exclusivement sur la première.

258. L'erreur possède un véritable statut dans le droit romain, même si celui-ci fait l'objet de discussions tant entre les jurisconsultes qu'entre les commentateurs ultérieurs. Ce qui est sûr, c'est que le Digeste y fait explicitement référence, au travers du Titre qu'il consacre à

²¹⁵ Sur ce point, cf. *infra*. Partie II, Titre II, Chapitre 1, Section 1, §1, C.

« l'ignorance du droit et du fait »²¹⁶. Selon le professeur Lassard, « l'erreur ne viciait pas le consentement ; elle le détruisait, de telle sorte que le contrat était frappé de nullité absolue »²¹⁷. Plus loin, il précise qu' « à l'origine, la logique du système formaliste commandait de ne pas tenir compte de l'erreur. Mais sous l'influence de l'idée d'équité, on admit peu à peu des dérogations à la règle, tout au moins pour les contrats de bonne foi comme la vente »²¹⁸. De là il est possible de dire que l'erreur n'est déjà pas applicable à l'ensemble de la matière contractuelle. Ensuite, la définition même de l'erreur est problématique puisque le droit romain n'en propose pas²¹⁹, mais distingue simplement, ainsi que nous le verrons par la suite, entre l'erreur de fait et l'erreur de droit. De fait, son sens varie suivant son interprète, mais semble se rattacher toujours à l'idée d'une exactitude entre la représentation d'un sujet et la réalité de cette représentation. Toutefois, certains auteurs distinguent ainsi spécifiquement entre d'un côté l'ignorance et de l'autre l'erreur²²⁰, ce qui semble plus rigoureux du point de vue de l'exégèse, puisque le Digeste distingue bien les deux.

259. Si l'on s'attache à l'ignorance, c'est à dire à l'absence totale de connaissance par opposition à une connaissance tronquée dans le cadre de l'erreur, le régime juridique varie suivant la situation. Une tolérance plus grande est ainsi accordée à l'erreur de fait, en ce que celle-ci est susceptible de varier, tandis que le l'erreur de droit n'est généralement pas admise. Le Digeste énonce ainsi explicitement que « l'ignorance du droit ne doit point être regardée en tout comme la simple ignorance de fait : car le droit peut et doit être fixé ; au lieu que les plus sages s'égarer dans les conjectures et dans les interprétations dont les points de fait sont susceptibles »²²¹, avant de préciser qu'« il y a bien de la différence entre quelqu'un qui ignore

²¹⁶ Digeste, livre 22, Titre 6.

²¹⁷ Y. Lassard, *Histoire du droit...*, précité, p. 91.

²¹⁸ Ibid.

²¹⁹ V. Forry dans sa thèse en propose la définition suivante : « Pour synthétiser, on dira que l'erreur en droit romain consiste en une discordance entre les déclarations de volontés des contractants et non dans une discordance entre la volonté interne et la volonté déclarée. Il est alors parfaitement logique d'assimiler l'erreur et l'absence de consentement. », cité in V. Forry *Le consensualisme dans la théorie générale du contrat*, Thèse pour le doctorat en droit privé, L.G.D.J, bibliothèque de droit privé, Tome 480, p. 317.

²²⁰ Cf. J. Ortolan, *Histoire de la législation romaine depuis son origine jusqu'à la législation moderne et généralisation du droit romain*, 10e éd., Plon, 1876, version électronique, p. 627-628 ; R. de Fresquet, précité, p. 348-349. Cf. également M. Thévenot-Dessaules, M. Lesparat, M. Dussans, *Dictionnaire du Digest, ou Substance des pandectes justiniennes*, Tome 1, éd. Garnier, Paris, 1808, version électronique, p. 397, qui possède une entrée pour l'ignorance, mais qui renvoie également à l'erreur.

²²¹ Digeste, Livre 22, Titre 6, 4, 2.

ce qui concerne un autre et celui qui ignore le droit qui lui appartient à lui-même »²²². La non-reconnaissance de l'importance de l'erreur de fait est qualifiée de « très injuste »²²³, ce qui achève de démontrer sa supériorité sur l'erreur de droit.

Cette différence de traitement s'explique, selon M. de Fresquet, par le fait que celui qui commet l'erreur de fait a souvent été « dans l'impossibilité d'éviter son erreur; le second, au contraire, pouvait consulter le texte de la loi, ou demander avis à des jurisconsultes »²²⁴.

Il n'en reste pas moins que la valeur reconnue à cette erreur varie suivant les auteurs interrogés. Premièrement, le Digeste lui-même atténue la pertinence de la dichotomie évoquée, puisque toute erreur n'est ainsi pas à même d'être considérée comme acceptable : « Cassius rapporte que Sabin pensoit que l'ignorance dont il est ici question n'étoit pas celle d'un imbécile, et d'un homme trop indifférent sur ses affaires »²²⁵. On fait retour ici à une forme d'obligation de prudence, qui n'est peut-être pas sans rapport avec l'importance de la *phronesis* dans la philosophie grecque, dont l'obligation d'information constitue un avatar moderne. À ceci s'ajoute que, concernant l'ignorance de fait, le Digeste s'empresse en quelque sorte, après avoir fait état de son importance, de l'amoindrir sur le plan pratique : « Quoique l'ignorance de fait soit excusable, on ne doit cependant pas supporter à cet égard une ignorance grossière, [...] car la connaissance qu'on exige doit tenir un juste milieu entre une ignorance grossière ou une indifférence excessive [...]. »²²⁶.

260. Que dire alors de l'ignorance, au regard du consentement ? On peut déjà remarquer qu'à travers elle, c'est bien le régime de l'erreur qui se dessine, en ce que l'ignorance procède par règles générales, qui tendent à effacer la particularité des justiciables qui les manipulent. Ainsi, dans une première lecture, on peut être tenté de penser que la formulation même des règles évoquées aboutit en quelque sorte à dichotomiser le réel juridique : soit on est dans une hypothèse d'ignorance de droit et alors celle-ci n'est pas recevable : soit on est dans la situation d'une ignorance de fait et celle-ci est admise. Ceci serait donc parfaitement indépendant des qualités et mérites des parties, dans un rapport de comparaison. Il s'agirait alors d'une confirmation décisive de ce que qui a été avancé comme hypothèse, à savoir que le

²²² Digeste, Livre 22, Titre 6, 4, 3.

²²³ Digeste, Livre 22, Titre 6, 5.

²²⁴ R. De Fresquet, précité, p. 349.

²²⁵ Digeste, Livre 22, Titre 6, 3, §1 ; Dans le même sens, dans le régime juridique contemporain, toutes les erreurs ne sont pas admissibles, et l'on trouve des mécanismes similaires au travers de la catégorie de l'erreur excusable ou non.

²²⁶ Digeste, Livre 22, Titre 6, 6 ; Dans le même sens, cf. Digeste, livre 22, titre 6, 9, § 2.

consentement, en termes juridiques, efface en quelque sorte le relief de la subjectivité, pour ne laisser subsister que des individus interchangeables, supports de droits égaux.

Toutefois, les choses sont en réalité plus nuancées. En effet, le Digeste lui-même prévoit des exceptions aux règles énoncées, en instituant des catégories qui peuvent déroger à ces dernières. Ainsi, les mineurs de moins de vingt-cinq ans sont réputés ne pas pouvoir être préjudiciés par une erreur de droit²²⁷. Il en va de même pour les femmes, quel que soit leur âge, et ce à raison « de la faiblesse de leur sexe »²²⁸. Enfin, les impubères sont réputés ignorer tout, ce qui inclut à la fois l'ignorance de droit et l'ignorance de fait²²⁹.

261. Mais, la prévision de telles exceptions, au-delà de leur caractère daté, suffit-elle à remettre en cause le principe général précédemment exposé ? Il nous semble permis d'en douter, puisque ces exceptions apparaissent comme particulièrement circonscrites. Ainsi, la protection des femmes fait écho à leur statut juridique tout à fait particulier et ne fait que redoubler, d'une certaine façon, la grande incapacité juridique qui est la leur. Le même raisonnement s'applique si l'on se penche sur les autres hypothèses : ainsi, l'enfant, quel que soit son âge, reste pris tout entier dans la *potestas* du père qui l'a reconnu, et ce jusqu'à la mort de ce dernier. Alors, certes, le droit romain prévoit bien une différence selon qu'est visé un enfant impubère (jusqu'à 14 ans) et mineur (de 14 à 25 ans), qui fait varier la capacité d'engagement suivant la protection juridique afférente si le père a disparu (tutelle dans le premier cas, curatelle dans l'autre hypothèse)²³⁰. Dès lors, l'exception prévue pour cette catégorie apparaît comme la conséquence logique d'un statut juridique qui surdétermine les droits et obligations des justiciables relevant de cette catégorie. Il ne s'agit pas donc pas tant de prendre en considération la situation particulière, d'un point de vue subjectif, de ces individus, mais plutôt d'assurer la cohérence logique globale d'un système juridique qui les a voulus ainsi. Dès lors, il semble bien que le consentement, dans sa matérialisation au travers du mécanisme de l'ignorance, soit encore une fois pensée, pour sa plus grande part, au sein d'une perspective désincarnée.

²²⁷ Digeste, Livre 22, Titre 6, 9.

²²⁸ Ibid.

²²⁹ Digeste, Livre 22, Titre 6, 10.

²³⁰ Pour un point d'ensemble sur ce thème, cf. D. Youf, « Seuils juridiques d'âge : du droit romain aux droits de l'enfant », *Sociétés et jeunesse en difficulté*, 2011, n° 11, version électronique, et particulièrement les § 10 à 19.

2 / Consentement et erreur en droit romain

262. Ce principe va se retrouver dans la notion suivante, que l'on va maintenant aborder, à savoir l'erreur. Celle-ci fait l'objet de mécanismes assez complets en droit romain (a) et fait l'objet d'une appréciation majoritairement objective (b).

a / Une protection du consentement au travers du régime juridique de l'erreur

263. Une première précision s'avère nécessaire : l'essentiel de ce qui a été développé au sujet de l'ignorance est repris, chez certains auteurs, comme caractérisant le régime de l'erreur en droit romain²³¹. De fait, à la dyade ignorance de fait/ ignorance de droit est ainsi substitué le couple erreur de droit/erreur de fait, comme un calque parfait.

Toutefois, de manière peut être plus actuelle pour nous, l'appréciation doctrinale de l'erreur en droit romain permet de mieux évaluer la pensée du consentement qui s'y réside. Ainsi Chaumat, dans sa thèse, évoque s'agissant de l'automaticité de la formule voulant que celui qui est dans l'erreur ne peut consentir (« *non videntur, qui errant consentire* ») : « Il ne faut pas, en effet, prendre trop à la lettre les expressions que nous rencontrons chez ces différents jurisconsultes : il serait inexact de dire que l'erreur entraîne la nullité du consentement qui a subi son influence et d'en généraliser l'application comme celle du dol. Il est certain au contraire qu'elle entraîne des effets extrêmement variables en raison des circonstances dans lesquelles elle s'est produite et des faits sur lesquels elle a porté »²³². On voit donc déjà poindre ici l'idée selon laquelle ce qui est réputé affecter le consentement de manière négative, ne signifie pas pour autant que ce dernier est comme dissous par le processus. Il y aurait donc ici une possibilité de consentement qui perdurerait au-delà de ses atteintes éventuelles et qui pourrait ou non avoir pour effet d'aboutir à l'annulation de la convention considérée. Cette idée s'observe également chez de Fresquet, qui déclare : « l'erreur du sujet agissant n'est pas toujours exclusive de volonté ; on peut dire à la rigueur que celui se trompe, *veut* »²³³. Ceci est loin d'être négligeable et ouvre la porte à une phénoménologie de l'accord juridique fort

²³¹ A. Chaumat, *Étude sur l'erreur dans les contrats en droit romain et en droit français*, Thèse de doctorat en droit, éd. Pichon-Lamy et Dewez, 1869, [version électronique], www.gallica.bnf.fr ; A. Carathérody, *De l'Erreur en matière civile d'après le droit romain et le Code napoléon*, Thèse de doctorat en droit, Paris, 1860, version électronique, www.gallica.bnf.fr ; R. De Fresquet, précité, p. 348-356.

²³² A. Chaumat, précité, p. 3. cf. également R. de Fresquet, précité, p. 350.

²³³ R. de Fresquet, précité, p. 348.

différente des canons habituels²³⁴.

264. Selon ce même auteur, le droit romain utilise pour le régime de l'erreur une distinction fondamentale entre d'un côté l'*error essentialis* (erreur essentielle) et l'*error concomittans* (erreur accidentelle). La première justifierait ainsi l'annulation de la convention, tandis que la seconde emporterait tout au plus une modification de certains de ses éléments. De fait, l'*error essentialis* serait donc antinomique d'un quelconque consentement, à la différence de la seconde. Reste alors à identifier les cas permettant le rattachement à l'une ou l'autre de ces catégories.

S'agissant de l'erreur de fait, il est fait mention de différentes possibilités : elle peut porter soit sur la personne, sur la cause de l'acte juridique, sur la chose objet du contrat, sur ses qualités, sur la quantité²³⁵.

L'erreur de droit, quant à elle, peut se résumer à trois occurrences : quand les circonstances de l'espèce sont particulièrement complexes, quand la règle de droit applicable fait l'objet de discussions doctrinales dans un sens opposé, ou lorsque l'on est en présence d'un statut particulier résultant d'une disposition de la loi²³⁶.

265. Pour résumer à grands traits les différences de régime, on peut dire que concernant l'erreur de fait, qu'elle emporte la rescision lorsqu'elle porte sur la personne, dans le cadre d'une convention à titre gratuit. Elle peut également jouer dans les contrats à titre onéreux que dans une hypothèse très restrictive.

S'agissant de l'erreur sur la cause de l'acte, elle ne produit généralement pas d'effet, la justification étant selon de Fresquet qu'il « y a eu volonté, quoique faussement déterminée »²³⁷. La seule hypothèse d'admissibilité paraît résider dans la situation dans laquelle les deux parties ont commis une erreur sur la cause. Ceci est intéressant car, au-delà de la question du partage de l'erreur qui peut se comprendre comme la contrepartie permettant de ne pas léser injustement une partie pour une erreur qui n'est pas la sienne, se confirme ici l'idée que l'erreur n'est pas antinomique de la volonté. Or, suivant le vocable en place, la volonté étant un synonyme du consentement, cela revient à dire que l'erreur n'emporte pas nécessairement

²³⁴ Sur ce point, cf. *infra*. Partie II, Titre II, Chapitre 1, Section 2.

²³⁵ R. de Fresquet, précité, p. 349.

²³⁶ R. de Fresquet, précité, p. 354.

²³⁷ R. de Fresquet, précité, p. 350.

absence de consentement.

266. L'erreur sur la chose objet du contrat entraîne la nullité complète de celui-ci, ce qui peut sembler cohérent avec l'idée selon laquelle, pour le contrat de vente, une fois l'accord sur la chose et le prix établi, alors le contrat est réputé valablement formé. Si la chose n'est pas la bonne, il apparaît logique que la convention disparaisse. Toutefois, comment expliquer ici que l'on ne retrouve pas, comme précédemment, cette exigence de symétrie dans l'erreur ? Est-ce à dire que l'objet du contrat est plus déterminant dans la formation de celui-ci, que la cause qui le précède en quelque sorte dans cette chronologie de la volonté que le droit tente de restituer ? On sait la difficulté que posera plus tard, la distinction romaine entre l'objet et la cause. Néanmoins, le droit romain ne connaît pas de théorie systématisée de la cause. Dès lors, l'explication est donc nécessairement ailleurs.

267. Dans cette perspective, il est possible de remarquer que le droit romain n'ignore pas la question épineuse de la distinction entre l'identité et la qualité. En somme, suffit-il que l'objet du contrat soit à peu près similaire, ou bien doit-il être rigoureusement identique à ce qui avait été décidé par les parties ? De manière très pragmatique, la question s'est posée s'agissant du sexe des esclaves, à savoir lorsqu'une partie pensait acheter un esclave du sexe opposé à celui qu'il a obtenu finalement. Dans cette hypothèse, on avait admis que l'erreur sur l'objet puisse jouer, peut-être du fait du côté manifeste de cette erreur. Néanmoins, pour des éléments plus subtils, par exemple le fait de pouvoir distinguer entre le cuivre et l'or, ou l'argent et le fer, la réponse à apporter n'apparaît pas faire consensus au sein des juristes de l'époque, particulièrement entre Ulpien et Marcellus, qui proposent des solutions diamétralement opposées²³⁸.

C'est peut-être là que réside la clef de la compréhension du mécanisme évoqué précédemment.

²³⁸ R. de Fresquet, précité, p. 352.

b / Une protection fondée essentiellement sur une appréciation objective de l'erreur

268. En effet, il n'y a pas de raison logique particulière qui justifierait que l'erreur sur l'objet soit plus admissible lorsqu'elle porte sur un objet radicalement différent, que sur un objet d'apparence similaire mais aux qualités différentes. Car il reste alors à définir en quoi cette différence de qualité n'emporte pas également différence d'objet. On objectera à cela que la forme de l'objet est conservée dans un cas, par exemple entre une pièce en cuivre et une pièce en or, tandis qu'il n'en va pas de même entre une pièce et une table par exemple. Fort de cette idée, on en arriverait ainsi à dire que c'est en quelque sorte l'essence du bien considéré qui est respectée, mais une telle affirmation reste entièrement tributaire de la définition donnée de l'essence d'une chose. En somme, on est ici renvoyé à la détermination de la chose entre appréciation objective et subjective. Or, il semble bien, sur ce point, que les Romains aient pris le parti d'une appréciation plutôt objective, qui s'attache donc davantage à la forme.

De cette façon, en lien avec le régime spécifique de l'erreur sur la cause, on ferme la voie à des remises en question trop importantes des conventions, au motif que celles-ci seraient trop éloignées de l'appréhension qu'en faisait au moins une partie.

269. Ceci est ainsi confirmé par le fait que l'erreur sur les qualités de la chose, c'est-à-dire par exemple obtenir un bien usagé en lieu et place d'un bien neuf, n'emporte pas la nullité de la convention au principal. Tout au plus, l'individu lésé pourra espérer une indemnisation fonction du préjudice. Or, si c'est bien le consentement qui est visé derrière l'accord, alors comment considérer que ceci peut perdurer ? En effet, il semble peu probable qu'une personne désirant acheter un bien neuf puisse se satisfaire d'une version qui ne l'est pas. Certes, une indemnisation sera possible. Mais pour autant, comment affirmer avec certitude que cette somme d'argent versée aura pour effet de remettre le consentement imparfait dans la position d'un consentement parfait ? En fait, tout fonctionne ici comme si le droit romain posait une présomption irréfragable selon laquelle le consentement valide n'est pas et ne peut être fonction de certaines qualités particulières d'un bien. Or, une telle affirmation constitue aussi bien un désaveu criant de la subjectivité à l'œuvre dans le consentir, qu'une erreur d'appréciation. En effet, il eût été plus judicieux et rigoureux en terme de logique, d'affirmer que le droit ne connaît qu'un certain type d'objet, reflet d'un réel qu'il transformerait pour ses besoins. En lieu et place, il a choisi de signifier que ce qui est à l'intérieur de chaque individu,

à savoir le consentement, ne peut être ceci ou cela. Il est en effet radicalement différent de considérer qu'une proposition émise par un justiciable, bien qu'existante, ne produira pas d'effet, que d'affirmer que cette dernière n'existe pas et que donc il ne peut en être l'auteur. Étrange définition donc, en ce que les justifications qui l'accompagnent font défaut.

270. Les mêmes principes évoqués plus haut s'appliquent à l'égard de l'autre branche de la division de l'erreur, à savoir l'erreur de droit. Les exceptions mentionnées pour l'ignorance de droit se retrouvent ici : ainsi les femmes, qui bénéficiaient d'une protection particulière en raison de la faiblesse supposée de leur sexe, les mineurs dans certaines conditions, les militaires qui pouvaient aussi espérer obtenir une *restitutio* dans certaines occurrences d'erreur de droit, et enfin, le *rusticus*. Par ce terme, dont on perçoit immédiatement qu'il a traversé les siècles, le droit romain désigne le campagnard, le rustre, le petit peuple ignare. En fait, il n'est pas tant question d'une localisation particulière, puisque le *rusticus* n'est pas attaché à une nécessité géographique précise, mais plutôt à l'absence de qualités particulières qui permet, en tant que telle, de la qualifier au titre de cette absence. C'est que le terme latin de *rusticus* désigne à la fois ce qui est relatif à la campagne et au travail des champs, mais aussi qualifie celui qui est dépourvu d'esprit et de culture, faute d'éducation. Le *rusticus* est donc l'inculte, le rustre, le grossier, en ce sens qu'il manque de finesse d'esprit.

Cet état leur permettait, quelquefois, de pouvoir bénéficier d'une certaine clémence de la part du système juridique, même si les applications restent particulièrement parcellaires. De Fresquet évoque ainsi la mansuétude dont ils étaient les bénéficiaires lorsqu'ils « avaient ouvert le testament d'un homme assassiné, sans commencer par mettre les esclaves du défunt à la torture, comme l'exigeait le sénatus-consulte Silanien »²³⁹.

B / Une protection du consentement qui confirme la faible attention portée à la subjectivité

271. Malgré les quelques aménagements évoqués, qui tendent à dire que le droit romain n'est pas complètement aveugle à la condition concrète des sujets de droit, la protection ainsi conférée n'en reste pas moins très fortement déséquilibrée (2). À cet égard, l'examen du régime du dol ne fera que confirmer cette impression première (1).

²³⁹ R. de Fresquet, précité, p. 355.

1 / Le dol : une atteinte au consentement

272. Pour conclure sur le droit des obligations romain, on peut utilement se pencher sur la place et le régime laissés au dol. Celui-ci est tout à fait essentiel pour le consentement, puisqu'il est susceptible de l'affecter directement. En effet, jusqu'à présent, nous n'avons envisagé que des cas dans lesquels c'est par une cause propre à la partie trompée, ou bien extérieure aux deux contractants que la validité du consentement est mise en doute. Mais si elle l'est dans cette hypothèse, que dire alors de celle où l'un des cocontractants choisit sciemment de tromper son partenaire juridique, par un ensemble de techniques propre à le gagner à sa cause ?

De ce fait, si le consentement est bien ce qui est protégé dans les hypothèses de violence et d'erreur, alors on doit s'attendre à ce qu'il en soit de même dans l'hypothèse du dol tant l'atteinte est manifeste.

273. Or, sur ce terrain, la déception est grande, lorsque l'on constate le peu de lien que le dol entretient avec le consentement en pratique. Rappelons ici qu'il est défini en droit romain par Labéon comme « toute ruse, tromperie, manœuvre, qui a pour but de circonvenir, d'abuser et de tromper quelqu'un »²⁴⁰. On peut déjà constater qu'aucune référence n'est faite, au sein de la définition, au consentement. En réalité, ce qui semble surtout caractériser le dol, c'est bien le fait qu'il produit une erreur dans la perception de la réalité d'un des cocontractants et que celle-ci est le fait d'une intentionnalité jugée négative²⁴¹.

Ensuite, il convient de distinguer entre d'un côté le dol principal (*dol dans causam contractui*) qui permet l'annulation du contrat et de l'autre le dol incident (*dolus incidens in contractum*), qui n'ouvre droit qu'à l'allocation de dommages et intérêts de la part du fautif²⁴².

274. Déjà, cette distinction témoigne du fait que l'accent n'est pas placé sur le respect de la volonté des parties, puisque même le dol incident, que l'on peut rapporter à de la fraude, ne permet pas de se délier de son obligation originale. Aussi, il est de fait bien établi que le

²⁴⁰ « *Omnem calliditatem, fallaciam, machinationem, ad circumveniendum, fallendum, decipiendum alterum adhibitam* », cité in R. de Fresquet, précité, p. 356.

²⁴¹ En ce sens, cf. F. Mackeldey, *Manuel de droit romain...*, précité, p. 213, § 342; R. de Fresquet, précité, p. 356.

²⁴² Ibid.

comportement considéré a influencé le cocontractant et donc peut être altéré son consentement, mais pour autant, celui-ci n'est pas mis en doute.

C'est ici que se manifeste le point le plus important de la mécanique du dol : à aucun moment dans la formule, le consentement n'est directement visé, en tant qu'il s'agirait de la cause, de ce qui fonde l'octroi d'une protection particulière. De fait, le paiement de dommages et intérêts ne vise pas à réparer un comportement défaillant, mais plutôt à punir une faute privée. Le dol n'est donc pas un mécanisme de protection du consentement, ou sinon que de manière incidente, mais une technique de sanction privée visant à punir un comportement fautif. Le consentement n'est qu'un prétexte permettant au droit de punir celui qui est coupable de ce forfait.

275. Il n'est dès lors guère étonnant de constater que l'*actio de dolo* est considérée comme infamante²⁴³, tandis que l'on n'emploie pas ce vocabulaire pour l'erreur, ou même la violence. De même, l'action en elle-même est subordonnée à un ensemble de conditions restrictives, qui tiennent soit à l'épuisement ou la non-disponibilité d'autres voies de recours, soit à l'effet relatif du dol, la présence ou non d'un tiers, etc. Mais surtout, l'ensemble s'éclaire sous un jour nouveau quand l'on constate que le dol correspond en fait tout simplement à une partie de la *culpa* romaine, que l'on peut définir comme ceci : « *Culpa*, chez les Romains, comprend tout ce que nous appelons faute ; par conséquent, toute illégalité imputable, sans distinguer si elle résulte d'un fait (*facto*) ou d'une omission (*omissione*), si elle provient de la volonté de l'agissant ou d'une inattention ou négligence. Prise dans ce sens général, la notion de la faute comprend également le dol. Les idées de dol et de faute ont donc ce caractère commun, que tous deux sont des faits ou des omissions illicites qui portent préjudice à autrui [...] Mais dans le sens technique du mot, le droit romain fait une distinction entre *dolus*, *culpa lata*, *culpa* et *omissio diligentice*, selon que dans toute illégalité l'on considère l'intention de l'agissant, ou que le dommage lui-même repose sur un fait ou sur une omission »²⁴⁴.

276. Dès lors, il est possible d'affirmer que le dol ne regarde le consentement que de manière incidente, par ricochet, en ce qu'il lui permet d'atteindre la faute, dont le système

²⁴³ R. de Fresquet, *ibid.* L'auteur évoque ainsi le fait qu'une telle action ne peut être utilisée, justement à raison de ce caractère infamant, de la part d'un homme vil contre un homme de bonne condition honorable.

²⁴⁴ F. Mackeldey, précité, p. 213. Dans le même sens, cf. Ch. Daremberg, E.. Saglio, précité, p. 333 ; cf. Ch. Demangeat, *Cours élémentaire....*, précité, volume 2, p. 441 : « le mot faute, pris dans un sens très-large, comprend le dol et la faute proprement dite ».

juridique entend condamner la commission²⁴⁵. Ceci se laissait déjà présager dans la distinction entre dol principal et dol incident, puisque le premier concerne la formation du contrat, tandis que le second est relatif aux conditions dans lesquelles le contrat s'exécute. Pourtant, il n'est pas douteux que si le consentement est affecté dans l'hypothèse première, il l'est tout autant dans la seconde. Aussi, ce rejet paraît témoigner du fait qu'une fois donné, le consentement ne serait en quelque sorte plus la propriété de celui qui l'émet, mais plutôt celle de son cocontractant, et surtout de l'ordre juridique en lui-même. De ce point de vue, il n'est donc pas susceptible de variations, insensible aux conditions extérieures, quand bien même il serait avéré que le même comportement, effectué au moment de la formation du contrat, aurait permis l'annulation de ce dernier.

Une telle situation est, à notre sens, incompréhensible si l'on ne saisit pas le rôle joué par le dol, qui vise donc non pas à protéger l'intégrité d'un consentement, mais surtout à punir une faute.

2 / Consentement, subjectivité et droit romain : une relation fortement déséquilibrée

277. Aussi, pour conclure sur le droit romain dans son rapport avec le consentement et la subjectivité, on observe des évolutions de tendances contradictoires par rapport au droit attique. Sur certains points, le consentement paraît plus développé, plus systématisé, mais cela tient peut-être surtout au fait que les jurisconsultes romains sont davantage épris de théories que ne l'étaient leurs homologues grecs. C'est un intéressant paradoxe de constater que là où le droit romain est quasi systématiquement associé avec le formalisme, c'est pourtant lui qui va élaborer une des premières théorisations abouties du rôle du consentement dans la sphère juridique.

De manière analogue, on observe une sorte de mouvement de balancier de l'histoire, qui semble partir du consentement, pour ensuite s'adonner au formalisme, avant de revenir au premier et ainsi de suite. Ce qui est sûr, c'est que le droit antique grec aussi bien que le droit romain connaissent tous deux et le consensualisme et le formalisme. Simplement, le point de départ de ces deux régimes juridiques n'est pas le même : l'une prend comme base le

²⁴⁵ On retrouve cette idée au sein de la jurisprudence contemporaine, au travers du vocable de « faute dolosive » (Cass. civ. 3^{ème}, 7 oct. 2008, n° 07-17969, qui parle de « faute dolosive ayant pour effet de retirer aux contrats d'assurance leur caractère aléatoire »), de la même manière que s'agissant de la clause limitative de responsabilité, celle-ci ne joue pas en cas de faute grave ou de faute dolosive.

consentement, tandis que l'autre s'attache davantage aux formalités. Qu'importe, en réalité, car dans les deux cas, elles en arrivent à peu près au même point.

278. C'est ce point qui est ici central et qui permet peut-être de lier ces mouvements entre eux. En effet, l'opposition que nous décrivons et qui semble se résoudre, dans un mouvement dialectique, par un dépassement des contraires, n'est peut-être qu'apparente²⁴⁶. Car, à notre sens, dans un cas comme dans l'autre, c'est le même concept qui est présent, ou peut-être justement absent suivant la manière dont on l'observe. Les deux systèmes présentent la même orientation, qui vise à considérer le consentement en tant qu'il permet de faire fonctionner d'autres concepts, mais non en lui-même : le consentement qui permet d'accéder à la faute, le consentement qui ouvre la voie à la responsabilité et au délit dans le droit grec, etc. Ceci tient probablement à notre sens, dans le fait que le consentement n'est pas véritablement, dans ces époques, un concept pleinement juridique, mais qu'il figure plutôt l'incarnation juridique d'un concept philosophique, en l'occurrence la liberté. Il est en quelque sorte un axiome de la mécanique obligationnelle, qui ne se manifeste qu'autant qu'il fait défaut. Or, les occasions sont, sur ce point, relativement rares et pourtant similaires dans la comparaison de ces deux époques.

Cette hypothèse devra être confirmée ou infirmée en la soumettant à l'examen des systèmes de droit qui suivront, pour vérifier sa pertinence et sa généralisation.

279. Toutefois, au regard du consentement comme sentir-avec, le droit romain ne manifeste pas d'évolutions fondamentales au regard du droit grec, si ce n'est dans le sens d'une dégradation du concept. En effet, la référence aux émotions, au sensible, disparaît au profit de la seule raison, érigée en absolu du jugement. De ce point de vue, l'attention portée au contenu réel de la volonté des parties est moindre qu'à l'époque hellène, ne serait-ce qu'en raison du caractère quelque peu rigide du droit des obligations romain : les contrats nommés, les causes d'obligations, etc. La subjectivité est donc bien le parent pauvre de ce droit, comme en atteste la description cruelle, mais juste, qu'Ourliac et Malafosse en font sur cette question-là : « Pour dégager les effets des contrats consensuels, les juristes se familiarisent avec la volonté, ils la recherchent, ils l'interprètent, ils la supposent. [...]. Mais la place plus que modeste faite à la notion de cause montre les classiques peu désireux de sonder les reins et les cœurs. Leurs

²⁴⁶ On entend par là le fait que le consentement, au sens du droit, est présent même dans un régime formaliste, et que la formalité subsiste toujours, au moins à titre *ad probationem*, dans un régime consensualiste.

recherches psychologiques leur permettent surtout de mieux définir certaines catégories juridiques ou de réprimer les atteintes à l'ordre public (cause illicite et immorale). Le développement de la technique est étroitement lié aux préoccupations de la pratique. [...]. Pour soucieux que soient les juristes de dégager une technique concrète, ils n'en généralisent pas moins la notion de bonne foi. Mais l'idée qu'ils s'en font tient moins compte de préoccupations morales, issues des principes de justice commutative, que de l'honnêteté élémentaire sans laquelle les relations commerciales sont impossibles. [...]. L'habileté dans les affaires est admirée, la tromperie est tenue pour un bon tour à condition de respecter « la règle du jeu » (*bonus dolus*), le droit se désintéresse des timorés et des sots, l'attrait du bénéfice est à la base du système économique classique, libéral et individualiste »²⁴⁷. De même, ils déclarent ailleurs : « les juristes romains, en l'absence de principe consensualiste, ne procèdent pas à une analyse méthodique de la volonté des parties. Ils étudient le contrat d'un point de vue objectif, ils ne tiennent compte qu'occasionnellement soit de la cause finale, soit du motif qui donne à la convention un caractère illicite ou immoral »²⁴⁸.

280. Ici est déjà annoncé tout ce qui constituera le noyau du consentement au travers des époques, dans une forme qui varie, mais qui ne cessera de conserver certains éléments fondamentaux, comme nous le verrons par la suite : il en va ainsi de l'intrication originelle entre le consentement et les activités commerciales, qui va constituer le principal motif de création et d'innovation à l'égard du concept et ce pendant l'histoire juridique occidentale ; il en va de même s'agissant du fait que le consentement est très fréquemment utilisé comme un prétexte, ou plutôt comme un seuil à partir duquel on peut accéder à d'autres notions à l'égard desquelles il est en quelque sorte satellisé : il permet d'accéder au délit chez les Grecs, à la faute et à l'ordre public chez les Romains, puis plus tard chez les canonistes, au péché²⁴⁹, etc.

281. Mais, surtout, ce qui se manifeste avec une précision redoutable, est bien la confusion générale dans laquelle baigne l'environnement conceptuel immédiat du consentement. Les définitions font défaut quant à ce qu'est concrètement un consentement, c'est-à-dire à la fois le produit d'une volonté, mais aussi à certains moments, le résultat de sa conjugaison avec une autre volonté. Cette absence de définition peut s'expliquer par au moins deux raisons : la

²⁴⁷ P. Ourliac, J. de Malafosse, précité, p. 41.

²⁴⁸ P. Ourliac, J. de Malafosse, précité, p. 157-158.

²⁴⁹ Sur ce point, cf. *infra*. Partie I, Titre I, Chapitre I, Section 3, §2.

première est qu'elle révèle l'embaras théorique que constitue le consentement, ce qui fait que son indétermination pose moins de difficultés que son éventuelle définition ; la seconde, elle, tient à ce que, faute de définition, il faut raisonner de manière pragmatique. Ainsi, si l'explication la plus simple est à privilégier, alors nous pouvons dire que le consentement n'est pas défini tout simplement parce que le besoin de le faire n'est pas ressenti. Ceci traduit alors le fait que son sens doit être évident pour tous ceux qui le manipulent. On aboutit donc ainsi à considérer que le seul sens concevable, dans cet ensemble d'hypothèses, est que le consentement n'est rien de plus, ni rien de moins, qu'un accord. Il est la matérialisation juridique du « oui » renvoyée à une question portant sur un engagement. Non pas un « oui, mais... », mais le plus souvent, juste « oui » de telle sorte qu'il ne peut être question, dans cette perspective, d'une attention particulière aux motivations, au sensible et à la subjectivité. Aussi, lorsque tout ce qui est attendu est ce type de réponse, comment s'étonner de ce que l'on ne recherche pas ce qui lui est antécédent ?

282. On mesure alors à quel point, par ce jeu de transformations successives, nous nous sommes peu à peu éloignés de ce qui constitue, de notre opinion, son sens premier et son véritable lieu d'émergence, à savoir la philosophie. Ces traits déjà saillants, l'histoire va les approfondir et leur donner un contour définitif, au travers d'une forme de retour sans cesse renouvelé à la romanité, pensée pendant longtemps comme un âge d'or aujourd'hui révolu. Aussi, plutôt que d'aménager de nouvelles catégories, de créer de nouveaux concepts, les jurisconsultes ne cesseront de revenir au droit romain, en essayant de le moderniser lorsque sa vétusté se fera trop cruellement jour.

C'est ce que nous allons observer désormais, par l'étude de la période historique suivante, celle qui débute lorsqu'une époque résonne encore de l'écho d'un Empire qui s'effondre.

SECTION 3 : LE CONSENTEMENT JURIDIQUE APRÈS LA CHUTE DE L'EMPIRE ROMAIN : UNE HISTOIRE COMPLEXE MARQUÉE PAR UNE FLUCTUATION DU SENS

283. L'Empire romain défait, c'est tout le droit qui le structurait qui est menacé. En cela, la dislocation de son ancien territoire d'influence ne fait qu'annoncer cette perte progressive de la référence romaine. Pour autant, le droit romain ne disparaît pas entièrement. Simplement, il se transforme, évolue, imprègne à un degré variable la pensée et les usages du droit au sein de ses anciens domaines de la puissance impériale. Selon cette vue, le droit franc synthétise à lui tout seul cette forme de demi-vie du droit romain : d'un côté, certains de ses éléments sont repris avec une certaine fidélité, tandis que d'autres sont purement et simplement abandonnés. Le consentement va ainsi connaître un destin peu favorable, à la fois en raison de la non-homogénéité du droit applicable, mais aussi du fait d'une pensée juridique moins soucieuse de ses fondements (§1).

284. C'est véritablement grâce au droit canon que le droit romain va faire un retour, de manière triomphale, dans le paradigme juridique dominant. Toutefois, les objectifs visés par le droit canon ne sont pas les mêmes et pour parvenir à réaliser son dessein, il va devoir aménager la règle ancienne. Le consentement n'échappera pas à la règle (§2).

§1 : Le droit franc : une pulvérisation du consentement

285. Sur le plan du consentement, le droit franc présente cette particularité que le régime considéré varie considérablement suivant le territoire considéré, en raison des influences plus ou moins fortes que le droit romain évanescant exercera sur la technique juridique suivant l'endroit (A).

286. Toutefois, que l'on se situe dans l'une ou l'autre des régions ainsi constituées, le constat est le même : le droit franc, sensiblement moins formalisé sur ce plan que l'ancien droit romain, accorde une attention moindre au consentement et ce faisant, à la subjectivité (B).

A / Une présence variable du consentement au regard de la situation géographique

287. La fin de l'unification territoriale qui caractérisait l'Empire romain aboutit à la partition du territoire en deux régions distinctes. Ces dernières reçoivent, de manière différente, le concept de consentement, selon que l'influence du droit romain est forte (1) ou au contraire plus distante (2).

1 / Consentement et région Sud : une forte influence romaine

288. Après avoir donc établi le régime juridique, ainsi que la place qu'occupe le consentement au sein de l'ordre juridique de la Rome antique, c'est à son évolution la plus immédiate qu'il convient désormais de s'intéresser.

289. L'effondrement de l'Empire romain à la fin du V^{ème} siècle introduit un bouleversement considérable dans le tissu juridique. En effet, si l'Empire se caractérisait par une uniformité du droit applicable à l'ensemble du territoire de celui-ci, la même situation ne s'observe pas lorsque ce dernier se désagrège. Ainsi, la coexistence au sein du même espace géographique (la Gaule) de plusieurs royaumes (Francs, Wisigoths et Burgondes) a pour conséquence une forte disparité de la législation applicable suivant l'endroit considéré. Ainsi, la partition du territoire en deux ensembles, l'un au Nord plus directement d'inspiration coutumière et un au Sud plus fortement marqué par le droit romain, aboutit à une disparité conséquente du droit applicable, ainsi que de ses sources. Toutefois, il faut relativiser la portée de cette distinction, puisque pour suivre le professeur Gaudemet, ces ensembles ne sont pas aussi monolithiques que l'on pourrait penser : ainsi la zone sud n'est pas complètement hermétique à la coutume et la zone nord est également influencée par le droit romain²⁵⁰. À ceci s'ajoute qu'à la différence du droit romain, pour lequel de nombreuses sources écrites sont disponibles, le droit de cette époque est essentiellement oral. Ce n'est que tardivement qu'apparaîtront les premiers recueils de textes, ces derniers étant de plus considérés comme insuffisamment fiables et précis par de nombreux historiens.

²⁵⁰ J. Gaudemet, *Les naissances du droit : le temps, le pouvoir et la science au service du droit*, Paris, éd. Montchrestien, 1997, pp. 34 et s. et pp. 175 et s., cité in J.-F. Gerken, *Droit privé comparé*, Collection de la faculté de droit de l'Université de Liège, Larcier, 2007, p. 72.

290. Il n'en reste pas moins que, s'agissant du Sud de la France, on peut citer deux textes majeurs²⁵¹ : le Roi Euric promulgue le Code d'Euric, aux environs de l'an 475, qui a vocation à s'appliquer aux Romains comme aux Wisigoths, puis, en 506, le roi Alaric II adopte la *Lex Romana Wisigotorum* dit Bréviaire d'Alaric²⁵², qui lui, n'est applicable qu'aux citoyens romains et reprend en grande partie le contenu du Codex Theodosianus. Or, la lecture de ce dernier, dont l'intégralité ne nous est pas parvenue à travers les âges, révèle un usage du consentement non spécifique à la matière contractuelle, mais plutôt tourné vers une thématique institutionnelle ou politique. Il est également mobilisé dans le cadre classique du mariage, ou de l'appropriation des femmes. Il est ainsi fait mention de l'éventuel consentement d'une femme kidnappée ou violée, en opposition au consentement des parents : or, dans cette hypothèse, le consentement de la femme concernée est absolument sans incidence, puisqu'il est l'expression de la « frivolité et de l'inconstance de son sexe et de son jugement, qui explique que les femmes soient exclues du droit de conduire un procès, de fournir un témoignage, et plus généralement, de tout ce qui a trait aux matières relevant de la justice »²⁵³. Dès lors, le consentement fourni par la femme sera retenu contre elle et elle sera ainsi considérée comme complice. Il existe également une exclusion similaire du consentement pour les prêtresses, et les veuves, pour lesquelles une règle identique s'applique qu'il s'agisse d'un viol ou d'un mariage : le consentement de ces dernières est inopérant²⁵⁴.

Il joue également en matière d'acquisition de la propriété de terres vacantes ou de biens publics, d'autorisation pour exercer le métier de professeur ou de médecins²⁵⁵, et dans divers cas qui relèvent davantage de l'organisation des pouvoirs publics.

291. S'agissant des Burgondes, ceux-ci adoptent une compilation, la *Lex Romana Burgundionum*, qui semble n'être applicable qu'aux seuls romains²⁵⁶. À côté de celle-ci, on

²⁵¹ Les développements historiques suivants reprennent J-F. Gerkens, *ibid.*

²⁵² Selon le Professeur Barmann, « son importance pour le haut Moyen-Âge a été plus grande que celle des Pandectes de Justinien », in J. Barmann, *précité*, p. 22.

²⁵³ C. Pharr, *The Theodosian Code and novels and the sirmondian constitutions*, The Lawbooks exchange, New-Jersey, 2001, p. 245. Le texte étant en anglais, la version fournie est l'œuvre de l'auteur de ces lignes.

²⁵⁴ C. Pharr, *précité*, p. 246.

²⁵⁵ C. Pharr, *précité*, p. 388. Ce point est d'importance car il est noté : [...] if any man should wish to teach, he shall not leap forth suddenly and rashly to this task, but he shall be approved by the judgment of the municipal senate and shall obtain the decree of the decurions with the consent and agreement of the best citizens ». Il y a donc ici une distinction qui est faite entre le consentement et l'agrément ou l'accord, sans qu'il soit possible d'expliciter le raison de cet état de fait. L'original en latin ne semble pas contenir cette distinction : « [...] *Sed quia singulis civitatibus adesse ipse non possum, iubeo, quisque docere vult, non repente nec temere prosiliat ad hoc munus, sed iudicio ordinis probatus decretum curialium mereatur optimorum conspirante consensu* ».

²⁵⁶ J-F. Gerkens, *précité*, p. 73.

observe la *Lex Burgundionum*²⁵⁷, également appelée Loi Gombette, transposition de *Lex Gumbata*, qui dérive elle-même de *Lex Gundobada*, du nom de Gondebaud qui fut à l'origine de sa rédaction. Dans celle-ci, le consentement figure, mais reste d'un usage tout à fait marginal, en lien avec ce que nous avons évoqué jusqu'alors. Le consentement apparaît ainsi dans l'hypothèse du consentement des parents au mariage de leur fille (Titre XII, A5), dans la situation où une femme après s'être engagée auprès d'un homme, en épouse un autre « pour satisfaire ses passions » (Titre LII), du consentement populaire concernant l'interpellation des juges (Titre LXXXI, A1). On le voit, le terme est d'un usage peu fréquent, mais qui tient peut-être au fait que cette loi ne touche qu'un nombre limité de domaines.

Il faut toutefois souligner un point, dont on ne saurait dire s'il existe à raison d'une traduction particulière, ou s'il est inhérent au texte de l'époque. Ainsi, si l'on reprend la partie concernant la femme qui va contre la promesse qu'elle avait faite de se marier avec un homme pour en préférer un autre, il est indiqué, à l'occasion de la narration d'une histoire illustrant ce point de droit : « Aunegild ayant, par la mort d'un premier mari, recouvré sa liberté, avait donné sa main à Frédégisel dont nous venons de parler ; et en cela avait agi non seulement avec le consentement de ses parents, mais encore de son propre consentement et de sa volonté. [...] »²⁵⁸.

292. Ce passage intéresse particulièrement notre recherche puisque sont mentionnés, au sein de la même phrase, à la fois le consentement et la volonté. Comment comprendre alors la différence de sens entre les deux termes, qui justifierait qu'il gagne chacun à être précisé par l'emploi de l'autre ? Ceci est d'autant plus troublant que la même précision n'est pas apportée concernant les parents d'Aunegild, qui eux ne font que consentir. Faut-il donc comprendre que l'un n'emporte pas nécessairement l'autre et que l'on peut donc consentir contre sa volonté, ou bien ne pas consentir tout en ayant la volonté de le faire ? On peut le penser et poser l'hypothèse que cette précision vient témoigner, en creux, de ce que la volonté ne se résume pas simplement au consentement lorsque ce dernier est utilisé dans la sphère juridique. Il est bien en lien avec la volonté, mais il est moins riche que celle-ci.

²⁵⁷ Plusieurs versions de cette loi existent, et la date du texte original a été perdue. Néanmoins, les secondes remontent aux premières années du V^{ème} siècle (501-502 ap. J.C).

²⁵⁸ Loi des bourguignons, vulgairement nommée loi gombette, trad. J.-F.-A. Payré, Lyon, 1855, version électronique, Titre LII, §3. www.gallica.bnf.fr.

293. Le consentement est donc présent, manifestant en cela une forme de continuité avec le droit romain, mais il ne prend toutefois pas la même place. Sauf à considérer que les parties manquantes de ce Codex, qui constituera la principale inspiration du droit applicable dans cette zone, concernent exclusivement le droit des obligations, force est de constater que ce dernier, dans sa formalisation avancée, disparaît. Dès lors, la détermination du sens des usages du consentement se complique d'autant. À titre purement statistique, sur les 51 occurrences du terme que compte le Code, la plus grande part concerne soit le consentement de l'Empereur Théodose, dont on peut douter qu'il s'agisse d'un consentement suffisamment ordinaire pour essayer de le systématiser, ou bien un consentement collectif de la part des citoyens romains. Le consentement individuel n'est donc que la portion congrue de l'usage du consentement.

Poursuivons alors l'étude avec le reste de la législation en vigueur à l'époque.

2 / Consentement et région nord : un consentement évanescent

294. Concernant la région nord, qui correspond au domaine des Francs, le professeur Gerkens note qu'il s'agit « d'une partie de l'Empire romain moins romanisée. La législation franque – bien que rédigée en (mauvais) latin – contenait moins de traits romains. Il n'existe dès lors pas, dans le royaume franc, de lois romano-barbares similaires à celles des Wisigoths et des Burgondes »²⁵⁹. L'exemple le plus célèbre de la législation applicable est la loi Salique, pour laquelle la majorité des historiens s'accorde sur le fait qu'elle a emprunté de manière non équivoque au droit romain²⁶⁰. À ce titre, la lecture de cette dernière évoque spécifiquement le consentement, mais son usage est là encore circonscrit comparativement à ce qui existait à l'époque romaine : il joue dans le mariage et le divorce, puisque les Francs connaissent le divorce par consentement mutuel, mais également dans l'hypothèse de relation de pouvoir entre un maître et son esclave, et de consentement populaire.

295. Toutefois, quelques précisions supplémentaires peuvent être trouvées qui intéressent directement notre propos. Ainsi, Jean-Marie Pardessus, éminent juriste du XVIII^e siècle, dans ses commentaires sur la loi Salique note, à l'occasion de l'examen des modes de preuves usitées à l'époque, le caractère cumulatif du consentement et du formalisme, du moins pour

²⁵⁹ Ibid.

²⁶⁰ Cf. par exemple J. Brissaud, *Manuel d'histoire du droit privé à l'usage des étudiants en licence et en doctorat*, éd. Albert Fontemoing, 1908, 916 pages.

certaines conventions : « [...] ces conventions se contractaient verbalement, et, lors même qu'ils eurent adopté l'usage de l'écriture, ce ne fut qu'un moyen d'aider la mémoire des témoins relativement aux faits qui s'étaient passés en leur présence. Mais, en admettant ainsi la validité des conventions purement verbales, les Francs voulurent qu'elles fussent entourées de certaines solennités propres à garantir l'intention sérieuse des parties de s'engager, et à fixer la mémoire des témoins qu'on serait obligé d'appeler dans la suite. Le titre LX de la loi des Ripuaires indique même une singulière précaution : les contractants appelaient des enfants à qui on donnait des soufflets, ou à qui on tirait les oreilles, pour qu'ils se souvinsent mieux de ce qu'ils avaient vu ou entendu.

Le mode le plus général dont les Francs aient fait usage pour donner un signe sensible du consentement est l'emploi symbolique d'une paille, *festuca*, d'une branche d'arbre, *ramus*, d'un morceau de gazon, *cespes*, qu'une partie délivrait à l'autre, en prononçant sa déclaration de volonté »²⁶¹.

296. Puis, le développement du droit suivant le mouvement de l'histoire, le droit se raffine et apparaissent ainsi différents termes visant à distinguer, au sein des engagements, ceux qui désignent le fait de livrer une chose et donc d'en transférer la propriété (*affatomia*, *affatomie*, *affatimus*, « qui désigne la déclaration de volonté qui a pour objet de transférer une propriété »²⁶²), de ceux visant à une obligation de faire²⁶³.

Toujours est-il que l'auteur identifie précisément un terme qui signifie selon lui consentement (*adhramitio*), ainsi qu'un verbe désignant l'énonciation de ce consentement (*adhramire*). Avec l'apparition du terme *affatomia*, le sens du terme *adhramire* se transforme : il passe ainsi d'un usage générique, à la désignation des « promesses qui avaient pour objet autre chose qu'une transmission de propriété, telles que les engagements de paraître en justice, de présenter des témoins, de venir faire un serment, de cautionner, de se rendre séquestre, etc. »²⁶⁴.

297. Qu'est-il possible alors de dire sur l'état de cette structuration juridique ? Que le système ainsi constitué est un système hybride, qui emprunte à la fois à l'ancien formalisme

²⁶¹ J.-M. Pardessus, *Loi salique ou recueil contenant les anciennes rédactions de cette loi et le texte connu sous le nom de lex emendata*, Paris, Imprimerie royale, 1843, p. 615-616.

²⁶² J.-M. Pardessus, précité, p. 619.

²⁶³ J.-M. Pardessus, précité, p. 618.

²⁶⁴ J.-M. Pardessus, précité, p. 620.

romain, mais aussi au consensualisme plus généralisé qui a cours tandis que l'Empire avance vers sa chute. Il paraît délicat de déterminer, dans ce contexte, laquelle des deux expressions du consentement, oral ou prenant la forme d'un objet matériel, est jugée plus déterminante dans les représentations ayant cours à l'époque. Cela est d'autant plus juste si l'on veut bien considérer que suivant la définition que l'on retient du consentement, celui-ci peut être dit présent même dans l'hypothèse de formalités.

Pourtant, le professeur Lassard parle de « dénaturation des systèmes obligataires », au travers d'une « altération du système contractuel romain » à partir du VII^e siècle, et consécutivement à l'invasion arabe qui aboutit à une partition profonde du territoire: « Durant cette période, comme au temps des débuts de l'ancienne Rome, la notion d'obligation s'insère dans un cadre formaliste. L'accord des volontés ne produit d'effet que s'il se manifeste par une forme solennelle ou une prestation. Les Germains, autant qu'on puisse le savoir, n'ont jamais reconnu l'effet obligatoire du seul consentement (Tacite, *Germaniae*, XXIV) »²⁶⁵.

Tacite évoque pourtant dans ce texte le fait que les Germains étaient particulièrement friands de jeux de hasard et d'argent et qu'une fois leur fortune tout entière consommée, ils n'hésitaient pas à offrir leur personne comme gains, ou bien leur femme ou enfants²⁶⁶. Il n'est pas fait mention ici d'une quelconque formalité, mais cette référence pose un double problème : elle suppose de considérer qu'il s'agit ici d'un rapport contractuel, ce qui n'est pas évident puisque l'importance de l'honneur est telle qu'elle transcende la seule matière juridique. Il n'est pas non plus impossible que cet engagement s'accompagne de l'exécution d'une formalité gestuelle par exemple, à l'occasion de son prononcé.

298. Du reste, si l'on se réfère à la loi salique²⁶⁷ dans son texte initial, celle-ci ne mentionne que deux types particuliers de contrat : l'un renvoie au prêt et aux modalités de restitution du bien lorsque le débiteur se refuse à la remettre à son propriétaire véritable (Titre 54 de la loi Salique) ; l'autre à la reconnaissance de dette (Titre 52) qui elle vise spécifiquement une formalité, au travers de son article 2. Celle-ci apparaît à la fois dans la constitution du caractère juridique de cette obligation de payer puisque le texte mentionne « la paille qui lui a

²⁶⁵ Y. Lassard, *Histoire du droit des obligations...*, précité, p. 52. Cf. également, J. Barmann, précité, p. 22 : « selon l'opinion considérée comme dominante le droit germanique a toujours exigé des formes déterminés pour la validité des contrats et l'action en justice en la matière » ; A. Esmein, précité, p. 7.

²⁶⁶ Tacite, *La Germanie*, trad. De C.L.F.Panckoucke, éd. C.L.F.Panckoucke, 1824, version électronique, p. 126-129.

²⁶⁷ Pour une analyse de la loi des dispositions de la loi salique, cf. J. Barmann, précité, p. 23.

été donnée par son débiteur comme symbole de l'obligation contractée », mais également au travers de l'énoncé des différentes formules à prononcer tant devant le juge qu'envers la personne du « *graphion* » qui correspond à une autorité politique locale.

De fait, il semble en effet délicat de prétendre pouvoir inférer, au regard du manque de données disponibles, la présence d'un consensualisme généralisé.

B / Une place moindre accordée au consentement dans la théorie juridique franque

299. Aussi bien la césure du territoire qui est régi par des droits sensiblement différentes, que le droit lui-même témoignent de ce que la formalisation juridique franque n'atteindra jamais le degré de précision qui était l'apanage du droit romain (1). Pourtant, ce caractère moins abouti de la règle juridique permet de faire ressortir avec d'autant plus d'éclats les idées-forces, c'est-à-dire l'absence de pensée spécifique sur le sujet de droit et la subjectivité (2) ainsi que la destination économique première du consentement (3).

1 / Le consentement en droit franc : une formalisation juridique moins avancée

300. Le consentement présente, dans cet ensemble, une forme quelque peu paradoxale. Il joue un rôle éminent, en ce que la coutume repose sur ce dernier, que ce soit sous une forme tacite ou non. Mais il est, au moins en partie, non formalisé, tout entier concentré dans cette forme fugitive qui fait office de définition. Dès lors, il n'est guère aisé de déterminer les caractéristiques précises qu'il doit revêtir pour être considéré comme valide. Le professeur Lassard note que « le droit des peuples germaniques était formé de deux groupes de coutumes : d'une part les « *leges barbarorum* », c'est-à-dire les rédactions faites à partir du V^e siècle, généralement en langue latine, qui toutes ont subi l'influence de la civilisation romaine, à un degré plus ou moins avancé ; d'autre part les vieilles lois ou coutumes danoises, suédoises, norvégiennes, irlandaises »²⁶⁸.

301. Une étude un peu plus précise des textes disponibles permet d'éclairer plus efficacement l'usage du consentement. Ainsi, il en est fait mention, lorsqu'il est absent, dans la situation du consentement de la femme au mariage²⁶⁹, du moins avant que le christianisme

²⁶⁸ Y. Lassard, précité, p. 48.

²⁶⁹ Garabed Artin Davoud-Oghlou, *Histoire de la législation des anciens germains*, Tome 1, Berlin, 1845, version

n'influence totalement les anciennes coutumes. De même dans le cadre du mariage : la fille étant dépourvue du droit de consentir, alors ce dernier revient à un autre membre, le père, la mère si celui-ci vient à mourir, ou en cas de décès des deux parents, à l'oncle paternel ou aux frères et autres parents²⁷⁰. Il apparaît également comme condition du divorce, si les époux désirent « se faire religieux »²⁷¹, puis dans le cadre de l'enlèvement d'une jeune fille, lorsqu'il a été consenti par les parents ou par les frères²⁷². Il s'applique aussi dans l'hypothèse de la fornication²⁷³, de l'affranchissement d'esclaves ou de leur vente, qui nécessite le consentement du ou des propriétaires²⁷⁴, dans le cadre de l'héritage²⁷⁵, dans la détermination de la personne du juge qui peut être élu par le consentement des parties²⁷⁶, de la donation²⁷⁷, des conséquences sur le droit à l'héritage pour la fille en cas d'absence du consentement des parents au mariage²⁷⁸, et enfin du mariage entre esclaves²⁷⁹.

302. Ce qui paraît donc à l'observation de ces usages est le degré tout à fait moindre de formalisation juridique du consentement. Celui-ci apparaît comme une sorte de médiateur de l'accord, si ce n'est l'accord lui-même, mais à aucun moment il n'est défini d'une quelconque façon. Surtout, ses caractéristiques constitutives sont parfaitement absentes : il n'est fait nulle mention des qualités particulières qu'il devrait présenter pour prétendre à la validité. Il n'est donc pas fait référence ici, à la différence du droit romain, au fait qu'il devrait être libre, qu'il serait le fait de certains individus seulement, qu'il serait corrélé à un âge ou un statut social spécifique, etc.

De fait, le consentement ne semble pas posséder de juridicité spécifique, si ce n'est d'être utilisé au sein d'un texte qui est lui-même juridique. Cela suffit-il à lui transmettre, par capillarité, cette caractéristique ? Il est permis d'en douter et on peut émettre l'hypothèse que c'est un concept qui opère au sein du droit, mais qui n'est pas à proprement parler du droit. En effet, le fait que le droit utilise le langage pour faire valoir ses prétentions ne revient pas, à notre sens, à transformer nécessairement la substance des mots qui se font messagers.

électronique, p. 64 et p. 410.

²⁷⁰ G.A Davoud-Oghlou, précité, p. 35.

²⁷¹ G.A Davoud-Oghlou, précité, p. 46.

²⁷² G.A Davoud-Oghlou, précité, p. 53.

²⁷³ G.A Davoud-Oghlou, précité, p. 57.

²⁷⁴ G.A Davoud-Oghlou, précité, p. 62 et p. 246.

²⁷⁵ G.A Davoud-Oghlou, précité p. 100.

²⁷⁶ G.A Davoud-Oghlou, précité p. 108.

²⁷⁷ G.A Davoud-Oghlou, précité p. 165.

²⁷⁸ G.A Davoud-Oghlou, précité p. 429.

²⁷⁹ G.A Davoud-Oghlou, précité p. 496.

303. Dès lors, le consentement figure bien au sens de l'ordre juridique des peuples germains, mais il ne semble pas possible, à la lecture des seuls textes disponibles, de déterminer s'il est autre chose qu'un synonyme de l'accord. Son utilisation est, de manière évidente, moindre que dans le droit romain, du fait même que l'on n'observe pas le raffinement spécifique propre à la thématique contractuelle et au droit des obligations. Aussi, sa compréhension, dans un contexte plus vaste, est rendue particulièrement délicate. On retrouve ici l'un des problèmes déjà évoqués à l'occasion de l'étude de l'antiquité grecque, à savoir le fait que les sources documentaires font défaut. Aussi, la simple utilisation du consentement dans un contexte à vocation juridique, comme le mariage, ne nous permet pas de saisir le sens qu'il faut donner à celui-ci, tant il est vrai que ce cadre juridique ne laisse ouvert que la possibilité d'une réponse binaire. Le droit des contrats, au travers de la diversité des usages auquel il peut se prêter, et partant, des différentes motivations qui fondent l'action des parties, rend plus immédiatement perceptible et présent la signification latente discernable dans l'utilisation du concept.

2 / Consentement et subjectivité : l'impensé du sujet

304. Que dire alors de ce qui constitue le fil conducteur de notre travail, à savoir le lien entre le consentement et l'expression d'une subjectivité ? Sur ce point, la réponse est complexe. En effet, de manière encore plus marquée qu'à l'occasion de l'empire du droit romain, la vie sociale à cette époque n'apparaît pas comme intégralement structurée par des rapports juridiques. L'honneur à lui seul fait ici figure de principe premier, en ce qu'il irrigue l'ensemble du champ social et constitue la référence première aussi bien pour les hommes que les femmes. De fait, il joue le rôle d'un principe organisateur, tant de la société, que de l'existence individuelle, puisqu'il incombe à chacun d'être toujours honorable. Bien que le sens originel du mot ait quelque peu disparu par la suite, rangé désormais dans la catégorie du bon ou du bien, ici il joue un rôle différent : on n'est pas honorable parce que l'on exécute une action bonne, mais l'on est bon, en tant qu'homme, parce que l'on est honorable. Or, derrière cette idée se trouve le fait qu'il s'agit avant tout d'être à la hauteur d'un devoir, qui a son origine à l'extérieur (devoir à l'égard du prince, comme l'évoque Tacite, qui conduit à ce qu'il n'y ait pas pire déshonneur pour un guerrier que de voir son prince mourir avant lui à la bataille), soit de celui qui choisit ainsi d'engager son honneur, au travers d'une promesse, d'un

serment, et qui par la même s'incarne tout entier dans cette action. Aussi, c'est le respect de cet engagement qui conditionnera la valeur de l'individu qui l'émet et non le contenu de l'engagement en tant que tel.

305. On comprend aisément comment, dans une telle organisation sociale, le consentement sous une forme juridique et par extension, le droit lui-même, ont tendance à se replier. Le faible degré de formalisation juridique, qui se limite essentiellement en vérité aux sanctions pénales, au mariage, et aux deux contrats évoqués précédemment a ainsi son origine dans l'absence de place laissée vacante dans le fonctionnement quotidien du corps social. Aussi, le consentement juridique n'est guère explicité et théorisé, puisqu'à notre sens, le concept même de consentement comme engageant l'intime de l'individu est absorbé dans la notion d'honneur. Bien sûr, cette conception n'est pas sans posée problème du point de vue strict de la subjectivité, telle que nous l'entendons aujourd'hui : ainsi un engagement pris ne peut justement être renié, quand bien même, dans l'intervalle de temps, l'un des protagonistes aurait changé d'avis. De même, le consentement, qu'il soit juridique ou non, suppose pour être regardé comme l'expression la plus authentique possible d'une subjectivité, que la plus grande liberté envisageable soit laissée à celui qui l'exprime. Ainsi, si quelqu'un est contraint, pour une quelconque raison, à consentir à une action, alors il convient d'interroger ce consentement pour tenter d'établir s'il correspond vraiment à une expression libre, ou bien s'il est seulement le produit de circonstances qui surdéterminent intégralement le sujet.

306. Or, ce qui est valable ici sur le plan général l'est tout particulièrement sur le plan juridique. En effet, il est possible de considérer que la nécessité de la liberté se fait d'autant plus sentir dans ce domaine, du fait que l'entrée dans le droit n'est pas toujours nécessaire. Ainsi, par principe, nul n'est obligé de contracter. On peut donc légitimement penser que l'individu qui choisit d'inscrire son comportement sous l'égide de la règle juridique manifeste ainsi une forme de libre-arbitre. Mais, c'est oublier un peu vite que l'individu n'est jamais totalement extérieur au monde dans lequel il imprime son action. Certaines habitudes ou traditions jouent ainsi le rôle de facteurs incitatifs considérables, à un point tel que conjugués au temps, ils finissent même par faire oublier qu'il n'en a pas toujours été ainsi²⁸⁰.

²⁸⁰ P. Ourliac, J. De Malafosse, *Histoire du droit privé, Tome 1*, P.U.F., 1957, p. 69-70 : « Dans bien des cas, l'accord de volontés est plus fictif que réel ; et la loi du contrat est imposée par l'un des contractants à l'autre ; la volonté n'intervient que pour « adhérer » à la proposition faite, pour accepter de subir les effets du statut qui lui

307. Aussi, le lien entre consentement juridique et subjectivité, dans les premiers temps de l'époque post-romaine, apparaît moindre, du fait même de l'affaiblissement de la structuration juridique. De plus, la disparition du droit romain, différente suivant la région considérée, n'en constitue pas moins un levier puissant d'éloignement par rapport au sens originel du consentement. En effet, au-delà des difficultés inhérentes à la traduction, la situation historique particulière de l'époque du bas Moyen-Âge permet d'expliquer la continuation du processus de découplage entre le sens originel du consentement et celui qu'il reçoit dans le domaine juridique. Plus généralement, comme le note Tison dans sa thèse : « L'obligation ne s'attachait pas à la volonté interne, mais à sa déclaration et toutes les règles qui ordonnaient l'interprétation de celle-ci la rapportaient, dans sa validité comme sans ses effets, aux exigences de concepts objectifs, tels que ceux de bonne foi, d'équité, et d'utilité sociale [...], de théorie de la cause [...] mettant en relief la destination économique des contrats »²⁸¹.

308. Mais, cette situation va être appelée à évoluer, du fait même de contraintes quasi-cycliques dans cette histoire du consentement juridique que nous tentons d'esquisser ici : ainsi, l'intensification des échanges économiques²⁸², au cours des siècles qui suivent, va permettre de souligner l'insuffisante complexité du système juridique en place, qui est mis en défaut. En effet, le formalisme excessif typique de cette période rend délicate la conclusion de contrats entre parties éloignées et occasionne des lourdeurs excessives, qui constituent autant de freins aux échanges économiques.

309. À ceci s'ajoutent également, selon le professeur Lassard, une croissance démographique considérable, qui multiplie d'autant les besoins d'un système juridique efficace, ainsi qu'un retour en force de l'idée d'État comme pouvoir central et structuré. Ceci aboutit, selon lui, à un retour au droit romain qui « offrit des solutions qui mieux que les lois barbares, répondaient aux besoins d'une société renouvelée, tournée à la fois vers le commerce local et le négoce international »²⁸³.

est offert ».

²⁸¹ R. Tison, *Le principe de l'autonomie de la volonté dans l'ancien droit français, Étude de droit interne*, Univ. Paris, Thèse pour le doctorat en droit, Paris, 1931, éd. Domat-Montchrestien, 197 p, p. 185, cité in J. Barmann, précité, p. 22, n.b.p n°19.

²⁸² P. Ourliac, J. De Malafosse, précité, p. 79 : « Pour eux, c'est vraiment un droit nouveau qui naît : droit des marchands et des affaires ; mais aussi – et d'abord- droit des nobles ».

²⁸³ Y. Lassard, précité, p. 54.

310. On ne peut être que stupéfait devant cette répétition, qui semble donner l'impression que l'histoire bégaye. En effet, il ne s'agit ni plus ni moins que d'un calque quasi-intégral de la situation romaine, à partir du moment où, à force de conquêtes, le territoire s'étend et la population grandit, rendant nécessaire une adaptation du droit en place. Ce point, tout à fait fondamental pour notre propos, ne vaut pas seulement en tant qu'illustration historique, mais incarne en réalité un principe de première importance : la systématique du processus évoque à elle-seule le sens profond du consentement juridique.

On pouvait jusqu'à ce point de l'étude douter de l'hypothèse avancée, mais dans cette configuration, le doute disparaît pour laisser place à une certitude, à savoir que le consentement juridique n'est pas une création visant à permettre l'expression d'une quelconque subjectivité, ou à faire exister juridiquement une singularité. Non, il est un opérateur permettant de remplir une fonction tout à fait prosaïque : celle de rendre possible une sécurisation juridique du commerce. C'est en ce sens que l'on mesure à quel point l'hypothèse que nous avons développée précédemment est en réalité le cœur même de l'histoire du concept : le consentement est un concept juridico-économique, qui vise simplement à faciliter, lorsqu'il est généralisé dans une organisation marquée par le consensualisme, la réalisation d'opérations économiques nombreuses. Cela vaut particulièrement lorsque celles-ci sont éloignées dans l'espace et le temps.

Aussi, le cadre topique de l'émergence du consentement est-il, à nos yeux, la situation du contrat entre absents, mettant en scène deux parties placées à des points extrêmes, sur le plan géographique, l'une de l'autre. C'est cette situation, qui permet de souligner les problèmes posés par le formalisme dans l'optique d'une fluidification et d'une efficacité des transactions commerciales, qui fait figure d'archétype du consentement, du moins tel que celui-ci se développera dans sa forme moderne.

3 / Une confirmation du lien entre consentement et opérations économiques

311. On pourrait objecter à cela que cette affirmation revient à méconnaître le fait qu'à l'époque même du formalisme dominant, le consentement existe déjà et est même considéré comme une condition essentielle des contrats. Cela est vrai, mais ne voir que cela, c'est en réalité être aveugle à l'ombre portée que cette position théorique induit. On a observé comment, avant que le consensualisme soit la forme la plus dominante des échanges juridiques, dans l'Empire romain, le consentement ne reçoit guère d'études ni de raffinements théoriques particuliers, ce dont la lecture du Digeste et de l'histoire du droit romain témoigne. Il existe donc certes, mais comme un principe sous-jacent non formalisé, car non directement opératoire. Il témoigne, d'une certaine façon, de ce que dans une organisation sociale qui prétend mettre ensemble des individus dotés d'un degré de liberté varié, le fait même de cette liberté implique que celle-ci soit à l'origine de l'agir. Il ne s'agit donc pas tant, à ce moment-là, d'un concept juridique, que d'un postulat quasi philosophique, selon lequel on ne peut être dit libre et être en même temps forcé ou contraint. En somme, on suppose, à des fins d'imputation de l'origine des actions et paroles, que ceux-ci sont le produit d'individus posés comme libres.

En fait, si la pensée et les conditions sociales d'existence de l'époque avaient posé les individus non libres, on n'aurait trouvé aucune disposition spécifique concernant un consentement, sous quelque forme que ce soit. Sa présence ne se comprend donc que comme conséquence d'une cause qui est le postulat d'une liberté à étages.

312. On saisit alors pourquoi le droit romain est dépourvu d'une théorie spécifique des vices du consentement, telle que nous la connaissons aujourd'hui. Car ce n'est pas le consentement qui est protégé, puisqu'il n'est que conséquence, mais bien la liberté elle-même. Le consentement n'est alors que l'un des avatars que la pensée a trouvé pour l'exprimer, mais qui ne possède pas de substance en lui-même. Il est une notion permettant d'incarner juridiquement la liberté, dans l'espoir peut-être de la matérialiser plus précisément, au travers des circonstances dans lesquelles elle est susceptible de prendre forme.

Mais cette liberté est une liberté principielle, vide d'un contenu positif, à la manière du futur impératif moral kantien. Elle est liberté de ne pas être contraint, de façon première et à la marge, liberté de réaliser certaines actions spécifiquement énumérées. On perçoit alors comment ce système pouvait prospérer à l'époque romaine, puisqu'il reposait bien sur le fait

que le droit ne saurait épuiser le contenu de la liberté dont peut-être doté un citoyen. Il est donc logique, en quelque sorte, que les usages juridiques de celle-ci ne représentent que la portion congrue de ce dont elle est potentiellement féconde et qu'elle s'écarte de cette manière de la thématique de la subjectivité.

313. Aussi, après un premier rétrécissement de la notion, lors de sa transposition de la sphère philosophique à la sphère politique, puis lors de son passage à la sphère juridique, c'est au sein de cette dernière qu'une nouvelle redéfinition du pourtour du concept va s'opérer. Car, de ce consentement vague et indistinct qui représente la liberté dans le droit et qui par la même constitue l'aveu de ce qu'elle lui est très excédentaire, on va progressivement passer à un véritable concept juridique du consentement, amputé de son substrat philosophique. En effet, le consentement comme opérateur du probatoire et formulation de l'accord va, petit à petit, enfler d'une façon telle qu'il va réussir à faire disparaître l'autre sens du concept. Il va se détacher pour devenir autonome, signifiant au sein de la sphère juridique, mais transformé et estropié par cette opération.

314. Ainsi, la répétition du cycle évoqué incarne le fait qu'une même pièce se déroule sur la scène de l'histoire, et dans laquelle derrière l'apparence spontanée du similaire, ce ne sont plus les mêmes rôles dont il est ici question. Une orientation, un chemin se dessine, dont on ne saurait dire de qui il est le fait, tant il est probablement inutile et dérisoire d'espérer le rattacher à un ou des individus en particulier. Ce qui paraît évident, c'est que les acteurs économiques les plus influents ont joué un rôle considérable dans ce processus, mais ils ne sont eux-mêmes que le produit d'une histoire, et partant, d'une époque singulière. Le professeur Lassard note ainsi, s'agissant du droit qui émerge à partir du XII^e siècle, qu'il est « celui des marchands et du monde des affaires »²⁸⁴.

Dès lors, il nous paraît possible d'affirmer que l'importance croissante du consentement et sa formalisation juridique plus poussée correspondent en fait à une redéfinition du sens du terme, qui vise à le déconnecter de son environnement conceptuel philosophique immédiat. En le réduisant à n'être qu'une sorte de levier juridique pour opérations économiques, on contribue ainsi à l'éloigner du fait qu'il vise avant toute chose des individus pris chacun comme irréductibles à l'opération économique qu'ils effectuent. De cette subjectivité qui déborde dans

²⁸⁴ Y. Lassard, précité, p. 54.

l'action juridique, le consentement tend ainsi à devenir ignorant.

315. On peut voir ici se profiler ce qui constituera un problème majeur dans la suite de l'histoire du concept, à savoir le fait que le terme de consentement continue de prospérer dans la langue courante, dans laquelle il garde encore la trace de sa filiation originelle. Dans celle-ci et particulièrement dans notre période historique, les liens avec la subjectivité ne sont pas rompus, mais demeurent puissants, ce qui explique l'incompréhension mutuelle existant entre l'ordre juridique et les justiciables. Cette émergence de la subjectivité, nous allons pouvoir l'apprécier au travers du droit romano-canonique.

§2 : Consentement et droit romano-canonique

316. Le droit romano-canonique constitue un moment absolument fondamental pour le consentement, et partant, pour la subjectivité elle-même. En effet, de manière spontanée, on peut penser que la spiritualisation du droit ainsi opérée aura pour effet d'ajouter au génie romain le supplément d'âme qui lui faisait défaut. Dès lors, tout porte à croire, en première intention, au renouveau du consentement et de la subjectivité, régénérés aux sources d'un individu désormais incarné. À ce titre, le fort lien de proximité entre la thématique de l'alliance dans la Bible et le concept de consentement, laisse à penser à une rencontre heureuse entre ces termes.

317. Toutefois, la redécouverte des solutions romaines n'ira pas sans des altérations subtiles, mais incrémentales, des anciennes solutions applicables (A). Au final, si cette rencontre a lieu, elle n'est placée sous le signe de la subjectivité qu'en tant que le droit va permettre un contrôle et une moralisation de cette dernière (B).

A / La redécouverte des solutions romaines et leur réinterprétation créatrice

318. Comme on l'a observé, la période qui suit la chute de l'Empire romain se caractérise par une certaine déchéance de la technique juridique. Les solutions du droit romain s'estompent des mémoires, jusqu'à ce qu'elles soient finalement redécouvertes (1). Toutefois,

la lecture qui en sera faite, par le principe même de la glose, aboutira à des modifications de sens plus que conséquentes (2).

1 / La redécouverte du droit romain

319. Pour saisir le plus précisément possible la situation contemporaine, il faut procéder par étapes et observer le grand tournant historique majeur qui va toucher l'ensemble du droit, au travers de l'influence exercée par la pensée chrétienne et le droit canonique. Pour le professeur Lassard, cette dernière « aspire à pénétrer le droit séculier et la mentalité des contractants, afin de diriger la conduite individuelle des hommes. Ce souci de moralité, combiné à l'action du droit romain, allait avoir un résultat : faire du consensualisme la règle en matière d'obligations contractuelles »²⁸⁵. On va donc appliquer une méthode issue du commentaire religieux à l'étude du droit romain (a), ce qui aura pour effet de diffuser tant les idées romaines, que les commentaires d'inspiration chrétienne qui sont effectuées à cette occasion (b).

a / La glose ou le commentaire itératif

320. Concernant la redécouverte du droit romain, celle-ci a lieu principalement à partir de la seconde moitié du XI^{ème} siècle, lorsque les canonistes-théologiens effectuent des fouilles dans les bibliothèques à la demande de Grégoire VII²⁸⁶. L'étude va surtout se concentrer sur le Digeste²⁸⁷ par le biais principalement de l'École de Bologne et du travail de deux illustres prédécesseurs, à savoir Pepo, qui pour beaucoup est le principal instigateur de cette redécouverte²⁸⁸, mais aussi par son élève Irnérius qui crée une école spécialement dédiée à l'étude du droit romain, dont le travail essentiel consiste dans la glose. Ses quatre disciples, dits les quatre docteurs de Bologne vont continuer cette œuvre et la faire croître : on peut ainsi citer Bulgarus, dit *Os aureum*, Martinus Gosia, Jacobus de Boragine et Hugo de Porta

²⁸⁵ Y. Lassard, *ibid.*

²⁸⁶ E. Cortese, « Théologie, droit canonique et droit romain. Aux origines du droit savant (XIe-XIIE s.) », *Comptes-rendus des séances de l'Académie des Inscriptions et Belles-Lettres*, 146e année, N. 1, 2002. pp. 57-74, p. 58. Pour une présentation beaucoup plus riche et approfondie, on lira avec profit F. K. Von Savigny, *Histoire du droit romain au Moyen-Âge*, trad. Ch. Guenoux, Paris, éd. Hingray, Volume 3, 1839.

²⁸⁷ Dont la version la plus complète disponible semble avoir été fortement influencée, dans sa présentation comme dans certaines de ses rédactions, par Yves de Chartes. cf. E. Cortese, précité, p. 59-61.

²⁸⁸ E. Cortese, précité, p. 62. Il semblerait que l'absence de postérité de ce juriste éminent soit la conséquence du fait qu'il n'a laissé aucune trace écrite de son œuvre.

Ravennate. Ces quatre docteurs²⁸⁹, conseillers juridiques de l'Empereur Barberousse, vont à leur tour avoir de nombreux élèves, au travers de l'École des Glossateurs, qui vont ainsi répandre à la fois le droit romain, mais aussi la glose bien au-delà de l'Italie. C'est ainsi Petrus Placentinus, dit Placentin, juriste italien du XII^e siècle, élève de cette école et particulièrement de Martinus Gosia, qui va ainsi, en s'installant à Montpellier, fonder la première école de droit romain sur le territoire français.

321. La glose est en elle-même significative puisque loin d'être un simple commentaire sur le texte, elle acquiert, par imprégnation, la même force juridique que celui-ci. Dès lors, chaque original du texte est ainsi accompagné de la glose correspondante, qui lui donne un sens définitif, jusqu'à ce qu'une autre glose se superpose à la précédente, dans un processus itératif qu'a très bien étudié, avec d'autres, Pierre Legendre²⁹⁰, et qui témoigne ainsi de la parenté avec l'exégèse théologique. Ceci n'est pas sans conséquence, puisqu'ainsi que le souligne Ennio Cortese, cela produit une « canonisation, pour ainsi dire, du texte Justinien, d'où la tendance à le considérer comme l'expression d'une vérité quasi théologique. À le regarder, en somme, avec des yeux de théologien »²⁹¹. Plus loin il ajoute qu'il ne s'agit de rien de moins que « l'exigence de déguiser la loi romaine en vérité révélée. Cela implique que le *Corpus juris* devienne une sorte de Bible ou d'Évangile ; comme la Bible et l'Évangile ne peuvent se tromper, de même est-il exclu qu'il y ait une erreur dans Justinien [...] ». Mais, ce point qui pourrait sembler simplement problématique au regard de l'absence de contestation possible, et dès lors, d'évolution de la législation applicable, est renforcé dans ses potentialités négatives par le fait que ce statut s'applique également à la glose.

Aussi, ce n'est pas seulement le texte qui est consacré, mais également le commentaire qui est y apposé, qui implique, comme tout travail exégétique, une subjectivité de l'interprète. Néanmoins, il semble que le travail d'interprétation soit à cette époque assez littéral et que les innovations soient relativement limitées, ce qui va sensiblement évoluer par la suite.

²⁸⁹ La présentation qui est ici fait ne vise pas à effacer les différences d'appréciation qui peuvent exister au sein de ce groupe. Ainsi, Bulgarus et Martinus s'opposent doctrinalement sur la question des sources juridiques applicables : le premier étant partisan du seul recours au droit romain, tandis que le second témoigne d'une plus grande souplesse sur la question. Toutefois, l'étude des différences précises d'appréhension de la règle ne revêt pas un intérêt déterminant pour cette recherche. Ceci explique pourquoi nous ne l'aborderons pas ici.

²⁹⁰ cf. P. Legendre, *L'Amour du censeur – Essai sur l'ordre dogmatique*, éd. Seuil, coll. Le champ freudien, 2005 ; cf. également A. Padoa Schioppa, « Réflexions sur le modèle du droit canonique médiéval », *Revue historique de droit français et étranger*, 1999, p. 23-25, cité in E. Cortese, précité, p. 71.

²⁹¹ E. Cortese, précité, p. 70.

322. Il est à cet égard patent de constater que les grands juristes évoqués pendant cette période sont célébrés non pas tant au regard du fait qu'ils auraient permis l'accès à des textes oubliés, ce qui est surtout vrai pour Pepo et Irnerius, mais plus en raison de la production de glose dont ils sont les auteurs. Ceci est manifeste pour les quatre docteurs de Bologne, mais plus encore pour Azon, juriste italien du la seconde moitié du XII^e siècle à qui l'on doit la *Summa Azonis*, recueil de ses travaux de glossateurs qui connut une postérité tout à fait considérable, et plus encore celle de l'un de ses élèves, Accursius, dit Accursius Florentinus. Ce dernier, professeur à l'Université de Florence, est à l'origine de la *Glossa ordinaria*, ou Glose ordinaire, qui regroupe les plus importantes gloses existantes à cette époque portant sur le Code Justinien. Ceci correspond à plusieurs milliers de textes et constitue une masse documentaire considérable, d'une importance quantitative très largement supérieure au texte original. Ce travail lui vaudra une admiration immense de la part de ses pairs, qui iront jusqu'à le nommer *Advocatorum idolum*, mais aussi *Glossator*. C'est donc bien dans ce travail de commentaire, qui s'ajoute à ceux précédemment écrits sur le même texte, que la postérité d'Accursius a son origine, et c'est sa compilation de glose qui servira par la suite de texte le plus important dans l'enseignement du droit dans les écoles qui y sont et seront consacrées pendant le Moyen-Âge.

b / La diffusion des principaux travaux des glossateurs

323. Ce travail de diffusion des œuvres romaines et d'étude va se poursuivre en France au travers de l'École d'Orléans²⁹², et des postglossateurs, à partir du XIII^e siècle. Les premiers enseignants ont eux-mêmes fait leur formation à Bologne, ce qui manifeste ainsi l'esprit de continuité qui anime l'époque. Mais c'est surtout la seconde génération de professeurs et tout particulièrement Jacques de Révigny ainsi que Pierre de Belleperche qui vont marquer ce moment. Le premier est ainsi l'auteur d'un nouveau mode d'étude, la *repetitio*, qui s'éloigne de la lecture littérale en vogue jusqu'alors²⁹³ et qui consiste « en un cours spécial de plusieurs

²⁹² Sur ce point, cf. E.M. Meijers, *Études d'histoire du droit*, Tome 3, éd. Universitaire Pers Leiden, Leyde, 1959, p. 3-148.

²⁹³ Sur ce point, cf. C.H. Bezemer, *Les répétitions de Jacques de Révigny : recherches sur la répétition comme forme d'enseignement juridique et comme genre littéraire, suivies d'un inventaire des textes*, Thèse pour le doctorat en histoire du droit, E. J. Brill, Universitaire pers leiden, 1987, 362 pages. Dans cette thèse est soulignée la difficulté à attribuer certaines rédactions ou versions particulières du texte, qui semblent se contredire, à Jacques de Révigny. cf. p. 163-166. Voir également Laurent Leo Jozef Maria Waelkens, *La théorie de la coutume chez Jacques de Révigny*, Thèse pour le doctorat en droit, E. J Brill, Universitaire Pers Leiden, 1984, 608 pages ;

heures sur un seul texte », lorsque le texte étudié permettait des « digressions »²⁹⁴. Pour le professeur Lassard, la méthode des postglossateurs tient à ce que face au caractère trop abstrait des méthodes de raisonnement précédent, « ils durent abandonner l'étude directe des textes au profit de la méthode dialectique (ou scolastique), qui cherche à dégager les principes généraux du droit et en tirer les applications pratiques »²⁹⁵. Contrairement aux glossateurs, le texte étudié n'est plus réputé contenir intrinsèquement toute vérité, ce qui explique que l'interprétation en soit plus libre.

324. Mais, le succès de cette école sera de courte durée, puisque son aura diminue progressivement vers la fin du XIII^e siècle et la première moitié du XIV^e, pour de nouveau laisser place à l'École de Bologne. Toutefois, celle-ci adopte désormais la nouvelle méthode de commentaire, aidée en cela par Cinus de Pistoie qui, après un bref séjour en France, y a été formé. C'est donc lui qui introduit ce nouveau mode de raisonnement au sein de l'Italie, par un commentaire demeuré célèbre du Code Justinien, le *Lectura Domini Cyni de Pistorio super Codice*. Il enseigne alors dans plusieurs universités italiennes (Trévise, Pérouse), et même si le fait qu'il a eu un poste d'enseignant à l'Université de Bologne semble discuté, un fait historique majeur demeure : il est bien celui qui forme Bartole aux études sur le droit.

Or, ce dernier va présenter une ardeur remarquable à produire un commentaire des principaux textes romains, dans la droite ligne de l'École d'Orléans, qui sera regardé comme le travail le plus abouti qui soit sur la question, par l'ensemble de ses contemporains, et ce jusqu'au courant des juristes humanistes au XVI^e siècle. Son travail sera poursuivi par l'un de ses plus célèbres disciples, Balde de Ubaldis, à l'œuvre considérable.

325. Éclate alors un conflit qui couve jusqu'à présent, entre d'un côté les bartolistes et leur *mos italicus*, et de l'autre les juristes humanistes, produits d'une époque où l'individualisme se fait jour, qui défendent le *mos gallicus*²⁹⁶. Une précision toutefois : si les raisons de cette querelle doctrinale sont nombreuses et s'insèrent dans un mouvement beaucoup plus vaste²⁹⁷,

P. de Tourtoulon, *Les Œuvres de Jacques de Révigny : Jacobus de Ravanis, d'après deux manuscrits de la bibliothèque nationale*, Paris, éd. A. Chevalier-Marescq et Cie, 1899.

²⁹⁴ L. J. M. Waelkens, précité, p. 1.

²⁹⁵ Y. De Lassard, précité, p. 58.

²⁹⁶ Cette opposition de termes trouve son origine dans la géographie : s'oppose donc ainsi une méthode dite italienne, tandis que la principale contestation provient de juristes français, d'où la référence à la Gaule.

²⁹⁷ Sur ce point, pour une analyse très précise du contexte de l'époque et de ce mouvement, cf. P. Gilli, « Humanisme juridique et science du droit au XV^e siècle, tensions compétitives au sein des élites lettrées et

quelques éléments peuvent toutefois être précisés. Il semble qu'une partie des critiques porte sur le rejet de la prétention objective et universalisante de la glose du droit romain²⁹⁸ ; au caractère trop autonome de la science du droit, en ce que celle-ci se coupe des autres savoirs pour prospérer par elle-même, ce que la glose illustre de manière topique²⁹⁹, qui aboutit ainsi au triomphe de la *communis opinio doctorum*, c'est-à-dire la jurisprudence des docteurs, sur laquelle les tribunaux se basent entièrement. Ainsi, M. Gilli relève³⁰⁰ qu'en Espagne, au XV^e siècle, on instaure à titre de droit subsidiaire l'*opinio Bartoli*, ce qui revient à dire qu'en cas de doute ou de droit inapplicable, c'est la glose bartolienne qui prévaut !

2 / Analyse et éléments d'appréciations critiques à l'égard de la glose

326. L'importance du travail effectué par les glossateurs nécessite d'être précisés (a), même si ceux-ci ne font pas toujours preuve d'un respect scrupuleux du texte d'origine (b).

a / Caractérisation de la démarche spécifique des glossateurs à l'égard du droit romain

327. Il faut ici prendre la mesure de l'importance des changements engendrés par cette critique humaniste, puisqu'elle redéfinit totalement la façon de faire du droit, au travers de cinq points principaux que nous empruntons à M. Gilli³⁰¹. Le premier consiste à dire que les textes romains datent d'époques différentes, ce qui explique les changements apportés à certains éléments suivant les textes et la possibilité de contradiction entre les auteurs ; le second lui touche au fait que les contradictions au sein du texte, loin de n'être que superficielles et surmontables par la seule étude du texte même, dans une perspective empreinte de la scolastique, sont réelles et ne peuvent donc être ignorées ; puis, du fait de l'inscription temporelle spécifique des textes, il appartient désormais au juriste de l'interpréter dans le contexte historique dans lequel il a été rédigé, ce qui relativise également l'idée d'une hiérarchie intrinsèque entre les textes ; ensuite, les textes n'étant pas parvenus dans leur forme

réorganisation du champ politique », Revue de synthèse, tome 130, 6e série, n°4, 2009, p. 571-593. Cf. également, sur un plan moins directement historique, mais plus orienté par l'histoire de la pensée, Michel Villey, précité, p. 371-487.

²⁹⁸ P. Gilli, précité, p. 576.

²⁹⁹ P. Gilli, précité, p. 579.

³⁰⁰ P. Gilli, précité, p. 580.

³⁰¹ P. Gilli, précité, p. 581.

originale, les copies qui en sont faites sont susceptibles d'avoir subi des transformations diverses et variées. Il faut donc comparer l'ensemble des manuscrits dans les différentes versions disponibles ; enfin, les sources pouvaient avoir été interpolées, ce qui revient à dire que le contenu même devait être interrogé, puisqu'il pouvait avoir été modifié aussi bien par le copiste, que par l'autorité politique en place.

328. On mesure donc bien ici le renversement de perspective qui se produit, puisqu'un d'un texte révélé, au caractère mystique et socle d'une croyance, on passe à un texte désacralisé, potentiellement corrompu, et sur lequel il convient d'apporter une appréciation critique, aussi bien que sur son sens. Selon P. Gilli, « les bartolistes œuvraient dans un système apparemment clos dans lequel ils exerçaient leur sagacité à créer une sorte d'hypertexte avec des éléments disséminés dans un corpus donné. Les juristes humanistes découvrent qu'il n'y a pas un droit romain mais plusieurs, qu'il y a en outre un droit byzantin jusqu'alors soigneusement ignoré³⁰² et qui s'avère riche en matière de droit public [...]. Il n'est donc plus possible de se limiter aux sources léguées par les médiévaux. Il faut non seulement les amender, mais les amplifier »³⁰³. Imperceptiblement, on passe ainsi d'une raison du texte, qui contiendrait en lui-même toutes les réponses et solutions aux différents problèmes d'application du droit, à la raison du droit, c'est-à-dire à une appréhension extratextuelle qui s'enrichit de l'apport d'autres sciences et qui témoigne d'une attention plus poussée aux problèmes pratiques.

329. Parmi les principaux auteurs de ce renversement, on peut mentionner Guillaume Budé³⁰⁴, qui publie au début du XVI^e siècle un ouvrage majeur sous la forme d'annotations sur

³⁰² Pour une vision d'ensemble de droit, cf. Jean-Anselme Bernard Mortreuil, *Histoire du droit byzantin ou du droit romain dans l'empire d'orient, depuis la mort de Justinien jusqu'à la prise de Constantinople en 1453*, 3 Volumes, éd. Guilbert, Thorel, Paris, Vol 1 : 1843, Vol 2 : 1844, Vol 3 : 1847. Cette somme qui représente plus de 1500 pages sur la question ne mentionne le terme de consentement que 9 fois, et dans des usages parfaitement similaires à ce que nous avons évoqués jusqu'à présent : Le mariage-divorce (5 fois), la relation maître-esclave (2 fois), la question des procès où une partie est militaire (1 fois), et le consentement unanime du peuple (1 fois). Il n'est fait absolument aucune référence à la matière contractuelle, ce qui tend bien à montrer qu'à l'époque romaine, le consentement n'est pas tant un concept juridique qu'un postulat philosophique. V. aussi Charles-Edouard Zachariae, *Histoire du droit privé gréco-romain*, 1870, Paris, éd. Durand-Lauriel, qui concernant l'Epanagoge, texte majeur de droit byzantin, n'évoque pas davantage le consentement, en dehors du mariage, de la succession ou de l'usucapion. Idem in W. Hartmann, K. Pennington, *The History of Byzantine and Eastern - Canon Law to 1500*, Catholic University of America Press, 2012, 358 pages, qui n'en fait pas davantage mention concernant la matière contractuelle, du fait probablement que l'ouvrage ne traite que du droit canon.

³⁰³ P. Gilli, précité, p. 583. Dans le même sens, cf. Michel Villey, précité, p. 194.

³⁰⁴ Sur la personne de Guillaume Budé et l'importance de son œuvre, cf. par ex. S. Le Clech, *Guillaume Budé : l'humaniste et le prince*, 2008, éd. Riveneuve, 278 pages ; G. Gadoffre, J. Céard, *La révolution culturelle dans la France des humanistes : Guillaume Budé et François Ier*, 1997, éd. Droz, 353 pages.

les Pandectes, dans lequel il témoigne de cette nouvelle approche du texte, marquée par la convergence de disciplines diverses, caractéristiques de l'humanisme de cette époque. On peut citer également François Douaren, élève d'André Alciat, souvent présenté comme l'un des premiers représentants de ce courant, mais aussi Hugues Doneau, François Hotman, professeur de droit romain, André Tiraqueau, autant de noms illustres que l'histoire viendra ranger dans la catégorie des représentants de l'École Historique du droit, même si différents mouvements peuvent être perçus au sein de celle-ci³⁰⁵. Mais, c'est surtout Jacques Cujas qui marquera de la manière la plus forte l'histoire du droit, au travers de son analyse profonde et critique du *Corpus juris civilis*, qui se distingue tant par son érudition profonde, que par le souci qu'il porte à la dimension pratique³⁰⁶.

330. Cette brève présentation historique vise non pas à distinguer les différences d'approches et de perception entre chacun des auteurs évoqués, mais simplement à mettre en lumière la façon dont le droit romain, tombé en partie en désuétude dans le bas Moyen-Âge, va par la suite connaître une renaissance éclatante, mais en étant toujours exploité par un certain regard qui vise, dans un contexte historique signifiant, à lui permettre de dire quelque chose de particulier.

b / Une lecture orientée et subjective du droit romain à l'occasion de sa redécouverte

331. Ainsi, si l'on reprend les travaux des premiers glossateurs, qui mythifient en quelque sorte les textes du droit romain, ces derniers font nécessairement face à des contradictions inhérentes au texte, que nous avons déjà évoquées auparavant. Ainsi, comme le relève le professeur Lassard, c'est la glose qui permet dans un premier temps de trouver un sens au principe romain selon lequel *ex nudo pacto non oritur actio* (un pacte nu ne peut conférer d'action). Or, comment concilier cette idée avec le développement du consensualisme, particulièrement marqué à la fin de l'Empire ? C'est, selon lui, Azon qui « donna un début de

305 Sur ce point, cf. D. Alland, S. Rials, *Dictionnaire de la culture juridique*, éd. P.U.F., 2003, p. 795, Humanisme.

306 Sur ce point, cf. l'excellente thèse de X. Prévost, Jacques Cujas (1522-1590) *Le droit à l'épreuve de l'Humanisme*, Thèse de doctorat en droit (histoire du droit), A. Rousselet-Pimont et J.-L. Thireau (co-dir.), Université Paris 1-Panthéon Sorbonne, 2012, 2 Volumes, 571 pages et 197 pages.

réponse. Il déclare (Somme sur le Code, 2, 3) que les pactes sanctionnés par une action ont été « vêtus » : par la remise d'une chose, par la prononciation d'une formule solennelle, par la rédaction d'un écrit, etc. ; sans aborder toutefois le cas des contrats consensuels, qui paraissent contredire le principe initial. Accurse compléta l'explication aux alentours de 1230 : ils portent, dit-il, le plus léger des vêtements : le consentement (*Jurisgentium*, 1, 7, Digeste, 2, 14, Glose, §5)³⁰⁷.

332. Cette formule est d'importance, puisqu'elle vient justifier en quelque sorte la possibilité même du consensualisme. Néanmoins, au-delà de cette qualité, force est de constater qu'elle n'est en réalité que l'interprétation qu'en fait un juriste des centaines d'années plus tard. Elle est donc à considérer comme une interprétation possible, mais non comme le seul sens envisageable. On mesure ici à quel point les reproches des postglossateurs ont une assise bien ferme : la contradiction à l'intérieur du texte du Digeste est ici récusée et remplacée par une affirmation qui vise à maintenir l'unité du texte. C'est ici faire peu de cas du fait que le consensualisme en droit romain s'est toujours développé comme une exception au formalisme dominant et non simplement comme le seul modèle existant. Ainsi, comme on l'a vu, il n'est spécifiquement mentionné que pour quatre contrats nommés spécifiques, et n'est donc pas d'applicabilité générale, du moins dans un premier temps, même si le consentement en tant que postulat philosophique est bien, lui, présent dans toutes les occasions ou presque.

333. Cette idée est confirmée dans les travaux de Daremberg et Saglio, puisque dans l'entrée *Pactum* de leur dictionnaire, il est bien mentionné que « le droit romain en effet, imprégné, surtout à l'origine, d'un formalisme rigoureux, estimant que le consentement qui n'est ni revêtu d'une forme solennelle, ni accompagné de quelque acte matériel, ne présente pas un caractère suffisant de certitude, refuse, en principe, tout effet obligatoire au simple pacte ou pacte nu, *pactum nudum* »³⁰⁸. Et, par la suite, malgré l'émergence des contrats consensuels et l'imprégnation consensualiste des pactes additionnels adjoints à un contrat, les auteurs

³⁰⁷ Y. Lassard, précité, p. 58. Il est à noter que selon un autre auteur, « les glossateurs connaissent et reçoivent les contrats *consensus* [...]. Mais le *consensus* qu'ils connaissent est celui du droit justinien devenu un contrat formel, en opposition au contrat *consensus* primitif, semble-t-il vraiment consensuel », in Ernest Caparros, « Le consentement est-il considéré comme un mineur ? », *Les Cahiers de droit*, vol. 6, n°2, 1965, p. 38-60, p. 42. cf. également Ourliac et de Malafosse, précité : « Accurse explique que le consentement est lui-même un vêtement ; mais tandis que les pactes sont de leur nature frileux, la vente ou le mandat sont « gras et chauds par leur nature et un rien suffit à les habiller », p. 71.

³⁰⁸ Ch. Daremberg et E. Saglio, précité, tome 1, *Pactum*, p. 265.

déclarent pourtant que « malgré ces restrictions, l'ancienne règle subsistait toujours, mais, à l'époque de Cicéron, elle avait cessé de répondre aux idées romaines élargies [...] ». L'idée est donc bien que loin de remplacer le principe du formalisme comme le prétend Accurse, les contrats consensuels constituent une innovation d'apparition plus récente au regard de l'histoire que les règles de l'ancien droit civil³⁰⁹. Il faut ici rappeler que cette interprétation d'Accurse est d'une particulière importance, en ce qu'il s'agit de redécouvrir le droit romain. Il n'y a donc pas, à l'époque, d'opinions contradictoires sur ce thème. De plus, la période précédente a été marquée par un abandon du consensualisme. Aussi, ce qui va être dit ici va valoir en tant que base et explication théorique du consentement dans l'ordre juridique.

334. Or, du fait même que la glose fonctionne sur un principe itératif, les exégètes s'inscrivant ainsi dans la droite ligne de l'opinion déjà développée avant eux, il suffit de l'affirmation d'un tel principe une fois, par un auteur appelé à demeurer une référence dans la suite, pour que celle-ci soit établie pour les siècles qui suivent. Il y a fort à penser que c'est ce qu'il s'est produit ici, de manière analogue à ce que l'on a pu observer dans l'interprétation que les Romains ont faite à la fois du stoïcisme, mais aussi du droit attique³¹⁰. Dès lors, par le jeu d'une seule position doctrinale, c'est potentiellement l'histoire du droit qui est transformée. De fait, il paraît nécessaire d'adopter une posture critique, au sens scientifique, à l'égard des interprétations ainsi développées³¹¹.

335. Que dire alors de l'interprétation proposée par ceux qui suivirent et particulièrement Bartole ? Le professeur Lassard relève que « Bartole chercha dans l'arsenal des lois romaines des solutions aux problèmes d'interprétation que soulevaient à cette époque les lois municipales italiennes. En droit, privé, les bartolistes s'intéressèrent notamment à la question de la liberté du consentement, afin de protéger les personnes dont l'ignorance est présumée (femmes, mineurs, soldats, ruraux, etc.), leur octroyant le bénéfice de restitution. Ils accordent la liberté contractuelle aux marchands, et restent fidèles au droit romain classique dans les

³⁰⁹ Daremberg et Saglio notent ainsi : « La prêteur, pour être logique, aurait dû aller plus loin et proclamer la force obligatoire des pactes d'une manière absolue, en les munissant d'une action aussi bien que d'une exception. Mais il n'osa pas heurter aussi directement les vieux principes du droit civil », in Ch. Daremberg et E. Saglio, *ibid.*

³¹⁰ Sur ce point, cf. *supra*. Partie I, Titre I, Chapitre I, Section 1 et 2.

³¹¹ On pense ici à la formule lumineuse d'Esmein, qui évoque à ce titre une interprétation « fausse mais féconde du droit romain », in A. Esmein, *précité*, p. 34. Pour un exemple de travestissement d'une formule latine par interprétations successives, cf. *infra*. Loysel et le distique d'Accurse.

rapports individuels »³¹². Ceci est tout particulièrement intéressant pour notre étude, puisqu'une telle affirmation démontre que la recherche ainsi effectuée par Bartole et ses épigones ne vise pas à un simple impératif de connaissance, mais davantage à procurer des solutions dans un contexte spécifique³¹³. Dès lors, à la base même de l'enquête philologique, réside déjà une orientation qui ne peut que colorer, à sa suite, les découvertes ainsi produites. On va donc observer désormais quelles conséquences cela produit sur le consentement.

B / L'importance du consentement et de l'intentionnalité dans le droit romano-canonique

336. C'est aux canonistes que l'on doit la théorie de la cause, qui constitue un point d'entrée formidable pour la question de l'appréciation de la subjectivité, en ce qu'elle touche aux ressorts intimes qui poussent à inscrire son agir sous l'égide du droit (1). De ce point de vue, la question du serment joue un rôle tout à fait essentiel dans la modélisation du consentement (2). Toutefois, l'accès ainsi conçu à la subjectivité ne vise pas tant à permettre l'expression de cette dernière, qu'à pouvoir en faire un objet de sanctions (3).

1 / Consentement, subjectivité et théorie de la cause dans la glose

337. En étudiant, même de façon superficielle, la reprise par les glossateurs de la théorie romaine de la cause, on observe à quel point celle-ci s'effectue afin de répondre aux besoins nés des échanges économiques de l'époque (a). Dès lors, il n'est pas étonnant de constater que cette relecture au Moyen-Âge ne se fera pas sans une transformation du concept d'origine romaine (b).

a / Théorie de la cause et liberté contractuelle : la destination économique du consentement

338. Un thème déjà évoqué à l'occasion de l'examen des principales dispositions du droit romain va se manifester à nouveau. Faut-il y voir une volonté de prise en compte accrue de la

³¹² Y. Lassard, précité, p. 59.

³¹³ C'est en ce sens que l'on retrouve chez Bartole la formule d'Accurse concernant les contrats consensus : « le consensus est un vêtement très léger, mais comme le contrat est chaud et gras, il en a assez avec ce vêtement léger », Bartole, *Ad Lib secundum digestum*, 12, cité in E. Caparros, précité, p. 42.

subjectivité inhérente à un quelconque contractant ? La réponse est délicate, puisqu'elle suppose de pouvoir déterminer le motif, l'intention de ces auteurs, ces derniers n'étant pas en mesure de répondre et d'apporter un démenti. On peut toutefois, à notre sens, envisager deux hypothèses principales, non nécessairement contradictoires. La première consiste à dire que c'est bien à raison de ce qui est perçu comme une faiblesse particulière des catégories d'individus visés, que les bartolistes entendent leur permettre de bénéficier d'une protection particulière. Ce serait donc une attention plus grande portée à la subjectivité, ici caractérisée par une défaillance supposée au regard de la norme, qui justifierait ce régime dérogatoire.

339. La seconde, elle, est profondément différente. Même s'il faut prendre garde à ne pas juger trop sévèrement une époque avec les catégories de pensée d'une autre, un problème demeure. Ainsi, on peut remarquer que ce qui est visé n'est pas tant une femme, un soldat, un rural, dans sa singularité irréductible, mais plutôt le contenant dont le signifiant figure le nom. En somme, il est ici moins question d'individualisation, ou de subjectivation, que de catégorisation. Car le droit romain ne s'embarrasse guère de savoir si au sein de l'ensemble femme, soldat, mineur, etc., il peut ou non exister des différences d'appréciation, de degrés, de connaissances, de telle sorte qu'une femme pourrait être bien plus à même de consentir valablement qu'un citoyen mâle dont on présume qu'il possède toutes les qualités nécessaires, sans jamais véritablement les rechercher. La subjectivité du contractant est alors dissoute dans la catégorie dans laquelle il est assigné et qui l'homogénéise, pour le rendre semblable à chacun des éléments de cet ensemble juridiquement constitué. Cette logique n'est pas spécialement surprenante, en ce qu'elle s'observe quasiment à l'identique à notre époque, où le droit ne cesse de créer des catégories diverses, qui octroient certes certains avantages, mais qui participent également d'une forme d'assignation, au moins symbolique, à une définition normative.

340. De ce point de vue, la référence à la liberté contractuelle accordée aux marchands fonctionne également en ce sens, et préfigure d'une certaine façon la grande division actuelle commerçant/ non-commerçant. Les premiers sont présumés savoir, de manière particulièrement précise, les vicissitudes du commerce, et ainsi ne pas bénéficier d'une quelconque protection dont on rappelle qu'elle est systématiquement adossée à l'ignorance³¹⁴.

³¹⁴ Dans le cas des femmes, la question est plus complexe, puisqu'il est souvent fait référence à « une faiblesse

Est ainsi abolie toute perception individualisante permettant de distinguer, au sein de cette catégorie des marchands, les degrés d'ignorance divers. L'éloignement d'avec la thématique de la subjectivité semble donc se confirmer.

341. Cette précision sur la liberté contractuelle est d'autant plus pertinente qu'elle permet de mettre en lumière un point qui ne cesse de revenir dans cette appréhension historique du terme du consentement. On fait ici référence au lien particulièrement étroit, si ce n'est à l'intrication, entre ce dernier et le commerce. C'est par lui qu'il apparaît et c'est grâce à lui qu'il demeure, sous une forme ou une autre³¹⁵. Aussi, ce dont il est question au travers du vocable « liberté contractuelle », c'est la possibilité de conclure des contrats consensuels et de leur donner un contenu qu'ils sont libres de déterminer. Toutefois, il s'agit une fois encore de demeurer dans « le cadre des opérations économiques définies par le droit »³¹⁶. Aussi, c'est bien dans le commerce que le consentement fait valoir sa puissance et a son terrain d'élection. Dès lors, il paraît délicat de considérer qu'il s'agit ici d'une prise en compte particulière de la subjectivité, sauf à considérer que cette dernière s'épuise dans l'échange marchand. De manière analogue, le professeur Barmann relève que le problème provoqué par la valeur juridique du pacte nu, et donc du contrat consensuel, tient également à ce que « cette forme solennelle est devenue étrangère à la pensée économique et culturelle du Moyen-Âge »³¹⁷. De la même façon, et afin d'éviter les problèmes posés par le caractère solennel de la *stipulatio* dans le droit romain, les glossateurs ont donné une importance non négligeable à la théorie de la cause, allant jusqu'à dire que c'était la cause de la *stipulatio* qui déterminait son existence, et non sa forme. Ceci revenait à faire de la forme un simple argument probatoire.

342. Cette idée va être généralisée à l'égard des pactes nus, et de l'absence de sanction de ceux-ci lorsque le droit romain était interprété de manière trop stricte. Ainsi, des voix s'élèvent

inhérente au sexe ». À d'autres endroits, il est fait mention d'une forme d'intempérance sentimentale, ou de versatilité des émotions. Mais, ces affirmations ne sont en rien incompatibles avec le fait de poser comme hypothèse que, dans la pensée juridique romaine et bien au-delà, ce qui est pointé est bien le fait que la femme ne serait pas capable de savoir ce qu'il faut faire, ce qui est bon pour elle, en raison même des défauts qu'on lui accole.

³¹⁵ On pourrait objecter à cela que le consentement existe aussi dans le cadre du mariage, mais c'est oublier bien vite qu'initialement le consentement n'est absolument pas présent dans le mariage, et que ce dernier vise avant tout à assurer une forme de commerce juridique de femmes entre hommes. Si la vente est le propre du commerce, alors le mariage dans ses débuts en constitue une manifestation éclatante, puisqu'il s'agit de vendre une femme contre certains avantages, matériels ou non.

³¹⁶ P. Ourliac, J. De Malafosse, *Histoire du droit privé, Tome I*, P.U.F., 1957, p. 126.

³¹⁷ J. Barmann, précité, p. 33. Dans le même sens, cf. P. Ourliac, J. De Malafosse, précité, p. 91.

contre cet état, qui sont tant le fait de l'Église et du droit canon, que « des tribunaux de commerce des marchands de l'Italie du Nord [...], mais plus encore des juristes français de l'époque ; notamment ces derniers déduisaient du « *Corpus juris* » lui-même que les pactes nus n'existaient pas ; ils en trouvaient une justification dans la notion de cause »³¹⁸.

On retrouve donc ici aussi bien l'élément tenant au commerce, qui fait office à chaque fois de premier moteur dans le mouvement du droit touchant au consentement, mais aussi la cause, qui va apparaître comme un moyen de lever une partie des problèmes posés par le consentement, au moins lorsqu'il est appréhendé dans un sens psychologique. C'est également en ce sens que l'on peut observer que le consentement constitue ici aussi comme un point d'accès à une autre notion, il est comme une étape qui permet la formalisation d'un autre concept, mais il n'est pas recherché véritablement en tant que tel, dans sa définition ou ses caractéristiques intrinsèques.

b / Une transformation de la conception romaine de la cause du contrat

343. Aussi, pour faire face à ces difficultés d'interprétation du droit romain, les glossateurs vont se saisir de la notion de cause, mais pour progressivement la transformer, surtout à partir de l'époque de Bartole. En effet, ce dernier « ne comprend plus sous le concept de cause dans le droit des contrats le simple *vestmentum* de la prestation, comme c'était le cas encore dans la glose d'Accurse »³¹⁹. On l'a vu, en droit romain, la cause s'entend en réalité de la catégorie dans laquelle ranger l'opération juridique et absolument pas comme une recherche des motifs ou de l'intention des parties. Puis, le besoin émerge d'introduire au sein du droit des obligations une différence, d'origine scolastique, entre d'un côté, la cause finale, et de l'autre, la cause impulsive, ce que feront Balde et Bartole. Ceci aboutit alors à ce que l'on comprenne « dans la théorie de la cause toutes les obligations contractuelles. [...]. La notion de cause transmise par les glossateurs (équivalent au *negotium antecedens*) devient trop étroite ». Dès lors, il s'agit à partir d'un même terme, que l'on prétend rattacher au droit, de donner une signification nouvelle, mais sans pour autant s'interroger véritablement sur la possibilité même de demeurer au sein d'un système juridique dont on a changé le sens de ses éléments les plus déterminants. C'est en ce sens que l'on mesure à quel point, derrière l'idée de la glose et du

³¹⁸ J. Barmann, précité, p. 34.

³¹⁹ J. Barmann, *ibid.*

commentaire, se cache en réalité un pouvoir créateur toujours à l'œuvre, même s'il ne se présente pas nécessairement sous cette forme.

344. Enfin, c'est grâce au recours au droit naturel et à l'observation de la parole donnée, que l'on va pouvoir définitivement ancrer le caractère générateur d'obligation du pacte nu, et donc de l'engagement purement consensuel, puisque c'est bien le respect de la parole qu'il s'agit de garantir. Mais ce faisant, on observe qu'une fois encore, ce n'est pas le consentement qui est visé, c'est-à-dire la capacité à engager positivement son désir et sa volonté dans les formes du droit, mais simplement le pouvoir mystique accordé à la parole et au devoir. Aussi, le consentement est une fois encore au carrefour de différentes notions dont il constitue l'équivalent d'une antichambre, mais qui n'est pas observé en tant que tel.

345. À côté de ce mouvement de redécouverte du droit romain, d'autres influences se font jour, telle par exemple l'importance du droit coutumier³²⁰, mais aussi la pénétration de la morale d'inspiration chrétienne au sein de la théorie juridique. Or, derrière celle-ci réside bien l'idée d'une forme de rectitude morale et d'engagement par la seule parole qui permet effectivement de donner ses lettres de noblesse au contrat *solo consensu*. Pour reprendre MM. Ourliac et de Malafosse : « la pratique ne sépare jamais la foi promise de la bonne foi ; celle-ci suppose que le consentement soit valable, que les parties s'abstiennent de toute trahison, de toute violence, de toute malhonnêteté, de toute fraude ; mais aussi qu'il soit vraisemblable et raisonnable ; enfin que le contrat ne heurte ni le droit divin, ni les bonnes mœurs, ni même le « commun profit »³²¹.

Ainsi, on observe, déjà chez Belleperche, l'idée qu'une obligation puisse naître d'un pacte nu, puisqu'une telle solution serait conforme à la raison naturelle qui impose de respecter les pactes. Ce principe sera repris par la suite par les Bartolistes et même par Pothier³²². Reste alors à envisager la manière dont le droit canonique se saisit du consentement.

³²⁰ Sur ce point, cf. P. Ourliac, J. De Malafosse, précité, p. 80-84.

³²¹ P. Ourliac, J. De Malafosse, précité, p. 82.

³²² P. Ourliac, J. De Malafosse, précité, p. 86.

2 / L'influence de la pensée chrétienne sur la forme du consentement juridique : l'exemple du serment

346. Il convient désormais de s'intéresser à l'influence exercée par le droit canonique. Ainsi, selon le professeur Caparros, « c'est vraiment chez les canonistes que le consensualisme prend son plein essor »³²³. On pourrait penser, de prime abord, qu'en raison du lien traditionnel dans le dogme catholique entre la parole et le serment, celui-ci constituerait un point d'entrée aisé du consentement au sein de la théorie des obligations. Mais, c'est justement du fait de l'importance du serment³²⁴ que l'Église interdira jusqu'au XI^e siècle la pratique de celui-ci, du fait qu'un chrétien doit toujours respecter sa parole. Il doit en effet viser par celle-ci à la vérité, et ce indépendamment d'un quelconque serment qui viendrait consacrer de manière particulière cette activité.

Cette idée est explicitement affirmée chez dans le Décret de Gratien, de 1140, qui souligne qu'il ne saurait y avoir de différence entre une parole et un serment, puisque tous deux doivent être emprunts de vérité, ce qui aboutit à considérer que la simple promesse vaut autant que le serment³²⁵. De même, Hugocio, célèbre canoniste, condamne le formalisme, en indiquant que la solennité n'est qu'un signe et que la promesse vaut par elle-même³²⁶. Cette solution sera reprise par la suite dans les principaux textes canoniques qui formeront le *Corpus Juris Canonici absolutiss*. De la même façon, Saint-Thomas se prononcera en faveur du caractère obligatoire de la promesse, à la condition que celle-ci ne soit pas illicite et qu'il n'y

³²³ E. Caparros, *Le consentement...*, précité, p. 50.

³²⁴ Évangile selon Matthieu, Chapitre 5, : « Mais moi, je vous dis de ne jurer aucunement, ni par le ciel parce que c'est le trône de Dieu (34), ni par la terre, parce que c'est son marchepied ; ni par Jérusalem, parce que c'est la ville du grand roi. (35) Ne jure pas non plus par ta tête, car tu ne peux rendre blanc ou noir un seul cheveu (36). Que votre parole soit oui, oui, non, non ; ce qu'on y ajoute vient du malin (37). » ; Pour une vision d'ensemble sur la construction du serment dans le droit canonique, cf. C. Leveleux-Teixeira, « La construction canonique du serment aux XIIe-XIIIe siècles – de l'interdit à la norme », *Comptes-rendus des séances de l'Académie des Inscriptions et Belles-Lettres*, 2007, vol. 151, pp. 821-844 ; « Serment et constitution dans la doctrine canonique médiévale », dans M. Ganzin (dir.), *Actes du colloque de l'A.F.H.I.P. tenu à Bastia en sept. 2000 sur La constitution*, Aix-en-Provence, 2001, p. 43-63 ; « Parole jurée et construction du lien social. Le droit savant médiéval et l'émergence d'une institutionalité du serment (XIIe-XIIIe s.) », in G. Bigot (dir.), *Études à la mémoire du Professeur François Burdeau*, 2008, p. 315-332.

³²⁵ Il est à noter que le Décret de Gratien déclare spécifiquement que le serment n'est pas un péché, ce qui ne ferme pas totalement les possibilités de son utilisation. cf. *Decretum Gratiani*, 2e partie, Cause Xxii, question 5.

³²⁶ P. Ourliac, J. De Malafosse, précité, p. 87.

ait pas de changement dans l'environnement économique d'exécution de cette dernière³²⁷. De même, selon le professeur Lassard, l'Église adoucira au cours du XII^e et XIII^e siècle sa position, « pour faciliter la recherche de l'intention réelle des parties. Le droit canonique construit alors une théorie très développée du serment qui s'imposa ensuite à la jurisprudence séculière »³²⁸.

347. La question du serment est absolument essentielle pour notre propos, puisqu'elle implique, de manière ontologique dans la théologie chrétienne, qu'une attention précise et soutenue soit portée à l'égard de ce qui constitue l'objet du serment et de la volonté. Il est véritablement le point d'accès à une forme d'intimité psychique des sujets et manifeste ainsi sa cohérence avec d'autres dispositifs tels par exemple la confession.

En effet, celui-ci a ceci de particulier que, dans la pensée des canonistes, il n'engage pas tant un individu par rapport à un autre, que le premier individu par rapport à Dieu. Or, ce dernier est à même de sonder les âmes et les motivations profondes qui président au serment. De fait, s'y adonner par une intention pécheresse, c'est en quelque sorte fauter deux fois : la première pour avoir eu cette intention et la seconde pour y avoir associé Dieu. Aussi, il est impératif, pour la rectitude morale des sujets, d'accorder une importance fondamentale à leur motivation et but.

348. C'est ce lien très particulier entre l'individu et Dieu, que le serment établit, qui permet d'expliquer que son respect « doit toujours prévaloir sur la pure technique du droit : le serment peut tenir en échec les règles concernant la validité des contrats », et « peut tenir en échec toutes les règles romaines [..]. Innocent III affirmera en 1210 qu'un serment doit être respecté même au mépris d'une règle romaine »³²⁹. Bien sûr, il ne faut pas être dupe, et remarquer que cette appréhension nouvelle de l'engagement n'est pas le seul fait d'une volonté désintéressé de la partie de l'institution ecclésiastique. Elle lui permet en effet d'étendre d'autant son Magistère

³²⁷ J. Barmann, précité, p. 36 : « Il est certain que la violation de la promesse donnée était considérée par la doctrine canonique comme un mensonge et un péché. Beaucoup plus tard, Thomas d'Aquin l'exprime en ces mots : « *Mendacium est, si quis non impleat, quod promisit* ». D'après lui, toute convention fait naître au moins une obligation de droit naturel. S'il ne s'agit pas d'obligation civile, cela provient de la versatilité de la volonté humaine ».

³²⁸ Y. Lassard, précité, p. 63. cf. E. Caparros, précité, qui évoque la découverte par Penafort du canon Antigonus, qui déclare « *pax servetur, pacta custodiantur* », p. 50. Dans le même sens, cf. J. Barmann, précité, p. 36.

³²⁹ P. Ourliac, J. De Malafosse, précité, p. 88 ; dans le même sens, Y. Lassard, précité, p. 64.

et de s'opposer au pouvoir temporel³³⁰. Il n'en reste pas moins que ceci a pour effet de déplacer l'angle de vision en direction de la volonté des contractants. Cette appréhension n'est pas sans lien avec la pensée de l'époque, et particulièrement l'influence considérable de Thomas d'Aquin, par lequel on va faire retour à la pensée aristotélicienne et ainsi redéfinir profondément la conception du libre-arbitre.³³¹ Ce que l'on peut toutefois déjà évoquer ici, c'est que la volonté est, dans cette perspective, systématiquement associée avec l'idée de rationalité, qui constitue déjà un choix méthodologique qu'il conviendrait d'apprécier de manière critique, tant une telle position participe d'une amputation du concept de volonté.

349. Selon Ourliac et de Malafosse³³², on peut néanmoins résumer sous trois grands traits l'apport du droit canonique au contrat : dans un premier temps, le respect de la promesse, « mais aussi la liberté nécessaire au contrat qui disparaît quand la volonté est contrainte ou viciée », la raison « qui justifie l'acte par son but » et débouche ainsi sur une théorie de la cause et sur la prise en compte des circonstances d'exécution de la promesse ; enfin, la morale « qui permet de scruter l'intention des contractants, dans son but et dans son objet, mais qui concerne aussi l'exécution du contrat.[...]. L'exécution de la promesse ne peut mettre en péril l'âme du promettant ».

350. C'est bien cet ensemble de principes qui va achever d'inscrire de manière durable, au sein du droit des obligations, la notion de cause dont a vu qu'elle était d'inspiration relativement récente et en tout cas fort peu systématisée à l'époque romaine. C'est elle qui va permettre que soit examinée la licéité de l'engagement, au travers des motifs qui poussent à vouloir contracter, puisque l'on ne saurait être tenu, par exemple, de respecter une promesse qui attente aux valeurs de la religion. Selon le professeur Lassard, « pour qu'une promesse soit valable, disent les canonistes, il faut un but méritant une protection juridique. [...]. Les canonistes ont introduit la notion de cause là même où elle était demeurée ignorée en droit romain : dans les contrats synallagmatiques »³³³.

³³⁰ Dont le pouvoir judiciaire, puisque seul l'Église est à même de se prononcer sur le serment. Sur ce point, cf. Y. Lassard, *ibid.*

³³¹ Sur la question du libre-arbitre, en lien avec le consentement, cf. *infra*. Partie I, Titre II, Chapitre II.

³³² P. Ourliac, J. De Malafosse, précité, p. 89.

³³³ Y. Lassard, précité, p. 63.

351. Mais, après avoir relevé tous ces éléments qui semblent manifester une attention particulière à l'égard du for intérieur et de la subjectivité, peut-on pour autant conclure que c'est bien de cela dont il s'agit et que tout ceci est rendu possible grâce au consentement ? Il nous semble tout à fait permis d'en douter, et ce pour plusieurs raisons.

La première tient au fait qu'une telle affirmation reviendrait à poser comme équivalent la volonté et le consentement, ce qui à notre sens n'est pas possible, sauf si justement on se met à considérer le consentement comme un pur synonyme de l'accord. Or, c'est l'ambition de ce travail que d'essayer d'établir qu'il n'en est pas ainsi.

Ensuite, il semble clair que sous couvert d'un changement de vocable, des digues similaires subsistent qui visent à contrôler la volonté elle-même. Ainsi, selon M. Caparros, le consentement est laissé à son état de mineur : « Le consentement, bien sûr, est le seul élément constitutif des obligations, mais il ne faut pas oublier le commentaire que la glose faisait : si on a l'obligation de respecter les engagements, c'est parce qu'on a, avant tout, l'obligation d'être sincère, de dire vrai, et cela sur une base religieuse, sur une base morale »³³⁴. Encore fois, le consentement n'est pas considéré en tant que tel, mais plutôt en ce qu'il permet d'atteindre plus ou moins directement un autre concept. On retrouve parfaitement cette idée chez M. Barmann, lorsqu'il dit : « La question de savoir si le dogme de la volonté libre, du respect le plus haut à accorder à la volonté humaine en tant que source unique des effets juridiques des pactes nus, doit être exprimé reste parfaitement douteuse ». Puis il poursuit : « La volonté réelle exprimée n'a au début que peu d'importance juridique. Elle doit, aujourd'hui encore, être conforme au moins à certaines conditions sociologiques. [...] ; mais il faut assurément admettre, comme Fedele, que le droit canon n'a pas pris pour base le principe du consentement comme source créatrice d'obligations, mais qu'il voulait bien plus développer exclusivement la théorie du péché parallèlement à ce principe et indépendamment de lui »³³⁵.

Aussi, ce qu'on croyait être une affirmation du consentement n'est en réalité que le moyen qu'utilise le droit canonique pour parvenir à un autre objectif, à savoir une forme judiciairisée de sotériologie.

³³⁴ E. Caparros, précité, p. 51.

³³⁵ J. Barmann, précité, p. 39. Dans le même sens, cf. P. Ourliac, J. De Malafosse, p. 111 : Le respect de la volonté n'apparaît pas encore comme une fin en soi ; il est techniquement un moyen de satisfaire les besoins ou les désirs des individus ; [...] le respect des promesses n'est jamais justifié par l'idée que la volonté est une source de droit, mais par l'idée supérieure de bien commun ou de bonne foi ».

3 / Rôle et présence du consentement au sein du droit canon : une subjectivité enjeu de pouvoir

352. Si l'on se penche alors sur quelques ouvrages de droit canon, les idées développées plus avant prennent ainsi tout leur sens. Ainsi, le *Cours alphabétique et méthode de droit canon*, de l'Abbé Michel André, dispose d'une entrée consentement, dans laquelle il est indiqué : « voy. Ci-dessus consens et le mot acceptation »³³⁶. Or, consens renvoie à une forme de formalité écrite, tandis qu'acceptation est définie comme « l'acte par lequel quelqu'un accepte et agrée quelque chose »³³⁷. S'ensuivent de brefs développements sur trois différents types d'acceptation, dans le cas d'un bénéfice, dans le cas d'une élection et enfin s'agissant d'une donation. Nulle mention n'est faite du consentement, ou de la recherche d'une volonté à cet endroit. Le terme apparaît à de multiples reprises au sein de l'ouvrage, mais sans jamais être rattaché spécifiquement à une forme d'obligation. Il est un simple synonyme de l'accord et rien de plus. La même situation s'observe dans l'ouvrage de Jean-François Marie Lequeux, *Histoire du droit canon*, dans lequel le terme de consentement est utilisé 15 fois, mais toujours comme un synonyme de l'accord (du Prince, du Pape, du Souverain, etc.), et sans mention particulière de la volonté sauf pour caractériser le droit privé et les « lois qui régissent les rapports entre les particuliers, non-seulement en tant que ces rapports découlent de la nature des choses, mais en tant qu'ils ont été établis par la volonté positive des hommes »³³⁸, ce qui revient à dire que la volonté est bien distincte du consentement.

353. Une théorisation plus développée est proposée dans un ouvrage de Dantoine, dans lequel ce dernier examine la règle selon laquelle « celui qui a donné son consentement à une affaire, dont il était bien instruit, ne peut pas se plaindre, qu'on l'ait trompé, ni qu'on lui ait fait injustice »³³⁹, mais également semble-t-il une sorte d'ébauche d'acceptation par consentement tacite³⁴⁰, et enfin la possibilité de revenir sur son engagement³⁴¹. Toutefois, le consentement

³³⁶ Abbé André, *Cours alphabétique et méthodique de droit canon, mis en rapport avec le droit ecclésiastique ancien et moderne*, Tome Premier, éd. Ateliers catholiques du Petit-Montrouge, 1844, p. 816.

³³⁷ Abbé André, précité, p. 70.

³³⁸ J.-F.-M. Lequeux, *Histoire du droit canon*, 3e éd, Paris, Leroux et Jouby, 1851, p. 547.

³³⁹ J.B. Dantoine, *Les règles du droit canon*, Bruxelles, Stryckwant, 1742, p. 168 et s.

³⁴⁰ J.B. Dantoine, précité, p. 248 et s.

dont il est ici question apparaît davantage comme un substitut à l'accord, que comme un consentement soucieux de la subjectivité. En effet, le consentement s'entend dans ce texte « d'un concours de volontés uniformes de la part de deux ou de plusieurs personnes, qui dans la même affaire veulent la même chose : *consensus est duorum vel plurium placitum ad idem*, doit être présumé parfait, lorsqu'il a été donné volontairement, et avec connaissance de cause »³⁴². On a déjà ici tous les éléments modernes du consentement, à savoir l'insistance sur la connaissance et la focalisation sur l'objet du contrat, mais tous les éléments se rapportant à l'intime du consentement disparaissent. Ceci est tout à fait confirmé à l'occasion de l'examen de la règle XXXIII qui concerne le fait de pouvoir ou non changer de volonté en matière contractuelle et pour laquelle il est spécifiquement fait mention du fait que « [...] l'une des parties ne peut pas se désister dans le consentement de l'autre dès lors qu'ils ont reçu leur perfection. Mais tant que les choses sont en leur entier, c'est-à-dire, que l'obligation est imparfaite, il est permis à l'une des parties d'en revenir malgré l'autre ; jusque-là, ce ne sont que des projets, qui ne produisent aucun engagement »³⁴³.

354. Aussi, il ne semble pas possible, en l'état, de considérer que la conception apparemment renouvelée du consentement qui caractérise le droit romano-canonique de la fin du Moyen-Âge corresponde de manière pleinement satisfaisante à l'idée du consentement comme sentir-avec. Ainsi, une forme d'attention est portée à la subjectivité, au travers de ce qui constitue l'intention dominante qui préside à la conclusion de l'acte juridique considéré. Néanmoins, celle-ci n'est perçue que dans le cadre de bornes qui visent à l'orienter dans un sens déterminé, qui permettent de l'apprécier au regard de la duologie licite/ illicite. C'est en ce sens que l'on retrouve une idée fondamentale de la pensée nietzschéenne qui rejoint l'un des points les plus archaïques du consentement : c'est bien parce que ce dernier est le support de la liberté, qu'il va justement pouvoir être utilisé pour la limiter, et surtout, pour la sanctionner. En fait, la liberté ainsi construite n'existe qu'en tant qu'elle permet de désigner un coupable par la comparaison entre l'acte envisagé et la norme qui fait office d'idéal du bien. Or, la norme d'appréciation est posée comme absolument extérieure au sujet, de telle sorte qu'elle est bien la même pour tous, quelle que soit la situation qui est prétexte à cet examen. Ce faisant, de manière parfaitement identique au *bonus pater familias*, est ainsi créer un *bonum christianum*,

³⁴¹ J.B. Dantoine, précité, p. 206 et s.

³⁴² J.B. Dantoine, précité, p. 168.

³⁴³ J.B. Dantoine, précité, p. 208.

qui deviendra la figure d'appréciation de l'ensemble des comportements à juger. Celui-ci est tout aussi désincarné et flotte dans l'éther d'une existence que d'autres lui font vivre, à défaut de l'expérimenter par lui-même.

355. Au point de départ de cette recherche, nous avons donc observé le lieu de naissance du consentement dans l'antiquité grecque et latine. Son statut à l'époque reste relativement incertain, puisque la doctrine discute encore du point de savoir l'importance du consensualisme dans l'ensemble de ces deux régimes juridiques. Toutefois, aussi bien dans le régime grec que romain, on peut apercevoir de manière évidente qu'on ne trouve pas de définition à proprement parler du consentement, qui nous permettrait de dire de manière définitive ce dont il retourne.

Néanmoins, un point important s'impose à la lecture de ces règles : le consentement est utilisé de façon différente suivant les époques et les droits considérés. Ainsi, il tend à désigner parfois le processus qui mène à la conclusion du contrat, et dans d'autres cas, la réunion des volontés qui forment le contrat. Mais, ce qui est absolument déterminant pour notre étude est le fait qu'il ne se confond pas avec le contrat lui-même et l'opération économique en cause. C'est en ce sens que par son entremise, on peut comprendre que l'opposition entre le formalisme et le consensualisme est bien davantage une question de degré, qu'une opposition de principe.

356. Plus précisément, et le droit franc le montre bien puisqu'il est directement récepteur d'une partie de la règle romaine, le consentement n'est pas tant un principe juridique qu'un principe philosophique support du contrat. En somme, une manière d'intégrer à la fois la question de la liberté et du vouloir individuel dans un contenant juridique, tout en l'excédant sensiblement.

357. Mais, c'est véritablement par l'entremise de la glose et du droit romano-canonique, que l'on va pouvoir saisir à quel point le consentement est proche, dans sa détermination, de la subjectivité. Ainsi, avec l'édification de la théorie de la cause et la frontière entre le droit et la morale qui devient poreuse, la règle juridique semble sortir de son lit, et embrasser davantage que les seules opérations économiques, du moins sur le plan des principes. Néanmoins, cette perception reste encore tributaire d'un ensemble de règles qui visent à permettre non pas la subjectivité dans son unicité, c'est-à-dire l'affirmation d'une pluralité d'unités singulières, mais plutôt à normer l'individu pour qu'il ne subsiste, au final, qu'une subjectivité qui est, elle, intégralement conforme au dogme.

La sortie du Moyen-Âge peut-elle nous laisser espérer un changement de paradigme ? C'est ce que nous allons avoir dès maintenant.

CHAPITRE II : INSCRIPTION DU CONSENTEMENT DANS L'HISTOIRE DE LA PENSÉE JURIDIQUE

358. À mi-parcours de cette approche historique du concept de consentement et de la prise en compte de la subjectivité qui l'accompagne, ce dernier est apparu comme concept juridique, mais également comme voie d'accès à un au-delà de la seule question juridique, soit qu'il constitue une façon d'accéder directement au sujet concret afin de le moraliser, comme dans l'hypothèse romano-canonique, soit comme un principe permettant de justifier philosophiquement certains principes de droit, et particulièrement la liberté, comme dans le seul droit romain. Néanmoins, la subjectivité que l'on cherchait, émanation du sentir-avec, est toujours absente de manière directe. Si elle est objet d'attention, c'est presque toujours de manière implicite.

359. Cette importante étape historique franchie, nous quittons définitivement le Moyen-Âge, pour pénétrer dans la Renaissance, même si ce découpage temporel trop rigide n'est pas nécessairement le plus pertinent sur le plan de la réalité historique. Toujours est-il que selon de nombreux auteurs, la sortie du Moyen-Âge s'accompagne également d'une affirmation sans cesse plus importante de l'individualisme, qui se trouvait déjà en germe dans le droit romain. Or, ce dernier va venir buter contre la morale d'inspiration scolastique qui domine à l'époque. Pourquoi ? Car cette morale n'est justement pas individualiste, mais comme le note le professeur Lassard, « le sens « social » de la scolastique médiévale (respect des promesses, loyauté, protection des faibles, etc.) ne répondit plus aux besoins de la pensée »³⁴⁴. Ce qui pose problème n'est donc pas tant la morale en tant que telle, que le fait qu'elle entend obliger à un comportement particulier à l'égard de catégories juridiquement définies.

360. En effet, la morale ici évoquée avait pour conséquence de permettre de singulariser des cocontractants, en les attachant à un ensemble d'appartenance. De fait, le mythe d'une parfaite substituabilité des contractants volait en éclat, remplacé par une prise en compte accrue de la situation particulière d'une ou des parties. Or, ceci ne pouvait que contribuer à diminuer la souplesse d'utilisation du droit, du moins lorsqu'il est perçu par les yeux de la partie qui doit protéger, et non de celle qui est protégée. Il devenait alors d'autant plus délicat d'espérer berner

³⁴⁴ Y. Lassard, précité, p. 59. Dans le même sens, cf. P. Ourliac, et J. de Malafosse, précité, p. 112.

les pauvres gens et les incrédules, comme cela pouvait être le cas dans le droit attique, mais surtout dans le droit romain laissé à lui-même³⁴⁵. C'est donc bien l'adjonction de l'élément typiquement chrétien qui a permis de moraliser davantage le jeu contractuel.

Comme le notent Ourliac et Malafosse, « toute l'évolution du droit des contrats au Moyen-Âge est comme prise entre deux termes : la sécurité nécessaire au commerce juridique, invoquée surtout par le créancier, l'équité qui tourne le plus souvent au profit du débiteur. D'une part, les idées de respect des promesses, de stabilité, de libre recherche du profit, d'autre part, les idées de loyauté, d'équilibre, les préoccupations morales »³⁴⁶.

361. On va donc observer comment la montée de l'individualisme (Section 1) et la valorisation de la volonté qui l'accompagne vont ou non annoncer le droit qui nous est directement familier, à savoir le Code civil et la théorie qui l'accompagne encore de nos jours, à savoir l'autonomie de la volonté (Section 2).

SECTION 1 : CONSENTEMENT ET FIN DU MOYEN-ÂGE : UN RETOUR VERS L'INDIVIDU ?

362. Ainsi, l'époque voit émerger l'individu, en tant que catégorie singulière, mais surtout, en ce qu'il introduit un changement de paradigme : désormais, le droit ne va plus être pensé en rapport avec une réalité déjà accessible à l'observation, qu'il s'agisse de l'idée d'une nature humaine dans l'antiquité, ou bien du rapport à une loi divine dont la règle juridique devrait se faire l'écho. La perspective se déplace et désormais, le monde va se comprendre de façon plus subjective, peut-être aussi selon un angle qui laisse davantage de place à la notion d'intérêt. Ce faisant, les besoins nouveaux en matière économique et sociale dans une moindre mesure, vont participer à remodeler le droit selon cette logique et le long de l'axe d'une volonté du sujet désormais valorisée (§1).

À ce titre, les contributions de Grotius et de Pufendorf illustrent tout à fait le renversement qui se produit et l'hésitation encore manifeste entre les solutions anciennes d'inspiration romaine et chrétienne, et la place essentielle réservée à la volonté dans la conception du droit et du sujet (§2).

³⁴⁵ Sur ce point, cf. *supra*.

³⁴⁶ P. Ourliac, J. de Malafosse, précité, p. 111.

§1 : La nécessité de repenser les solutions anciennes en lien avec la montée de l'individualisme

363. Pour tenter de remédier aux problèmes nouveaux que pose l'époque, les juristes vont tenter de discerner dans le monument romano-canonique³⁴⁷ des solutions à même de remédier à ces difficultés. Mais, s'ajouteront ainsi à l'éloignement original résultant du travail des premiers glossateurs, des interprétations qui ne feront qu'accentuer cet écart (A). De manière analogue, Grotius va procéder à une redéfinition du consentement en lien avec le droit naturel dont l'histoire gardera la trace (B).

A/ Une réinterprétation des interprétations des glossateurs : un éloignement toujours plus important du sens originel

364. Pour autant que le droit se modifie, cette évolution dans le sens d'un retrait progressif de la morale religieuse ne correspond pas nécessairement au fait qu'une plus grande considération serait accordée à la volonté individuelle, qui reste encore soumise, dans son principe même, à la morale qui lui donne sa justification et son sens. Aussi, ce n'est pas la volonté par elle-même qui fonde les obligations, mais ce à quoi elle se rapporte, c'est-à-dire la recherche d'un bien commun. Sur ce point, l'époque va balancer entre les conceptions thomistes et celles héritées de Jean Duns Scot, qui va fournir un éclairage tout à fait nouveau sur le thème de la volonté, en la faisant primer sur l'intelligence, à la différence de St Thomas.

365. De manière analogue, des changements conséquents vont s'opérer, à raison de l'orientation trop théorique adoptée par les principales écoles juridiques à partir du XII^e siècle, et dont Cujas fait figure de parangon, dans sa volonté de sans cesse revenir aux solutions romaines, nonobstant les conditions pratiques de la question juridique posée. Aussi, en réaction, d'autres juristes vont émerger, parmi lesquels on peut évoquer deux noms, à savoir Du Moulin et Loysel. Si le premier œuvre à donner toute sa force³⁴⁸ à la maxime selon laquelle *ex nudo pacto action oritur*, dont on a vu qu'elle était le fait du droit canon et de son influence, c'est surtout le second qui va nous intéresser ici. En effet, Loysel est resté dans

³⁴⁷ L'expression est de M. Pierre Legendre. Cf. P. Legendre, *Leçon IX. L'autre Bible de l'Occident : le Monument romano-canonique. Étude sur l'architecture dogmatique des sociétés*, Fayard, éd. 2009, 536 pages.

³⁴⁸ P. Ourliac, J. de Malafosse, précité, p. 113.

l'histoire du fait d'une maxime aujourd'hui enseignée dans toutes les facultés de droit, et qui énonce : « on lie les bœufs par les cornes, et les hommes par les paroles » dans sa version abrégée, à laquelle on ajoute « et autant vaut une simple promesse ou convenance que les stipulations du droit romain ».

C'est à cette maxime que nous allons ici nous intéresser.

366. Il semble qu'à l'origine, elle corresponde à un distique, c'est-à-dire un ensemble de deux vers, qui était chez Accurse formulé de la façon suivante : « *Verba ligant homines. Taurorum cornua funes* ». On pourrait donc penser, à la lecture de celle-ci, qu'il s'agit déjà chez Accurse, de célébrer la puissance d'engagement du consentement, et partant, le consensualisme. Pourtant, il semble bien que cela soit un pur contresens. En effet, lorsqu'Accurse écrit ce distique, il le fait à l'occasion d'une glose sur l'expression romaine de « *vinculum juris* », c'est-à-dire le lien de droit. Comme l'écrit M. Caparros, cela signifie que « les hommes sont ainsi liés intellectuellement par leur parole, de même qu'on lie visiblement les bœufs par les cornes. Il semble que ce ne fut qu'au XIV^e siècle que ce rapprochement d'Accurse prit la forme d'un distique, à cause d'un dessin très réussi – trouvé parmi les gloses des Institutes – d'une tête de bœuf dont les cornes étaient liées par une corde »³⁴⁹.

367. En quoi cela peut-il intéresser notre étude, au-delà du simple aspect historique ? Le véritable intérêt réside dans le fait que ce qui est l'objet de la discussion d'Accurse, ce n'est pas le consentement comme générateur d'obligation, et même plus largement de discourir sur l'origine de l'obligation. Non, sa visée est tout autre : expliquer ce en quoi consiste l'obligation, une fois cette dernière constituée. M. Caparros ajoute au surplus que « même si Accurse avait employé l'expression « ... *sic homines verbis ligantur intellectualiter* », ce *verbis* ne peut être, pour un glossateur, que le contrat solennel romain, et non les simples paroles échangées hors d'un contrat »³⁵⁰.

Comment expliquer alors que cette formule a été reçue dans le sens d'une promotion du consensualisme et donc du simple consentement ? C'est ici que Loysel intervient. Le juriste s'empare en effet du distique pour en faire lui-même un commentaire, mais ce faisant, il le coupe de l'environnement textuel dans lequel il évoluait au sein des Institutes, et qui lui donnait un sens précis au regard du *vinculum juris*.

³⁴⁹ E. Caparros, précité, p. 52.

³⁵⁰ Ibid.

Toutefois, ce n'est pas là le plus singulier. Ce qui va être déterminant, c'est bien l'ajout du deuxième membre de la maxime, qui n'existe que dans sa formulation longue, à savoir « autant vaut une simple promesse ou convenance que les stipulations de droit romain ».

368. Ce faisant, la transformation est achevée et le retournement de sens complet. Par l'ajout de ce membre de phrase et la soustraction des éléments de contexte, Loysel est parvenu à faire dire au texte exactement l'opposé de ce qu'il signifiait initialement. C'est l'avis du Professeur Caparros qui écrit qu'« en partant d'un texte absolument formaliste, et avec les mêmes mots, mais pris dans un sens plus moderne, on dit, ou on fait dire au texte, une chose diamétralement opposée à celle que le texte primitif disait »³⁵¹.

Cet exemple revêt à notre sens une importance tout à fait considérable, en ce qu'il exprime de façon évidente à quel point les modifications apportées au sens des concepts sont le fruit d'évolutions historiques, mais que ces dernières ne sont pas absolument désincarnées, ou extérieures à tout enjeu politique, ou volonté humaine. Ainsi, dans ce travail de Loysel, qui se présente comme simple interprétation se glisse un individu, qui donne en quelque sorte un corps à une histoire en mouvement, et introduit ainsi un changement fondamental.

369. Dès lors, considérant ce qui est ici narré avec beaucoup de précision par le professeur Caparros, qui peut dire qu'une situation semblable ne s'est pas produite plus tôt, à l'égard d'une autre disposition du droit romain, soit par un des commentateurs initiaux soit par son successeur ? Une fois encore, il n'est pas question ici de prêter une quelconque intention malveillante à l'un de ces auteurs, mais simplement de mettre en lumière qu'au sein de ce qui est décrit comme une pure description objective, désincarnée, s'insère une subjectivité, qu'elle soit consciente d'elle-même ou non, et qui, d'une certaine façon, subjective l'objectivité. Que cela se produise dans le cadre d'un travail qui prétend à une forme de scientificité, voilà qui est établi. Alors, comment admettre que cette subjectivité ne puisse aussi agir dans le cadre de rapports parfaitement étrangers aux critères scientifiques, à savoir les relations intersubjectives ?

Poursuivons donc par l'examen d'un autre motif de transformation du consentement.

³⁵¹ Ibid.

B / Le rôle éminent joué par le droit naturel et Grotius dans la redéfinition du consentement

370. Dans cette réécriture du consentement, le droit naturel va jouer un rôle éminent, en ce qu'il va permettre de mettre au premier plan tant le sujet que la raison. C'est en effet par le recours à cette dernière que l'individu va pouvoir prendre conscience des lois naturelles, ce qui va directement influencer sur le consentement, comme cela pourra s'observer chez Grotius (1), dont il faudra apprécier la pertinence de la théorisation sous ce regard (2).

1/ L'importance du droit naturel sur le consentement : l'émergence de la volonté

371. Le droit naturel, tel qu'il va émerger dans ce contexte, va reposer de manière considérable sur le concept de volonté, qu'elle soit divine ou humaine (a). Sur ce plan, c'est probablement Grotius qui exercera la plus grande influence (b).

a / Volonté divine et volonté humaine dans la fondation du droit naturel

372. Si l'exemple de Loysel illustre de manière tout à fait explicite les possibles erreurs introduites par des commentateurs successifs, il ne restitue pas entièrement la teneur d'une époque. En effet, à partir du XV^e siècle, l'opinion doctrinale majoritaire considère que c'est la montée de l'individualisme qui est la plus propre à caractériser, ou au moins expliciter, les raisons de l'évolution du droit.

Ainsi, la domination de l'humanisme à cette époque, ainsi que l'émancipation progressive de la pensée par rapport à la théologie, participent d'un mouvement qui entend faire de l'homme la mesure de toute chose, en le plaçant directement au cœur de toutes les préoccupations, mais systématiquement de manière isolée, comme un individu coupé de ses liens d'appartenance à une communauté qui peut exiger certaines choses de lui.

373. Mais, à cette tendance première s'ajoutent également différents faisceaux d'influence. Parmi ceux-ci, selon Ourliac et Malafosse³⁵², se trouvent l'idée d'un droit rationnel, mais aussi une réflexion sur la notion de droit des gens, en lien avec la découverte de nouveaux

³⁵² P. Ourliac, J. de Malafosse, précité, p. 113.

continents, et donc de nouvelles civilisations. Dans cette optique, la pensée de Suarez, fortement en faveur de l'autonomie individuelle et du libre arbitre, occupe une bonne place. Toutefois ce droit des gens se distingue toujours du droit naturel, en ce qu'il lui est subordonné. En effet, si l'on prend connaissance de la pensée de Francisco de Vitoria, ce dernier définit le droit des gens comme « ce que la raison naturelle a établi entre tous les hommes »³⁵³. Aussi, ce *jus gentium* reste subordonné au droit naturel, qui le fonde³⁵⁴. Mais là où il y a nouveauté, c'est que Vitoria reconnaît la possibilité d'un droit qui soit commun à tous les hommes, justement en raison du fait qu'ils sont hommes. Ce socle fondamental de droits est donc, en quelque sorte, le témoignage de notre appartenance commune à un même genre. On mesure ici le fait qu'une fois ce pas franchi, qui vise à conférer des droits à quelqu'un par le simple fait qu'il est Homme, on modifie le prisme d'observation qui passe ainsi de la collectivité, qui initialement conférait des droits à un individu qu'elle reconnaissait membre, à cette fois, un homme qui confère certains droits à la collectivité pour qu'elle puisse exercer des fonctions nommément décrites³⁵⁵. Le renversement est donc complet et prépare la voie à la domination du principe de la volonté.

374. Suarez, à la suite, continuera sur ce principe, en invoquant également une limitation des pouvoirs des autorités temporelles, à la fois du fait du droit des gens, mais aussi de la morale³⁵⁶. Toutefois, il va préciser davantage encore la différence qui demeurerait peu évidente chez Vitoria, entre le droit naturel et le droit positif. Ainsi, selon lui, le droit naturel est une partie de la morale, accessible par la raison, et universel, nécessaire et immuable. Le droit positif, quant à lui, est d'origine humaine et non divine et se caractérise par sa contingence et son évolutivité³⁵⁷. Pourquoi cette différence de nature entre les deux ? Parce que le droit positif nécessite une forme d'investigation de la volonté humaine, qui peut varier à travers le temps. C'est là que réside l'origine de l'évolutivité de ce droit. Mais davantage, ce qui est primordial ici est bien le fait que le droit positif est un droit volontaire, c'est-à-dire qu'il est le produit de la volonté d'hommes qui à un moment possèdent le pouvoir de faire passer leurs

³⁵³ *Cours de droit international public de M. le professeur Lavenue*, version électronique, chapitre 6 – le développement historique du Droit international public, p. 3, disponible à l'adresse suivante : http://droit.univ-lille2.fr/fileadmin/user_upload/enseignants/lavenue/DIP/dip_1_6.pdf; Pour un aperçu général, cf. M. Villey, *La formation de la pensée...*, précité, p. 338-347.

³⁵⁴ Dans le même sens, cf. D. Touret, *Introduction à la sociologie et à la philosophie du droit*, éd. Litec, 1995.

³⁵⁵ Ceci trouve un lien dans la critique des institutions politiques effectuées par Vitoria, qui selon lui, ne sauraient se placer au-dessus d'un droit qui leur est toujours supérieur (i.e., le droit naturel).

³⁵⁶ Pour une vision d'ensemble, cf. M. Villey, *La formation de la pensée...*, précité, p. 347-368.

³⁵⁷ Lavenue, *ibid.*

décisions. Mais celles-ci restent toujours inféodées au droit naturel, qu'elles doivent s'efforcer de respecter.

Aussi, on fait face ici à une forme de diptyque : d'un côté, le droit naturel qui est le produit de la volonté divine, et qui doit être découvert par l'exercice de la raison ; de l'autre, un droit positif qui lui est la conséquence d'une volonté humaine. Dans les deux cas, à l'origine du droit préside une volonté³⁵⁸.

b / La centralité de Grotius dans l'importance conférée à la volonté sur le plan juridique

375. Mais, c'est véritablement avec Grotius que ce mouvement va avoir son point d'aboutissement temporaire. Toute la pensée de Grotius prend appui sur un axiome, qui est celui de l'homme comme « animal rationnel et social »³⁵⁹, rejoignant en cela Aristote. Il poursuit alors en distinguant la loi naturelle et la loi volitionnelle. La première est justement en lien avec la notion de rationalité évoquée, puisqu'il la définit comme « un commandement de la droite raison qui souligne qu'un acte, selon sa conformité ou sa non-conformité à la nature rationnelle, a en lui une qualité de bassesse morale ou de nécessité morale ; et qu'en conséquence, un tel acte est ou bien interdit ou bien commandé par l'auteur de la nature, Dieu »³⁶⁰. Mais, Grotius s'empresse alors de préciser que quand bien même Dieu n'existerait pas, ou bien préférerait ne pas se mêler des affaires des hommes, une telle loi naturelle serait pourtant toujours valide. Ceci a été interprété par de nombreux auteurs comme une sorte de laïcisation du droit naturel, ou tout du moins, une volonté de séparer la pensée du droit de la théologie. Ce qui nous apparaît le plus déterminant ici repose plus sur l'effacement progressif du divin, qui ne laisse plus qu'une volonté sans auteur. De cette façon, la valeur du droit considéré ne tient pas tant à son auteur, puisqu'il peut être effacé, qu'au fait qu'il s'agit, dans un premier temps, du produit d'une volonté, mais aussi du fait qu'une telle loi constitue comme un miroir pour la raison, dans lequel elle peut se mirer³⁶¹. Ce primat de la rationalité va travailler

³⁵⁸ Ce primat de la volonté se retrouve même dans la détermination de l'origine du pouvoir, puisque selon Suarez, la manière dont un peuple est gouverné est le produit d'un acte volontaire qui s'exprime soit dans un contrat (hypothèse du contrat social) soit dans un quasi-contrat. Dans tous les cas, qui dit contrat dit consentement.

³⁵⁹ Léo Strauss, Joseph Cropsey, *Histoire de la philosophie politique*, P.U.F. Quadrige, éd. 2010, p. 422 ; Cf. également T. Berns, *Droit naturel et âge de Saturne chez Grotius*, Centre de philosophie du droit, Université Libre de Bruxelles, version électronique.

³⁶⁰ L. Strauss, J. Cropsey, précité, p. 423-424.

³⁶¹ Il faut néanmoins préciser que Grotius fait une différence de nature entre la loi divine et la loi humaine, car

très durablement la pensée juridique, puisqu'elle constitue encore la référence première au sein du droit contemporain.

376. De manière intéressante pour notre propos, Grotius entend démontrer l'existence de cette loi naturelle par le recours à deux justifications ou preuves³⁶², la première pouvant être résumée schématiquement en disant que pour qu'un acte soit suivi par les hommes, il faut que celui-ci s'accorde avec leur raison, sans quoi ils le rejetteraient. La seconde elle innove par son positionnement a posteriori : il s'agit alors de démontrer l'existence de cette loi naturelle par l'observation du fait qu'au travers de la diversité des peuples, ces derniers ont reconnu une valeur à certains principes ou droits. La justification à cela est donc l'existence d'une cause universelle, à savoir l'usage de la raison. Mais, ce positionnement théorique va avoir une conséquence, qui est de mettre l'accord sur ce que Grotius dénomme le « *consensus gentium* », c'est-à-dire l'accord entre les peuples. C'est de cette formule que l'on tirera par la suite l'importance du consentement du peuple au pouvoir et au droit, ce qui n'est pas sans poser question sur la substituabilité des termes consentement et consensus.

377. Puis, Grotius va également tenter d'élaborer une théorie de la loi volitionnelle. Celle-ci se décompose en deux sous-espèces, à savoir la loi humaine et la loi divine. S'agissant de la première, elle correspond en réalité à trois hypothèses : une loi qui n'est pas directement issue du pouvoir civil (le pouvoir d'un père sur ses enfants par exemple) ; une loi d'origine civile (*jus civile*) et enfin le droit qui existe entre les nations, c'est-à-dire le *jus gentium*. Or, ce dernier « se distingue de la loi de nature non pas par son sujet, mais parce qu'elle est variable, tandis que la loi de nature est invariable, et parce qu'elle se fonde sur la volonté et non pas simplement sur ce que la raison saisit comme conforme à la nature rationnelle et sociale de l'homme »³⁶³.

378. Aussi, une telle proposition produit une conséquence que nous pouvons percevoir désormais : la disparition du droit naturel dans les siècles qui suivent a pour effet de ne laisser subsister qu'une seule forme d'origine pour le droit, à savoir la volonté humaine. De manière

celle de Dieu procède d'une volonté libre. cf. Grotius, *Le droit de la guerre et de la paix*, trad. Jean Barbeyrac, tome premier, 1759, p. 10, §12. Cela signifie-t-il que celle de l'homme ne l'est pas, par nature ?

³⁶² Les développements suivants reprennent L. Strauss, J. Cropsey, précité, p. 424 et s.

³⁶³ L. Strauss, J. Cropsey, précité, p. 425.

analogue, puisque le droit naturel constitue en quelque sorte la butée du droit positif, si le premier disparaît, alors le second est libre, sur le principe, de s'épanouir dans des proportions inconnues jusqu'alors. Ceci est rendu possible parce que le système de Grotius repose sur le fait que le droit naturel fait figure de norme, d'étalon, à l'aune duquel il est possible de mesurer la pertinence et la validité du droit positif. Aussi, dans ce cadre, la volonté humaine peut bien vouloir et désirer tout ce qu'elle souhaite, elle n'en reste pas moins bornée par cette frontière que l'usage de la raison permet de connaître. Si la frontière disparaît, il ne reste alors que la toute-puissance de la volonté.

379. Ceci est particulièrement visible lorsque Grotius théorise le lieu et le détenteur du pouvoir suprême. Sur cette question, on peut remarquer que l'auteur n'est pas tout à fait moderne, puisqu'il situe le siège du pouvoir suprême dans un en-dehors de la communauté humaine, à la différence des théoriciens du contrat social, tels Hobbes qui lui est contemporain³⁶⁴. Ainsi, lorsqu'ils évoquent la limitation du pouvoir du prince, l'auteur le fait au regard de sa conception de la loi naturelle : « [...] il est également vrai que chaque société politique, et par conséquent son pouvoir suprême, sont soumis aux limitations établies par la loi de nature et le droit des nations. Comme le dit Grotius, la mère de la loi municipale est l'obligation issue du consentement ; mais dans la mesure où l'obligation issue du consentement tire sa force de la loi de nature qui commande que les hommes vivent en société civile et soient guidés par les règles de la justice, on peut considérer la nature elle-même comme la « grande-grand-mère » de la loi municipale »³⁶⁵.

2 / Éléments d'appréciation critique des propositions de Grotius

380. Pour apprécier la pertinence des propositions avancées par Grotius, on envisagera, dans une lecture critique, la place qu'il réserve au concept de consentement (a), permettant ainsi de constater les usages nouveaux auquel ce dernier se prête (b).

³⁶⁴ Pour une analyse des théories du contrat social, au regard du consentement, cf. *infra*. Partie I, Titre II, Chapitre I, Section 2 et 3.

³⁶⁵ L. Strauss, J. Cropsey, précité, p. 427.

381. Il est aisé de comprendre comment un tel ouvrage peut avoir une influence considérable sur le consentement. Puisqu'on a vu que le consentement était fréquemment associé avec la volonté, mais dans une version expurgée, comme dans le droit romano-canonique, alors tout plaider en faveur de la volonté ne peut que contribuer à promouvoir, en même temps, le consentement. De ce point de vue, l'ouvrage majeur de Grotius fait figure d'exemple, puisque le premier tome contient plus de 70 occurrences du terme consentement. Toutefois, une analyse un peu plus précise du texte semble nécessaire, particulièrement sur le plan terminologique. Ainsi, on peut se demander pourquoi il est, dans certaines occurrences, fait usage du terme volonté, et dans d'autres, du terme consentement. Ainsi, lorsque Grotius parle du « consentement universel », ou du consentement des peuples, pourquoi n'emploie-t-il pas le terme de volonté en lieu et place ? Pour pouvoir espérer répondre, il est nécessaire de se reporter au texte, pour en observer les usages.

382. Ainsi, si l'on se réfère au terme de « consentement », celui est utilisé dans différents contextes. On pourrait alors s'attendre, de manière légitime, à ce que prime l'idée de consentement individuel, par lequel on s'engagerait ou non dans des conventions. Pourtant, l'analyse statistique du texte évoqué permet d'obtenir la distribution suivante : le consentement est utilisé dans près de 70% des cas pour désigner des entités collectives (le Peuple, les Sages, le Sénat, les Nations, etc.), dans environ 3% des cas pour désigner le consentement des parents pour le mariage, dans environ 10% des cas de manière indéterminée (on ne peut identifier de qui précisément il s'agit, c'est un consentement général et abstrait), dans plus de 6% des cas pour désigner le consentement du Roi, du Prince, du Souverain, et enfin, dans un peu plus de 11% des cas en ce qui concerne un individu isolé.

Cette distribution tout à fait étonnante pourrait être le fait d'un choix éditorial, le premier volume de *Le droit de la guerre et de la Paix* se concentrant sur des aspects théoriques généraux. L'analyse du second volume révèle 61 emplois du terme de consentement, qui s'organisent de la façon suivante : près de 61% correspond à une entité collective, environ 21% correspond à un consentement indéterminé, à peu près 8% pour le consentement d'une autorité détentrice de pouvoir (Roi, souverain, etc.), et enfin, environ 10 % pour un usage strictement individuel.

383. Cette répartition est tout à fait étonnante, puisque domine à chaque fois l'idée d'un consentement collectif, d'entité abstraite, et non un consentement individuel. Et pourtant, la présentation classique de Grotius vise à l'insérer dans un ensemble individualiste, puisque certains auteurs ont même prétendu qu'il serait, avec d'autres, à l'origine de la notion moderne de droit subjectif³⁶⁶, typiquement individualiste.

La comparaison avec l'utilisation du terme de volonté permettra peut-être d'apporter quelques réponses à cet état de fait troublant. S'agissant du premier volume, on obtient la ventilation suivante : environ 29% pour une ou des entités collectives, un peu plus de 30% pour la volonté indéterminée, environ 18 % pour la volonté du souverain, 6% pour la volonté des Pères, et enfin, 17% à peu près pour la volonté individuelle.

Si l'on se reporte alors au Tome 2, les résultats sont les suivants : 25% pour une entité collective, 16% pour une volonté individuelle, 36% pour une volonté indéterminée, 23% pour la volonté du souverain.

384. Quels commentaires pouvons-nous faire sur une telle répartition ? Ce qui frappe en premier est bien la domination du consentement dans sa version collective, ce que l'on observe de manière moins marquée dans l'emploi du terme de volonté. Le consentement individuel, c'est-à-dire précisément rattaché à un individu ne représente donc que la portion congrue des usages du consentement, du moins dans cet ouvrage, et à cette époque. L'examen comparé entrepris ici ne permet pas de déterminer précisément les contextes d'utilisation spécifique à chaque terme, puisque la même tendance existe dans les deux cas. On peut toutefois remarquer que le rapport entre consentement collectif et consentement indéterminé est plus défavorable au second que le rapport entre volonté collective et volonté indéterminée. Cela peut vouloir dire, puisque les données concernant le consentement individuel restent à peu près constantes, que le consentement est bien pensé, chez Grotius, comme étant d'abord d'origine ou d'usage collectif.

385. Ensuite, malgré l'usage important qui en est fait, il ne nous a pas été possible de trouver, au sein de l'ouvrage étudié, une définition claire et précise de ce qu'il faudrait entendre

³⁶⁶ L. Strauss, J. Cropsey, précité, p. 423. Les auteurs soulignent que si Grotius fait un pas en direction des droits subjectifs, il n'en fait véritablement qu'un, puisque ce n'est qu'à partir de Hobbes, et de son *De Cive*, que l'on va trouver la formulation spécifiquement moderne des droits subjectifs. Sur cette question, cf. *infra*. Partie I, Titre II, Chapitre I, Section 2, §1.

par consentement. En fait, le terme est utilisé, dans des contextes divers, sans jamais véritablement être justifié ni même explicité. Il y a donc peut-être, de ce point de vue, un lien entre ces usages apparemment erratiques et cette indéfinition première. Mais, comment dépasser cet obstacle ? Faut-il alors songer que le terme est suffisamment répandu et usité pour qu'il puisse ainsi, dans cette époque, se passer d'une définition véritable ?

Il n'est pas possible de répondre à cette question de manière catégorique. Toutefois, on pourra observer que ce phénomène n'est pas spécifique à l'ouvrage de Grotius et se répète de manière analogue dans des œuvres postérieures.

386. Concernant la question de la compréhension du consentement comme sentir-avec, il paraît évident qu'aucun secours ou presque ne peut être trouvé chez Grotius. En effet, il est à cet égard patent de remarquer que l'utilisation première du terme de consentement est du côté des entités collectives. Or, celles-ci, par définition, ne peuvent véritablement sentir-avec, ou exprimer une quelconque subjectivité, sauf à considérer cette dernière comme l'expression d'une singularité par rapport à d'autres ensembles de même importance : d'autres peuples, d'autres nations, etc. En fait, l'appel à ces catégories agrégantes a pour effet de dissoudre le contenu subjectif dans la grande masse ainsi constituée. Chaque membre de la collectivité peut effectivement être en mesure de ressentir, d'éprouver à l'occasion de l'action qu'il va effectuer. Mais le Peuple, la Nation, les Hommes ne sont pas recevables à prétendre à une telle qualification. Seule une subjectivité quelconque peut en effet sentir-avec.

387. On pourrait opposer à cela le fait que la catégorie désignée par ces termes valises peut correspondre à l'addition soigneuse et précise de toutes les positions individuelles de chacun des agents qui les composent. Mais, cette manière même de raisonner porte l'empreinte de l'oubli du consentement comme sentir-avec. Car on ne saurait prétendre à additionner des ressentis, qui éclatés et toujours divers, ne sont en aucune façon réductibles à une action toujours appréhendée de manière binaire : oui ou non. Voilà en somme tout ce dont ce type de contenants est le sujet, c'est-à-dire le point d'imputation, d'origine, d'une décision exprimée en termes restrictifs.

Ce faisant, l'utilisation du terme de consentement dans ce contexte accentue la distanciation amorcée précédemment entre le consentement juridique et le consentement philosophique. Mais ce mouvement n'est pas seul, car c'est bien également l'oubli de la

subjectivité qui fait cortège, et dont on comprend que sa disparition puisse, en quelque sorte, passer inaperçue.

b / Une utilisation du consentement à visée collective

388. En effet, par ces glissements de sens successifs, qui chacun participe de la redéfinition des contours du consentement, celui-ci est altéré, à un point tel qu'il en vient ainsi à pouvoir désigner des réalités autrefois contestées. Il en va ainsi du sens des mots, qui évoluent au gré des préoccupations et d'une pratique qui les façonnent. Dans cette perspective, il n'y aurait guère d'étonnement à constater que le consentement suit le même parcours. Mais, dans le cas du consentement, ce travail est rendu plus aisé par le fait même que le terme n'est pas défini, si bien que chacun peut se l'approprier et lui donner un sens qui, à la condition de ne pas être trop éloigné de son utilisation à l'époque considérée, est assuré de perdurer. C'est l'addition de ces sauts de puces linguistiques qui œuvre, dans la toile de fond du langage, à façonner les concepts.

389. Ceci peut s'apercevoir de manière évidente dans l'œuvre de Grotius. En effet, dans le droit romain, le consentement est, au sein du droit, essentiellement le fait d'un individu, qu'il s'agisse d'un justiciable ordinaire, d'un prêteur, d'un père, du souverain, etc. Par opposition, dans la langue politique, il peut désigner des ensembles comme le Peuple, les Citoyens, et ainsi de suite. Puis, dans le droit franc, le consentement est toujours le fait d'un individu, soit un justiciable, soit le Roi. Il y a également des utilisations collectives dans le cas spécifique de la coutume, mais cela renvoie à une agrégation d'individus. Il n'est pas encore fait usage du terme dans des contextes purement abstraits.

Le même principe se lit également dans le droit romano-canonique, qui insiste sur la primauté du consentement individuel, mais qui n'exclut pas d'utiliser à la marge ce concept pour évoquer des entités collectives. Toutefois, là encore il est possible de les rattacher à leur composition humaine facilement identifiable. Même lorsqu'il s'agit d'évoquer le consentement de l'autorité suprême ecclésiastique sur terre, on fait mention du consentement du Saint-Père, et non du consentement de l'Église.

On s'efforce donc, en quelque sorte, dans ces époques, de pouvoir rattacher le consentement à une volonté humaine, peut-être par crainte de tomber dans un artificialisme

qui ferait retour à certaines pratiques polythéistes.

390. La situation est différente chez Grotius : on passe d'un consentement majoritairement individuel, au moins dans la langue juridique, à un consentement majoritairement collectif. Mais, ce n'est pas là que réside l'innovation la plus marquante. Il est en effet observable, à la lecture du texte, que le consentement est désormais employé dans des contextes où il ne peut plus être rattaché à des individus précisément : Grotius évoque ainsi le consentement du peuple au sens juridique, le consentement des Nations, le consentement des États, etc.

391. Or, ce point est tout fait capital, car l'œuvre de Grotius s'établit en quelque sorte sur des fondations déjà déposées par Bodin, au travers de ses écrits sur la souveraineté. Ces derniers participent en effet d'un mouvement de restauration étatique, qui replace l'État et la Nation comme acteurs politiques fondamentaux. On voit ici se dessiner les traces de ce qui prendra la forme des théories du contrat social.

Toutefois, c'est cette théorisation, ajoutée à celle de Pufendorf, qui va véritablement aboutir à révolutionner la conception du droit, pour annoncer sa forme moderne.

§ 2 La construction définitive du lien entre droit, volonté et consentement

392. C'est donc à cette époque, principalement dans les travaux respectifs de Grotius et de Pufendorf, que va être établi avec fermeté ce lien qui ne sera plus démenti entre le droit, la volonté et le consentement. Toutefois, la juxtaposition de ces termes ne doit pas masquer le fait qu'il existe bien une hiérarchie entre ceux-ci, et que sous cet angle, c'est bien la volonté qui se est consacrée, et non spécifiquement le consentement (A).

Mais, loin de résoudre les problèmes spécifiques liés à une conception négative de la subjectivité et du ressenti, le consentement, sous cette forme, ne fait que reconduire les mêmes difficultés (B).

A / Une minoration du consentement au profit de la volonté

393. C'est à Pufendorf que l'on doit probablement la conceptualisation la plus annonciatrice du consentement moderne. En effet, la lecture qu'il propose du droit et l'importance qu'il confère à la volonté produisent des conséquences profondes sur le consentement (1). Ce

faisant, ce dernier voit son sens transformé pour être réduit à un accord sur les moyens (2), ce qui traduit, en creux, la perte de son caractère fondamental (3).

1 / L'importance capitale de Pufendorf à l'égard du concept juridique de consentement

394. La situation évoquée concernant l'usage du terme de consentement par Grotius est, elle, similaire chez celui qui incarne le pas suivant dans l'histoire de la transformation du droit à partir du XVII^e siècle ? Un des apports les plus significatifs de ce point tient dans la systématisation qu'opère Pufendorf, puisque son ouvrage majeur se veut à la fois un traité théorique, visant à exposer toute sa pensée, mais aussi pratique, en permettant de résoudre des litiges concrets.

C'est ainsi qu'au sein du premier volume de son œuvre, il expose de manière particulièrement claire ses vues et opinions à l'égard du consentement et de la volonté en général.

395. Il semble raisonnable de dire que, dans un strict rapport de comparaison entre cet ouvrage et l'œuvre majeure de Grotius, un appui tout à fait conséquent est fait à l'égard de la volonté humaine comme centrale, comme participant d'une ontologie de l'agir-humain. La volonté est à ce point puissante qu'elle joue le rôle d'un principe premier et antérieur à tout, comme une sorte de premier moteur immobile pour reprendre une expression spécifiquement aristotélicienne. Ainsi, après avoir exposé dans un premier chapitre, les différents êtres moraux ainsi qu'une théorie du pouvoir, l'auteur entreprend alors dans un second chapitre d'étudier la certitude conférée aux sciences morales, avant que d'entreprendre l'étude de l'entendement humain à l'occasion du chapitre III, et ainsi développer sa théorie de la volonté.

396. Cette dernière dérive donc de l'entendement, qui tient lieu de « lumière pour notre âme »³⁶⁷ et qui agit au travers de la volonté. Celle-ci peut elle-même être résumée par deux usages : l'un a pour charge de présenter l'objet considéré à la volonté, de telle sorte qu'elle puisse l'apprécier et ainsi la qualifier ; l'autre intervient une fois cette appréciation et qualification effectuées, pour décider quelle action le sujet va adopter par rapport à cet objet.

³⁶⁷ Pufendorf, *Le Droit de la nature et des gens, ou Système général des principes les plus importants de la morale, de la jurisprudence et de la politique*, trad. Barbeyrac J., Tome 1, éd. Bruyset, 1771, p. 41.

Toutefois, l'auteur reconnaît lui-même que parfois, une connaissance incomplète (c'est-à-dire un entendement limité) peut suffire à mettre la volonté en branle, de telle sorte que toute action n'est pas toujours le fruit d'une connaissance totale (entendement intégral) de la situation ou de l'objet.

Mais, puisque c'est bien par l'entendement que nous pouvons ou non exercer notre volonté, cela revient à considérer comme fondamental ce qui est justement perçu par l'entendement. De ce point de vue, il est possible de lire entre les lignes le fait que les perceptions ne sont pas objectives, mais dépendent d'une forme acquiescement de l'entendement à une représentation. Or, ceci peut varier d'un individu à l'autre, du fait même que c'est en quelque sorte une capacité qui s'impose à celui qui en est le titulaire. La seule chose à laquelle on est donc tenue, c'est à la dernière action de la volonté que l'on a évoquée plutôt, c'est-à-dire l'acquiescement que l'on peut donner à un objet, après avoir considéré que l'on dispose de suffisamment d'éléments pour se prononcer.

397. Ainsi, Pufendorf déclare, de manière tout à fait explicite que : « toute l'industrie humaine ne viendra jamais à bout de faire en sorte que l'entendement aperçoive les choses autrement qu'elles ne lui paraissent. Comme donc l'assentiment ou l'acquiescement doit nécessairement être proportionné à l'idée que l'on a conçue, on ne saurait juger d'une chose que selon qu'on a cru l'apercevoir. Ainsi, on ne peut sans injustice, être astreint par aucune loi à contredire ses propres lumières : et il serait aussi ridicule de vouloir y obliger quelqu'un, que de prétendre le rendre sage par un simple commandement, destitué de toute raison et de tout motif »³⁶⁸.

Ce point est tout à fait capital pour notre étude, puisqu'il semble battre en brèche l'idée selon laquelle nous serions nécessairement toujours en capacité de décider en s'extrayant de notre propre incarnation. C'est donc une forme de leçon d'humilité que paraît livrer Pufendorf ici et qui se présente comme particulièrement clémente pour les justiciables. Certes, le juriste envisage la possibilité de punir les égarements individuels, mais non pas en tant que tels, mais davantage pour pénaliser ceux qui ne font pas suffisamment usage des facultés leur permettant d'éclaircir une situation, un fait, un objet, de telle façon que l'appréciation faite soit la bonne.

Toutefois, une telle proposition trahit le fait qu'il existe déjà une vérité de la situation atteignable. On est donc loin ici de l'idée d'un relativisme, ou d'une déconstruction de la

³⁶⁸ Pufendorf, précité, p. 42. C'est nous qui soulignons.

morale d'inspiration nietzschéenne³⁶⁹. Simplement, il faut souligner le changement de perspective introduit ici, qui évoque frontalement une logique d'éducation à la vérité, plutôt que l'automatisme de la sanction.

En même temps, l'auteur entend clairement marquer le fait que nous ne pourrions être trompés « de manière inévitable », ou par une « ignorance invincible » par l'usage de notre entendement, puisque celui-ci possède une certaine droiture naturelle sauf à « vouloir renverser de fond en comble toute la moralité des actions »³⁷⁰.

Il subsiste donc une sorte d'espoir et de croyance en la faculté de l'homme à choisir le bon de manière spontanée, croyance qui a son siège dans l'usage de la raison, qui nous permet de découvrir les lois de nature et d'observer à quel point elles sont propres à garantir une existence raisonnable et bonne.

398. À partir de ces premiers éléments, Pufendorf va développer un certain nombre de concepts qu'il va rattacher à ces fondamentaux, de façon à établir une forme de discours théorique sur l'agir humain. Cependant, force est de constater que les définitions proposées constituent en réalité des réinterprétations du sens des mots, afin de les conformer à l'usage auquel l'auteur les destine³⁷¹. Certes, l'ouvrage est daté et le sens des mots peut avoir évolué, ou ne refléter qu'imparfaitement sa richesse sémantique en raison du contexte particulier. Qu'importe, pour un lecteur moderne, la surprise ne peut qu'être présente lorsqu'il observe que la conscience, « acte de l'entendement », correspond « au jugement intérieur que chacun porte des actions morales, en tant qu'il est instruit de la Loi et qu'il agit comme de concert avec le législateur dans la détermination de ce qu'il faut faire ou ne pas faire »³⁷². Mais, cette conscience n'est pas l'émanation d'une liberté, ou ne rejoint pas les idées évoquées plus haut sur le fait de pouvoir subir des impressions qui engagent la volonté, puisque la conscience n'est que morale et qui plus est, soumise à la loi et au législateur. Ce qui menace ici est le fait de faire de la loi un reflet de la conscience, tandis qu'il faut œuvrer à ce que la conscience soit l'exact reflet de la Loi, elle-même produit de la rationalité.

L'auteur envisage pourtant des hypothèses dans lesquelles l'action de la conscience est

³⁶⁹ Ainsi, dans le paragraphe suivant de sa démonstration, Pufendorf semble bien dire que l'erreur n'est pas naturelle, et qu'elle correspond en fait à une forme de mauvaise utilisation, ou d'insuffisance de l'attention. cf. Pufendorf, *ibid.*

³⁷⁰ Pufendorf, précité, p. 43.

³⁷¹ Pufendorf évoque lui-même le fait que « le terme de conscience ne se trouve pas, que je sache, employé en ce sens, ni dans l'Écriture sainte, ni dans les anciens auteurs latins », in Pufendorf, précité, p. 44.

³⁷² Pufendorf, *ibid.*

entravée, soit par une forme d'information insuffisante (conscience probable), soit dans les situations ou faute d'éléments suffisants, l'individu doute (conscience douteuse) et il doit alors s'abstenir de se prononcer ou d'agir³⁷³. Puis, après avoir exploré la thématique de l'ignorance, ainsi que celle de l'erreur, Pufendorf entreprend alors, dans un chapitre IV, d'étudier spécifiquement et par le détail la volonté humaine.

399. Celle-ci, comme précédemment, se subdivise en deux facultés « subalternes » nous dit l'auteur, à savoir la spontanéité (« la volonté agissant de son gré et de son propre mouvement »), et la liberté (on conçoit la volonté « comme agissant de telle manière qu'elle peut agir ou ne point agir »)³⁷⁴. Il est tout à fait saisissant de constater que la liberté est présentée comme une faculté subalterne à la volonté, de telle sorte que ce n'est pas la liberté humaine, inscrite dans l'individu, qui permettrait à la volonté de choisir des objets divers pour sa satisfaction, mais davantage la volonté qui serait la condition de la liberté.

Il s'agit là, à notre sens, d'un changement d'appréhension important, sauf à considérer que la liberté évoquée ici ne correspond pas à la liberté en tant que concept général, mais simplement à un prédicat du sujet volenté.

De toutes les matières, ces deux éléments sont en eux-mêmes divisés en plusieurs catégories, qui visent à rendre de la façon la plus précise possible le processus de volition dans son lien avec la moralité. C'est ici que le consentement va faire son entrée, dans une acception tout à fait singulière.

Ainsi, au sein de la spontanéité, il faut distinguer entre des mouvements internes ou immédiats et des événements externes ou commandés. S'agissant des mouvements internes, définis comme « ceux que la Volonté produit immédiatement, et dont elle reçoit elle seule l'impression », ceux-ci ont à voir avec la fin de l'action et incluent « la volition, l'intention et la jouissance ». À côté de cela, on range les actes ou mouvements qui se rapportent aux moyens et qui sont trois également : le consentement, le choix et l'usage³⁷⁵.

³⁷³ Pufendorf, précité, p. 49.

³⁷⁴ Pufendorf, précité, p. 58.

³⁷⁵ Pufendorf, *ibid.*

2 / Une redéfinition intégrale du consentement : « la simple approbation des moyens »

400. On pressent déjà ici à quel point le sens qui va être donné risque d'être en décalage avec l'idée que l'on se fait du consentement, dans la pensée commune, mais encore davantage si l'on adopte le principe du consentement comme sentir-avec, comme amalgame. Aussi, après avoir passé en revue les éléments évoqués, qui touchent aux fins, c'est au tour de ceux touchant aux moyens. C'est à ce titre que Pufendorf écrit qu'« on appelle *consentement* une simple approbation des moyens, en tant qu'on les juge utiles pour parvenir à la Fin. Lorsque ces moyens se trouvent en notre disposition, on les destine par un *choix* à procurer actuellement l'acquisition de la fin, et l'on en fait application par l'*usage* »³⁷⁶.

401. Il est possible de mesurer ici à quel point la remarque faite précédemment, selon laquelle il était délicat de déterminer le sens d'un concept lorsque celui-ci n'était pas précisément défini, est ici confirmée. Qui aurait pu en effet penser, au regard de la brève histoire juridique que nous avons évoquée ici, que le consentement pourrait être compris d'une telle façon ? Il faut ici mesurer à quel point cette définition est restrictive. Elle aboutit, d'une certaine façon, à vider complètement de son sens le concept de consentement, et ce aussi bien à l'égard du droit antérieur que du concept en philosophie.

Comment en effet comprendre que le consentement puisse ne porter que sur les moyens et non sur les fins ? Une telle proposition peut-elle être déduite de l'étude des droits antérieurs, puisque l'auteur lui-même paraît être particulièrement informé s'agissant du droit romain ?

Pour prendre la mesure d'une telle disposition, il convient de la replacer dans un contexte pratique, qui permettra alors d'éclairer d'une lumière empirique les conséquences produites. Nous n'aborderons ici, pour ce faire, que la perspective juridique, puisqu'il serait trop éloigné de notre propos de mesurer les effets proprement philosophiques d'une telle transformation.

402. Aussi, si nous nous plaçons sous l'égide du droit, il faut revoir l'ensemble du processus de formation des contrats : si le contrat est en effet le produit d'un échange de consentements,

³⁷⁶ Pufendorf, précité, p. 59. C'est nous qui soulignons.

et que ce dernier doit s'entendre comme une simple approbation des moyens, alors cela signifie que si accord il y a entre les parties, c'est un accord sur les moyens, et non sur la fin. Concrètement, c'est un retournement complet du système prévalant jusque-là : en effet, l'erreur obstacle, que l'on définissait comme exclusive du consentement, ne peut plus recevoir cette définition, puisqu'elle désigne une erreur qui porte non pas sur les moyens (prix, durée de l'obligation), mais sur le principe même de l'engagement. Or, sauf à considérer que l'engagement fait aussi partie des moyens, dans ce cas l'erreur obstacle-wise bien une fin au sens où elle touche à la volonté des parties : l'un souhaite vendre, l'autre souhaite louer, l'un souhaite donner, l'autre souhaite acheter, et ainsi de suite. Faut-il alors considérer que la forme du contrat, à savoir la vente, la location, la donation, etc. correspond à autant de moyens de réaliser un objectif qui ne relève plus du consentement, mais plutôt de la volition, de l'intention ou de la jouissance ? La réponse est très délicate à déterminer, puisque Pufendorf ne définit guère ce qu'il entend par fin, en opposition au moyen. Toutefois, si la jouissance est la satisfaction de l'âme qui a obtenu la fin qu'elle désirait et qui en jouit, et si l'intention est « un dessein formé par lequel la volonté se porte vers un objet »³⁷⁷ ou « est un désir efficace d'obtenir la fin [...] ou un acte par lequel la Volonté se porte efficacement vers une fin absente, qu'elle tâche actuellement de produire ou d'obtenir »³⁷⁸, alors il paraît délicat de considérer que le but même recherché par les parties, qui est justement protégé par l'erreur-obstacle, puisse ne pas appartenir au régime des fins. Alors, la liaison avec le principe même du consentement est rompue.

403. Ceci est d'autant plus vrai si l'on veut bien se souvenir du régime général de protection du consentement. En effet, on a pu avoir à l'occasion de l'examen de l'erreur dans les droits successifs, que certaines erreurs sont dites déterminantes du consentement, tandis que d'autres ne le sont pas suffisamment et n'emportent pas l'annulation du contrat. Or, sur ce terrain, nous avons toujours relevé de quelle façon étaient protégés à la fois le principe de l'engagement, dans une optique de sécurité juridique, mais aussi l'objet du contrat. C'est en ce sens que l'on peut dire que l'attention portée aux moyens est assez peu conséquente, puisque s'agissant par exemple du contrat de vente, l'accord sur la chose et sur le prix suffit à rendre le contrat parfait. On ne peut donc raisonnablement dire que ces deux termes épuisent la catégorie des moyens, ou traduisent une attention particulière à l'égard de ceux-ci. Comment expliquer alors

³⁷⁷ Pufendorf, *ibid.*

³⁷⁸ *Ibid.*

que ces mécanismes soient évoqués, au sein du droit, comme permettant la défense du consentement ?

De même, si l'on prend l'hypothèse de la violence, peut-on réellement considérer que l'annulation du contrat pour cause de violence correspond en réalité à la volonté du législateur de protéger les moyens permettant d'arriver à une fin ? Car la situation de violence, au sens du droit, ne concerne pas véritablement les moyens, mais plutôt le principe de l'engagement en lui-même : il en va ainsi de celui qui, sous la contrainte, est poussé à conclure un contrat qu'il ne souhaite pas conclure, pour une raison quelconque. La fin en question n'est donc pas recherchée par celui qui subit la violence, pas plus que les moyens, et il nous apparaît extrêmement contestable de tenir le raisonnement inverse.

404. Si l'on se reporte cette fois au dol, il s'agit peut-être de la seule hypothèse qui pourrait venir à l'appui de l'idée d'un consentement comme acquiescement aux moyens. En effet, ce qui caractérise le dol dans sa spécificité, c'est bien le fait qu'il s'agit de manœuvres qui, sans avoir été déterminantes du consentement, ont pu l'influencer à accepter des conditions qui ne sont en réalité pas favorables à l'un des justiciables. Ce qui est questionné, ce n'est donc pas le principe de l'engagement, mais les modalités de celui-ci, ce qui paraît rejoindre l'idée des moyens. Toutefois, la sanction du dol, lorsque celui-ci ne peut être qualifié de *bonus dolus*, est bien la nullité du contrat en ce que la manœuvre est jugée exclusive du consentement. Aussi, ce qui départage les deux notions, c'est bien l'intensité de la manœuvre. Dès lors, on voit mal comment rattacher une telle définition à l'idée du consentement comme acquiescement aux moyens, puisque dans les deux cas, ce sont bien les moyens qui sont en cause. Il n'est donc pas possible, à notre sens, de dire que cette formulation décrirait mieux la réalité du dol, que le consentement tel qu'il était pensé avant au sein de la sphère juridique.

405. De façon similaire, si l'on réintroduit au sein des mécanismes habituels du droit qui mettent en jeu le consentement le sens proposé par Pufendorf, des difficultés similaires quasi insurmontables apparaissent. Quelques exemples permettront d'illustrer efficacement cette idée.

Le premier pourrait être en réalité une étude de cas de théologie, puisqu'il concerne le mariage qui, à l'époque de Pufendorf, est nécessairement religieux. Aussi, la question qui se pose ici est de déterminer si le mariage est en lui-même une fin, ou un moyen pour parvenir à

une fin qui lui est supérieure. On sait que tant du point de vue des lois temporelles, que du droit canon, le consentement libre est une condition essentielle à la validité de cette union. Mais comment comprendre alors le rôle du concept si celui-ci n'est qu'affaire de moyens ? Déjà, cela suppose de considérer qu'il existerait une fin au-delà du mariage, peut-être en la possibilité d'avoir une vie conjugale et de fonder une famille. Le mariage ne serait alors qu'une simple technique permettant de parvenir à ces divers objectifs. Quelle désacralisation d'une institution pluricentenaire, si tout ce en quoi elle consiste n'est en réalité qu'un prétexte pour accéder à autre chose !

On pourrait tout à fait envisager que le mariage soit une fin en lui-même, correspondant par exemple au désir de s'unir devant Dieu. Plus simplement, le mariage peut-être voulu en lui-même et non pour ce à quoi il donne ou non naissance.

Aussi, comment alors distinguer, au sein de ce dernier, ce qui relève de l'ordre des fins, ou de l'ordre des moyens ? Le dernier renverrait-il exclusivement aux arrangements techniques, tels par exemple, le montant de la dot, le régime juridique applicable, etc. ? Cela signifierait alors que ce qui est recherché par le droit dans cette institution n'est pas tant le principe même de l'accord, c'est-à-dire la volonté de s'unir à quelqu'un, mais un accord sur les modalités de cette union, comme si l'accord sur l'engagement était de quelque façon présumé. Ceci constitue un bouleversement d'une ampleur encore ignorée jusqu'alors.

Il faut en effet comprendre que cela aboutit, en pratique, à considérer que si une personne ne souhaite pas se marier, mais à une idée de la façon dont elle souhaiterait que cela se déroule dans l'hypothèse où elle changerait un jour d'avis, alors son consentement est déjà constitué et d'un strict point de vue juridique, le mariage peut-être déjà formé !

3 / Une redéfinition qui passe par la perte du caractère fondamental du consentement

406. Avant d'aborder un autre exemple qui achèvera de démontrer ce que nous avançons, il semble nécessaire d'insister sur un trait à notre sens absolument essentiel : la définition proposée par Pufendorf du consentement transpire, par l'ensemble de ses termes, d'une volonté de minimiser l'importance de ce dernier, de l'amoindrir³⁷⁹. C'est bien cela qui pose alors

³⁷⁹ En réalité, on peut même se demander à quoi il sert encore, et pourquoi il devrait présenter certaines qualités, puisque le critère d'appréciation s'est déplacée sur l'approbation des moyens. Dès lors, puisqu'il est le fruit d'une délibération antérieure, le consentement est soit présent, soit absent. Plus précisément, il lui suffit juste d'être présent pour fonctionner, puisque son existence est entièrement déterminée par un arbitrage qui le précède.

problème lorsque l'on insère la nouvelle définition dans le cadre juridique qui lui préexiste et qui semblait, lui, faire grand cas du consentement. En effet, si l'on prête une attention soutenue aux termes employés, on remarque que le consentement n'est « qu'une simple » approbation des moyens, qu'il s'agit de juger « utiles » ou non pour parvenir au résultat escompté.

Comment comprendre le terme de « simple », ici minorant, et dont l'usage n'est en aucune façon indispensable, si ce n'est par un désir de lui confier une position fixe au sein d'une théorie en train de se bâtir. Or, puisque les éléments traditionnellement attachés au consentement comme les fins, la notion de choix, l'impression sensible, etc. sont déjà incorporés dans d'autres concepts que l'auteur utilise, alors ne subsiste pour le consentement que ce qui reste, c'est-à-dire la portion congrue.

407. De manière analogue, comment ne pas observer que, par l'ajout d'un qualificatif autrefois absent, le consentement est profondément malmené ? Si l'on prend en considération les droits antérieurs, qui s'appuient chacun sur une forme de protection du consentement, on voit bien que celui-ci est jugé suffisamment important pour que, lorsqu'on l'altère de manière trop significative, le contrat perde sa validité. Mais, l'appréciation de la gravité de l'atteinte se fait par l'utilisation de termes périphériques, qui qualifient indirectement le consentement lui-même : ainsi, l'erreur doit porter sur les qualités substantielles ou essentielles du contrat ; on distingue entre le dol principal, déterminant du consentement, et le dol incident qui ne l'est pas, etc. Ce faisant, on observe que le consentement est tangent, en quelque sorte, à certains principes jugés fondamentaux pour la validité juridique.

408. Or, dans l'exemple de Pufendorf, ce n'est absolument plus l'essentiel, le déterminant, le fondamental qui sont évoqués, mais seulement l'utile. Or, ce critère de l'utile n'a jamais fait partie de l'histoire juridique du consentement et peut-être davantage, du droit des obligations de manière générale. Au plus, il peut s'agir d'un motif, dont on a vu que le statut était incertain. Sinon, le droit l'ignore avec superbe, peut-être en raison du fait qu'il essaie de se préoccuper davantage d'objectivité et que par définition, l'utile est souvent spécifique à une situation et à un individu.

Pour aller plus loin, on peut même remarquer que l'utile a souvent plus à voir, au sein du droit des obligations, avec ce qui justement ne saurait remettre en cause le consentement, plutôt que l'inverse. L'utile évoque l'accessoire, tandis que le consentement évoque lui le

fondamental puisque son absence suffit à permettre l'annulation de la convention.

409. Ce faisant, c'est bien plus qu'un exposé théorique que livre ici le célèbre juriste. Il s'agit en vérité d'une des propositions de transformation les plus radiales que nous avons pu observer dans cette histoire du consentement et qui semble être passée relativement inaperçue. Il n'en demeure pas moins que pour que cette observation dispose d'une assise solide, il faut encore s'attacher à déterminer si le consentement dont il est fait ici état est bien le consentement juridique mobilisé dans la suite de l'ouvrage. En effet, c'est la répétition de l'usage, dans un contexte identifié, qui permettra de s'assurer que le sens ne varie pas, ou peu, entre ces différentes occurrences.

Aussi, si l'on poursuit la lecture de l'ouvrage, il est rappelé la position de Grotius sur la question et le sens qu'il donne au consentement. On peut s'étonner de cette précision, puisque le traité principal de Grotius ne comporte justement pas, comme on l'a vu, de définition du consentement³⁸⁰. Toujours est-il que, selon la version proposée, Grotius distinguerait trois « choses qui se passent dans l'Âme à la vue d'un objet, la passion, le mouvement et le consentement. La passion, c'est-à-dire la faculté physique de se courroucer, par exemple, venant de la Nature même, on ne saurait s'en dépouiller, et il faut la mettre au rang des choses indifférentes, dont on peut faire un bon ou un mauvais usage. Mais comme la partie de l'âme, où les passions ont leur siège, est aveugle d'elle-même ; il arrive que, sans attendre le jugement de la Raison, il s'y excite un mouvement, qui, si on n'y prend bien garde, est d'ordinaire suivi du consentement, lorsque la partie de l'âme qui nous a été donnée pour modérer les passions, s'y laisse elle-même traîner sans réticence. Ce consentement est volontaire, et dépend du libre-arbitre »³⁸¹.

Ceci précisé, on peut donc tenter de résumer les principaux apports de Pufendorf à l'égard du consentement.

³⁸⁰ Une recherche des termes utilisés par Pufendorf pour caractériser la position de Grotius au sein de l'œuvre de ce dernier ne permet pas de confirmer les affirmations du premier, qui n'indiquent au surplus pas ses sources sur ce point précis.

³⁸¹ Pufendorf, précité, p. 68-69.

B / Une théorisation nouvelle qui n'évite pas les écueils classiques de l'usage du consentement

410. Bien que novatrice, la théorisation proposée par Pufendorf, qui s'inscrit dans la continuité des travaux de Grotius, ne fait en réalité que déplacer la problématique spécifique au consentement sur la volonté (1). Sous couvert d'innovation, c'est une même hostilité de principe aux passions, posées comme nécessairement contraires à l'usage de la raison (2). Enfin, la définition proposée par Pufendorf du consentement n'est pas sans poser problème au regard de l'usage qu'il fait lui-même de ce concept (3).

1 / Une redéfinition problématique dans ses conséquences : un simple déplacement des problèmes posés par le consentement

411. La nouvelle définition du consentement proposée pose des problèmes délicats au regard de son application pratique (a) et aboutit en quelque sorte à faire disparaître le consentement du raisonnement (b).

a / Une nouvelle définition problématique au regard de son application pratique

412. S'agissant d'une telle affirmation, il semble nécessaire de dire quelques mots. On observe dans la définition de Grotius, comme chez Pufendorf, un même rejet de la dimension passionnelle, qui recoupe en réalité ce qui touche au sensible. Chez les deux, ce rejet s'avance masqué, puisqu'il est dissimulé derrière l'éclatement du processus en différents concepts, de telle sorte que le consentement est à chaque fois distingué strictement des passions. Chez Grotius, il intervient à la fin, et est la conséquence d'une forme de délibération, ou de combat, entre les passions et la raison. Le consentement est alors le résultat de cette confrontation, ce qui implique au moins deux éléments : pour faire sens, le consentement doit donc être considéré comme un pur synonyme de l'accord ou du choix, et en tant que tel, il est axiologiquement neutre, puisqu'il est sec de toute dimension morale. Il est le produit d'une délibération qui le détermine intégralement et dont il rend compte par sa seule existence. De fait, il n'est perçu que comme un révélateur de la moralité et non par lui-même.

413. Chez Pufendorf, il est aussi distinct des passions, comme nous le verrons par la suite. Toutefois, à ce point de l'enquête, on peut déjà remarquer que le sens conféré au concept par les deux auteurs est apparemment dissemblable. Chez Grotius, on ne trouve aucune référence à l'utile et le consentement apparaît comme le produit d'un processus qui se joue ailleurs dans la psyché. Dans cette perspective, on peut comprendre que Pufendorf, qui s'inscrit à la suite de cette pensée, ne lui réserve qu'une place marginale et n'en fasse effectivement qu'un « simple » acquiescement.

Toutefois, chez Pufendorf, le consentement ne joue pas tout à fait au même moment, ni le même rôle. En effet, ce dernier distingue bien entre le consentement et le choix, tandis que le choix est en quelque sorte inclus dans le consentement chez Grotius. Mais, cette différence est-elle réellement si fondamentale ? Elle ne l'est pas nécessairement sur le plan théorique, mais elle est tout à fait significative sur le plan pratique.

414. En effet, si le consentement doit se comprendre exclusivement comme une approbation par rapport aux moyens et non comme le choix qui interviendra par la suite pour décider effectivement, pourquoi ne pas protéger le choix, plutôt que le consentement ? Ce qui donne effectivement naissance à un contrat, c'est bien la manifestation positive du vouloir-contracter. Or, le consentement n'épuise absolument pas cette catégorie et surtout, dans la perspective décrite, n'a même pas besoin d'être extériorisé !

N'oublions pas ici que la définition proposée ne renvoie pas à un autre que le sujet : c'est lui qui, semble-t-il dans son for intérieur, approuve ou non les moyens. Mais cela, l'autre justiciable peut-il le deviner en dehors de la manifestation positive de la volonté qui viendra matérialiser l'intention juridique ? Non, assurément, et en réalité, cela lui est parfaitement indifférent, puisqu'il n'est nulle part fait mention d'une obligation de partager spécifiquement cette approbation interne. Qu'elle soit donc présente ou non, ou que le justiciable décide de contracter malgré sa désapprobation, le cocontractant y demeure parfaitement étranger³⁸². Ceci renforce donc l'interrogation sur la pertinence de protéger le consentement dans l'ordre juridique, si l'on adopte une telle définition.

³⁸² Ceci soulève la question spécifique de la difficulté probatoire du consentement, qu'il soit pensé dans sa forme actuelle ou comme sentir-avec, puisqu'il s'agit alors d'essayer d'apercevoir les ressentis profonds d'un justiciable. Toutefois, nous ne pensons pas qu'il s'agisse ici d'une difficulté nouvelle, puisqu'elle accompagne en réalité l'histoire du droit. Que ce soit en droit des obligations, au travers de la recherche de l'intention, comme en droit pénal, une telle investigation existe déjà, et ce, malgré les éventuelles difficultés pratiques.

415. À ceci s'ajoute que la distinction entre consentement et choix telle qu'elle est opérée par Pufendorf produit une conséquence théorico-pratique supplémentaire. Il est ainsi possible, dans cette perspective, de considérer que le consentement est présent, tandis que le contrat n'est pas formé. En effet, étant donné qu'il n'est pas indiqué que la formule étudiée doit l'être dans un cadre temporel précis, il est donc parfaitement possible de distinguer les concepts suivant cet axe. De ce fait, un justiciable peut consentir à un certain objet, un certain acte, mais réserver son choix tant que les moyens auxquels il a consenti ne lui sont pas disponibles³⁸³. Aussi, on pourrait donc consentir et ne pas choisir de contracter, ce qui rejoint la perspective que nous avons adoptée dans ce travail de recherche, mais qui constitue une évolution conséquente de la théorie juridique³⁸⁴. Or, ceci n'est permis que par la distinction entre le consentement et le processus de choix à proprement parler, que l'on ne peut donc observer chez Grotius. Il y a donc bien, de ce point de vue, une évolution doctrinale fondamentale entre ces deux auteurs.

416. On peut néanmoins remarquer que ce raisonnement semble ne fonctionner que dans un sens : si le consentement est acquiescement aux moyens, et le choix ce qui relève à la fois de la destination des moyens et de la disponibilité de ceux-ci, alors il semble possible de rencontrer un consentement sans choix, mais pas un choix sans consentement, sauf à considérer que l'individu déciderait de la destination et de l'utilisation de moyens qu'il désapprouve.

Toutefois, cette seule explication ne permet pas de cerner toutes les difficultés posées par le consentement tel qu'il est pensé par ces auteurs.

b / Un déplacement des problèmes qui aboutit à faire disparaître le consentement

417. Ainsi, chez Grotius comme chez Pufendorf, le consentement est déterminé au préalable par un processus antérieur, dont il est la manifestation, soit par lui-même chez Grotius, soit au travers du choix chez Pufendorf. Mais, si c'est bien de cela dont il s'agit, alors pourquoi le consentement est-il si problématique ?

Ce que l'on souhaite exprimer par cette question quelque peu polémique est l'idée que

³⁸³ En effet, s'agissant du choix, Pufendorf note bien que « Lorsque ces moyens se trouvent en notre disposition, on les destine par un *choix* à procurer actuellement l'acquisition de la fin [...] ». Sur ce point, cf. *supra*.

³⁸⁴ Sur ce point, cf. *infra*. Partie II, Titre II, Chapitre I, Section 2.

puisqu'il n'est dans les deux versions que la pointe émergée et positive d'un processus antérieur, alors pourquoi sa détermination est-elle si complexe ? Il est en effet soit présent, soit absent et il n'y a alors pas lieu de poursuivre l'investigation juridique davantage. En effet, si chez Grotius, le consentement intervient lorsque les passions ne sont pas suffisamment jugulées par la Raison³⁸⁵, alors sa détermination ne pose, dans une certaine mesure, aucune difficulté pratique : il suffit d'un écrit, ou d'un témoin qui atteste que les deux cocontractants ont dit oui, pour que la recherche du consentement s'arrête *de facto*, son existence ayant été établie.

La même situation, sur le plan des principes, existe chez Pufendorf, puisqu'on peut apparemment inférer du choix le fait qu'il y a un consentement derrière. Dès lors, si le justiciable choisit de contracter, son consentement est en quelque sorte automatiquement prouvé, car déduit du choix. Il ne pose donc pas de problème spécifique.

Tout ceci est redoublé, si l'on se demande, dans de telles circonstances, quelle peut bien être l'utilité de qualifier le consentement, au sein de l'ordre juridique, puisqu'il n'est pas à proprement parler autonome. Pourquoi demander des qualités particulières pour ce dernier, s'il est simplement le résultat automatique d'un processus ?

418. Certes, on comprend bien ici que la référence à la liberté peut faire sens : il n'y a d'acquiescement que non-contraint et chez Grotius, le consentement relève du libre-arbitre. Toutefois, Grotius lui-même n'exclut pas que les passions, insuffisamment maîtrisées par la raison, puissent pousser à formuler un consentement. Dès lors, y-a-t'il véritablement liberté si le justiciable est en quelque sorte assujetti à ses passions, à un point tel qu'elles peuvent venir faire obstacle à la raison ?

419. De manière analogue, si l'on se penche cette fois sur Pufendorf, un raisonnement similaire peut s'établir : puisque le consentement n'est pas le choix, mais n'est qu'une simple approbation à l'égard de moyens, alors, le consentement ne peut, d'une certaine façon, être affecté par des mesures qui viendraient buter contre une liberté. Pour le dire autrement, dans l'hypothèse d'un individu contraint par la menace par exemple et qui s'engage de ce fait dans un contrat, ce n'est pas tant le consentement qui joue ici, puisqu'il est antérieur au choix, que le choix lui-même qui est forcé : l'individu a fait le choix, sous la contrainte, de signer cet

³⁸⁵ Même s'il faudrait s'interroger ici sur le point de savoir si le consentement est spécifique à cette situation de conflit défavorable à la raison, par rapport aux passions, ou bien s'il y a consentement également dans l'hypothèse où la raison domine les passions.

engagement. Peut-on pour autant dire qu'il a consenti ? Et surtout, en quoi le consentement tel qu'il est pensé par l'auteur permet-il une solution différente ? Tout au plus, c'est bien le choix, puis l'usage qui manifestent positivement l'action, et non le consentement qui dans cette formulation, demeure un processus irrémédiablement interne. De fait, ce n'est donc pas le consentement qui est entravé au titre de la liberté, mais bien le choix, de telle sorte qu'une fois encore, le consentement n'est pas directement atteint par ce processus³⁸⁶.

420. Aussi, pour résumer l'idée sur ce point, il est possible de remarquer que, à raisonner dans le cadre qui nous est offert par ces deux auteurs, les problèmes spécifiques posés par le consentement disparaissent. Néanmoins, cette disparition n'est qu'apparente, puisqu'en réalité, les difficultés évoquées se déplacent simplement en direction d'une autre notion, placée dans un rapport de proximité immédiate. De ce fait, on aboutit à une situation dans laquelle le consentement est désormais insignifiant ou presque, mais c'est pourtant lui que le droit va rechercher dans toutes les hypothèses que nous avons présentées. C'est donc un rendez-vous manqué des deux côtés : le droit ne saisit pas ce qui est le plus essentiel au titre des résultats de cette proposition théorique, et le consentement s'efface, devenu inutile du fait des transformations qu'on lui a fait subir. Aussi, la conclusion est nécessairement négative, s'agissant des conséquences de telles propositions de définition sur la subjectivité et le consentement comme sentir-avec. C'est ce que nous allons observer désormais.

2 / Pufendorf et Grotius : un même rejet des passions

421. En effet, aux éléments évoqués précédemment s'ajoute une conséquence supplémentaire, que nous n'avons pas abordée ici précisément s'agissant de Pufendorf. Quelle place la définition fournie laisse-t-elle à l'idée du sentiment, du sensible, en somme du consentement comme sentir-avec ? La réponse se fait pressentir, au regard de ce que nous avons déjà dit précédemment. Ainsi, après avoir évalué ce qui peut porter atteinte à la Volonté, et ici la majuscule est d'importance, au travers de la référence au Naturel³⁸⁷ et à l'Habitude³⁸⁸, il est fait mention d'une troisième catégorie susceptible de l'affecter durablement : les

³⁸⁶ Pour de plus amples développements sur ce point, cf. *infra*. Partie II, Titre II, Chapitre 1, Section 2.

³⁸⁷ Pufendorf, précité, p. 65.

³⁸⁸ Pufendorf, précité, p. 66.

Passions³⁸⁹. Celles-ci sont encore une fois étrangement définies, puisqu'elles correspondent aux « mouvements qu'excite la vue du Bien ou du Mal, et qui d'ailleurs offusquent beaucoup le Jugement, en sorte qu'elles jettent dans l'erreur les sages mêmes, comme dit un ancien Poète Grec »³⁹⁰. On peine à saisir ici le lien effectué entre les passions et le Bien et le Mal, comme si les premières étaient immédiatement rattachables à l'une de ces catégories, du fait d'une évidence qui nous ne parvient pas. De manière analogue, il faut ici noter le côté binaire de la définition proposée, puisqu'il n'existe pas de passion neutre, qui soit d'une certaine façon indifférente au bien ou au mal. Ceci marque très clairement, à notre sens, la volonté de l'auteur de placer son raisonnement dans un certain cadre, celui de la responsabilité morale en lien avec le péché.

422. Ensuite, la description qui est faite de l'action des passions paraît témoigner d'une forme de passivité du récepteur à qui il est fait impression. Mais, cette impression est, semble-t-il, essentiellement visuelle, sans que l'on puisse déterminer la raison de cette primauté. En effet, traditionnellement, les paroles sont réputées aussi dangereuses pour le chrétien que les actions, comme nous avons pu l'observer à l'occasion de l'examen du serment. Ici, il n'en est rien, et ce faisant, le regard est en quelque sorte doté d'une fonction particulière, ici morale. En effet, suivant la définition, il n'est pas fait mention du fait que c'est par l'usage de la raison que l'on pourrait qualifier axiologiquement ce qui est observé. Certes, le jugement s'offusque de ces mouvements et de leur action, comme s'il était placé en quelque sorte devant le fait accompli de la qualification de la Passion, mais aussi de sa réalisation. Dès lors, le regard devient ce qui est apte à saisir la dimension morale d'une action, dans une instantanéité qui laisse rêveur³⁹¹.

423. Toujours est-il qu'une première lecture ne permet pas de déterminer précisément la position de l'auteur par rapport à celles-ci, même si de l'hostilité se laisse deviner. Si les passions peuvent être influencées ou résulter du Bien, alors elles ne doivent pas nécessairement être rejetées. Pourtant, ce n'est pas tout à fait la conclusion que va tirer Pufendorf. Premièrement, il entend bien établir qu'en aucune façon, les Passions ne sont

³⁸⁹ Pufendorf, *ibid.*

³⁹⁰ *Ibid.*

³⁹¹ Il faut ici préciser que Bien et Mal s'entendent, selon Pufendorf, comme agréables pour l'un et fâcheux pour l'autre. Cf. Pufendorf, *précité*, p. 69-70.

exclusives de la Volonté et que dès lors, celui qui prétend le contraire ment soit volontairement, soit par ignorance. C'est ainsi qu'il déclare que « les Passions, si violentes qu'elles soient, ne détruisent jamais entièrement le pouvoir de la Volonté »³⁹². On se doute qu'ici, il est question de responsabilité individuelle, dans un premier temps religieuse, mais aussi potentiellement juridique. Cela va se renforcer par les propositions suivantes, qui posent directement une capacité dans les mains de tout individu. Évoquant à la fois Descartes et Cicéron, il écrit que « ceux mêmes qui ont les plus faibles âmes pourraient acquérir un empire très-absolu sur toutes leurs Passions, si on employait assez d'industrie à les dresser et à les conduire. En effet, la source de toutes les Maladies et de toutes les Passions de l'âme, c'est le mépris des conseils de la Raison »³⁹³.

424. Dès lors, celui qui se laisse aller à ses passions est frappé à raison d'une double faute : la première, de voir sa volonté s'égarer, et de l'autre, de n'avoir pas suffisamment entraîné son contrôle des Passions, de ne pas les avoir domestiquées. C'est donc le non-usage d'une capacité dont chacun est doté qui est blâmable. Cette affirmation possède un avantage pratique indéniable : il n'est plus nécessaire d'établir des catégories au sein des justiciables, puisque tous sont dotés de ce pouvoir de plier leurs Passions à leur Volonté. Mais, cela traduit en creux le fait que les exercices évoqués ne sont pas liés à une éducation particulière, qui permettrait à un individu de saisir les difficultés en cause, d'apprendre le bon usage de sa Raison, etc. Il n'y a donc plus lieu de distinguer entre l'ignorant et le savant, entre le *rusticus* romain et le citoyen, entre l'individu de basse extraction et celui de bonne naissance. En somme, tous égaux donc tous responsables de leurs actions. Ceci est d'autant plus juste que ce qui va occuper l'auteur dans les pages qui suivent est bien le fait de savoir quelles conséquences on peut tirer de cette théorisation sur le plan de la responsabilité et du péché.

425. Ce n'est qu'après avoir brièvement évoqué l'ivresse comme pouvant altérer la Volonté, il en conclut que l'ensemble des éléments rapportés forme « ce qui produit dans la Volonté une espèce de penchant que l'on peut appeler physique. Ce qui peut ou qui doit du moins lui donner le plus certain penchant moral, c'est l'obligation »³⁹⁴. De fait, le commentaire que nous avons développé jusque-là est renforcé par cette affirmation, qui permet mieux de considérer

³⁹² Pufendorf, précité, p. 68.

³⁹³ Pufendorf, *ibid.*

³⁹⁴ Pufendorf, précité, p. 71.

que les Passions s'opposent, d'une certaine manière, à la moralité, ou tout du moins peuvent lui être contraires. Il faut donc donner un pli particulier à la Volonté, par l'entremise de l'Obligation, pour que la première se conforme à sa destination première.

Cette vision est donc tout à fait contraire à l'idée du consentement comme sentir-avec, en ce qu'elle traduit une profonde défiance à l'égard du ressenti, du sensible, qui est toujours supposé porter en lui le germe de la corruption. Ce n'est qu'après avoir passé les fourches caudines de la Raison et du jugement, et l'innocuité établie, qu'ils pourront être vus comme acceptables.

On observe donc ici un primat très fortement marqué des capacités intellectuelles, par opposition aux facultés sensibles, les premières étant survalorisées à un point tel que, par une lecture littérale, on pourrait dire que suffisamment entraînées, elles ne sauraient faillir.

426. Pufendorf ménage néanmoins la possibilité d'actions mixtes, c'est-à-dire selon sa terminologie, qui relèvent à la fois du Volontaire et de l'Involontaire. Celles-ci s'observent lorsque « la Volonté se trouve quelquefois tellement pressée par la crainte de ce Mal, qu'elle consent à des Actions dont elle avait d'ailleurs beaucoup d'horreur, et auxquelles elle ne se serait jamais portée sans une telle nécessité »³⁹⁵. Une telle description nous ferait penser immédiatement au vice de violence au sein du droit des obligations et l'on se dit qu'il ne pourrait y avoir de toute façon consentement dans une telle hypothèse. Pourtant, la formulation adoptée a ceci de particulier qu'elle témoigne de l'impossibilité de penser le véritable involontaire, du fait du culte de la Raison qui est à l'œuvre³⁹⁶. Mais, comment alors faire le lien entre cette Volonté qui serait contrainte, avec le consentement ? Est-ce à dire que l'un pourrait se rencontrer sans l'autre, dans le sens où il pourrait y avoir consentement sans Volonté, ou Volonté sans consentement ?

Une réponse peut nous être apportée par l'auteur, lorsqu'il déclare concernant cette situation que « ce qu'il y a d'involontaire, c'est que la Volonté les exécute contre son inclination, et que jamais elle ne s'y porterait, si elle pouvait trouver quelque autre expédient

³⁹⁵ Pufendorf, précité, p. 72.

³⁹⁶ Même si plus loin, Pufendorf envisage la possibilité d'une action involontaire, selon une double condition : l'action est volontaire lorsque l'agent a en lui-même « le principe du mouvement, c'est-à-dire qu'il se porte à agir par une libre détermination de sa Volonté ; l'autre, qu'il sache ce qu'il fait ». Néanmoins, ceci nous semble en contradiction avec ce qui a été avancé précédemment s'agissant de l'action des Passions, qui peuvent être jugulées. Cf. Pufendorf, précité, p. 73.

pour éviter le Mal plus considérable dont elle a le dessein de se garantir par-là »³⁹⁷.

427. Il faut véritablement mesurer le sens d'une telle affirmation. Ceci aboutit à considérer, de manière très simple, que l'on peut s'engager dans une action contre sa volonté. Mais, puisque pour s'engager, selon le processus décrit plus tôt, il faut un consentement, un choix et un usage, cela signifie donc que l'on peut consentir sans le vouloir ! Or, ceci achève de transformer le consentement en un substitut de l'accord et de le dépouiller de sa dimension sensible.

Mais, un problème de taille subsiste : si le consentement est acquiescement aux moyens, n'est-ce pas exactement cela dont il s'agit ici ? Il est en effet indiqué que la Volonté, faute d'avoir une autre solution pour échapper à un Mal, choisit de se porter sur un Mal plus faible. Aussi, si la Fin visée est d'échapper au Mal le plus intense, alors le moyen d'y parvenir est de recourir au moyen le plus faible. Il y a donc ici, à suivre la démonstration en toute rigueur, bien un consentement !

Or, du fait même de ce caractère mixte, il est noté qu'on ne tirera pas de l'acte les conséquences juridiques ordinairement attachées aux actes volontaires. Ceci signifie donc qu'il peut y avoir un consentement, du moins au sens de Pufendorf, sans qu'il y ait accord au sens du droit, et nous retrouvons ici l'une des hypothèses de ce travail. Mais ce n'est pas là la seule difficulté posée.

3 / Une redéfinition qui masque mal un usage erratique et imprécis du consentement

428. En effet, une autre difficulté se présente qui touche à l'emploi désordonné du terme même de consentement. En effet, si l'on prête attention aux circonstances dans lesquelles l'auteur utilise ce concept, il semble possible de déterminer que la définition proposée initialement fait problème. Il est ainsi fréquemment fait référence au consentement du Peuple, qu'il soit tacite ou exprès, s'agissant par exemple de l'obéissance à la loi³⁹⁸. Mais, en ce cas, quelle est la fin que le peuple recherche dans cet acte, et pour laquelle le consentement figure le moyen de donner la mesure d'une approbation qui ne touche que les moyens ? Il est même possible de s'interroger sur ce que recouvre, dans cette hypothèse, la notion de moyen elle-même : est-ce le vote qui constitue le moyen ? La matière sur laquelle porte la loi ?

³⁹⁷ Pufendorf, *ibid.*

³⁹⁸ Cf. par exemple, Pufendorf, précité, p. 114, 115.

Tout ceci est d'autant plus problématique que, quelques lignes plus loin, Pufendorf note que « ceux qui disent que, sans le consentement du Peuple, les Lois n'obligent point en conscience, avancent là une maxime qui n'est véritable ni à l'égard des Lois Naturelles, ni à l'égard des lois civiles faites par un Monarque ou par les Chefs d'un gouvernement aristocratique, à moins qu'il n'y ait eu là-dessus quelque convention particulière entre les Souverains et les Citoyens. Du reste, il suffit de supposer ici un consentement implicite, qui consiste en ce que quiconque s'est volontairement soumis à l'Autorité de quelqu'un, est censé par cela même acquiescer à tous les actes par lesquels elle s'exerce »³⁹⁹.

429. Comment concilier ces deux propositions apparemment contradictoires ? Il n'est a priori pas possible de considérer que d'un côté le consentement constitue le socle explicatif de la force obligationnelle de la loi, et de l'autre, que le consentement n'est en toutes hypothèses pas nécessaire pour que la loi oblige. Il s'agit là d'une difficulté déjà évoquée plus haut et qui aboutit à considérer qu'il peut bien exister des formes d'accord sans consentement, et inversement. De toutes les façons, la formulation proposée est nécessairement problématique puisqu'en l'état, il n'est fait aucune référence au principe majoritaire. Dès lors, si seul le consentement importe pour donner une force obligatoire, alors ceux qui n'ont pas consenti à cette loi ne sont pas liés par elle. C'est là l'une des vertus, en même temps qu'une faiblesse, des catégories englobantes comme le Peuple, qui permettent de donner l'apparence d'une unité, alors que rien ne garantit qu'il en est de même lorsque l'on étudie les prétentions réelles des individus qui la composent.

430. C'est en ce sens que l'on peut comprendre la proposition suivante de Pufendorf, qui rend possible une loi obligatoire indépendamment d'un consentement. Ceci constitue en réalité la seule manière de pouvoir obliger ceux qui n'ont que méfiance et désapprobation pour le souverain en place. Toutefois, cela s'opère par le recours à une technique tout à fait hasardeuse et surtout très pauvre sur le plan argumentatif : le recours au consentement implicite. Puisque ce dernier semble suffire, alors il n'est même pas nécessaire de formuler la condition même du consentement : le consentement implicite a ceci de particulier que, sur le plan des institutions et de la théorie du pouvoir, il bénéficie d'une forme de présomption irréfragable. Personne ne

³⁹⁹ Pufendorf, précité, p. 115.

viendra s'assurer de la réalité de son existence, ni du fait qu'il pourrait avoir été extorqué, ou à tout le moins, ne pas présenter les caractéristiques attendues.

En réalité, l'implicite est l'autre nom de l'axiome dans ces théories politiques, c'est-à-dire nécessaire au fonctionnement de l'ensemble, mais posé comme la manifestation d'une vérité inatteignable par la raison, puisqu'elle ne peut, et ne doit, être démontrée.

Il faut saisir que la proposition de Pufendorf légitime en quelque sorte l'absence de consentement : quand celui-ci n'est pas présent, alors il faut supposer qu'il l'est quand même. Et tout ceci se fait par le recours à des procédés tout à fait discutables.

431. Que dire en effet de la théorie du consentement-source qui nous est présentée ici ? Selon celle-ci, un consentement donné une fois, pour un contrat antérieurement établi, serait valable pour tous les contrats suivants qui présentent un lien avec le premier. C'est exactement cette logique qui, transposée sur le plan du mariage, a empêché la reconnaissance du viol conjugal⁴⁰⁰. Mais ce n'est pas spécifique au droit de la famille, puisqu'existe un avatar tout à fait fonctionnel au sein du droit constitutionnel : une fois le vote effectué, qu'il s'agisse des élections présidentielles ou législatives, l'électeur retourne à son sommeil constitutionnel, c'est-à-dire cette douce torpeur qui l'occupe l'essentiel de son temps, exception faite des quelques intervalles lucides où tous les 5 ans, il prétend faire entendre sa voix. Pendant cet intervalle, il est supposé avoir consenti à l'ensemble des lois, décrets, règlements qui pourraient être pris, nonobstant leur contenu. Consentement implicite donc, qui est probablement au regard de ses effets, la plus puissante des formes de consentement⁴⁰¹.

432. Or, si l'on met cette idée en relation avec la définition du consentement comme acquiescement aux moyens, cela signifie que l'acte premier pour lequel le premier consentement a été recueilli, contenait à lui seul l'ensemble des moyens qui sera ensuite attaché à chacun des actes particuliers, le même raisonnement s'appliquant s'agissant des fins. On le voit, une telle position n'est pas tenable et produit au surplus des injustices inacceptables : ce consentement implicite qui fait office de sésame de l'obligation serait donc valable pour tous ces actes, quand bien même ces derniers seraient parfaitement attentatoires aux droits des justiciables. Ainsi, le consentement donné initialement au souverain serait

⁴⁰⁰ Sur ce point, cf. *infra*. Partie II, Titre II, Chapitre 2, Section I, §1, C.

⁴⁰¹ Sur ce point, cf. *supra*. Partie II, Titre I, Chapitre 2, Section 1, §1.

toujours aussi valable même si celui-ci crée des lois qui portent préjudice au plus grand nombre⁴⁰².

Cette proposition doit donc être rejetée. Du reste, la lecture prolongée de l'ouvrage de Pufendorf permet de découvrir que le consentement n'est absolument pas seulement juridique, mais résulte d'une forme de processus naturel de fonctionnement de la volonté humaine. Ainsi, on peut consentir à une proposition théorique⁴⁰³, à une promesse distincte de tout engagement juridique⁴⁰⁴, etc.

433. Aussi, pour conclure sur les propositions de Pufendorf, il nous semble possible de dire que son ouvrage, qui fera date sur le plan de la pensée, s'avère particulièrement important pour l'histoire juridique du consentement. Les changements introduits, au détour d'une exposition systématique de sa théorie, sont d'une ampleur telle que, par un effet du hasard, elles semblent être passées absolument inaperçues chez ses commentateurs.

Les critiques que nous avons adressées peuvent paraître iniques, au regard de la pensée de l'auteur. Nous avons à certains moments transposé, il est vrai, des problématiques liées au consentement, qui sont typiquement modernes et que cet éminent juriste ne pouvait par définition appréhender. De la même façon, inséré dans son époque, l'auteur est en quelque sorte pris dans le filet d'un environnement intellectuel qui donne un pli à sa pensée et une couleur particulière à son regard. Cette œuvre est donc bien le produit d'une époque, qui peine encore à proposer une pensée radicalement distincte de la religion⁴⁰⁵, ou qui ne s'appuie pas à outrance sur le recours à une rationalité aux propriétés quasi divines.

Il nous reste alors à poursuivre dans cette histoire juridique du consentement.

⁴⁰² Pufendorf semble évoquer lui-même cette hypothèse : « Les promesses et les conventions sont aussi valides, lorsqu'on les a faites malgré soi, par ordre d'une personne qui avait droit de nous contraindre, par la crainte d'une peine qu'elle pourrait nous infliger légitimement ». Plus loin il traite spécifiquement de la situation où un Prince ordonnerait à ses soldats d'aller prêter serment d'allégeance à un autre Prince. Selon lui, cet ordre est on ne peut plus valable. cf. Pufendorf, précité, p. 431.

⁴⁰³ Pufendorf, précité, p. 220.

⁴⁰⁴ Pufendorf, précité, p. 411 et s. Il s'agit d'une hypothèse qui se révèle insupportable pour le consentement comme acquiescement aux moyens, du moins à notre sens.

⁴⁰⁵ À plusieurs endroits du texte, il est possible d'observer que la théorie se supporte grâce à des éléments de nature théologiques. De même, à plusieurs reprises, Pufendorf a des mots assez durs pour l'athéisme.

SECTION 2 : LE CONSENTEMENT DANS SA FORME MODERNE : CODE CIVIL ET THÉORIE DE L'AUTONOMIE DE LA VOLONTÉ

434. Comme nous l'avons déjà évoqué, une véritable révolution juridique s'opère par le biais des théorisations proposées par l'École du droit naturel moderne, dont Grotius et Pufendorf⁴⁰⁶ font figure d'épigones. Nous ne reviendrons pas ici sur les éléments apportés par Michel Villey, s'agissant de l'émergence des droits subjectifs et de la conception moderne du droit, au travers de la querelle des franciscains et de la réponse décisive qu'y apporta Guillaume D'Occam⁴⁰⁷. Tout au plus peut-on dire que le mouvement amorcé se traduit par un décentrement de la perspective, qui fait tout à fait écho à ce que l'on trouvera quelques années plus tard chez Kant⁴⁰⁸. Rompant avec la tradition ancienne, d'inspiration antique, qui vise à constater dans l'existant du monde et de sa cosmologie, un ordre spontané au sein duquel il appartiendrait d'apercevoir la place qui revient à chacun, la lecture moderne participe d'une construction. Le point de départ diffère radicalement : de l'ordre de la nature, on passe ainsi au sujet, point de départ du raisonnement, à partir duquel on entend bâtir un ouvrage conceptuel à même de l'accueillir. Comme le note Mme Barret-Kriegel, « la règle juridique a cessé d'être naturaliste et objective, pour devenir rationaliste et subjective »⁴⁰⁹.

435. C'est en ce sens, du fait de cette perspective nouvelle, que le consentement est appelé à jouer un rôle particulier, puisqu'il permet par exemple, dans la pensée de Grotius et de Pufendorf, de pouvoir aliéner sa liberté et de justifier ainsi l'esclavage volontaire⁴¹⁰. À ceci s'ajoute une émancipation de la pensée d'avec la théologie, qui prend véritablement forme avec Pufendorf, qui, selon M. Halpérin, a « dressé une véritable barrière entre le droit naturel,

⁴⁰⁶ Sur l'importance de ces deux auteurs pour la théorie du droit naturel, cf. S. Goyard-Fabre, *Les Embarras philosophiques du droit naturel*, éd. J. Vrin, coll. Histoire des idées et des doctrines, 2003, 372 pages, qui montre bien le passage de Grotius à Leibniz et Wolff, en lien avec un rationalisme qui prend son essor. Cf. également J. Gordley, « The moral foundations of private law », *The American journal of jurisprudence*, 2002, vol. n° 47, p. 1-23, pour l'influence d'autres auteurs moins célèbres (Domingo de Soto, Luis de Molina, Léonard Lessius) sur la pensée de Grotius et Pufendorf. Pour une étude large de cette question, cf. J. Gordley, *The philosophical Origins of modern contract doctrine*, éd. Oxford University Press, 1993, 272 pages.

⁴⁰⁷ Sur ce point, cf. M. Villey, précité, p. 240-268.

⁴⁰⁸ Sur ce point, cf. *infra*. Partie I, Titre II, Chapitre II, Section 2, § 1.

⁴⁰⁹ B. Barret-Kriegel, *Les droits de l'homme et le droit naturel*, Paris, P.U.F., 1989, p. 54 cité in J.-L. Halpérin, *L'impossible Code civil*, P.U.F., 1992, p. 53.

⁴¹⁰ Sur cette question, cf. J. Mondot (dir.), « L'esclavage et la traite sous le regard des Lumières », *Revue Lumières*, n°3 Press. Univ. De Bordeaux, 2004, 158 pages, spécialement, la contribution de Mme C. Spector, « il est impossible que ces gens-là soient des hommes » - la théorie de l'esclavage au Livre XV de l'Esprit des Lois, p. 15-53, spé. p. 20-26 ; cf. B. Barret-Kriegel, précité, p. 58 et s.

connu par la raison humaine et qui règle les actes matériels, extérieurs de l'homme, et la théologie morale, connue par la révélation, et qui règle les actions et les pensées internes »⁴¹¹.

436. Bien que cette affirmation nous semble quelque peu discutable, en ce que le droit canon adopte une perspective tout à fait particulière de l'intériorité qui vise surtout à rendre possible une responsabilité fondée sur le péché, il n'en reste pas moins que l'on voit ici se dessiner cette dichotomie caractéristique de la modernité juridique, entre d'un côté la matérialité de faits objectifs et de l'autre le secret de l'intériorité. De fait, on comprend mieux ici les raisons de cette césure, puisqu'il s'agit avant tout de se protéger, dans l'esprit des auteurs, contre l'emprise d'un dogme qui jusque-là entendait exercer son *dominium* dans une intimité devenue extimité. Ceci passe donc par une désincarcération du sentiment intérieur de l'emprise juridique. On aboutit ainsi à un sujet clivé, qui n'est pas sans rappeler celui que Rousseau développera par la suite au travers de la dualité individu/citoyen, et qui traduit une forme de dissociation juridique : le sujet est en quelque sorte toujours en retrait de son acte, en ce qu'il lui est très largement excédentaire. Pour le formuler autrement, on peut dire qu'il est juridiquement son acte, sans pour autant l'être nécessairement d'un point de vue subjectif.

437. À cette émancipation s'ajoute également la fascination exercée par les sciences et particulièrement les mathématiques. La pureté d'un système logique à caractère axiomatique vient ainsi prendre la place de l'ancienne perfection du dogme, et aboutit à l'idée que l'ensemble du droit pourrait se déduire de principes simples⁴¹². Toutefois, comme le relève M. Halpérin, « il est bien souvent difficile d'aboutir à de véritables règles juridiques, susceptibles de réunir l'unanimité des esprits raisonnables, en partant de principes de morale aussi vagues ». Néanmoins, « le droit est désormais conçu comme une série de normes hiérarchisées qui s'ordonnent selon la rigueur des théorèmes mathématiques »⁴¹³.

Si tous ces auteurs n'ont pas eu nécessairement la même influence sur la communauté

⁴¹¹ J.-L. Halpérin, *L'impossible...*, précité, p. 54.

⁴¹² Le parallèle avec la tentative leibnizienne d'ordonnement du tout est ici patente. Cf. P. Dubouchet, *Pour une sémiotique du droit international : essai sur le fondement du droit*, L'Harmattan, 2007, 284 pages, et particulièrement la partie sur Wolff, p. 55-60. Dans le même sens, cf. S. Goyard-Fabre, précité, p. 184 qui s'agissant de Wolff note : « [...] Des multiples exposés qu'il a donnés de sa pensée, on retient généralement que, en conférant au radicalisme logique de Grotius sa plus haute expression, il a insufflé à la philosophie du droit une intention d'unification formelle que son déductivisme porte à une quasi-perfection : un édifice juridique est, dit-il, un système qui repose sur des définitions à valeur principielle et la philosophie du droit a pour tâche d'établir des démonstrations et des preuves rationnelles ».

⁴¹³ J.-L. Halpérin, *L'impossible...*, précité, p. 55. L'auteur note également que, « avec Leibniz et Wolff qui vont le plus loin dans cette assimilation du droit à une science exacte, le jusnaturalisme devient hyper-rationaliste ».

philosophique française⁴¹⁴, toujours est-il que s'installe un « climat » de réflexion autour du droit, de ses fondements, et de la possibilité de déterminer les principes de gouvernement à l'aide de principes clairs.

C'est ce faisceau d'influences qui va créer le contexte favorable à la création du Code civil (§1), mais aussi à la théorie qui est supposée le fonder dans son principe : l'autonomie de la volonté (§2).

§1 : L'évolution de la pensée juridique en lien avec le consentement : l'émergence du Code civil

438. Au titre des influences doctrines majeures qui permettent d'expliquer la rédaction du Code civil, on peut évoquer Domat et Pothier, à un point tel que certaines formulations du dernier s'observent presque au mot près au sein du Code. Dès lors, l'étude de la manière dont ils conçoivent le consentement, en lien avec la subjectivité, est un point de passage obligé pour notre étude (A). Après cela, nous verrons à quel point le Code civil, souvent présenté comme exaltant la figure de l'individu et de la liberté, apparaît en réalité comme focalisé sur la question de la propriété. Ce faisant, c'est bien l'importance conférée au consentement qui est questionnée (B).

A / Les principales inspirations doctrinales du Code civil : Jean Domat et Raymond Pothier

439. La réception de la relecture du consentement opérée par Pufendorf et Grotius peut être appréciée, dans une démarche prospective, en recherchant les traces de celle-ci dans la pensée des deux principaux inspirateurs du Code civil, à savoir Jean Domat qui laisse une place conséquente à la sensibilité (1) tandis que Pothier est lui plus réservé sur cette question (2).

⁴¹⁴ J.-L. Halpérin, *L'impossible...*, précité, p. 59-64.

440. Il ne s'agit pas ici de retracer la totalité de la pensée de Jean Domat, qui dépasserait de loin le cadre de ce travail et pour lequel d'autres travaux plus savants existent déjà⁴¹⁵. On notera simplement ici qu'il est admis que le jusnaturalisme a joué un rôle important dans l'édification de sa théorie du droit⁴¹⁶, et que, à raison de la forte postérité de l'auteur⁴¹⁷, ceci va contribuer à inscrire cette méthode dans la pensée juridique postérieure, particulièrement chez les rédacteurs du Code civil. Toutefois, la pensée de Domat reste profondément marquée par son rapport personnel à Dieu, et plus particulièrement par le jansénisme pascalien⁴¹⁸.

441. À ce titre, l'intention de l'auteur, décrite par M. Heurtin, fait étrangement écho au consentement comme sentir-avec. En effet, selon Domat, le but des lois et du droit en général consiste à « lier » les hommes entre eux, afin de faire retour à un ordre préexistant que le péché aurait troublé. Plus précisément, Domat écrit : « Ainsi, dans l'homme, on voit que Dieu l'a formé, par un lien inconcevable, de l'esprit et de la matière, et qu'il l'a composé, par l'union d'une âme et d'un corps, pour faire de ce corps uni à l'esprit, et de cette structure divine des sens et des membres, l'instrument de deux usages essentiels à la société. Le premier de ces deux usages est celui de lier les esprits et les cœurs des hommes entre eux, ce qui se fait par une suite naturelle de l'union de l'âme et du corps ; car c'est par l'usage des sens unis à l'esprit, et par les impressions de l'esprit sur les sens et des sens sur l'esprit que les hommes se communiquent les uns aux autres leurs pensées et leurs sentiments. Ainsi, le corps est en

⁴¹⁵ On pense ici à la thèse de M. D. Gilles, *La pensée juridique de Jean Domat (1625-1696) : du grand siècle au Code civil*, Thèse pour le doctorat en droit, Univ. Aix-Marseille 3, 2004, 2 Vol. (770 feuilles) ; Cf. également, du même auteur, « Les lois civiles de Jean Domat, prémices à la Codification. Du Code Napoléon au Code civil du Bas Canada », *Revue juridique Thémis*, 2009, p. 1-48, version électronique. Cf. également, C. Teixeira, *La classification des sources des obligations du droit romain à nos jours*, Thèse pour le doctorat en droit, Univ. Lyon III, 2011, 282 pages, p. 85-94 ; Cf. également, A.-J. Arnaud, *Les origines doctrinales du Code civil français*, éd. L.G.D.J., coll. Bibliothèque de philosophie du droit, Paris, 1969, version numérique du Réseau européen du réseau Droit & Société, 2001, p. 69-73 ; J.-F. Brégi, « Contrat et idéologie chez Jean Domat », in *L'idée contractuelle dans l'histoire de la pensée...*, précité, p. 147-161.

⁴¹⁶ D. Gilles, *Les lois civiles de Jean Domat...*, précité, p. 8 : Face à cette diversité normative, amplifiée par la doctrine et l'importance des arrêstistes, l'œuvre unitaire de Domat, la recherche d'une ligne claire et l'établissement de principes juridiques jusnaturalistes et rationnels font des *Lois civiles* un œuvre qui détonne dans la science de l'Ancien droit français ».

⁴¹⁷ Victor Cousin ira jusqu'à le qualifier de « plus grand jurisconsulte du dix-septième siècle », in V. Cousin, « Documents inédits sur Domat », *Journal des savants*, janv. févr. 1843, repris dans *Fragments littéraires*, Paris, éd. Imprimerie royale, 1843, p. 220-221, cité in J.-P. Heurtin, « Obliger à aimer les lois. Paradoxe de l'augustinisme juridique chez Jean Domat », *Revue Jus politicum*, 2010, n° 10, version électronique, p. 1-2.

⁴¹⁸ Sur ce point, nous renvoyons à l'article remarquable de M. Heurtin, « Obliger à aimer les lois... », précité. Cf. également M.-F. Renoux-Zagamé, « Domat, le Salut et le droit », *Revue d'histoire des facultés et de la science juridique*, n° 8, 1989, p. 70-111.

même temps, et l'instrument, et l'image de cet esprit et de ce cœur qui sont l'image de Dieu »⁴¹⁹.

442. On retrouve ici tous les éléments de la conception du consentement : l'attention portée à la dimension intérieure, au-delà la seule matérialité physique, et l'idée que les sentiments ne sont pas exclusifs d'un usage de la raison, mais participent au contraire de la possibilité même d'une communication authentiquement humaine. Toutefois, il ne faut pas dire ici l'opposé de ce que l'auteur entendait défendre. En effet, Domat n'était absolument pas partisan d'une subjectivité débridée et prétendait au contraire, par le recours au droit, unir les hommes, et cela même contre leur volonté. M. Heurtin relève justement que « lier » implique également « astreindre » ou « obliger »⁴²⁰. De la même façon, Domat tend à privilégier le recours à la vérité révélée, et qui donc implique une objectivité du sens, plutôt qu'au recours à la raison, qui est certes nécessaire, mais non suffisante⁴²¹. Ceci explique donc, au moins en partie, pourquoi il va être nécessaire de forcer les hommes par le jeu des lois, afin de faire plier leurs natures désormais pécheresses dans une direction propice à l'amour tel qu'il est exprimé dans la théologie. C'est ainsi qu'il déclare que « tous les hommes n'ont pas toujours la raison assez pure pour reconnaître cette justice, ou le cœur assez droit pour y obéir »⁴²².

443. Toutefois, s'agissant plus spécifiquement du consentement, une lecture des œuvres complètes du célèbre juriste aboutit à une conclusion simple : rien ne diffère dans l'œuvre de Domat de ce que nous avons vu précédemment. De façon assez étonnante, le terme même de consentement n'est pas défini à un seul moment⁴²³. Ainsi, la première utilisation du terme intervient concernant le consentement des parents à l'égard des enfants à marier, qui sont ainsi « dans la place de Dieu »⁴²⁴, avant de passer au consentement du peuple⁴²⁵, puis enfin, les

⁴¹⁹ J. Domat, *Traité de lois*, II, cité in J.P. Heurtin, précité, p. 16 ; Sur la dimension sociale du contrat chez Domat, cf. D. Deroussin, « Le contrat de droit privé et le lien social : permanence d'un discours (Domat, Portalis, et Gounot) », in *L'idée contractuelle dans l'histoire...*, précité, p. 163-185, spécifiquement p. 165-171.

⁴²⁰ J.-P. Heurtin, précité, p. 4.

⁴²¹ J.-P. Heurtin, précité, p. 21.

⁴²² J.-P. Heurtin, précité, p. 36-37. On remarque ici qu'il est question du cœur qui fonde l'adhésion, et non de la raison. Ceci trouve son sens justement au regard de la perspective religieuse, et l'influence de Pascal qui écrit, dans *Les Pensées*, article IV, des moyens de croire, §278 : « C'est le cœur qui sent Dieu et non la raison. Voilà ce que c'est que la foi. Dieu sensible au cœur, non à la raison ».

⁴²³ En écho à cela, cf. J.-F. Brégi, « Contrat et idéologie chez Jean Domat.. », précité, p.151-154, qui contient des développements sur le consentement chez Domat, mais qui a aucun moment ne définit le terme en lui-même.

⁴²⁴ *Œuvres de J. Domat*, première édition in-octavo, par M. Carré, Tome premier, Paris, éd. Tenré, 1822, 434 pages, p. 18.

⁴²⁵ *Œuvres de J. Domat*, précité, p. 110.

engagements entre les hommes « par leur volonté » et mutuellement »⁴²⁶. Enfin, lorsqu'il traite spécifiquement, et par le détail, de ces engagements, le consentement n'est pas davantage explicité, si ce n'est qu'il est rattaché à la volonté⁴²⁷. En effet, s'agissant « des engagements volontaires et mutuels par les conventions », la définition proposée est la suivante : « les conventions sont les engagements qui se forment par le consentement mutuel de deux ou plusieurs personnes qui se font entre elles une loi d'exécuter ce qu'elles promettent »⁴²⁸. De manière analogue, il est fait référence au fait que les conventions « doivent être faites avec connaissance et liberté »⁴²⁹, mais sans pour autant relier spécifiquement ces éléments au consentement.

444. Aussi, au regard de la perception d'une raison insuffisante à saisir la totalité de l'agir humain, Domat apparaît comme un juriste singulier, qui défend ardemment à raison des convictions qui sont les siennes, un recours au sentiment. Pour autant, cela ne se traduit pas, sur le plan juridique, par un usage rénové du concept de consentement, qui fait retour à sa formulation romaine.

Qu'en est-il alors de l'autre figure majeure de cette époque, à savoir Joseph Pothier ?

2 / La pensée juridique de Pothier : un consentement placé sous le signe de la loi naturelle

445. On remarque chez Pothier ce même souci d'ordonnement du juridique dans une présentation claire, ainsi qu'une très forte importance du droit romain, puisqu'il sera l'auteur d'une forme moderne des Pandectes⁴³⁰. Il est également connaisseur des théories jusnaturalistes, et selon M. Halpérin, « comme son contemporain Bourjon, il a ensuite cherché à introduire la raison et l'équité naturelle dans un commentaire thématique des coutumes [...] ». La méthode rationaliste de Pothier débouche donc, comme l'œuvre des jusnaturalistes, sur la

⁴²⁶ *Œuvres de J. Domat*, précité, p. 135.

⁴²⁷ Étant entendu que Domat distingue, dans son essai sur les lois naturelles, les engagements volontaires et les engagements involontaires, qui résultent tous deux de la volonté, individuelle d'un côté, et divine de l'autre. De même, dans son ouvrage *Les lois civiles dans leur ordre naturel*, il établit également une classification basée sur la volonté, mutuelle ou non. Sur ce point, nous renvoyons à C. Teixeira, précité.

⁴²⁸ *Œuvres de J. Domat*, précité, p. 230 et s.

⁴²⁹ *Œuvres de J. Domat*, précité, p. 291.

⁴³⁰ R. Pothier, *Pandectae Justinianae in novum ordinem digestae*, Paris, 1748-1752, 3 Volumes, disponible dans une trad. De Bréard-Neuville, *Pandectes de Justinien : mise dans un nouvel ordre : avec les lois du Code et les nouvelles qui confirment, expliquent ou abrogent le droit des pandectes*, éd. Dondey-Duprey, éd. 1818-1823, 24 volumes, mais l'ensemble ne paraît pas complet.

planification du droit conçu comme un système logique, et non énumératif, de règles générales organisées à partir de l'idée de droit subjectif»⁴³¹. De plus, l'évocation de Pothier est particulièrement importante, puisque la définition qu'il va donner du contrat va se retrouver « presque à l'identique à l'article 1101 du Code civil »⁴³².

446. Ainsi, dans son *Traité des obligations*, Pothier distingue dans un premier temps l'obligation dans un sens étendu qui est « synonyme du mot devoir, et comprend les obligations imparfaites et parfaites », et l'obligation dans un « sens plus propre et moins étendu, qui ne comprend que les obligations parfaites qu'on appelle aussi engagements personnels, qui donnent à celui envers qui nous les avons contractés, le droit d'en exiger de nous l'accomplissement »⁴³³. Puis, la première utilisation du terme de consentement va se manifester lorsque l'auteur étudie le contrat, cause première des obligations dans sa terminologie. Il va ainsi écrire qu'une convention « [...] est le consentement de deux ou de plusieurs personnes, ou pour former entre elles quelque engagement, ou pour en résoudre un précédent, ou pour le modifier [...] »⁴³⁴.

447. À partir de cette citation inaugurale, Pothier va alors utiliser à maintes reprises⁴³⁵ le terme tout au long de son traité, sans jamais proposer une définition du consentement. L'utilisation qu'il fait du terme est parfaitement classique et conforme, très souvent à la lettre, au droit romain⁴³⁶. Il paraît témoigner d'une certaine gêne à l'égard du consensualisme, lorsqu'il évoque la question de la perfection du contrat lorsque les parties ont prévu un acte particulier pour ce faire⁴³⁷. Selon M. Halpérin, « Pothier est beaucoup plus prudent à propos d'autres théories jusnaturalistes comme le transfert de la propriété par le simple consentement : tout en citant l'opinion de Grotius et Pufendorf, il déclare sobrement s'en tenir

⁴³¹ J.-L. Halpérin, *L'impossible...*, précité, p. 66-67.

⁴³² C. Teixeira, précité, p. 97. Dans le même sens, J.-L. Halpérin, *L'impossible...*, précité, p. 121.

⁴³³ R. Pothier, *Traité des obligations*, éd. Langlet & Cie, 1835, p. 1 (nous avons conservé l'orthographe d'origine). Il est à noter que pour Pothier, l'obligation naturelle est également parfaite, même si elle est *solius aequitatis vinculum*, car elle donne « sinon dans le for extérieur, au moins dans le for de la conscience, à celui envers qui elle est contractée, le droit d'en exiger l'accomplissement [...] », p. 1. Cela semble donc dire que c'est le sentiment de l'engagement qui fonde ici l'obligation, et non plus directement la volonté.

⁴³⁴ R. Pothier, précité, p. 4.

⁴³⁵ Nous avons compté à peu près 62 occurrences du terme au sein du *Traité*.

⁴³⁶ On retrouve en effet des formules semblables, lorsqu'il distingue la volonté du consentement. Cf. R. Pothier, *Traité des obligations...*, précité, p. 98 : « Le principe, sur lequel cette décision est fondée, est que les obligations qui naissent des contrats ne peuvent se former que par le consentement et la volonté des parties ».

⁴³⁷ R. Pothier, précité, p. 12.

à la jurisprudence reçue qui exige la tradition »⁴³⁸. Aussi, à l'égard du consentement pensé comme sentir-avec, l'influence de Pothier n'apparaît pas manifeste et ce dernier se dévoile, sur ce point, davantage comme un continuateur de la pensée romaine que comme véritablement novateur.

448. On remarque également chez lui l'importance de la loi naturelle. En effet, il fait de celle-ci ce qui fonde à proprement parler le système de l'obligation, puisque c'est elle qui pose le principe du respect de la parole donnée, et de la responsabilité⁴³⁹, ce qui laisse ouverte la question de la relation entre l'intériorité et le respect de cette loi. En effet, cette question est en quelque sorte résolue chez Domat par la référence directe à la loi divine, à laquelle on accède par l'amour, c'est-à-dire par le sentiment. Pour Pothier, la situation est quelque peu différente, puisque le fondement de cette loi n'est pas clairement explicité. Elle est bien supérieure à la loi civile, qui ne saurait prescrire un comportement contraire à la loi naturelle⁴⁴⁰. Mais, s'agissant de la manière de la saisir, l'auteur demeure mystérieux.

449. Il nous faut donc procéder plus avant, afin de découvrir ce que la Constituante portera comme vision du sujet juridique, et avec lui, du consentement comme sentir-avec.

B / L'avènement du Code civil : un consentement minoré, au service de la propriété

450. Le contexte intellectuel dans lequel émerge le Code civil a bien exercé une influence sur ses principaux rédacteurs. Pour autant, ces derniers n'ont pas reçu une vision de l'homme exalté, principe et fin de toute pensée. À ce titre, ils paraissent osciller entre d'un côté une orientation libérale, et de l'autre, une vision de l'homme qui emprunte fortement au machinisme (1). Surtout, loin de recevoir l'importance qu'il possède aujourd'hui, le consentement est quasiment absent des travaux préparatoires du Code civil (2). Aussi, il semble permis de penser que le Code ne vise pas tant à promouvoir l'individu, et partant la subjectivité, qu'à organiser la propriété (3).

⁴³⁸ J.-L. Halpérin, *L'impossible...*, précité, p. 66.

⁴³⁹ C. Teixeira, précité, p. 100-101.

⁴⁴⁰ Cf. par ex. R. Pothier, « Traité des donations entre mari et femme », in *Œuvres de Pothier contenant les traités du droit français*, éd. Pichon Béchet, 1827, Volume 6, p. 592-593, §95 : « De ce que la loi civile ne peut être opposée à la loi naturelle, il s'ensuit seulement qu'elle ne peut ordonner, ni même permettre ce que la loi naturelle défend, ni défendre ce que la loi naturelle commande ; mais la loi civile n'est point opposé à la loi naturelle, en défendant ce que cette loi ne fait que permettre ».

1 / L'inspiration philosophique de la Constituante : entre liberté et machinisme

451. Derrière le processus de rédaction du Code se trouvent des hommes qui sont tous pétris de certaines conceptions à caractère philosophique qui vont dès lors se manifester, sous une forme ou un autre, au sein de ce dernier (a). Or, le point commun en la matière semble bien être un même rejet de la dimension sensible de la nature humaine (b).

a / Lectures critiques des présupposés philosophiques de la Constituante

452. Tout d'abord, il faut bien souligner ici que la pensée juridique de l'époque ne pouvait émerger indemne de l'expérience révolutionnaire. De ce point de vue, la Déclaration des droits de l'homme imprime, par sa formulation même, un pli dans le savoir juridique dont il porte aujourd'hui toujours la trace, ne serait-ce que sous la forme d'une querelle doctrinale sur le sens comme la valeur de la DDHC⁴⁴¹. Plus précisément, il est même possible de dire que c'est bien à partir de cette question centrale, c'est-à-dire la toile de fond qui sert de support à cette déclaration qu'il est possible de comprendre aujourd'hui l'axe majeur de la réflexion juridique contemporaine : la question des droits de l'homme⁴⁴². En effet, le débat contemporain, entre jusnaturalistes, néo-jusnaturalistes et réalistes se comprend à l'aune de cette déclaration, des valeurs qui la sous-tendent, et qui dépassent de loin la seule réflexion juridique puisqu'elle a contaminé jusqu'à la philosophie.

453. Or, ce que l'on peut remarquer et qui est commun à l'ensemble des interventions principales sur la question, est le fait que tous les travaux savants sur la question s'abreuvent en réalité à la même source. En effet, si la DDHC joue bien un rôle prééminent dans la thématique de la fundamentalité, puisqu'elle incarne le texte de référence qui, adossé à la Constitution, aboutit à conférer à cette dernière cette valeur si singulière, alors comment expliquer qu'elle ne soit pas davantage étudiée ? Plus précisément, par un escamotage dont le positivisme dominant porte la responsabilité, l'ensemble du raisonnement s'est transposé sur la question de la valeur juridique de cette déclaration, opposant en cela ceux qui défendent une conception formelle, et ceux qui supportent une conception plus substantielle. Aussi, le point

⁴⁴¹ Sur ce point, nous renvoyons à S. Rials, *La déclaration des droits de l'homme et du citoyen*, éd. Hachette, coll. Pluriel, 1989, 769 pages ; M. Troper, *Pour une théorie juridique de l'État*, P.U.F. Léviathan, 1994, 360 pages.

⁴⁴² Sur ce thème, cf. E. Picard, « L'émergence des droits fondamentaux en France », *AJDA*, numéro spécial « les droits fondamentaux, une nouvelle catégorie juridique ? », 1998, p. 55 et s.

focal du raisonnement, dans ces deux hypothèses, est bien l'étude de la valeur juridique de la fondamentalité, mais d'une fondamentalité qui serait par quelque miracle déconnectée de la conception de l'homme qui en devient ainsi sujet. Ainsi, aussi bien dans la doctrine dominante, pour laquelle l'entrée dans le constitutionnel marque, tout à la fois, le début et la fin du raisonnement, que dans la théorie développée par le Professeur Picard⁴⁴³, il est toujours question de la valeur des droits, de leur origine, et non de l'individu qui va les mettre en jeu. Les droits sont, ce faisant, déconnectés de leur titulaire, tout entier résumé dans le vocable de « sujet de droit ». À ce titre, l'étude du Professeur Rials, dans son domaine, illustre une forme de dissidence dans la représentation dominante, en ce que la recherche menée vise à distinguer également l'environnement conceptuel juridique et philosophique dans lequel la déclaration prend place.

454. Dès lors, dans la très grande majorité des études consacrées aux droits fondamentaux, il n'est question que de droit, de leur valeur, de leur présence diffuse ou manifeste, de leur rattachement possible ou non à telle catégorie juridique déjà instituée. De cette créature étrange qui les met en branle, on n'ose guère parler. Aussi, et cela n'est pas un hasard fortuit, l'enseignement officiel des facultés transmet un message, une histoire juridique officielle en somme, qui arase les faits jusqu'à leur donner la forme désirée. On relève l'esprit émancipateur de la Révolution française, on loue l'appel à la liberté, et cette histoire, orientée par l'étoile aveugle du progrès, serait supposée nous conduire aux sujets juridiques contemporains. La voici donc balayée de tous ses éléments contraires, de cette multitude de divergences qui sont aussi l'esprit d'un monde, et elle devient, à proprement parler, matière inerte. Dès lors, l'histoire du droit, et plus largement, de la pensée juridique, est ainsi renvoyée à un obscur objet d'étude universitaire, réservé à quelques spécialistes qu'une passion bien ancrée aura réussi à faire tenir malgré les assauts répétés. Ce qui vaut pour la DDHC peut s'énoncer sous la même forme, nous le verrons par la suite, à l'égard du Code civil.

455. Pourtant, il existe bien des travaux de recherche permettant d'interroger cette figure malgré tout essentielle de la mécanique juridique, en lien avec le contexte prévalant à l'époque. À ce titre, et malgré une présentation schématique de la pensée de certains auteurs

⁴⁴³ E. Picard, « L'émergence... », précité.

évoqués, l'œuvre de Xavier Martin⁴⁴⁴ se distingue par la qualité de son propos, tant sur le plan des idées développées qu'à l'égard du plaisir de la lecture, à raison d'un style particulièrement agréable et soigné. Si nous ne partageons pas le fond de la pensée de l'auteur, ainsi que l'ensemble des critiques qu'il adresse⁴⁴⁵, il n'en reste pas moins que ce travail présente un grand intérêt, en ce qu'il donne à penser la possibilité d'un autre regard sur ce qui était considéré comme définitif.

456. Or, selon cet auteur, l'un des aspects trop souvent méconnus par ce que M. Niort appellera « la vulgate académique »⁴⁴⁶, réside dans le présupposé philosophique qui est à la base de l'ouvrage révolutionnaire. Il ne s'agit alors plus de se référer à la question des droits stricto sensu, mais à l'homme qui est à la fois visé par ces droits, mais aussi celui qui les met en action. Or, loin de l'image d'Épinal d'un homme supposé toujours libre, raisonnable, les inspirations philosophiques des lumières dessineraient davantage la figure d'un homme mécanisé, tout entier esclave de ses sens entendus dans une perception uniquement matérialiste. Il est donc fait peu de cas à la fois de sa capacité à l'intelligence, au sentiment. À ce titre, le portrait que l'auteur fait de l'homme chez Helvétius, d'Holbach, Voltaire et surtout Rousseau est d'une particulière cruauté : celui-ci y apparaît comme simple pantin manipulable à loisir par le jeu de ses perceptions, jouet entre les mains de causes qui le dépassent, pure passivité incapable de liberté⁴⁴⁷.

457. Or, loin de s'arrêter à ces seuls auteurs, ces positionnements philosophiques vont continuer à exercer puissamment leur influence, puisque toujours selon lui, Mirabeau, Sieyès,

⁴⁴⁴ Concernant l'étude de la révolution française, on se reportera à : X. Martin, *Nature humaine et révolution française. Du siècle des Lumières au Code Napoléon*, éd. Dominique Martin Morin, 2002, 300 pages ; *L'homme et des droits de l'homme et sa compagne (1750-1850). Sur le quotient intellectuel et affectif du « bon sauvage »*, éd. Dominique Martin Morin, 2001, 280 pages ; *Retour sur un itinéraire. Du Code Napoléon au siècle des Lumières*, éd. Dominique Martin Morin, 2010, 234 pages.

⁴⁴⁵ Pour une critique acerbe de l'œuvre de Xavier Martin, s'agissant particulièrement de la justice pénale, cf. E. Groffier, *Criez et qu'on crie ! Voltaire et la justice pénale*, Press. Univ. Laval, 2011, 315 pages, p. 211 et p. 292 ; cf. également E. Groffier, Xavier Martin, « Retour sur un itinéraire, Du Code Napoléon au siècle des Lumières », in « Savoirs pénaux, savoirs diffus, La circulation d'une pensée pénale réformatrice de l'Europe des Lumières à la Restauration monarchique », *L'Irascible - Revue de l'institut Rhône-Alpin de sciences criminelles*, L'Harmattan, n°4, 2013, 312 pages, p. 219-227, critique de l'ouvrage dans laquelle M. Groffier écrit : « son œuvre constitue une lecture catholique intégriste de la période considérée. Les lectures, qu'elles soient féministes, marxistes ou autres, sont des exercices susceptibles d'être fort intéressants. Celles du professeur Martin ne font pas exception, mais il ne les reconnaît pas comme lectures. Il voudrait les faire passer pour de l'histoire. C'est là où gît le malentendu ».

⁴⁴⁶ J.-F. Niort, « Laissons à l'homme les défauts qui tiennent à sa nature... Retour sur l'anthropologie des rédacteurs du Code civil des Français », in *Droits et Cultures*, 2004, n°48, p. 77-106, p. 77.

⁴⁴⁷ Sur ce point, cf. X. Martin, « Nature humaine... », précité, p. 9-87.

Robespierre, Cabanis, et la liste est encore longue, peuvent être rattachés à cette inspiration initiale, que M. Martin fait ainsi courir jusqu'au Code Napoléon. On le devine, et sur ce point l'intention est manifeste, il ne s'agit pas tant pour l'auteur évoqué de dresser ainsi une forme de contre-histoire que d'entreprendre une critique de cette vision réductrice de l'homme qu'il croit ainsi déceler, et qu'il rattache à un courant sensualiste et matérialiste en philosophie. En faisant de l'homme cet automate, on le prive à la fois de sa dimension intérieure et spirituelle, mais aussi du principe même de sa responsabilité puisqu'il ne peut, ontologiquement être libre, du fait de l'empire que ses sens exercent sur lui.

b / Un même rejet apparent de la sensibilité et du sentiment

458. Avant d'envisager si ces propositions se retrouvent effectivement au sein du Code civil, on peut néanmoins remarquer que, à défaut de partager l'avis de M. Martin, nous le rejoignons sur un point par un chemin différent. En effet, une partie de la critique qu'il adresse tient à ce que, en raison de ce déterminisme sensoriel, radicalisation d'un sensualisme condillacien et de l'empirisme lockéen, l'homme est privé d'une part essentielle de son être. Cette part, c'est à la fois l'intelligence, la faculté de penser⁴⁴⁸, mais aussi l'intériorité du sentiment qui dépassent le seul pulsionnel. De fait, c'est bien un homme amputé dont les contours de distinguent au travers de cette description que l'auteur fait courir jusqu'au Code civil de 1804.

459. Or, nous avons jusqu'à présent défendu une idée analogue dans son principe, mais qui diffère s'agissant de son origine. En effet, l'étude du consentement depuis son origine en droit antique nous a permis de montrer l'éclipse du sujet, en ce que la dimension intérieure était tout autant méconnue. Or, loin d'être un événement passager, ce phénomène traverse l'histoire de la pensée juridique, et avec elle, du droit, puisqu'au-delà des mouvements singuliers qui peuvent survenir comme autant d'accidents de la pensée, la tendance demeure la même : le sujet juridique est toujours le résultat d'une opération qui le transforme en un contenant plus étroit que ce qu'il était à l'origine. De ce point de vue, et malgré le désir de M. Martin, le droit canon ne se distingue pas nécessairement de façon forte par rapport à cette tendance évoquée,

⁴⁴⁸ Ainsi, le Chapitre premier de *L'Homme des droits de l'homme et sa compagne* s'intitule « la fonction pensante comme accidentelle », et une sous-partie porte le titre suivant : « la pensée, chez l'homme, est contre nature ». Cf. X. Martin, *L'homme des droits de l'homme...*, précité, p. 11-64.

et participe d'une même mécanique : soit l'aspect sensitivo-émotionnel est absent, soit une attention lui est prêtée, qui permet par exemple d'annuler des conventions eu égard au fait qu'elle porte atteinte à l'équité. Mais, trop souvent, le regard ainsi porté ne vise pas tant à permettre une expression authentique de la nature humaine, qu'à percer le voile des apparences pour réussir à trouver un coupable. À ceci s'ajoute que dans la perspective du droit canon, la subjectivité n'est prise en compte que relativement à un modèle préconçu qui définit, au préalable, quelles modalités sont audibles et acceptables et celles qui ne le sont pas. Aussi, l'idée du consentement comme sentir-avec paraît rejoindre, de manière effective, cette hypothèse selon laquelle le sujet de droit, dans son acception moderne, est bien immédiatement inscrit dans le registre du manque. Toutefois, à la différence de M. Martin, nous ne pensons pas que cette part qui fait défaut soit la faculté de penser, sauf à entendre cette dernière dans une acception large. Si penser, c'est être rationnel et uniquement cela, alors *l'homo juridicus* est bien un être pensant. Pour tout dire, à certains moments, il paraît même n'être que cela. Mais, si penser, c'est également intégrer dans le processus même de la réflexion une dimension plus émotionnelle, plus sensitive, alors celle-ci est encore à découvrir.

À ce titre, l'étude des travaux préparatoires du Code civil permettra de mettre en lumière à quel point le consentement constitue, véritablement, un impensé juridique.

2 / Les travaux préparatoires du Code civil : un consentement non défini à l'importance toute relative

460. Si le consentement est bien fondamental dans l'esprit des rédacteurs du Code civil, alors on peut s'attendre à ce que ce caractère rejaillisse au sein des travaux préparatoires qui l'annoncent. On tentera de déterminer si tel est bien le cas (a), pour ainsi constater à quel point le consentement n'est envisagé que sous son seul aspect technique (b).

a / Recherche et étude du concept de consentement au sein des travaux préparatoires du Code civil

461. Avant d'entrer plus avant dans l'étude des travaux évoqués, il est crucial ici de mentionner que cette étude n'est rendue possible que par le travail considérable déjà accompli par d'autres auteurs. Ainsi, nous pouvons évoquer ici aussi l'influence du professeur

Martin⁴⁴⁹, avec les mêmes réserves que celles soulevées précédemment, mais aussi les recherches absolument fondamentales de M. Niort⁴⁵⁰. De la même façon, les deux ouvrages les plus importants de M. Arnaud⁴⁵¹ apparaissent également comme un point de passage obligé pour celui qui veut essayer de comprendre, dans le détail, ce dont il est question dans ce Code.

462. Donc, si l'on se saisit de l'ensemble des volumes des recueils préparatoires⁴⁵², on peut formuler plusieurs constatations d'une importance tout à fait essentielle pour notre sujet. La première, qui ne cesse d'étonner tant ses implications sont profondes, est que les 15 tomes ne contiennent pas une seule définition du consentement ! Si l'on met cette information en perspective avec l'importance qu'a le consentement au sein du Code civil, en ce qu'il constitue un pivot essentiel de la mécanique contractuelle, alors force est de constater que ce simple fait en dit long sur l'impasse conceptuelle à laquelle on fait face ici.

De manière analogue, mais il s'agit là d'un fait mieux connu, si le terme de consentement figure bien et est maintes fois utilisé, s'agissant cette fois-ci des vices du consentement, ceux-ci apparaissent comme beaucoup moins solidement ancrés dans l'esprit des rédacteurs. Ainsi, le premier projet de Cambacérès ne connaît pas de développements spécifiques relatifs aux conventions, pas plus qu'aux vices du consentement, bien que ce terme

⁴⁴⁹ X. Martin, « De l'insensibilité des rédacteurs du Code civil à l'altruisme », *Revue d'histoire du droit civil français et étranger*, n° 4, 1982, p. 589 et s. ; X. Martin, « Nature humaine et Code Napoléon », *Droits*, 1985, n° 2, p. 117, p. 117 et s. ; X. Martin, « L'individualisme libéral en France autour de 1800 : Essai de spectroscopie », *R.H.F.D.*, 1987, n° 4, p. 115 et s. ; X. Martin, « Aux sources thermidorienues du Code civil. Contribution à une histoire politique du droit privé », *Droits, Revue française de théorie juridique*, n°6, 1987, p. 107-116 ; X. Martin, « Politique et droit privé après Thermidor », in *La révolution et l'ordre juridique privé : rationalité ou scandale ?*, P.U.F., 1988, volume 1, p. 173-184 ; X. Martin, « Fondements politiques du Code Napoléon », *RTD civ.*, avr.-juin 2003, p. 247-264 ; X. Martin, *Mythologie du Code Napoléon – Aux soubassements de la France moderne*, Dominique Morie éditions, 2003, 512 pages ; A ceci s'ajoutent également les références évoquées précédemment qui couvrent également la période considérée.

⁴⁵⁰ Pour les principaux ouvrages, cf. J.-F. Niort, *Homo civilis. Recherches sur l'esprit du Code civil français*, Mémoire DEA Doctrines et Philosophie politique, dir. Ph. Raynaud, Paris 1, 1991, 398 p ; et la thèse monumentale *Homo civilis, Contribution à l'histoire du Code civil français*, Thèse pour le doctorat en droit, PUAM, 2004, 2 volumes, 931 pages ; Pour les principaux articles concernant notre sujet : J.-F. Niort, « Droit, économie et libéralisme dans l'esprit du Code Napoléon », *Arch. phil. droit*, Paris, Sirey, 1992, n°37, p. 101-119 ; « Droit, politique et idéologie dans le Code civil français de 1804 », *R.I.E.J.*, 1992, n°29, p. 85-109 ; « Sujet, Citoyen et politique dans l'esprit du Code Napoléon », in *Sujet et citoyen*, Actes du colloque de Lyon, 2004, PUAM, 2004, 486 pages ; « Laissons à l'homme les défauts qui tiennent... », précité ; « Portalis, le père du Code civil ? », *R.R.J.*, 2005, n° 1, p. 1 ; « Les Portalis et l'esprit du XIXème siècle », *Droits*, 2005, n° 42, p. 93 ; « L'image de la Révolution française et du régime napoléonien dans l'interprétation du Code civil (et vice-versa) au XIXe siècle », in *L'histoire institutionnelle et juridique dans la pensée politique* (Actes du XVIIe colloque de l'AFHIP, mai 2005), PUAM, 2006, pp. 345-357.

⁴⁵¹ A.-J. Arnaud, *Les origines...*, précité ; *Essai d'analyse structurale du Code civil français*, Paris L.G.D.J., 1974, version numérique du Réseau européen Droit & Société, 2000.

⁴⁵² P.A Fenet, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, éd. Videcoq, Paris, 1836, 15 Tomes, version électronique de la BNF.

soit néanmoins employé plusieurs fois⁴⁵³.

463. Puis, dans le second Projet de Cambacérès⁴⁵⁴, la dimension contractuelle est cette fois plus nettement affirmée, puisque Cambacérès, dans son rapport introductif, note que l'homme « n'est pas heureux s'il n'est pas libre dans le choix de ses jouissances : le bonheur de l'homme consiste bien plus dans la manière de jouir, que dans la jouissance même ; chacun compose son bonheur des éléments de son choix. De là naît le droit de contracter, qui n'est que la faculté de choisir les moyens de son bonheur »⁴⁵⁵. Poursuivant dans cette voie, le contrat est défini comme un « concours et un engagement de deux ou de plusieurs personnes », par lequel les hommes « s'imposent eux-mêmes des engagements qu'ils forment, étendent, limitent et modifient par un consentement libre ». On pourrait alors penser que c'est bien le consentement moderne auquel on fait face ici. Toutefois, dès le paragraphe suivant, Cambacérès précise bien que, concernant les règles à respecter en la matière, « la première de toutes, la plus inviolable, est celle qui ordonne de respecter le contrat aussitôt qu'il est l'effet d'une volonté libre et éclairée ; la loi en fait une obligation, et la probité un devoir »⁴⁵⁶. Voilà donc le consentement immédiatement assimilé à la volonté, qui n'est d'ailleurs pas davantage définie. On semble néanmoins déjà voir poindre ici l'idée que le consentement n'est rien d'autre qu'un accord de la volonté, et qu'il s'agit par le biais de la loi d'éduquer les hommes à ce qui est bon pour eux, et non pas nécessairement à valoriser leur liberté en tant que telle⁴⁵⁷. Ce second projet, dans son livre III consacré aux obligations, envisage bien le consentement, comme condition nécessaire à la convention, mais sans précision supplémentaire, ni théorie des vices du consentement.

464. S'agissant cette fois du troisième projet de Code civil, un resserrement est observable, puisque dès le rapport introductif, il est noté que le Code civil doit considérer « les obligations

⁴⁵³ P.A Fenet, *Recueil complet ...*, précité, Tome 1, p. 139-234.

⁴⁵⁴ P.A. Fenet, *Recueil complet...*, précité, Tome 1, p. 235.

⁴⁵⁵ P.A. Fenet, *Recueil complet...*, précité, Tome 1, p. 244 ; Certains membres de la doctrine ont vu dans cette phrase une allusion à la théorie de l'autonomie de la volonté, d'inspiration kantienne, mais cela nous semble devoir être remis en question. La seconde partie de l'affirmation tend précisément à s'opposer au principe d'universalisation propre à l'impératif catégorique kantien.

⁴⁵⁶ P. A. Fenet, *ibid.*

⁴⁵⁷ P. A. Fenet, précité, Tome 1, p. 244 : « Les lois sont la semence des mœurs ; si les hommes ont fait les lois, les lois à leur font ont formé les hommes ; et le plus grand, le plus beau spectacle de la terre, c'est un peuple heureux par ses lois ; mais pour y parvenir, deux moyens sont nécessaires : la fermeté dans le gouvernement, la stabilité dans les lois ».

que les hommes contractent entre eux relativement au droit de propriété »⁴⁵⁸. Ainsi, l'objet du contrat est immédiatement mis en lien avec la propriété, qui sera plus tard assortie d'une sorte de clause lockéenne⁴⁵⁹. Il est ensuite fait allusion aux conventions, avec une citation de Pothier qui fait office de définition⁴⁶⁰. Pour la première fois, il est explicitement noté que « la convention n'existait pas sans un concours de volontés, elle exige encore le consentement libre des parties »⁴⁶¹. Une autre innovation tout à fait surprenante survient, dans le Livre III consacré aux obligations. Ainsi, au sujet des conventions, le projet considéré dispose : « sans consentement et sans concours de volontés, point de convention »⁴⁶². Comment expliquer cette distinction et plus précisément, le besoin de passer au sein d'une même phrase du consentement à la volonté ? Deux hypothèses sont envisageables : soit les deux termes désignent la même chose, l'un étant davantage rattaché à une dimension individuelle (le consentement) tandis que l'autre serait d'usage lors d'une réunion de consentements ; soit les deux termes visent à désigner des réalités bien distinctes, mais à l'égard desquelles, à aucun moment, il n'est proposé d'explications ou de définitions propres à les différencier. La suite du projet ne renseigne pas davantage sur ce point, mais ajoute un élément nouveau : on ne trouve pas de théories des vices du consentement, mais seulement une théorie des vices de la convention⁴⁶³.

465. À ceci s'ajoute un autre élément, qui vient confirmer le caractère essentiellement axiomatique et probatoire du consentement. Dans la présentation du projet au corps législatif que fait M. Bigot de Préameneu, il déclare spécifiquement, après avoir envisagé les différents vices de convention (erreur, violence, dol) que « quoique dans le consentement, il y ait erreur, violence ou dol, il n'en est pas moins vrai que le contrat existe avec un consentement apparent, et que dès lors ce contrat conserve la même force que s'il était légitime, jusqu'à que ces exceptions aient été prouvées par celui qui les oppose »⁴⁶⁴. Ceci signifie donc au moins deux choses : que le consentement juridique peut parfaitement être disjoint du consentement réel,

⁴⁵⁸ P.A Fenet, précité, Tome 1, p. 277. Dans le même sens, cf. p. 305 : « Les hommes ne traitent entre eux que pour s'assurer des avantages ; ainsi, toute obligation se rattache à la propriété, puisqu'elle donne des droits à celui qui en profite ».

⁴⁵⁹ P. A. Fenet, précité, Tome 1, p. 300 : « Ce qui est nécessaire à tous ne peut appartenir à un seul ; la propriété exclusive ne doit point prendre la place de la communauté universelle [...] ».

⁴⁶⁰ P. A. Fenet, précité, Tome 1, p. 306.

⁴⁶¹ P. A. Fenet, *ibid.*

⁴⁶² P. A. Fenet, précité, Tome 1, p. 413

⁴⁶³ P. A. Fenet, précité, Tome 1, p. 414, point 717 à 719 qui envisage le dol, la violence grave et l'erreur sur la qualité de la chose.

⁴⁶⁴ P. A. Fenet, précité, Tome 13, p. 227, §1117.

c'est-à-dire que le consentement peut exister juridiquement quand bien même il n'existerait pas pour celui à qui on l'attribue⁴⁶⁵ ; ce faisant, il paraît bien évident que le consentement n'a pas vocation à refléter une quelconque subjectivité, puisqu'en plus de s'émanciper de la figure du sujet, il entend également s'affranchir du réel qui est supposé constituer son support. Aussi, s'agissant de la question des rapports entre le consentement et la réalité, on fait face ici à une pure abstraction, un « consentement apparent » qui produit pourtant les mêmes effets. Il est donc clair qu'il ne s'agit pas ici de protéger, à proprement parler, l'individu dont le consentement serait l'émanation, mais bien davantage la stabilité du contrat, médiateur des échanges économiques.

b / La confirmation du caractère essentiellement technique du consentement chez les rédacteurs du Code civil

466. De cette confusion des termes et des idées, un dernier exemple permettra d'achever la démonstration. Le tribun Mouricault, à l'occasion de la discussion du projet devant le corps législatif, en 1804, déclare ainsi, lorsqu'il évoque les conditions essentielles pour la validité des conventions : « le consentement des parties contractantes est mis à la tête et avec raison, puisque toute convention suppose la réunion des volontés de ceux qui y interviennent »⁴⁶⁶. On passe donc, au sein de la même phrase du consentement à la volonté, sans que l'on sache en quoi les termes se différencient ou non. La confusion se poursuit alors : « Or, la volonté doit être le produit d'une détermination libre autant que réfléchie. Le consentement qui n'a été donné que par l'effet de l'erreur [...] n'est donc pas un consentement réel et valable »⁴⁶⁷. Ce n'est donc plus le consentement qui doit être libre et non faussé, mais cette fois la volonté ! Or, lorsque cette dernière est atteinte d'un des vices convoqués, alors c'est le consentement qui n'est pas plus valable. Ceci semble donc dire que le consentement n'est qu'un produit de la volonté, mais sans que l'on comprenne alors quelle peut bien être son utilité, puisque la référence à la volonté pourrait se suffire à elle-même.

⁴⁶⁵ Nous reviendrons plus en détail sur ce point dans la partie consacrée à la phénoménologie de l'accord. Cf. *infra*. Partie I, Titre II, Chapitre 1, Section 2, §1, B.

⁴⁶⁶ P. A. Fenet, précité, Tome 13, p. 416, §1108.

⁴⁶⁷ P.A. Fenet, précité, Tome 13, p. 416 § 1109.

467. Aussi, à la lecture de ces travaux préparatoires, il apparaît de manière manifeste qu'il existe un décalage considérable entre l'image du consentement véhiculé depuis au sein des facultés, et la réalité de sa présence et de son importance dans les textes supposés lui donner naissance. Cette forme de travestissement historique, qui vise à faire d'un événement parfaitement marginal, au regard de la logique du texte, un mythe fondateur n'est certes pas spécifique ni à cette matière, ni même à ce thème. On va la rencontrer sous la même forme s'agissant de l'autonomie de la volonté, pour laquelle on ne mentionne souvent qu'à la marge son caractère anachronique. Mais, s'agissant du consentement, les choses diffèrent quelque peu en ce qu'il n'est pas question de l'invention d'un terme, apte à désigner un état antérieur dont on pourra discuter du caractère réel. Ce dont il s'agit, ici, c'est bien d'une modification profonde du texte même, dans lequel on se saisit d'un concept, qui intéresse suffisamment peu ses auteurs pour qu'ils ne prennent jamais le soin de le définir, pour ensuite l'investir d'une puissance toute particulière. Ainsi, à force de répétitions, et d'une logique du commentaire qui rappelle en tout point la glose canonique, on s'écarte ainsi petit à petit du texte original, par des variations de sens dont l'addition fait le terreau d'une interprétation orientée de ce qui est étudié.

Le consentement n'est donc pas, à notre sens, un élément essentiel et déterminant de la pensée juridique de la codification. Le désintérêt relatif observable dès le droit antique est ici magnifié : le concept va de soi et n'est absolument pas interrogé dans son principe même. Si la convention est bien tout à fait essentielle dans le Code civil de 1804 et la pensée juridique qui suivra, le consentement joue plutôt ici le rôle d'un satellite lointain, en ce sens qu'il gravite autour de cet élément central qu'est le contrat, mais avec une périodicité qui fait que l'on doute parfois même de la possibilité de son existence.

Ceci n'apparaît guère étonnant lorsque l'on envisage, dans une continuité logique, les interprétations savantes qui ont été fournies par la doctrine s'agissant de l'intention première des rédacteurs, et partant, de la finalité du Code civil.

3 / Interprétations critiques par la doctrine de l'orientation idéologique du Code civil :

le primat de la propriété

468. Si l'on se réfère à la position défendue par M. Niort⁴⁶⁸, celui-ci soutient que les rédacteurs du Code civil ont défendu une position opposée aux principes soutenus par la Révolution, du moins en partie, ce qui a eu pour effet de « renouer avec une vision monarchique, hiérarchique et autoritaire du politique et du social. En ce sens, il s'agit bien d'une anthropologie et d'une idéologie politique réactionnaires, même si elles ne sont pas intégralement contre-révolutionnaires »⁴⁶⁹. De ce fait, une opposition relativement franche pourrait être trouvée entre l'inspiration philosophique révolutionnaire, qui renvoie à un droit naturel abstrait, et de l'autre côté, « un droit naturel à la fois traditionnel et concret » qui serait la référence des rédacteurs de 1804⁴⁷⁰. L'auteur note alors que, à « la législation « philosophique » de la Convention, répond donc sous le Consulat, une législation « sociologique », qui part du réel existant, et non du principe abstrait, pour en déduire le droit. Cependant, dans les deux cas, on en appelle à la « raison » et à la « nature » pour justifier les institutions du droit civil. [...]. Dans les deux cas, on tente de justifier les choix de droit civil par autre chose qu'un pur et direct objectif politique, en masquant le volontarisme législatif derrière les concepts de raison et de nature »⁴⁷¹. L'objectif du Code civil n'est donc pas tant de faire droit à cette émancipation libérale que l'on rattache à la Révolution française, qu'au contraire, de rétablir des « modèles traditionnels autoritaires et hiérarchiques »⁴⁷², et de dénoncer les illusions des révolutionnaires. Ainsi, la vision de l'homme soutenue par les rédacteurs est-elle celle d'une bête fruste, idiote et naturellement méchante, de telle sorte que le processus civilisationnel seul peut espérer lui donner quelques qualités. Il y a donc une forme de « fatalisme de l'imperfection humaine », et la « perfectibilité de l'homme en matière morale n'est acceptée que dans de strictes et rares exceptions, et dans une perspective chrétienne, c'est-à-dire par l'effet de la grâce divine qui procure la vertu réelle »⁴⁷³.

⁴⁶⁸ Pour les besoins de cette présentation, nous nous référerons quasi-exclusivement à l'article Laissons à l'homme les défauts qui tiennent à sa nature..., déjà évoqué, qui a le mérite de synthétiser la pensée de l'auteur.

⁴⁶⁹ J.-F. Niort, « Laissons à l'homme... », précité, p. 78 ; Dans le même sens, cf. J.-L. Halpérin, *L'impossible Code civil...*, précité, p. 276-286, qui distingue trois morceaux dans le Code civil : une part révolutionnaire pour les biens et les contrats, une part réactionnaire pour la famille, et une part transactionnelle pour les régimes matrimoniaux et les successions.

⁴⁷⁰ J.-F. Niort, « Laissons à l'homme... », précité, p. 82.

⁴⁷¹ J.-F. Niort, « Laissons à l'homme... », précité, p. 83.

⁴⁷² J.-F. Niort, « Laissons à l'homme... », précité, p. 84.

⁴⁷³ J. F. Niort, « Laissons à l'homme... », précité, p. 96.

469. Que dire alors de la rationalité d'un tel homme ? Pour M. Niort, les rédacteurs sont aussi empreints de l'influence philosophique du sensualisme, mais dans un sens plus large que le seul mécanisme évoqué par M. Martin. Ainsi Portalis défend-il un homme moral, intelligent et libre, et maître de ne pas obéir à ses seuls sens⁴⁷⁴. Mais, cette vision disparaît dès qu'il s'agit de la sphère juridique⁴⁷⁵ et n'existe donc pas à proprement parler au sein du Code. Toutefois, c'est surtout dans la fin de son article que l'auteur livre une précision capitale concernant notre recherche : selon lui, « pour les principaux rédacteurs, *l'homo civilis* n'est pas l'Homme tout entier, surtout pas dans sa dimension morale et philosophique. Il n'en est que l'expression juridique. Et le droit est avant tout une technique »⁴⁷⁶. Les rédacteurs ne méconnaîtraient pas à proprement parler la dimension spirituelle de l'homme, qu'ils rattachaient à la théologie, mais celle-ci ne serait pas objet de leur préoccupation, ce ne serait pas la « fonction du droit civil que d'envisager les hommes dans leur dimension spirituelle. La vie juridique, et spécialement la personnalité juridique, sont avant tout des fictions destinées à faciliter l'organisation et la représentation des rapports socio-économiques au sein d'une société. Ces fictions ont une dimension purement utilitaire. Les rédacteurs font œuvre de technique juridique »⁴⁷⁷. Et l'auteur de poursuivre : « en d'autres termes, il n'existe pas d'universalité des droits civils des individus dans l'anthropologie du Code civil »⁴⁷⁸, avant d'ajouter que « si l'individu est au centre du Code, ce n'est donc pas en tant que personne humaine, mais comme personne juridique titulaire de biens, et dont il faut régler juridiquement les rapports sociaux et économiques. En ce sens, ce n'est pas l'individu qui est au centre du Code, mais l'individu chef de famille et propriétaire, ou, pire encore, la réglementation de la propriété elle-même »⁴⁷⁹.

Aussi, l'idée selon laquelle le Code consisterait en la concrétisation juridique d'un

⁴⁷⁴ J.-E.-M. Portalis, *De l'usage et de l'abus de l'esprit philosophique durant le XVIIIe siècle*, Paris, 2 Tomes, éd. Moutardier-Balland, Tome second, 1827, p. 88 : « Mais l'homme connoît les impressions qu'il reçoit et les sensations qu'il éprouve ; il les discerne ; il est le maître de ne pas leur obéir ». Cette référence est évoquée dans l'article de M. Niort. De manière étonnante, dans la suite de sa dissertation, Portalis concède qu'il ne saurait identifier cette faculté, « ce pouvoir de discernement » qui lui permet ainsi de pouvoir ne pas être toujours sujet à ces seuls impressions sensibles.

⁴⁷⁵ J.-F. Niort, « Laissons à l'homme... », précité, p. 98.

⁴⁷⁶ J.-F. Niort, « Laissons à l'homme... », précité, p. 99.

⁴⁷⁷ J.-F. Niort, « Laissons à l'homme... », précité, p. 102.

⁴⁷⁸ J.-F. Niort, « Laissons à l'homme... », précité, p. 103.

⁴⁷⁹ J.-F. Niort, *ibid.* Dans le même sens, cf. A.-J. Arnaud, *Les origines...*, précité, p. 171-172 : « Désormais, en effet, le Droit concerne essentiellement la propriété et ses modes d'acquisition [...] », et p. 174 : « Désormais, quatre mots vont hanter les bourgeois : propriété libre et franche » ; Dans le même sens, cf. J.-L. Halpérin, *L'impossible Code civil...*, précité, p. 207-209.

homme libre et profondément rationnel est battue en brèche.

470. Si l'on observe maintenant les travaux d'Arnaud sur la question, ce dernier met en exergue la victoire totale du rationalisme, qui pénètre ainsi dans la seconde moitié du XVIII^e siècle au sein du droit, et dont Domat serait le véritable initiateur, à la suite de qui viendront, parmi d'autres, Montesquieu, Bourjon, Daguesseau et Pothier que nous avons déjà évoqué⁴⁸⁰. Selon lui, « la fameuse « transaction » de 1804 était prête dès le milieu du XVIII^e siècle. Passé cette date, le courant rationaliste avait envahi le Droit, y bouleversant les données traditionnellement reçues »⁴⁸¹. Le Code, d'inspiration bourgeoise et qui consacre l'existence de classes⁴⁸², donne donc une place tout à fait éminente à la propriété et à ce qui permet de l'acquérir, c'est-à-dire le contrat⁴⁸³. Puisque la question de la propriété n'intéresse pas directement notre recherche, nous ne l'évoquerons pas ici. Toutefois, on peut souligner ici le fait que, ainsi que l'hypothèse en avait été formulée à l'occasion de l'examen du droit romain, la règle juridique du consentement n'existe qu'en tant que médium permettant de réaliser des opérations économiques. Elle n'est donc pas conçue pour faire valoir une quelconque singularité, sauf à considérer celle-ci comme se résumant au choix d'un bien juridique particulier qui circulerait entre justiciables.

471. On le constate, les interprétations évoquées ont ceci de commun qu'elles proposent une réinterprétation des canons de la pensée juridique eu égard à cette époque. Celle-ci a pour effet de transformer de manière radicale la figure de la subjectivité juridique, dont on mesure bien à quel point elle est éloignée des préoccupations des rédacteurs. Ce dont il est question est bien, de manière première, l'organisation de la circulation des biens juridiques affectés à des patrimoines. Il n'est donc pas question de donner plein effet à une liberté pensée comme qualité essentielle. Formulée autrement, cette proposition pourrait être résumée de la sorte : la liberté n'intéresse principalement qu'autant qu'elle est liberté de commercer. Or, pour pouvoir effectuer ces transactions, il est nécessaire de bâtir des contrats, propres à garantir la sécurité des opérations. Pour ce faire, il faut alors déterminer les conditions de formation de ceux-ci.

⁴⁸⁰ A.-J. Arnaud, *Les origines...*, précité, p. 95-114.

⁴⁸¹ A.-J. Arnaud, *Les origines...*, précité, p. 120.

⁴⁸² A.-J. Arnaud, *Les origines...*, précité, p. 173-174 et s. .

⁴⁸³ A.-J. Arnaud, *Les origines...*, précité, p. 172 et p. 177 : « Liberté : ce n'est pas à dire seulement libération des terres. C'est aussi le désir du libre-échange des denrées, notion économique qui s'exprime en termes juridiques, dans la notion de liberté contractuelle, ou, à un stade plus évolué, d'autonomie de la volonté ».

Ce n'est donc qu'à la pointe la plus fine, aux franges du raisonnement, que nous allons pouvoir apercevoir le concept de consentement, que d'ailleurs, les deux auteurs évoqués n'évoquent pas à proprement parler, mais toujours en lien avec des notions connexes. De ce point de vue, on peut formuler l'hypothèse selon laquelle le consentement, dans la théorie moderne des obligations, est une sorte d'accident historique de la pensée juridique. Qui peut dire, si le premier projet ou le second projet de Code civil avait triomphé sur celui que nous connaissons aujourd'hui, si le consentement aurait connu cette postérité qui est la sienne ? Probablement, un autre concept aurait pris sa place et joué le même rôle. Mais cette idée, loin de démentir notre propos, nous semble plutôt confirmer le fait que le consentement, dans la théorie juridique, est d'abord objet de rôle avant d'être un sens. Plutôt, dans une formulation wittgensteinienne, la signification du consentement est bien, dans cette vision, l'usage et le rôle qui sont faits du concept.

À ce sujet, l'étude de la théorie de l'autonomie de la volonté nous permettra d'apporter quelques lumières supplémentaires sur ce point.

§2 La théorie de l'autonomie de la volonté et le consentement : un mythe savamment entretenu

472. C'est donc par l'analyse de la théorie de l'autonomie de la volonté que nous allons achever cette enquête au cours de laquelle on a pu observer le consentement se métamorphoser dans le sillage du temps. Point d'aboutissement de la prise en compte de la volonté en droit, l'autonomie de la volonté incarne l'idée caractéristique de la modernité, selon laquelle le sujet et sa volonté seraient à la fois le point de départ et d'arrivée de tout le système juridique. Principe structurant de la philosophie contractuelle, cette proposition théorique permet de faire le lien avec le droit contemporain.

Pourtant, une étude un peu attentive des textes jette un certain trouble : l'autonomie de la volonté apparaît comme un mythe (A) impuissant à fonder le consentement dans sa version renouvelée (B).

A / L'invention du mythe de l'autonomie de la volonté

473. Étrange destin que celui de cette théorie, appelée à servir de base au droit des contrats, alors qu'elle résulte d'une mauvaise traduction du Digeste (1) et qu'elle ne se lit à aucun moment dans le texte qui est justement supposé la consacrer (2).

1/ La théorie de l'autonomie de la volonté : une fondation bancaire à raison d'une interprétation erronée du droit romain

474. Afin d'apprécier à quel point la théorie de l'autonomie la volonté constitue bien un mythe au sein de l'histoire juridique du consentement, on verra l'analyse menée par Arnaud afin d'en découvrir les traces en droit romain (a), avant que le même constat d'échec ne s'impose concernant la paternité précise du concept au sein de la doctrine (b).

a / Une interprétation douteuse des termes spécifiques au droit romain

475. Lorsqu'il évoque cette question, dans la partie finale de son ouvrage, Arnaud note que « l'axiome contenu dans l'article 1134 du Code civil n'étonne, aujourd'hui, personne. Et l'on serait surpris de trouver un système juridique ancien ou contemporain, qui ne prenne pas en considération le rôle de la volonté dans les conventions. La loi des XII tables elle-même ne contenait-elle pas la règle « *ita lingua nuncupassit, ita jus esto* » »⁴⁸⁴. Cette phrase, qui est effectivement inscrite dans la loi des XII tables⁴⁸⁵, vise en réalité le procédé particulier du *nexum*, ou de *mancipatio*, c'est-à-dire une forme de contrat verbal qui vise au transfert de propriété de certains biens. Or, la référence à la parole dans cette citation latine ne s'entend pas comme pure affirmation de volonté, mais renvoie très précisément aux paroles attachées à la procédure de la *mancipatio*, ainsi qu'aux gestes que le corps doit faire. Ceci est très bien narré par Gaius dans les Institutes⁴⁸⁶. Il serait donc erroné de prétendre qu'il s'agit là d'une

⁴⁸⁴ A.J. Arnaud, *Les origines...*, précité, p. 197.

⁴⁸⁵ Table VI, les biens : « *cum nexum faciet mancipiumque, uti lingua nuncupassit, ita jus esto* ». Traduction proposée : celui qui fait *nexum* ou *mancipium*, lorsqu'il le dit oralement, crée le droit (pour celui qui le reçoit).

⁴⁸⁶ Gaius, Institutes, Livre I, 119 : « La *mancipatio* est comme nous l'avons dit plus haut une vente fictive. Elle est le droit propre des citoyens romains. Voici comment cela se passe.

Doivent être présents au moins cinq témoins romains pubères et aussi une autre personne de la même condition qui tient une balance d'airain et qui est appelée libripens. L'acquéreur dit : par le droit des quirites, j'affirme que cet homme m'appartient. que celui-ci soit acheté par moi avec cette monnaie et cette balance de bronze. Ensuite il frappe la balance avec la pièce de monnaie et donne cet argent au vendeur comme symbole du prix ».

forme antique d'autonomie de la volonté. Dans le même sens, le professeur Gerkens note bien qu'« en droit romain, les contrats ne transféraient pas la propriété. Ainsi, l'acheteur ne devenait pas propriétaire de la chose achetée par le contrat de vente. Ce n'est qu'après avoir bénéficié d'une *mancipatio*, d'une *in jure cessio* ou d'une *traditio* que l'acheteur pouvait devenir propriétaire de cette chose »⁴⁸⁷. La *mancipatio* n'est donc pas un simple fait de langage, mais bien un véritable acte juridique, considéré comme tel par le droit romain⁴⁸⁸. Ceci est redoublé par le fait que M. Naumowicz montre bien, dans sa thèse, que le développement de la vente consensuelle, qui vient pallier la difficulté posée par le fait que la *mancipatio* est réservée aux seuls citoyens romains, n'offre absolument pas les mêmes garanties et oblige donc les parties à recourir néanmoins à des formalités pour assurer la sécurité juridique de la convention⁴⁸⁹.

476. Aussi, il nous semble particulièrement discutable que de comprendre cette phrase comme l'affirmation d'une forme d'autonomie de la volonté antique. Arnaud lui-même entrevoit la critique, mais affirme sans prouver quoi que ce soit que « le formalisme apparaît comme une protection, une sécurité dans les transactions, non pas l'essence même des contrats »⁴⁹⁰. Cette question ayant déjà été discutée précédemment, nous n'y reviendrons pas ici⁴⁹¹.

S'agissant de l'autonomie de la volonté, la lecture critique de M. Gounot⁴⁹², M. Tison⁴⁹³, ainsi que les recherches de Mme Ranouil⁴⁹⁴ ont connu une postérité certaine, si bien

⁴⁸⁷ J.-F. Gerkens, « Donner et retenir ne vaut... Réflexions à propos des exceptions aux articles 931 et suivants du Code civil », in *Liber amicorum Paul Delnoy*, éd. De Boeck & Larquier, 2005, 1167 pages, pp. 235-246, p. 241. L'auteur évoque à ce titre le caractère solennel du contrat. De la même façon, P. Naumowicz, *Fidei bonae nomen...*, thèse précitée, p. 154 parle bien de « transfert formel de la propriété par mancipation » et p. 162 où il note que la fiducie « ne se forme pas par la remise la chose, mais elle suppose un acte formaliste comme la mancipation ou l'*in jure cessio*, qui ne suppose même pas de remise de la chose ».

⁴⁸⁸ P. Naumowicz, thèse précitée, p. 232.

⁴⁸⁹ P. Naumowicz, thèse précitée, p. 446.

⁴⁹⁰ A.J. Arnaud, *ibid.*

⁴⁹¹ Sur ce point, cf. *supra* notre étude sur le droit romain et l'importance qu'il accorde à la volonté.

⁴⁹² E. Gounot, *Le Principe de l'autonomie de la volonté en Droit privé. Contribution à l'étude critique de l'individualisme juridique*, Thèse pour le doctorat en droit, Université de Dijon, éd. Rousseau, Paris, 1912, 470p. Il est à noter que la critique qu'adresse Gounot à l'autonomie de la volonté se fait au nom du principe d'égalité, selon lui trop souvent ignoré dans la perception absolutisée de la liberté. De même, il s'oppose assez fermement à la perception trop abstraite du contrat, comme simple échange de volontés, qui aboutit à oublier la finalité du contrat qui est d'assurer le règne du juste. Sur ce point, cf. D. Deroussin, « Le contrat de droit privé et le lien social... », précité, p. 176-185 ; V. Ranouil, *L'autonomie de la volonté : naissance et évolution d'un concept*, P.U.F., 1980, 165p, p. 144-19. Sur ce point, Gounot est assez proche de critiques émises par Lacordaire.

⁴⁹³ R.-H. Tison, *Le Principe de l'autonomie de la volonté dans l'ancien droit français*, Thèse pour le doctorat en droit, Université de Paris, éd. Domat-Montchrestien, 1931, 197 pages.

⁴⁹⁴ V. Ranouil, *L'autonomie de la volonté...*, précité.

qu'ils incarnent aujourd'hui les références obligées en la matière. On peut également évoquer le cours professé par M. Niboyet sur ce sujet⁴⁹⁵, et par Marcel Caleb mais avec une dimension plus internationaliste, même si l'auteur entreprend une histoire du concept⁴⁹⁶.

477. Si l'on entreprend donc l'étude du concept, on remarque que chez Arnaud, qui suit Gounot dans cette orientation de principe, l'autonomie de la volonté est davantage qu'un concept juridique, c'est « tout un système philosophique adapté au droit »⁴⁹⁷. Toutefois, dès les premières lignes, l'auteur énonce les conséquences que cette théorie serait supposée produire : « En ce qui concerne, tout d'abord, la formation de l'obligation, un acte juridique ne peut naître sans – ou contre – la volonté réelle des contractants. Quant aux effets de l'acte, ils sont relatifs, ne concernant que les contractants, mais les concernant totalement. Et l'interprétation de l'acte, enfin, se ramène à celle de la volonté des parties »⁴⁹⁸. Parmi ces éléments, le premier nous intéresse tout particulièrement, puisque s'il s'avère vérifié en pratique, cela signifie qu'il y a une parfaite concordance entre le consentement juridique et le consentement du sujet. Or, comme nous l'avons montré, toute l'histoire du concept tend à démontrer exactement l'inverse, c'est-à-dire une disjonction entre les deux, et cela dès le droit romain. Dès lors, si cet élément n'est pas vérifié, alors on pourra douter de la présence de cette théorie tant évoquée.

478. À ce titre, comme le constate lui-même M. Arnaud en suivant les travaux de Tison, le concept même d'autonomie de la volonté est étranger tant au droit romain qu'à l'ancien droit français⁴⁹⁹. Il n'y a donc pas d'espoir de pouvoir en trouver trace à ces époques.

Dès le début de la partie qui concerne cette étude, l'auteur relève que l'idée voulant que l'on puisse rattacher le principe de l'article 1134 à la règle romaine « *contractus legem dedit* », extrait du Digeste, « provient d'un contresens sur le terme de *lex* », qui désigne en réalité dans le Digeste une clause privée insérée dans le Contrat⁵⁰⁰. Puis, poursuivant sa lecture

⁴⁹⁵ J.P. Niboyet, *L'autonomie de la volonté*, Académie de droit international – Recueil des Cours, éd. Hachette, Paris, Tome 16, 1927, p. 1-116.

⁴⁹⁶ M. Caleb, *Essai sur le principe de l'autonomie de la volonté en droit international privé*, Thèse pour le doctorat en droit, Université de Strasbourg, 1927, éd. Sirey, 1927, 490 pages.

⁴⁹⁷ A.-J. Arnaud, précité, p. 197.

⁴⁹⁸ A.-J. Arnaud, précité, p. 198.

⁴⁹⁹ A.-J. Arnaud, précité, p. 198.

⁵⁰⁰ A.-J. Arnaud, précité, p. 199 : « La règle *contractus legem dedit* ne peut donc pas signifier que la seule volonté a force de loi ». Sur la question de la signification de la *lex* en droit romain, avec une interprétation partiellement différente de celle d'Arnaud, cf. C. Bruschi, « La loi comme contrat dans le droit romain », in

du droit romain, il note que jamais le droit romain n'a laissé de place particulière au consensualisme, et à l'idée que la volonté seule pourrait être source d'obligations. Le même raisonnement s'applique s'agissant des vices du consentement, puisqu'à ses yeux « jamais les jurisconsultes romains – non plus d'ailleurs que les glossateurs – n'élaborèrent une telle théorie, dans le seul but de faire annuler ce qu'un consentement vicié n'avait pu vouloir »⁵⁰¹.

Nous retrouvons ici les éléments que nous avons déjà évoqués dans l'étude du droit romain, et qui démontrent bien que le consentement n'était pas protégé en tant que tel dans la théorie romaine, mais qu'il s'agissait d'abord des conventions. Dès lors, il conclut : « le volontarisme, en tant que source de tout un système juridique du contrat, n'a pas existé à Rome »⁵⁰². On ne peut espérer de secours non plus dans l'adage « *solo consensus obligat* », si l'on se réfère à Tison⁵⁰³.

b/ La paternité introuvable de l'autonomie de la volonté au sein de la doctrine française

479. Comment alors déterminer l'origine de cette doctrine dans la pensée juridique française ? Selon Niboyet, le point de départ peut s'observer, sans qu'il en ait eu conscience, chez Dumoulin⁵⁰⁴, tandis qu'Arnaud relève que Dumoulin, pour tenter d'échapper à la contradiction entre la maxime « *solo consensus obligat* » et le droit romain, dira simplement que la première est admise par le droit français⁵⁰⁵. Pour lui, reprenant en cela Michel Villey, c'est surtout à Grotius et Pufendorf à sa suite, que l'on doit cette idée, ou, tout du moins, l'accentuation particulière sur la volonté individuelle. Mais on est encore loin, chez ces auteurs, de l'idée d'une volonté toute puissante telle que semble l'exprimer la théorie de l'autonomie de la volonté. Dès lors, la conclusion d'Arnaud résonne puissamment dans ses implications pour la recherche de l'histoire du consentement : « [...] à quelque source, canonique ou philosophique, que l'on attribue la plus grande responsabilité dans le

L'idée contractuelle dans l'histoire de la pensée politique..., précité, p. 13-38 ; F. Quastana, « La fortune de la maxime romaine « *lex... est communis rei publicae sponsia* » (D. 1.3.1) dans la pensée juridico-politique européenne », in *L'idée contractuelle dans l'histoire...*, précité, p. 57-84.

⁵⁰¹ A.-J. Arnaud, précité, p. 200.

⁵⁰² Ibid.

⁵⁰³ R.-H. Tison, *Le principe...*, précité, p. 15, cité in A.-J. Arnaud, ibid.

⁵⁰⁴ J.-P. Niboyet, précité, p. 9 : « Dumoulin est le fondateur, peut-être bien malgré lui, de la théorie de l'autonomie de la volonté ».

⁵⁰⁵ A.-J. Arnaud, précité, p. 201. À noter que l'auteur fait également référence à Loysel et à sa généralisation de la glose, dont on a montré à quel point elle était en réalité une transformation radicale du sens, plutôt qu'une transformation.

développement du rôle de la volonté en matière contractuelle, il faut bien remarquer que ce ne fut pas une création de la technique juridique »⁵⁰⁶.

480. Aussi, ce que l'on propose s'agissant du consentement, à savoir le fait qu'il n'était initialement pas un concept juridique mais bien philosophique, introduit par Cicéron dans la langue romaine⁵⁰⁷, se retrouve s'agissant de l'autonomie de la volonté. Or, le passage d'une sphère à l'autre ne se fait pas sans heurts et souvent, la notion est bouleversée dans sa définition même, si tant est qu'elle en dispose, sans que pour autant le terme choisi pour la désigner n'évolue. C'est alors que le commentaire intervient, l'écho distant d'une parole révolue, que l'on fait résonner avec les harmonies de l'époque. À l'égard de cette mystification de l'instantanéité, le droit n'est pas plus protégé qu'un autre savoir, et il n'est donc guère étonnant que, malgré les travaux qui indiquent le contraire, ce qui fait office de vérité de consensus continue à prospérer⁵⁰⁸.

481. Puisqu'il faut bien trouver des apparences à cette nouvelle vérité, la doctrine ira chercher des auteurs. Arnaud mentionne ainsi le rôle considérable joué par Domat dans ce processus, qui n'est pas tant de réception que de création de la théorie de l'autonomie de la volonté⁵⁰⁹. Ce dernier reprend en effet l'adage controversé du Digeste évoqué auparavant, en ajoutant une assise théologique au pouvoir de la volonté: c'est grâce à elle, et à son association avec la liberté, qu'il est possible de fonder une responsabilité devant les hommes et surtout devant Dieu. En ce sens, il prend ses distances avec le Droit romain, à raison même de l'objectif qu'il poursuit. Il n'est dès lors pas surprenant de constater, à la suite d'Arnaud, qu'il va interpréter l'adage du Digeste, qui concerne les clauses pénales, en traduisant le mot *lex* en loi⁵¹⁰. De fait, puisque c'est la volonté qui fait la loi, alors c'est de celle-ci qu'il va déduire toute la théorie du contrat.

⁵⁰⁶ A.-J. Arnaud, précité, p. 203.

⁵⁰⁷ Sur ce point, cf. *supra*. l'introduction et *infra*. pour l'étude philosophique du concept, Partie I, Titre II.

⁵⁰⁸ Ainsi, le professeur Aynès, dans un article de 2005 peut-il écrire, s'agissant de l'autonomie de la volonté : « Un principe constant d'ailleurs. Le législateur s'est directement inspiré de Domat, presque mot à mot. Et celui-ci puise ce principe dans le Digeste. Voici donc une règle fondamentale de l'organisation sociale qui traverse le temps », in L. Aynes, « Le contrat, loi des parties », *Cahiers du Conseil constitutionnel*, n°17, mars 2005, version électronique.

⁵⁰⁹ A.-J. Arnaud, précité, p. 203 : « Plutôt que d'adoption, ne devrait-on pas parler, ici, de création du principe d'autonomie de la volonté par les juristes français ? ».

⁵¹⁰ A.-J. Arnaud, précité, p. 205. Cf. *Œuvres de J. Domat*, précité, Tome 1, p. 225, §7 : « les conventions étant formées, tout ce qui a été convenu tient lieu de loi à ceux qui les ont faites, et elles ne peuvent être révoquées que de leur consentement commun ou par les autres voies qui seront expliquées dans la section VI ».

482. Ce travail sera poursuivi par Pothier, qui entreprendra également de se détacher du droit romain lorsque ces solutions ne lui conviennent pas, ou bien de le réécrire dans un sens qui lui sied davantage. Ainsi, si l'on se réfère à son *Traité des obligations*, la manœuvre est évidente : lorsqu'il s'agit de définir le contrat, l'illustre auteur note : « Un contrat est une espèce de convention. [...] Une convention ou un pacte (car ce sont termes synonymes) est le consentement de deux ou de plusieurs personnes, ou pour former entre elles quelque engagement, ou pour en résoudre un précédent, ou pour le modifier »⁵¹¹. Cette affirmation est parfaitement fautive au regard du droit romain, puisque ce dernier distingue précisément les conventions des pactes, qui possèdent un régime juridique très différent au regard de l'action ouverte ou non devant le prêteur. Ceci est explicitement confirmé par Duranton dans son cours de Droit civil, où il écrit : « Mais les principes du droit romain sur les différentes espèces de conventions, et sur la distinction entre les pactes et les contrats, n'étant pas fondés sur le droit naturel, ils n'ont point été admis dans notre droit français »⁵¹². Or, la référence qui justifie cette citation est précisément Pothier ! De manière analogue, Pothier poursuit dans le même article en déclarant que « de là il suit que dans notre droit on ne doit point définir le contrat comme le définissent les interprètes du droit romain : *conventio nomen habens a jure civile, vel causam* ; mais on le doit définir : une convention par laquelle les deux parties réciproquement, ou seulement l'un des deux, promettent et s'engagent envers l'autre à lui donner quelque chose, ou à faire ou à ne pas faire quelque chose »⁵¹³.

2 / La présence introuvable de cette théorie au sein du Code civil

483. Si l'opération de création de la théorie apparaît donc manifeste, il reste encore à observer l'influence qu'elle exerce concrètement au sein du Code civil. Premièrement, il est possible de mentionner qu'aussi bien les travaux préparatoires, que le Code lui-même, ne mentionnent pas ce terme, qui apparaîtra plus tard, à la fin du XIX^e siècle⁵¹⁴. Pour expliquer

⁵¹¹ Pothier, *Traité des obligations*, précité, p. 4, §3.

⁵¹² A. Duranton, *Cours de droit français suivant le Code civil*, éd. H. Tarlier, Bruxelles, 3^e éd., 1834, Tome sixième, p. 13, § 56. Cf. p. 14-17 pour un historique rapide de la différence entre droit romain entre les pactes et les conventions.

⁵¹³ Pothier, *ibid.* On peut traduire la citation latine selon cette forme : « Les conventions reçoivent leurs dénominations par le droit civil, ou par leurs causes ».

⁵¹⁴ J.-L. Halpérin, *Histoire du droit privé français depuis 1804*, P.U.F. -Quadrige, 2012, 391 pages, p. 142-143. Selon V. Ranouil, le terme apparaît pour la première fois en 1886, sous la plume de Weiss dans son *Traité*

l'expansion de cette théorie au sein de la pensée juridique, le professeur Halpérin évoque le fait que celle-ci accompagne « le développement du libéralisme économique et politique »⁵¹⁵. Surtout, il note que « les commentateurs du Code civil, qui se contentent de voir dans l'article 1134 l'expression évidente du respect dû aux conventions, ont été beaucoup plus réticents à admettre ce « nouveau paradigme ». Non seulement ils ignorent totalement l'expression et la pensée kantienne, mais ils restent majoritairement convaincus que la loi civile est la source de l'obligation. L'on sent, cependant, à travers leurs explications, la poussée exercée par des idées plus libérales »⁵¹⁶. Celles-ci sont observables⁵¹⁷ chez Jourdan, Demolombe et Marcadé, Larombière. On observe chez ce dernier, en quelque sorte, une radicalisation de l'assimilation du consentement à la seule volonté, le premier venant ce ranger derrière cette dernière qui le détermine entièrement. Ainsi il écrit : « tout contrat n'a de valeur morale et légale que comme expression des consentements qui l'ont créé par leur concours. C'est du consentement qu'il tire sa force et son autorité ; c'est lui qui l'anime, le vivifie. Si la convention est obligatoire, c'est parce qu'elle témoigne, d'une part, de la volonté de s'imposer une obligation, et d'autre part, de la volonté d'acquiescer un droit »⁵¹⁸. Plus loin, il ajoute « il faut avant tout que le consentement soit absolu et définitif. Il doit être de côté et d'autre irrévocablement acquis, en ce que si la volonté peut prendre un fait comme condition, elle ne peut se prendre elle-même comme condition à elle-même »⁵¹⁹. On le voit l'assimilation est totale, et l'auteur peut ainsi écrire que « le consentement est un acte essentiel de notre volonté [...] »⁵²⁰, et qu'il doit être donné par « une volonté qui s'appartient toute entière »⁵²¹. On voit peu ou prou les mêmes éléments sous la plume de Planiol qui dans son *Traité* note que « le consentement des parties, c'est-à-dire l'accord des volontés, est l'élément essentiel de tout contrat »⁵²². Toutefois, le professeur Halpérin relève que « cet attachement au concours des

élémentaire de droit international privé, et pour la doctrine civiliste, en 1899 avec Gény dans sa *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif* : cf. V. Ranouil, *L'autonomie de la volonté...*, précité, p. 17 et p. 92-96.

⁵¹⁵ Ibid.

⁵¹⁶ Ibid., Dans le même sens, cf. V. Ranouil, *L'autonomie de la volonté...*, précité, p. 53-57.

⁵¹⁷ Les auteurs évoqués proviennent de J.-L. Halpérin, *ibid.*

⁵¹⁸ L. Larombière, *Théorie et pratique des obligations ou commentaire des titres III et IV livre III du Code civil – art. 1101 à 1683*, Bruylant-Christophe et Compagnie, 1862, Tome premier, p. 23, §1.

⁵¹⁹ L. Larombière, précité, p. 23, §2.

⁵²⁰ L. Larombière, précité, p. 23, §4.

⁵²¹ L. Larombière, précité, p. 23, §5.

⁵²² Planiol, *Traité élémentaire de droit civil*, 1900, Tome 2, n°983, cité in J.-P. Chazal, « Les nouveaux devoirs des contractants : est-on allé trop loin ? », in Ch. Jamin et D. Mazeaud (dir.), *La nouvelle Crise du contrat*, éd. Dalloz, Coll. *Thèmes et commentaires*, 2003, p. 99 et s., version électronique, p. 3.

volontés, même s'il n'est pas fondé conceptuellement sur l'autonomie de la volonté, va dans le sens d'une libéralisation des contrats... »⁵²³.

484. Du reste, ce principe tant évoqué ne s'observe pas avec une si forte intensité dans le texte du Code, de même que dans les travaux préparatoires⁵²⁴. Comme l'indique de manière très claire le professeur Halpérin, « le principe de la liberté contractuelle s'accorde parfaitement avec l'idéologie de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789. Il faut cependant, tenir compte d'un contexte politique favorable à la prédominance des impératifs d'ordre public sur la libre expression des volontés individuelles. Le célèbre article 1134 [...] n'a pas été conçu sous le signe de l'autonomie de la volonté. Il repose bien plutôt sur l'idée que le contrat, « émanation de la loi », oblige les particuliers à respecter leurs propres engagements. Le Code fixe ainsi de nombreuses limites au libre jeu des volontés individuelles, au nom de règles supérieures de justice. [...]. Certes, la liberté des parties induit le petit nombre des contrats solennels (donation, contrat de mariage, constitution d'hypothèque) ou la faculté laissée aux époux de choisir leur régime matrimonial. Mais la volonté des contractants est encadrée par la réglementation souvent détaillée des actes les plus usuels : vente, louage, prêt, mandat, société »⁵²⁵.

485. Cet écart entre la théorie et la réalité de sa pratique a plusieurs raisons explicatives. La première, qui est décrite dans la recherche d'Arnaud, vise à mettre en lumière le rôle du jansénisme de Domat qui a exercé une telle influence sur les rédacteurs que la reprise de ses idées emporte, avec elle, un principe de limitation des conventions. Celui-ci est double : il s'agit à la fois de l'ordre public, mais aussi des bonnes mœurs⁵²⁶. C'est en lien avec ceux-ci que l'on pourra expliquer l'existence de la bonne foi⁵²⁷. On verra à nouveau cette importance des limites à la liberté contractuelle dans les travaux préparatoires, comme sous la plume de Portalis. En effet, ce dernier dans son discours évoque bien tour à tour la protection de l'ordre public et les bonnes mœurs, et semble donner la préséance à la première puisqu'il déclare que

⁵²³ J.-L. Halpérin, précité, p. 145.

⁵²⁴ V. Ranouil, précité, p. 76-83 qui évoque « l'absence de l'expression d'autonomie de la volonté et de formules approchantes » avant 1899.

⁵²⁵ J.-L. Halpérin, précité, p. 24-25.

⁵²⁶ Cf. E. Géraud-Llorca, « L'introduction des bonnes mœurs dans le Code civil », in *Les bonnes mœurs*, Centre universitaire de recherches administratives et politiques de Picardie, P.U.F., 1994, p. 61-79.

⁵²⁷ Sur ce point, cf. A.-J. Arnaud, précité, p. 210-212. Cf. J.-E.-M. Portalis, *Discours, rapports et travaux inédits sur le Code civil*, Paris, Joubert, 1844, p 160 : « Mais comme la bonne foi doit être gardée entre des parties qui se sont engagées réciproquement... ».

« ce n'est que pour maintenir l'ordre public, qu'il y a des gouvernements et des lois. Il est donc impossible qu'on autorise entre les citoyens des conventions capables d'altérer ou de compromettre l'ordre public »⁵²⁸. Plus loin, s'agissant de l'autre limitation, il indique que « les bonnes mœurs peuvent suppléer les bonnes lois : elles sont le véritable ciment de l'édifice social. Tout ce qui les offense, offense la nature et les lois. Si on pouvait les blesser par des conventions, bientôt l'honnêteté publique ne serait plus qu'un vain nom, et toutes les idées d'honneur, de vertu, de justice, seraient remplacées par les lâches combinaisons de l'intérêt personnel, et par les calculs du vice »⁵²⁹. Surtout, il apporte un démenti cinglant à l'hypothèse même de la présence de l'autonomie de la volonté dans le Code civil, puisqu'il écrit, dans une formule sans équivoque, que « des jurisconsultes ont poussé le délire jusqu'à croire que des particuliers pouvaient traiter entre eux comme s'ils vivaient dans ce qu'ils appellent l'état de nature, et consentir tel contrat qui peut convenir à leurs intérêts, comme s'ils n'étaient gênés par aucune loi »⁵³⁰.

486. On le voit, le principe apparaît plus que relativisé au sein du Code, à tel point que l'on peut s'interroger sur la pertinence de l'opération d'interprétation qui consiste à voir dans un texte une théorie qui ne figurait pas au moment même de sa rédaction. Comme le note Arnaud, « c'est la particularité du Code civil français que d'avoir formulé dans les matières très proches de la morale, comme l'est celle des obligations, des règles tirées du Droit naturel moderne, et de les avoir tempérées aussitôt par des motifs jansénisants, qui en réduisent considérablement la portée »⁵³¹. C'est donc bien cet amalgame étrange, ce composé complexe que l'on a tenté par la suite de minimiser en l'intégrant dans la théorie étudiée, afin d'aplanir en quelque sorte les contours du concept. Il faut se rappeler que la doctrine était à la recherche d'idées simples, critiquant en cela la complexité des solutions du droit romain. Dès lors, une position franche en faveur du règne de la volonté a pu apparaître comme un moyen commode, à défaut d'être authentique, pour expliquer l'architecture du Code civil.

⁵²⁸ J.-E.-M. Portalis, *ibid.*

⁵²⁹ J.-E.-M. Portalis, *ibid.* ; A.-J. Arnaud, *précité*, p. 212-213. ; J.-F. Niort, « Laissons à l'homme... », *précité*, p. 101.

⁵³⁰ J.-E.-M. Portalis, *ibid.*

⁵³¹ A.-J. Arnaud, *précité*, p. 214.

B / L'impuissance la théorie juridique de l'autonomie de la volonté à fonder le consentement comme sentir-avec

487. Aussi, il apparaît de manière manifeste que la théorie de l'autonomie de la volonté est bien une création doctrinale, qui vise à prêter, de manière postérieure, un sens à un texte que celui-ci ne possède pas au moment de sa création. Ce faisant, c'est toute la perception du Code civil qui en est modifiée, lorsque l'on constate que celui-ci ne vise pas à permettre l'expression d'une subjectivité juridique congruente avec la subjectivité réelle, par le jeu d'un consentement plein (1). Ces objections n'ont toutefois pas empêché la doctrine contemporaine de continuer à poser l'autonomie de la volonté comme fondement du droit des obligations (2).

1 / Le Code civil : un nouveau désaveu pour la subjectivité et le consentement comme sentir-avec

488. Au regard du consentement comme sentir-avec et de son lien avec la subjectivité, le constat qui s'impose apparaît clair : le Code civil, au regard de l'intention originale de ses rédacteurs, pas plus que le principe de l'autonomie de la volonté, ne permettent d'affirmer que le dispositif considéré a vocation à permettre le règne plein et entier d'un consentement pensé comme sentir-avec. La subjectivité n'est pas, en tant que telle considérée, si ce n'est sur le plan économique, comme on l'a vu avec la place éminente réservée à la propriété. Il n'est donc absolument pas question de faire en sorte que coïncident un consentement réel et un consentement juridique autrement que pour la circulation des biens.

489. Nous n'évoquerons pas ici, dans le détail, les évolutions de la pensée juridique depuis le Code civil de 1804, puisque des auteurs se sont déjà saisis de cette question et l'ont traitée de manière beaucoup plus complète que nous ne pourrions le faire⁵³². Tout au plus peut-on relever que, la théorie de l'autonomie de la volonté fait l'objet de critiques puissantes à la fin

⁵³² Nous renvoyons ici, par ex. à J.-L. Halpérin, *Histoire du droit privé...*, précité, J.-L. Halpérin, « Le fondement de l'obligation contractuelle chez les civilistes français du XIXème siècle », In J.-F. Kervégan (dir), *Liberté sociale et lien contractuel dans l'histoire du droit et de la philosophie*, Frankfurt/main, Klostermann, 1999, 394p, pp. 323-347 ; J.-L. Gazzaniga, *Introduction historique au droit des obligations*, P.U.F., 1992, 296 pages qui étudie dans le détail ces transformations ; J. Bonnetcase, *La pensée juridique française de 1804 à l'heure présente : ses variations et ses traits essentiels*, Bordeaux, Delmas, 1933, 2 volumes ; E. Gounot, *Le principe de l'autonomie...*, précité.

du XIX^{ème} siècle⁵³³, et que parmi celles-ci, celle de Saleilles a joué un rôle considérable⁵³⁴. Sans prétendre résumer ici l'ensemble de la pensée de cet éminent auteur⁵³⁵, on peut dire que Saleilles tente au travers de son étude du droit allemand, et de l'opposition entre la théorie de la volonté interne et de la volonté déclarée, de montrer les insuffisances, selon lui, de la théorie française. Dans un contexte de rapide industrialisation, le Code civil montre ses limites par le jeu du postulat qui le fonde : ainsi, l'axiomatisation de la volonté aboutit à des inégalités criantes entre les travailleurs et leurs employeurs, inégalités qui menacent tant l'équité que l'ordre social. Aussi, entreprend-il de proposer des aménagements à cette vision. Insistant à la foi sur l'exigence de bonne foi qui doit commander à l'exécution des contrats, et qui en cas d'incertitude, doit venir remplacer la volonté des parties plutôt que de faire primer la volonté de l'un sur l'autre, Saleilles se prononce également en faveur de la supériorité de la volonté déclarée sur la volonté interne. La volonté joue donc bien un rôle éminent, mais il s'agit néanmoins d'un « volontarisme modéré » selon l'expression de M. Mousit⁵³⁶.

À cet égard, il est possible de remarquer que, dans son ouvrage majeur, Saleilles distingue bien le consentement et la volonté : lorsqu'il envisage l'erreur sur l'objet, il écrit ainsi, « si l'erreur porte sur ces différents points, on a coutume de dire, c'est du moins la théorie traditionnelle, que c'est le contrat, ou d'une façon générale, l'acte juridique qui ne peut pas se former, faute d'un de ses éléments essentiels ; ou l'on dit encore qu'il n'y a pas vice du consentement, mais défaut de volonté [...] la volonté des deux parties n'a pas porté sur le même objet. Il n'y a donc pas consentement, le contrat n'est pas annulable, il est nul »⁵³⁷. Dès lors, pour lui, le consentement correspond bien au concours des volontés⁵³⁸ et non pas à un processus spécifique. En somme, il est tout entier absorbé par la prééminence du concept de volonté. Mais, cela revient également à dire, par le fait même de cette distinction, qu'il existe bien un autre élément qui précède l'accord, ici la volonté.

Dans la même continuité, comment ne pas remarquer que tout au long de ce long traité, il ne figure pas, de manière explicite et à notre connaissance, de définition du consentement,

⁵³³ J.-L. Halpérin, précité, p. 195-196.

⁵³⁴ R. Saleilles, *De la Déclaration de volonté : contribution à l'étude de l'acte juridique allemand (art. 116 à 144)*, éd. L.G.D.J., 1929, 442 pages.

⁵³⁵ Sur le point particulier du rôle de la volonté, on peut se reporter à H. Mousit, *La volonté et le contrat dans la pensée de Raymond Saleilles*, Mémoire pour le Master 2, Université de Lille 2, 2005, 108 pages qui donnent une bonne vision d'ensemble du contexte social et intellectuel dans lequel s'inscrit Saleilles.

⁵³⁶ H. Mousit, précité, p. 46.

⁵³⁷ R. Saleilles, *De la déclaration...*, précité, p. 25, §20.

⁵³⁸ R. Saleilles, *De la déclaration...*, précité, p. 28, § 25 : « Car l'interprétation normale, telle qu'elle doit être appliquée aux modes de formation et d'expression du contrat, fait apparaître le dissentiment des volontés, de sorte que l'interprétation doit conclure avant tout à l'absence de consentement sur tel ou tel point donné... ».

qui encore une fois est supposé connu de tous ?

490. Mais, ce qui est absolument déterminant pour notre étude est bien le fait que ces critiques émergent en réaction à une théorie dont l'existence même est contestée, et qui est souvent présentée dans les termes les plus caricaturaux⁵³⁹. Or, dans la version critiquée, il ne nous semblait déjà pas possible d'observer une attention particulière portée à la subjectivité, et donc le consentement serait le principal vecteur. Dès lors, les correctifs apportés, loin de remédier à cette situation, ne font en réalité que l'exacerber. Ainsi l'exigence renforcée de la bonne foi, et l'intervention médiatrice du juge telle que Saleilles la théorise, s'ils sont globalement positifs, témoignent bien d'une prise en compte objective de la situation des parties. Certes, c'est à raison d'une condition subjective que l'on juge défavorable que l'on va intervenir, par exemple le différentiel de pouvoir entre celui qui possède et celui qui n'a rien, mais il n'en reste pas moins que la même solution sera appliquée à tous. Ceci s'explique assez bien chez Saleilles, pour qui les contrats sont certes un instrument de réalisation des intérêts privés, mais en même temps, la volonté n'est pas la fin exclusive du contrat. Dans sa théorie, la volonté est le moyen d'action du droit, tandis que la finalité de ce dernier est bien l'utilité sociale.

Néanmoins, les propositions vont s'inscrire dans un courant qui va prendre son essor, rejoint par d'éminents auteurs tels Démogue, Gaudemet et Josserand⁵⁴⁰ qui vont également entreprendre de critiquer la théorie de l'autonomie de la volonté, ou du moins l'image déformée qui circule à l'époque, même si selon le professeur Halpérin, d'autres auteurs éminents demeurent attachés à l'expression⁵⁴¹.

⁵³⁹ Sur ce point, cf. H. Mousit, précité, p. 29 : « Il y a donc indéniablement une instrumentalisation de la pensée de notre auteur, Rieg et Gounot ont tellement été imbus de leur hypothèse de travail qu'ils ont fait preuve d'un volontarisme excessif en plaquant une doctrine qu'ils ont construite en réalité. Or, le souci de persuasion qui les animé, les a inévitablement menés à des constructions imaginaires au service de leur rhétorique et à une manipulation de l'esprit du lecteur ». Le même auteur évoque Bonnacase, qui dans le *Supplément au traité théorique et pratique de droit civil de Baudry Lacantinerie*, Paris, Rec. Sirey, Tome 2, 1924, p. 442, écrit que Gounot « aurait dû prendre soin de citer quelques références susceptibles de justifier la conception stupide qu'il prête aux individualistes sur le rôle de la volonté dans la formation de l'acte juridique », ainsi que G. Rouhette qui, dans « La force obligatoire du contrat », in *Le contrat aujourd'hui : comparaisons franco-anglaise*, L.G.D.J., Bibl. de droit privé, T. 196, 1987, n°5, p.32 note : « la construction de Gounot, si on doit l'interpréter comme une analyse (de la doctrine des auteurs classiques) est un travestissement de la vérité historique », cité in H. Mousit, précité, p. 21, note °51.

⁵⁴⁰ J.-L. Halpérin, précité, p. 196. Cf. plus largement J.-L. Halpérin, précité, p. 169-205.

⁵⁴¹ J.-L. Halpérin, précité, p. 205 : il évoque ainsi Colin, Capitant et Josserand. Au titre d'un critique tout à fait importante du mythe de l'autonomie de la volonté, cf. G. Rouhette, *Contribution à l'étude critique de la notion de contrat*, Thèse pour le doctorat en droit, Univ. Paris, 1965, 381 pages.

491. L'histoire a poursuivi son cours, et d'autres noms sont venus chassés les précédents, mais la position de principe est demeurée, c'est-à-dire à la fois un affichage de la volonté comme source légitime des obligations, et de l'autre, des tempéraments au règne de celle-ci. À cet égard, la multiplication des interventions législatives dans le contrat, traduisant un « ordre public économique » pour reprendre le professeur Farjat⁵⁴², et un ordre public de protection dans le vocabulaire du Doyen Carbonnier⁵⁴³, manifeste le souci de parvenir à concilier ces deux concepts que le réel fait entrer en collision : la volonté-liberté et l'égalité. De cette position-là peut être tiré le fil qui nous mènera au système juridique contemporain⁵⁴⁴, et qui s'exprime dans la protection spécifique accordée aux consommateurs, le développement de la catégorie dite du vulnérable, l'ensemble du droit de la concurrence, qui sont autant d'aménagements visant à corriger les conditions supposées inégales entre les parties au contrat. À l'exigence de bonne foi, supposée gouverner initialement la seule formation, la doctrine a entendu ajouter le respect du même principe dans l'exécution⁵⁴⁵. Un courant s'est créé au sein de celle-ci, que l'on a qualifié de solidarisme contractuel⁵⁴⁶, et qui vise à compenser les positions monadologiques des contractants en les obligeant à une solidarité, à défaut de la voir se réaliser de manière spontanée. Face à ces mouvements, une partie des auteurs s'interroge, tel le professeur Chazal, sur le point de savoir si « l'on est allé trop loin », le contrat menaçant de s'échouer sur « l'hypertrophie contractuelle », ou bien de tomber dans l'écueil de « l'utopie contractuelle »⁵⁴⁷.

⁵⁴² G. Farjat, *L'ordre public économique*, Paris, L.G.D.J., 1963, 543 pages.

⁵⁴³ J. Carbonnier, *Les Obligations*, Tome 4, 21^e éd., Paris, P.U.F., n°70.

⁵⁴⁴ Sur ce point, cf. J.-L. Halpérin, précité, p. 352-371.

⁵⁴⁵ Y. Picod, *Le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat*, Thèse pour le doctorat en droit, Université de Grenoble, 1999, éd. L.G.D.J., coll. Bibliothèque de sciences criminelles, 2002, 256 pages ; R. Desgorges, *La bonne foi dans le droit des contrats : rôle actuel et perspectives*, Thèse pour le doctorat en droit, Paris II, 1992.

⁵⁴⁶ D. Mazeaud, « Loyauté, solidarité, fraternité : la nouvelle devise contractuelle ? », in *L'avenir du droit, Mélanges Terré*, Dalloz. P.U.F. Juris-Class., 1999, p.603-634. ; Ch. Jamin, « Plaidoyer pour le solidarisme contractuel », in *Le contrat au début du XXI^e siècle, Études offertes à J. Ghestin*, L.G.D.J. 2001, p. 441-472 ; L. Grynbaum, M. Nicod (dir.), *Le solidarisme contractuel, mythe ou réalité*, éd. Economica, coll. Études juridiques, 216 pages ; A.-S. Courdier-Cuisinier, *Le solidarisme contractuel*, LexisNexis, 2006, 741 pages, qui donne un éclairage général sur les propositions et conséquences de cette théorie.

⁵⁴⁷ J.-P. Chazal, « Les nouveaux devoirs... », précité, p. 6.

2 / La persistance de l'autonomie de la volonté dans la doctrine contemporaine et l'impossible réflexion sur le consentement

492. Nous avons conscience ici que le fait de passer si vite sur presque un siècle d'histoire de la pensée juridique ne peut permettre de mesurer les différences réelles et concrètes qui peuvent exister entre les différents auteurs, ainsi que l'incrémentation des évolutions. Néanmoins, dans la cadre de cette recherche, une telle étude serait à la fois trop conséquente et en même temps trop éloignée de notre sujet. Car s'il y a bien un point que l'on peut distinguer dans la myriade des commentaires, et qui se manifeste avec d'autant plus d'intensité que nous arrivons au terme de cette perspective historique, c'est bien l'absence quasi totale de réflexion spécifique à l'égard du consentement. De ce point de vue, la doctrine du XX^e siècle et du début du XXI^e avec elle, n'accordera pas davantage d'attention au concept seul dans son évaluation des modifications de la théorie obligationnelle. En réalité, le consentement ne sera évoqué que par contrecoup, c'est-à-dire à l'occasion d'une affaire qui le met en jeu, mais qui constitue un cas limite du contrat, telle par exemple dans l'affaire dite du lancer de nains⁵⁴⁸, qui n'a de manière étonnante guère passionnée la doctrine privatiste, alors qu'elle mettait bien en cause un contrat. Davantage de réactions verront le jour à la suite des arrêts de la CourEDH concernant le sadomasochisme, point extrême de la logique consensualiste. Mais, pour ce qui concerne le contrat dans son domaine premier, historique, à savoir la réalisation d'opérations économiques, le même état d'indéfinition subsiste. Le consentement est, de ce point de vue, un concept valise, propre à tous les usages et tous les voyages, que la doctrine manipule selon son gré et ses humeurs.

493. Dans cette perspective, la construction historique et idéologique de la théorie de l'autonomie de la volonté a pour effet de faire ressortir, de manière encore plus évidente, à quel point il est possible de bâtir tout un concept, sans pour autant le définir avec le sérieux scientifique que l'on impose généralement. De cette opération « d'illusionnisme »⁵⁴⁹, nul n'est responsable à titre individuel, puisqu'il s'agit davantage de mouvements de fond, d'essence collective. De même, malgré les démentis virulents qui ont pu être apportés, les idées

⁵⁴⁸ Sur ces points, cf. infra. Partie II, Titre II, Chapitre 3, Section I.

⁵⁴⁹ M. Boudot, *Le dogme de la solution unique – Contribution à une théorie de la doctrine en droit privé*, Thèse pour le doctorat en droit, Univ. Aix-Marseille, 1999, 394 pages, p. 343, § 217 : « Serait-il hérétique de penser que les juristes se nourrissent d'illusions ? Serait-il plus calomnieux encore de dire que loin de se bercer d'illusions, les juristes sont en réalité des illusionnistes ? ».

évoquées continuent de prospérer, sous une forme ou sous une autre, et la cohérence historique cède désormais le pas devant l'efficacité immédiate, la fluidification des échanges contractuels. Ainsi, dans le même temps, le professeur Chazal peut écrire que, « à l'échelle des siècles, la conception purement volontariste du contrat a connu un règne dont la brièveté n'a d'égal que la pauvreté de sa substance philosophique. Jamais les auteurs du Code de 1804 n'ont conçu les conventions comme l'instrument d'un individualisme exacerbé. Contrairement à ce qui a pu être affirmé en doctrine, l'article 1134 ne contient nullement en ses flancs le dogme de l'autonomie de la volonté »⁵⁵⁰.

494. Et pourtant, cette idée prospère et continue d'incarner la toile de fond du raisonnement juridique, même contemporain. On en veut pour preuve, à titre d'exemple, l'article de M. Montero et de Mme Demoulin, dans lequel ceux-ci peuvent écrire que, s'agissant du Code civil, « le postulat de la liberté et d'égalité des parties contractantes domine toute la formation du contrat, à travers les fameux principes de la liberté contractuelle et du consensualisme, rassemblés sous le dogme de l'autonomie de la volonté »⁵⁵¹. Certes, l'affirmation est par la suite nuancée, en relevant que « depuis, le dogme de l'autonomie de la volonté est régulièrement remis en question en tant que fondement de la théorie du contrat »⁵⁵², mais pour aussitôt être en quelque sorte recouverte d'un commentaire qui vise à rendre inerte ces critiques : « Malgré tout, s'il est aujourd'hui criblé d'exceptions, il demeure la règle pour une majorité de la doctrine contemporaine, qui le considère encore comme un pilier du Code »⁵⁵³. Et le propos se poursuit, reprenant toutes les affirmations classiques mais fausses, évoquant Loysel et sa formule, sans relever sa falsification⁵⁵⁴, faisant du consensualisme un principe quasi constant dans la pensée juridique française, avant d'affirmer le « caractère primordial du consentement » dans un « système aussi centré sur le consentement »⁵⁵⁵. Comment alors ne pas constater avec quelque déception que, si cette affirmation est vérifiée, la définition même du terme de consentement n'occupe ainsi que dix lignes dans un article de plus de cinquante pages, et qui plus est sous une forme sans relief : « Traditionnellement, on prête au terme

⁵⁵⁰ J.-P. Chazal, « Les nouveaux devoirs... », précité, p. 3.

⁵⁵¹ M. Demoulin, E. Montero, « La formation du contrat depuis le Code civil de 1804 : un régime en mouvement sous une lettre figée », in P. Wery (dir.), *Le droit des obligations contractuelles et le bicentenaire du Code civil*, La Chartre, Bruxelles, 2004, p. 61-120, version électronique, p. 3.

⁵⁵² M. Demoulin, E. Montero, précité, p. 4

⁵⁵³ M. Demoulin, E. Montero, *ibid.*

⁵⁵⁴ M. Demoulin, E. Montero, précité, p. 6.

⁵⁵⁵ M. Demoulin, E. Montero, précité, p. 8.

« consentement » une double signification. Étymologiquement, le consentement (*cum sentire*) est le concours des volontés des parties sur le contrat projeté. Dans un sens plus restreint, il désigne l'adhésion individuelle de chacune des parties au contrat projeté, avec la volonté de faire naître des effets de droit »⁵⁵⁶.

Mais, comme on l'a vu, étymologiquement, le consentement n'a justement jamais signifié le concours des volontés, ne serait-ce que parce qu'il existe déjà, dans la langue latine, un terme pour la volonté.

495. On le mesure ainsi, la théorie de l'autonomie de la volonté résiste, encore et toujours, et cela de manière complètement dissociée de son rapport à la vérité historique. À ce titre, elle révèle son caractère idéologique, à savoir qu'il importe peu qu'elle soit en réalité vraie ou fausse, le plus important étant qu'elle s'inscrit dans le régime de la croyance. Elle est le support nécessaire d'une théorie qui rechigne aux investigations généalogiques et qui se soutient par cette ignorance.

Au regard du consentement, que l'on fait découler logiquement de cet axiome philosophique, quelles conséquences cette critique produit-elle ? Si en effet, cette dernière s'effondre, alors quel destin attend le consentement lui-même ? D'une façon qui n'étonne désormais plus, les différentes remises en cause de la théorie n'ont jamais produit de conséquences spécifiques s'agissant du consentement en tant que tel. On entend par là qu'il n'est jamais apparu un besoin spécifique de repenser le concept, que le consentement est demeuré le même, inchangé dans son principe comme dans sa formulation depuis 1804, c'est-à-dire irrémédiablement associé à la seule volonté.

496. Or, selon nous, le consentement n'avait déjà pas, dans le Code civil, la place que l'on a prétendu lui attribuer par la suite. Aussi, concernant le lien avec la subjectivité, force est de constater que la théorie de l'autonomie de la volonté, dans sa version classique, comme dans ses remises en cause, n'a peu ou prou jamais œuvré à une prise en compte accrue de cette dernière. On a cru, par l'ellipse d'un raisonnement volontariste et l'affirmation de droits subjectifs, pouvoir ainsi faire l'impasse sur la figure de l'individu qui met en jeu la règle juridique. Mais, puisque la règle n'a pas vocation, dans son intention première, de lui permettre de faire valoir sa singularité autrement que sous l'aspect d'une rationalité à vocation

⁵⁵⁶ M. Demoulin, E. Montero, précité, p. 9.

économique, alors le sujet comme être humain authentique⁵⁵⁷ apparaît bien comme l'angle mort de la pensée contractuelle. Dès lors, il n'est guère surprenant et même prévisible, de constater les problèmes posés par une telle conception : en s'emparant de la règle, les justiciables vont en quelque sorte subvertir son usage, en la sortant du cadre dans lequel elle était supposée fonctionner.

497. On va donc désormais s'attacher à comprendre ce que la philosophie, lieu de naissance du consentement, peut nous apprendre à l'égard de ce dernier, tant au regard des caractéristiques habituellement retenues en droit⁵⁵⁸, que par rapport au sujet et aux grandes questions que cette liaison mobilise.

⁵⁵⁷ C'est-à-dire à la fois sensible et rationnel.

⁵⁵⁸ On pense ici particulièrement à la nécessité d'un « consentement libre et éclairé ».

498. Au regard de cette histoire du consentement juridique, en lien avec la subjectivité, la rupture majeure introduite par Grotius et Pufendorf, et plus largement par l'École du droit naturel, tient bien à l'idée que l'homme posséderait, à titre d'homme, des droits qui lui seraient propres. Cette réflexion autour d'une nature humaine juridicisée n'a pourtant pas permis aux éminents juristes de faire le lien entre *l'homo philosophicus* et *l'homo juridicus*, si ce n'est en dotant le dernier de la volonté fétichisée. Comme si, en quelque sorte, cette dernière résumait à elle seule le propre de la nature humaine. Cette cécité s'explique bien si l'on considère que, dans l'ordre de la conduite personnelle et des relations intersubjectives, la religion venait ainsi suppléer aux carences d'un droit tout entier tourné vers le commerce juridique. Il n'en reste pas moins que cette théorisation a fait florès, et a inscrit durablement le consentement dans le registre quasi-exclusif de la volonté.

499. Cependant, la relecture par les juristes qui suivront, et qui progressivement s'émanciperont de la réflexion religieuse, a abouti à déséquilibrer le système ainsi constitué. On n'a conservé ainsi que la seule question de la volonté, en oubliant quelque peu que le système ne tenait justement que du fait que l'autre moitié du sujet juridique, sa partie sensible, était également dans l'esprit des rédacteurs, à défaut d'être dans leurs textes. De ce point de vue, la construction idéologico-dogmatique de la théorie de l'autonomie de la volonté apparaît comme topique : il aura fallu tordre le texte, au risque de le rompre, pour parvenir à lui faire dire ce que l'on souhaitait qu'il dise par lui-même.

500. Mais, ce qui pouvait fonctionner, même déséquilibré lorsque le droit ne visait réellement qu'à permettre la réalisation d'opérations économiques, se trouve pris en défaut lorsque le justiciable moderne se saisit du droit pour des usages autrefois ignorés. Aussi, en même temps qu'était promue cette idée d'une volonté structurante, le trépas de celle-ci était annoncé. Dans un premier temps, c'est le développement des inégalités économiques qui a suffi à faire vibrer les colonnes du temple. Puis, à mesure que la judiciarisation des rapports intersubjectifs s'accroissait, le consentement et la volonté se trouvaient de facto devoir assumer des rôles pour lesquels ils n'avaient pas été pensés initialement. Cette difficulté n'existait pas à l'époque, du fait même que le droit n'avait pas vocation à régir l'ensemble des rapports sociaux, cette charge revenant à un autre ordre de norme.

501. Or, cette difficulté est aujourd'hui de plus en plus cruciale, comme nous pourrions l'observer à l'occasion de l'étude du régime du consentement⁵⁵⁹. Pour autant, ce ne sont que des aménagements ponctuels qui sont proposés, peut-être en raison d'une réticence à devoir toucher au cœur même de l'empire juridique. Peut-être aussi du fait d'un positivisme dominant, qui ne s'accommoderait guère de devoir composer avec des concepts trop facilement renvoyés au domaine des valeurs, ou de la philosophie, oubliant ce faisant que le droit lui-même n'existe que rapporté à une axiologie : celle de comportements jugés comme meilleurs par rapport à d'autres.

⁵⁵⁹ Sur ce point, cf. infra. Partie II, Titre II.

TITRE 2 : CONSENTEMENT JURIDIQUE, CONSENTEMENT PHILOSOPHIQUE, CONSENTEMENT POPULAIRE : DES NOTIONS DISTINCTES

502. Jusqu'à présent, nous avons pu observer comment le concept juridique de consentement prenait un sens variable suivant les époques, reflétant en cela son côté opératoire, c'est-à-dire le fait qu'il est mobilisé pour répondre à des besoins sociaux spécifiques. Toutefois, la question de son sens profond, que l'on a affirmé relever de la philosophie, reste encore indéterminée. C'est pour tenter de répondre à cette question qu'il faudra dans un premier temps faire un retour à l'origine du concept même de consentement, au travers de la théorisation qu'en a proposée, dans la Grèce antique, l'école stoïcienne. Ce faisant, le consentement se manifestera sous une forme particulière en ce sens qu'il n'est pas toujours ajout, transformation, déversement, mais qu'il est aussi accueil. À rebours des conceptions modernes qui visent à faire de l'individu, métaphysiquement, un absolu, un nouveau Dieu composé des attributs dispersés de l'ancien, la doctrine stoïcienne nous offre une perspective bien plus humble. En effet, elle nous invite, modestement, à trouver notre place dans le cosmos pour ce que nous sommes, c'est-à-dire une espèce faillible, mortelle, désirante, mais qui en se reconnaissant comme telle, dépasse ses limitations en en faisant justement les bases de notre liberté.

503. Toutefois ce dernier, s'il peut concerner la relation de l'individu à lui-même, permet également de penser de manière différente la question politique. Si l'on se réfère à l'histoire française, la question du consentement à l'ordre politique n'apparaît véritablement qu'à la suite de l'effondrement des structures de l'ancien régime, et particulièrement de la monarchie de droit divin. En effet, dès lors que notre place dans l'existence résulte de la seule volonté de Dieu, il n'y pas lieu de consentir à quoi que ce soit, si ce n'est à l'existence que l'on vit en la pensant comme indépassable. Le consentement devient alors passivité et nous renvoie à Étienne de la Boétie⁵⁶⁰.

504. Lorsque le roi chute, il entraîne avec lui la nécessité de l'ordre ancien, ce ciment qui liait et faisait tenir tout l'ordre politique. Il va donc s'agir, à partir de là, de repenser les

⁵⁶⁰ E. de la Boétie, *Le Discours de la servitude volontaire*, éd. Payot, coll. Petite bibliothèque Payot, 2002, 335 pages.

conditions de la mise en société. C'est à cette tâche que vont s'atteler les philosophes du contrat social, qui vont réserver chacun une place tout à fait particulière au consentement, dans des sens parfois bien éloignés les uns des autres. Cette étude, qui peut paraître de prime abord assez éloignée de la sphère juridique, est en réalité tout à fait pertinente, et ce en raison de plusieurs éléments.

En premier lieu, les théories dites du contrat social font systématiquement partie du programme de droit constitutionnel tel qu'il est enseigné dans l'ensemble des facultés de droit⁵⁶¹. Il est même patent de constater que l'étude de ces œuvres constitue le point d'entrée pour les étudiants dans le droit constitutionnel. Dès lors, c'est par ces prismes que les étudiants, et donc les futurs professionnels du droit, qu'ils soient professeurs ou praticiens, vont être amenés à appréhender la formation de l'État. Or, du fait que ces théories ont en commun de reposer chacune sur le consentement, dans des versions différentes, une étude précise et attentive des textes paraît absolument nécessaire.

On pourrait objecter à cela qu'il ne s'agit que de fiction philosophique, n'ayant pas vocation à représenter une quelconque vérité historique, et que ce serait donc donner beaucoup de crédit à ces formulations théoriques que de les prendre au sérieux. Toutefois, une telle proposition constituerait, à notre sens, une erreur d'importance en ce qu'elle méconnaît le fait que, comme l'a très bien montré Pierre Legendre, l'organisation normative, et partant l'État, s'élabore d'abord comme une fiction, un symbole nécessaire⁵⁶². De plus, juger d'un symbole en termes de vérité revient à méconnaître justement le fait que ce dernier échappe tout à fait à cette appréhension, et produit des effets qui ne sont pas fonction d'une relation au vrai.

Ensuite, le principe même du contrat social anticipe de la mécanique de la votation⁵⁶³, aussi bien dans ses éléments fondamentaux que dans son régime. Dès lors, puisque nous étudierons dans la suite de ce travail le lien entre le consentement et le vote, en tant que droit fondamental, l'analyse des propositions du contrat social revêt un intérêt certain.

Enfin, nous pensons que le droit constitutionnel porte l'empreinte de l'influence de ces théories. Dès lors, étudier la manière dont celles-ci se présentent permettra également, par

⁵⁶¹ À ce titre, il y est fait référence dans la majorité des manuels de droit constitutionnel. Cf. Par ex. J. Gicquel, J.-E. Gicquel, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, Domat Montchrestien, 20e éd., p. 63; L. Favoreu, P. Gaïa, R. Ghévantian, J.-L. Mestre, O. Pfersmann, A. Roux, G. Scoffoni, *Droit constitutionnel*, Dalloz, 10e éd, p.6-7; B. Delaunay, *L'indispensable du droit constitutionnel*, Studyrama, 2004, p. 21-22; O. Camy, *Droit constitutionnel critique*, L'Harmattan, 2007, 124 pages.

⁵⁶² P. Legendre, « Ce que nous appelons le droit », *Le Débat*, n°74, 1993, p. 98.

⁵⁶³ Dans le cadre de ce travail de recherche, le terme de votation renvoie à la définition qu'en donne le dictionnaire Larousse, c'est-à-dire l'action de voter. Il ne s'agit donc pas d'une référence au terme existant dans l'ordre juridique suisse.

ricochet, d'observer en quoi elles ont pu être à l'origine d'évolutions distinctes du droit des obligations, qui figure l'autre grande sphère juridique imprégnée du consentement.

505. Enfin, en tirant les conséquences induites par le primat théorique du positivisme dans la pensée juridique, il faut bien essayer de comprendre comment une volonté peut être à l'origine du droit. Selon le professeur Brunet : “[...] ou bien la volonté de chaque homme suffit à créer le droit, et dans ces conditions, on aboutit à une situation proche de celle décrite par Hobbes à travers l'hypothèse de l'état de nature – c'est-à-dire, en un mot, la guerre-, ou bien seule la volonté d'un homme (où de quelques-uns) est susceptible de créer le droit, et dans ces conditions, la question qui se pose est : comment justifier que la volonté de cet homme produise ce que la volonté des autres ne produirait pas ?”⁵⁶⁴. Dès lors, l'étude des différentes théories du contrat social ne peut que nous renseigner également sur cette origine, et partant, sur la puissance en germe ou en acte du consentement.

506. En plus d'un retour au texte, l'étude présentée prend le parti d'introduire une nouvelle version du contrat social, sous la plume de Spinoza, qui n'est jamais évoquée habituellement au sein des facultés de droit, alors qu'elle se révèle pourtant particulièrement intéressante en ce qu'elle permet un dépassement des apories des constructions théoriques précédentes. C'est en ce sens que l'on étudiera la variabilité des usages du consentement, dans une progression chronologique, exception faite de Spinoza. Cet ensemble fera donc l'objet du premier temps de cette étude (Chapitre I).

507. Mais, à cette première forme de barrière que peut constituer l'*amor fati*, ou la puissance du souverain, vont s'en ajouter d'autres, qui diffèrent suivant le corpus théorique dans lequel elles émergent : ainsi de la réflexion théologique qui n'aboutit pas aux mêmes conclusions que la pensée philosophique. Pourtant, prétendre à une unité de cette dernière serait erroné, puisque les propositions divergent entre par exemple un auteur du courant libéral comme J.S Mill et une conception plus directement encore imprégnée du religieux comme la pensée kantienne. Toutefois, dans toutes ces hypothèses, il s'agit de confronter l'autonomie individuelle célébrée par le consentement à la question de la limite, ou, pour faire écho à la

⁵⁶⁴ P. Brunet, *Vouloir pour la Nation : le concept de représentation dans la théorie de l'État*, Thèse pour le doctorat en droit, Université Paris X, 1997, éd. Bruylant L.G.D.J, 2004, 396 pages, p. 51.

psychanalytique, à l'Interdit, et cela en lien avec la subjectivité. C'est ce que nous envisagerons dans un second temps (Chapitre II).

CHAPITRE 1 : PANORAMA PHILOSOPHIQUE DU CONSENTEMENT INDIVIDUEL ET SOCIAL

508. Pour commencer cette investigation philosophique de la notion de consentement, il fallait choisir un premier axe d'étude. Après avoir affirmé, au cours de la perspective historique, que le consentement juridique trouvait son point d'origine dans la philosophie antique, et particulièrement stoïcienne, il convient maintenant de mesurer la pertinence d'une telle affirmation. Ainsi, nous pourrions observer si oui ou non cette hypothèse est vérifiée, et surtout, quel est le sens que le concept de consentement reçoit de façon première.

509. Mais, après avoir dépassé cette seule dimension subjective, qui ne met en jeu que l'individu par rapport à ses propres représentations, qui n'engage en réalité que son rapport personnel au monde, que se passe-t-il lorsque le consentement est mobilisé pour créer l'ordre social ? C'est en effet au travers de cette thématique du contrat social que le concept de consentement va faire florès dans la philosophie politique, et faire retour au sein du juridique dans la sphère du droit public, et plus précisément en droit constitutionnel. Or, sur ce point, les versions successivement proposées présentent certes des points communs, mais surtout des divergences, qui touchent aussi bien à l'importance conférée au consentement qu'à la subjectivité.

510. Aussi, nous envisagerons dans un premier temps le consentement selon un prisme subjectif, au travers de l'étude de la philosophie stoïcienne (Section 1), avant de chercher à comprendre comment celui-ci opère au sein des théories du contrat social, qu'il s'agisse de la version proposée par Hobbes et Locke (Section 2), ou celle de Rousseau, théories que l'on comparera ultimement à la théorie spinoziste du contrat social (Section 3).

SECTION 1 : CONSENTEMENT ET PHILOSOPHIE : L'ANCRAGE DANS LE SUBJECTIF

511. Comme nous l'avons esquissé précédemment, le point de départ du consentement, du moins au sein de la littérature qui nous est accessible, peut être établi dans ce grand moment pour la pensée que constituera la Grèce antique. C'est en effet au sein de ce petit espace, dont la géographie minimaliste dessine l'image inverse de son rayonnement culturel, que les premières formulations philosophiques du consentement vont prendre place.

512. Toutefois, il faut ici prendre garde à ne pas transposer le regard moderne que nous portons sur le concept de consentement, sur ce que celui-ci recouvre effectivement à cette époque. Ainsi, il s'agit plutôt de montrer en quoi il est possible de lire, au sein de quelques œuvres de la philosophie antique, les linéaments d'un concept que l'histoire façonnera sur un mode bien déterminé, jusqu'à sa forme actuelle.

De manière analogue, cette attention sur le consentement n'est pas spécifique à la philosophie grecque dans son ensemble, mais bien davantage à une école particulière de pensée⁵⁶⁵ qui fait figure d'exception. Ce que nous visons ici est bien l'école stoïcienne, dont nous allons à présent évoquer les principaux points sur ce thème⁵⁶⁶, au travers de la détermination de la façon dont le consentement fonctionne au sein de celle-ci (§1), avant d'aborder en quoi ce dernier est enrichi par cette référence (§2).

§1 : Stoïcisme et consentement : les origines du concept

513. L'importance du consentement ne se manifeste pas de façon directe à la lecture des stoïciens, en ce que le terme y est absent. Toutefois, la théorisation proposée, et qui touche à la manière dont nous sommes ou non récepteurs d'un sens du monde, au travers de l'assentiment donné aux représentations que nos esprits forment, présente des similitudes troublantes avec le consentement (A). Toutefois, celle-ci souffre d'une prise en compte insuffisante, eu égard aux apports de la philosophie des Lumières, de la volonté dans le processus de décision (B). À défaut de celle-ci, on peut remarquer une insistance particulière sur la fermeté du jugement,

⁵⁶⁵ A.J. Festugière, *La révélation d'Hermès Trismégiste, II, Le Dieu cosmique*, éd. Les Belles Lettres, 1949, 610 pages, p. 330 : " Si l'on voulait résumer d'un mot l'esprit de cette sagesse stoïcienne, il faudrait choisir, je crois, le mot consentement.", cité in M. Soëtard, *Valeurs dans le stoïcisme : du Portique à nos jours*, éd. Presses Universitaires Septentrion, 1993, 304 pages, p. 9.

⁵⁶⁶ Il n'est donc pas question ici de prétendre résumer la philosophie stoïcienne à ces quelques propositions, mais bien de fournir un éclairage localisé sur des principes à même d'ensemencer notre recherche.

c'est-à-dire la constance qui n'est pas sans lien avec le consentement dans sa dimension temporelle (C).

A / Le point de départ stoïcien : l'assentiment

514. Dans la philosophie grecque, incarnée par Platon et Aristote, le consentement n'existe pas⁵⁶⁷. Il suppose en effet que soit déjà prise en compte la notion de « volonté », qui est, elle, majoritairement absente de la philosophie grecque⁵⁶⁸. Le consentement n'apparaît donc que comme « critère d'attribution, qui opère finalement davantage sur un terrain éthico-judiciaire que psychologique, servant à discriminer les actions louables des actions blâmables »⁵⁶⁹. Ce n'est véritablement qu'avec les stoïciens que le concept va prendre une véritable importance. Toutefois, il est fréquent de constater, lorsque l'on se penche sur les lectures contemporaines qui sont faites du stoïcisme, et de ses principaux représentants, un usage fréquent du terme de consentement, alors que ce dernier n'apparaît pas à proprement parler dans les différents textes étudiés, du moins dans leur version grecque⁵⁷⁰.

De ce point de vue, comme on a vu le voir, le sens originel du terme va être plutôt placé sous le signe de l'assentiment que du consentement⁵⁷¹, même si le premier terme va jouer un rôle similaire, jusqu'à un certain point, avec l'usage du consentement. Afin de rendre plus intelligibles les propositions de cette école, nous allons dans un premier temps tenter d'exposer le sens donné à certains concepts fondamentaux.

515. Toutefois, avant d'envisager l'assentiment par lui-même, il faut faire un bref retour aux notions de consentement et de représentation, afin de s'épargner des confusions dommageables par la suite. Plus précisément, l'ensemble du processus part à la base d'une perception, d'un

⁵⁶⁷ Nous prenons ici le parti de considérer que le texte d'Aristote étudié auparavant se réfère au volontaire et à l'involontaire, et que cette distinction ne recoupe pas de manière exacte le concept de consentement. Sur ce point, cf. *supra*. Partie I, Chapitre I, Section 1, §1, A/.

⁵⁶⁸ On ne saurait, à notre sens, déduire des travaux abondants d'Aristote sur l'âme une véritable théorie de la volonté, du moins telle que nous la connaissons aujourd'hui, même s'il est possible de trouver, de façon éparpillée les éléments qui formeront plus tard, après transformation, cette dernière.

⁵⁶⁹ Cité in L. Monteils-Lang, « Perspectives antiques sur la philosophie du consentement », *Revue Tracés*, n°14, 2008, p. 31-41.

⁵⁷⁰ On trouve en revanche une utilisation très fréquente du terme de consensus, mais dont la signification varie : il « correspond, selon le contexte où il se trouve, à des termes comme cohésion, accord, consentement, sympathie », in M. Soëtard, M. Spanneut, *ibid.*. Cela signifie donc bien, de manière très explicite, que le consentement n'est pas l'accord, sans quoi les deux termes ne seraient pas mentionnés.

⁵⁷¹ C'est d'ailleurs le premier sens qui est mentionné dans le Vocabulaire technique et critique de la philosophie, qui définit le consentement comme « assentiment accordé à une assertion ».

ressenti qui va mettre en branle toute la mécanique de l'assentiment, et partant, du consentement. Mais cette sensation possède un sens différent ici. Selon Félix Ravaisson, « sentir, disent les Stoïciens, c'est affirmer et juger. L'objet extérieur imprime en nous, comme fait un cachet sur de la cire molle, une sorte d'image, qui le représente, et qu'on appelle l'apparition ou vision [...] ; l'impression ainsi reçue n'est que passion, ou affection passive de l'organe sensitif. [...]. Sentir, c'est reconnaître la vision pour réelle, pour conforme à un objet d'où elle émane, c'est l'approuver à ce titre, et y consentir. Par le consentement seul on saisit l'objet extérieur, [...]. Toute sensation n'est donc, à vrai dire, rien qu'un consentement ; consentement, c'est-à-dire action, contention, tension de l'âme »⁵⁷².

516. On mesure, par cette affirmation, à quel point le consentement a, dès l'origine, à voir avec la perception et le ressenti, même s'il se double ici d'une autre dimension. Ainsi, s'il inclut un pur donné sensitif, il y ajoute également une opération de l'esprit, qui reconnaît comme vrai ce qui lui parvient. Néanmoins, le point de départ est bien l'affectation sensorielle, ce qui prouve, à notre sens, à quel point il est réducteur de ne concevoir le consentement que comme un accord qui ne serait qu'un processus intellectuel vide de tout substrat sensoriel.

517. Il reste alors à envisager ce que recouvre concrètement la notion d'assentiment. Il désigne « l'adhésion, l'approbation qu'un homme donne, mais qu'il peut également refuser, à une représentation, une sorte de jugement où il accorde le bien-fondé de celle-ci »⁵⁷³. Néanmoins, il n'est pas une valeur absolue, puisqu'il est fonction de la qualité de l'âme qui la donne, ce qui souligne ici son caractère profondément volontaire. Ainsi le sage, qui maîtrise ses passions et son assentiment, ne le donne qu'à l'égard d'actions bonnes. L'insensé, le fou, lui se perd dans les illusions de sa perception, déformée par le prisme de ses propres passions.

Envisagé ainsi, et particulièrement au regard de la volition, l'assentiment semble bien préfigurer, à sa manière, le concept moderne de consentement, puisqu'il permet aussi bien d'approuver que de refuser une représentation. Il paraît donc ici y avoir également une place ménagée pour la liberté, dans le rejet, certes déconsidérée mais néanmoins fondamentale pour l'ensemble de la doctrine, de l'ordre de la Nature. En effet, c'est en négatif de cette figure du fou qui rejette cette harmonie que se définit le sage, qui constitue l'aboutissement ultime de l'accord de l'être avec le Cosmos.

⁵⁷² F. Ravaisson, *Essai sur le stoïcisme*, Imprimerie impériale, 1856, 94 pages, p. 31-32.

⁵⁷³ V. Laurant, *Le vocabulaire des stoïciens*, Ellipses, 2002, p. 13.

518. À côté de l'assentiment, on trouve l'idée de Passion. Elle est dans ce corpus frappée en quelque sorte d'infamie. Du fait du monisme rationnel qui sous-tend la philosophie stoïcienne, la passion, est considérée comme « impulsion déraisonnable, qui excède les limites de la raison, tant de l'homme que du monde, et est pour cela contre nature »⁵⁷⁴. Zénon, un auteur majeur de cette école parle d'« un mouvement de l'âme, opposé à la droite raison, et contraire à la nature »⁵⁷⁵. Juste Lipse, qui réinterprétera le stoïcisme au regard du christianisme au XVII^e siècle évoque, quant à lui, une « maladie de l'âme ou une corruption de l'esprit »⁵⁷⁶. De manière antagoniste, le sage lui se définit comme apathique, a-pathos, sans passions⁵⁷⁷.

Néanmoins, il en subsiste quelques-unes, considérées comme bonnes et donc rattachées à la raison, telle par exemple « la joie profonde qui l'habite et son amour du monde »⁵⁷⁸, et qui le rend ainsi non accessible au chagrin. S'établit alors une taxinomie des passions négatives qui caractérisent l'insensé, et qui le condamnent à la tristesse : le désir, la peur, le plaisir, et le chagrin. Cette position particulière à l'égard des passions s'explique par le fait que le stoïcisme est un matérialisme. Dès lors, seule existe et compte la matière, c'est-à-dire ce qui agit ou ce sur quoi on peut agir. Les passions elles, nous renvoient soit au passé (le regret), soit au futur (l'espérance), qui en tant que tels n'existent pas, ne font pas matière, et donc nous écartent de notre harmonie présente avec la nature. Toutefois, la passion n'est pas uniquement sensitive, en ce sens qu'elle est composée à la fois d'une impression, mais aussi d'un contenu de la pensée, puisque c'est l'opinion qui fait véritablement la passion, opinion qui est entendue comme « un faible acquiescement de l'esprit à quelque idée, dont il a été frappé »⁵⁷⁹.

⁵⁷⁴ Cité in V. Laurand, précité, p. 50.

⁵⁷⁵ Cité in Cicéron, *Œuvres complètes* - tome quatrième - Paris - chez Firmin didot frères, fils et cie. libraires - imprimerie de l'institut de France - rue Jacob, - m dccc lxxix, Tusculanes, Livre IV, VI.

⁵⁷⁶ Cité in J. Lagrée, *Juste Lipse et la restauration du stoïcisme : étude et traduction des traités stoïciens De la Constance, Manuel de philosophie stoïcienne, Physique des stoïciens*, Vrin, 1994, 268 pages, p. 77.

⁵⁷⁷ Il convient toutefois de préciser, pour rendre justice au stoïcisme, que cela ne signifie pas que le sage est insensible, au sens où il ne ressentirait rien. Il ne laisse simplement pas le sentiment le dominer de telle sorte qu'il se transforme en passion, qui elle, est à la source de l'aliénation. Néanmoins, cette ascèse va suffisamment loin pour permettre à Épictète d'écrire, s'agissant par exemple de la perte d'un enfant : « Ne dis jamais de rien : « je l'ai perdu », mais : « je l'ai rendu. » Ton enfant est mort ? Il a été rendu... », in Épictète, *Manuel*, GF Flammarion, 1997, XI, p. 67-68. Ceci donnera lieu à une critique sévère de Saint Augustin, qui dans *La Cité de Dieu*, Livre 14, chapitre 9, écrit : [... ils sont tourmentés de ces passions comme d'autant de maladies, et si quelques-uns semblent les modérer, on les voit enflés d'un orgueil impie, d'autant plus monstrueux qu'ils en ont moins le sentiment. En se haussant jusqu'à cet excès de vanité de n'être touchés d'aucune passion, non pas même de celle de la gloire, ils ont plutôt perdu toute humanité qu'ils n'ont acquis une tranquillité véritable. Une âme n'est pas droite pour être inflexible, et l'insensibilité n'est pas la santé ».

⁵⁷⁸ Ibid.

⁵⁷⁹ Cicéron, précité, VII.

519. Comment expliquer alors la façon dont les passions agissent sur l'individu ? Mme Lagrée propose le schéma explicatif suivant : « Lipse montre de façon très précise comme se construit volontairement, par l'assentiment, ce débordement passionnel qui part d'une représentation involontaire, passe par le consentement à la représentation et débouche sur une tendance bien ancrée dont nous sommes devenus responsables lorsque nous ne pouvons plus lui résister, selon le schéma suivant : représentation (*visum*) d'où notion (*notio*), d'où pensée (*cogitatio*), d'où jugement et consentement, d'où tendances volontaires. La passion n'est pas inscrite en nous par la nature mais reçue dans l'âme par le consentement donné à des opinions fausses »⁵⁸⁰. On voit déjà ici se dessiner le lien tout à fait fondamental qui unit le consentement et l'assentiment dans la philosophie stoïcienne

Une fois ces éléments évoqués, on peut alors entreprendre une étude du rapport entre la conception stoïcienne de l'assentiment, et partant du consentement, et la théorie générale de la volonté que cette philosophie présente.

B / stoïcisme et théorie de la volonté

520. La question de la place de la volonté dans cette école de pensée est parfois sujette à débat, certains prétendant qu'une telle notion n'existe pas à proprement parler dans l'antiquité. Pour autant, il serait impropre de considérer que la philosophie stoïcienne ne contient aucune référence directe au concept de volonté. En effet, pour Valéry Laurand, « dire que les stoïciens n'avaient pas la même conception de la volonté que nous ne signifie pas qu'ils n'en avaient pas du tout »⁵⁸¹. Il s'agit plutôt de considérer qu'elle a un sens particulier, distinct de celui de la raison. La volonté serait « une puissance qui nous appartient en propre », tandis que la raison serait « cause d'elle-même et auto déterminée »⁵⁸². Nous allons donc essayer de comprendre ce que cette différence recouvre réellement⁵⁸³.

521. Si l'on reprend les éléments énoncés précédemment concernant les passions et l'assentiment, on pourrait croire, au risque d'un certain schématisme, que ce qui caractérise la

⁵⁸⁰ J. Lagrée, *ibid.*

⁵⁸¹ V. Laurand, « Les Stoïciens – Collaborer avec le destin : un abandon de toute volonté ? », *Philopsis*, 2002, version électronique. Les développements suivants reprennent l'essentiel de l'argumentation développée par l'auteur.

⁵⁸² *Ibid.*

⁵⁸³ Pour une analyse très précise sur ce point, cf. A.-J. Voelke, *L'idée de volonté dans le stoïcisme*, P.U.F, 1973, 216 pages.

position du sage est qu'il n'est pas en lutte avec les événements extérieurs, puisqu'il parvient à distinguer ce qui relève de lui et ce qui lui échappe, tandis que l'individu ne disposant pas de cette sagesse est sans cesse perturbé par l'écart entre son désir et la réalité de ce qui advient. Derrière, on voit poindre les critiques du fatalisme, qui prendront la forme d'une forme de passivité du sage face aux événements et à un destin contre lequel il ne peut lutter. En vérité, la situation est plus complexe qu'il n'y paraît.

522. L'idée principale qui servira de point de départ à cet exposé peut se formuler ainsi : il est nécessaire à la fois de distinguer ce qui relève de notre pouvoir et ce qui nous échappe, mais également de vouloir ce qui est voulu pour nous par le Dieu qui commande au destin et à l'existence. De cette idée, il est possible de tirer selon M. Laurand plusieurs propositions, dont voici les trois premières : il faut vouloir ce qui arrive, car ce que la divinité veut est meilleur que ce que je veux moi-même, de telle façon qu'il faut être serviteur (*diakonos*) de la divinité. Mais, cette idée de servir doit se comprendre par le fait que, dans le texte de Sénèque que l'auteur étudie, les verbes utilisés pour décrire cet état « sont tous composés avec le préfixe 'sun-' (avec) »⁵⁸⁴. Il n'est donc pas question de se défaire de sa propre volonté, mais plutôt de l'accorder avec une volonté supérieure. Ce qui aboutit donc à la dernière proposition, selon laquelle, dans cette optique, « il faut vouloir avec, c'est-à-dire ne rien abdiquer de son vouloir propre, de sa faculté de vouloir, mais s'associer avec le dieu »⁵⁸⁵.

Or, comme nous l'avons déjà aperçu, le consentement, dans sa racine étymologique, désigne effectivement l'idée de sentir-avec, et non pas simplement le seul exercice d'une volonté qui serait en quelque sorte close sur elle-même.

523. Dès lors, le stoïcisme ne peut se comprendre simplement comme une forme de pure passivité, dans laquelle le sujet serait tout entier soumis à un ordre qui le dépasse et le détermine, car ce serait alors oublier que dans le processus même du vouloir est magnifié le fait que chaque individu dispose en propre d'une liberté, qui est celle relative au jugement qu'il porte sur ce qu'il perçoit et conçoit. C'est en ce sens que l'on a pu parler du fait qu'il s'agissait de « savoir vouloir avant de vouloir savoir »⁵⁸⁶. Dans cette optique, on observe se manifester

⁵⁸⁴ V. Laurand, précité, p. 3.

⁵⁸⁵ V. Laurand, précité, p. 4. Dans le même sens, cf. J. Lagrée, *Juste Lipse et la restauration du stoïcisme : étude et traduction des traités stoïciens De la Constance, Manuel de philosophie stoïcienne, Physique des stoïciens*, Vrin, 1994, p. 78.

⁵⁸⁶ Ibid.

une des différences essentielles entre la personne du sage et ce que les stoïciens appellent « insensé » : le second, malgré toute sa bonne volonté, ne sait pas ce qu'il veut, tandis que le premier oui⁵⁸⁷. De là découle l'insistance toute particulière, commune à l'ensemble des auteurs stoïciens, sur la notion de vertu, à distinguer nettement de celle du plaisir, qui lui est tout à fait subalterne⁵⁸⁸. Pour réaliser une telle ambition, c'est toute une discipline qui va être créée, et dont l'époque moderne n'a retenu que le seul retrait du désir, voire l'immobilisme au travers de l'adjectif « stoïque ». Or, la philosophie stoïcienne est beaucoup plus riche sur ce point, puisqu'elle en dénombre au moins trois : celle des désirs et des aversions, celle des propensions et des répulsions, et enfin celle qui touche au jugement, à l'erreur, à l'assentiment⁵⁸⁹.

524. Ce n'est qu'ainsi que l'on pourra véritablement parvenir à la conciliation entre d'un côté la volonté et de l'autre la raison. C'est cette conjonction des deux que les stoïciens appelleront *boulêsis*, et que Cicéron, principal introducteur de cette philosophie dans la pensée romaine, traduira par *voluntas*, soit la volonté⁵⁹⁰. La vraie volonté est donc nécessairement rationnelle. Mais, si la première et la seconde discipline paraissent relativement accessibles intuitivement, c'est surtout à l'égard de la dernière que des précisions doivent être apportées, car elle touche à la notion d'assentiment qui présente le plus de lien avec le concept de consentement.

525. En effet, c'est au sein de l'assentiment que réside véritablement la liberté de la volonté, puisque c'est la partie qui ne dépend authentiquement que de nous. Il faut en effet saisir le processus de la volition stoïcienne : « Toute sensation commence par une « représentation » (*phantasia*), qui est selon Chrysippe une modification (une altération de l'âme. [...]). Chez l'homme, cette modification de l'âme est toujours rationnelle : elle a un contenu propositionnel [...] qui est susceptible d'être affecté d'une valeur de vérité. Il appartient à l'âme, et à une fonction spécifique de celle-ci, l'hégémonique (la partie directrice), de juger cette

⁵⁸⁷ V. Laurand, précité, p. 6 : « l'insensé ne sait pas vouloir, il ne sait pas ce qu'il veut, sans cessé ballotté entre ses désirs, ses rêves, et ce qu'il croit vouloir au plus haut point. Il ne sait pas ce qu'il veut parce qu'il ne sait pas où est son bien et parce qu'il ne sait pas vouloir. Et cela, parce que ce qu'il veut l'empêche de savoir vouloir ».

⁵⁸⁸ Voir à ce titre le beau texte de Sénèque, *De vita beata*, qui exprime très bien cette idée, ainsi que le commentaire de G. Abéné Eyé, *La nature du Bonheur dans la "Vita Beata" de Sénèque – la vertu et son incidence dans la recherche du bonheur*, éd. Universitaires européennes, 2011, 60 pages.

⁵⁸⁹ V. Laurand, précité, p. 7.

⁵⁹⁰ Cicéron, *Tusculanes*, précité, Livre IV, VI : « *Id cum constanter prudenterque fit, eius modi adpetitionem Stoici βούλησιν appellunt, nos appellemus voluntatem, eam illi putant in solo esse sapiente; quam sic definiunt: voluntas est, quae quid cum ratione desiderat* ». Sur cette question, cf. *infra* sur la pensée d'Aristote en lien avec Saint-Augustin. Partie I, Titre II, Chapitre II, Section 1, §1.

représentation et de donner son assentiment à celle-ci (elle peut le refuser, ou bien le suspendre »⁵⁹¹.

Pour résumer, on peut dire que toute action rationnelle passe, ou non, par une passion elle aussi rationnelle, qui va permettre de donner son assentiment à une proposition, elle-même dépendante de la représentation de l'objet représenté. L'impulsion achèvera de lui donner forme au travers d'une action concrète.

C / Consentement et fermeté du jugement

526. Mais, avant d'envisager plus précisément ce que recouvre la notion d'assentiment, il faut encore s'attarder sur un point fondamental, qui fait lien avec la théorie moderne de la volonté, et par extension, du consentement. Si l'on reprend le schéma précédent, un élément supplémentaire doit être ajouté pour permettre de distinguer efficacement le sage de l'insensé : c'est celui de la fermeté du jugement. Le sage, qui sait ce qu'il veut, est affirmé dans sa pensée, enraciné, comme un îlot de stabilité face aux mouvements extérieurs, tandis que l'insensé lui est ballotté par le courant⁵⁹². M. Laurand écrit ainsi : « Le sage veut de toute son âme ce qu'il a par ce même vouloir : une volonté stable, qui ne saurait faillir en rien, parce qu'elle juge bien [...] »⁵⁹³. On retrouve donc ici en germe à la fois le principe d'une rationalité infaillible, qui sera pleinement exploitée bien plus tard, mais aussi le fait que la volonté lorsqu'elle est bien ordonnée ne saurait varier. Dès lors, le consentement juridique s'étant développé sur la base de cette théorisation antique, il n'est guère étonnant de constater que ce principe fonctionne à plein aujourd'hui. En effet, derrière cette idée apparemment simple se cachent en réalité les difficultés les plus redoutables, comme nous essayerons de le percevoir par la suite. Ainsi, la question de la temporalité du consentement (quelle valeur temporelle le consentement doit-il recevoir?) est ici directement lisible, de même que la thématique de la responsabilité individuelle, qui suppose cette rectitude du vouloir tout au long du déroulement temporel.

527. Cette vision est à mettre en lien avec le fait que l'évolution de la volonté ne peut être que le fruit d'une erreur, que celle-ci soit initiale ou se réalise postérieurement au fait étudié.

⁵⁹¹ V. Laurand, précité, p. 8-9. Dans le même sens, « c'est la même partie de l'âme, l'hégémonique qui, lorsqu'elle incline vers le meilleur, produit la raison et, quand elle incline au pire, donne naissance à la passion. », cité in J. Lagrée, *ibid.*

⁵⁹² Épictète utilise également une métaphore aquatique. Sur ce point, cf. V. Laurand, précité, p. 9.

⁵⁹³ V. Laurand, précité, p. 9.

Ainsi, si l'insensé erre dans sa volonté, c'est bien parce qu'il se trompe dans le jugement qu'il porte à la représentation. Là où le sage l'accueille pour ce qu'elle est, celui qui erre ne parvient pas à distinguer au sein de celle-ci entre ce qu'elle est réellement, et ce qu'il y ajoute subjectivement, de manière volontaire ou non. Il est étonnant de constater à quel point une telle description fait écho à la phénoménologie de la perception, comme si d'une certaine façon le sage parvenait à percevoir la chose en soi, par le biais d'une forme de réduction eidétique, tandis que l'insensé serait fixé au stade des phénomènes. Comme le note M. Laurand, « l'insensé mêle ainsi dans la représentation son contenu lui-même (« la lune est pleine ») et sa propre évaluation de ce contenu (« c'est un mauvais présage »), et donne à cet ensemble son assentiment, laissant libre cours par la même occasion à une impulsion de rejet, impulsion déraisonnable, passionnelle, qui s'appelle la peur, qu'il juge convenable. Toute impulsion en effet est elle-même précédée d'un jugement sur la convenance de cette impulsion. L'insensé du fait de la mauvaise tension de son âme, confond donc ses propres fantasmes à la réalité, et les décisions qu'il prend, par l'assentiment à des représentations corrompues, se réduisent à des assentiments à ses propres mauvaises évaluations »⁵⁹⁴.

528. On le voit, c'est dans cet espace que réside la liberté du sujet, et surtout l'idiosyncrasie de cette dernière. L'assentiment qu'il porte à ses jugements relève en propre de sa responsabilité, et de sa liberté, de telle sorte qu'une évolution est possible, au fur à et mesure que l'exercice des disciplines évoquées imprime dans son être ces changements. Il y a donc bien un individu, isolable, qui réagit ou non à des stimuli avec lesquels il s'accorde selon ce qu'il est. C'est en ce sens que l'auteur peut définir la volonté stoïcienne comme « la force de la raison elle-même, personnelle, libre et auto déterminée »⁵⁹⁵.

Pour autant, comment concilier une telle idée avec l'autre principe essentiel de la philosophie stoïcienne, à savoir celle d'un destin déjà inscrit ? Pour reprendre les termes employés dans le texte évoqué, « est-ce-à dire que nous ne sommes que les instruments d'un destin qui se construit par nous, sans notre consentement, qu'on n'aurait pas pu faire autrement ? ».

529. La réponse à cette question repose sur deux éléments : les circonstances extérieures dans lesquelles le sujet est amené à évoluer, mais aussi la nature du sujet lui-même. Le

⁵⁹⁴ V. Laurand, précité, p. 10-11.

⁵⁹⁵ V. Laurand, précité, p. 11.

principe même de la volonté est donc lui aussi tributaire d'une incarnation, c'est-à-dire d'une relation sensible au réel, sans quoi l'ensemble de la théorisation relative aux passions n'aurait guère de sens. C'est par un effort, une ascèse, que l'individu peut espérer réussir à dépasser le seul poids des circonstances extérieures.

530. À ce titre, les représentations cataleptiques jouent un rôle tout à fait considérable. Celles-ci visent à répondre à la question plus large de la vérité à accorder à ce que nous nous représentons. Les représentations cataleptiques ont cette particularité de contenir une qualité intrinsèque qui renseigne immédiatement, et sans doute possible, à l'égard de leur vérité. Elle « nous saisit en quelque sorte aux cheveux, et elle nous tire notre assentiment, sans avoir besoin de rien d'autre pour se présenter comme telle et pour indiquer sa différence par rapport aux autres »⁵⁹⁶. Elles sont de ce point de vue un cadeau de la nature qui permet à l'homme de saisir l'ordre qui la régit, et au sage, seul à même d'en saisir toutes les subtilités, d'agir en accord avec cette représentation.

Or, ces représentations, du fait de leur force persuasive particulière, produisent un effet qui paraît, a priori, antinomique de la liberté : elles nous extorquent notre consentement, du fait même qu'on ne saurait valablement aller à leur rencontre, sauf à être fou. Dans cette première lecture, et de façon étonnamment paradoxale, la liberté serait donc du côté de la folie, puisque seul celui qui serait atteint d'un tel trouble pourrait ne pas donner son assentiment à de telles représentations. C'est alors qu'intervient justement le second élément évoqué : la nature du sujet qui fait face à cette dernière.

531. Sur ce point, la philosophie stoïcienne se montre très moderne dans son approche. Cette nature qui nous caractérise est en effet déterminée en premier lieu par des causes, ce qui donnera lieu à des débats extrêmement importants au sein de cette école, afin de déterminer le rôle et la nature de celles-ci⁵⁹⁷. Toutefois, ce déterminisme est nuancé dans son application par l'idée que s'il joue bien un rôle dans la constitution de chaque individu, cela ne signifie pas pour autant que ce donné est fixe, c'est-à-dire qu'il ne nous condamne pas à n'être que le produit de ces causes. Comme l'écrit M. Laurand, « les stoïciens ne font que souligner que nos

⁵⁹⁶ Cité in V. Laurand, *Le vocabulaire...*, précité, p. 56. L'auteur évoque également une parole de Cicéron, qui indique que ces représentations « entraîne l'assentiment comme le poids entraîne le plateau d'une balance », cité in V. Laurand, précité, p. 13.

⁵⁹⁷ Sur ce point, cf. V. Laurand, précité, p. 13 et s.; cf. également *infra*, pour une étude du Destin en tant que cause.

décisions découlent de ce que nous avons été, de ce que nous sommes et de ce que nous faisons de nous. Jamais cependant ils ne disent que ce caractère (que nous acquérons par l'éducation, mais aussi de manière héréditaire, et nous l'avons vu, par des circonstances extérieures comme que l'air que nous respirons) est définitif (sauf pour le sage, qui, une fois le caractère vertueux acquis, ne le perd plus) : il est permis à chacun de progresser. L'assentiment, en ce sens, est libre, tout en dépendant de la nature de l'agent, et donc de circonstances extérieures »⁵⁹⁸.

532. Aussi, si le point d'arrivée diffère entre le sage et l'insensé, le point de départ est lui le même, à savoir cette liberté dont il s'agit de faire usage dans un sens déterminé. La perspective stoïcienne n'abolit donc pas la liberté, mais plutôt la présuppose, et lui fait jouer un rôle tout à fait fondamental, puisque c'est autour d'elle que gravite, d'une certaine façon, le système philosophique ainsi constitué. C'est donc de cette position initiale, qui place les individus sur un plan d'égalité, que des parcours différents se dessinent dont certains conduiront à l'errance, tandis qu'un autre, qui suit la trace du Bien comme seul objet de la volonté, permettra de distinguer le sage. C'est ainsi que l'on parvient au dernier point développé par l'auteur, et qui intéresse directement notre recherche. En effet, selon lui, « Épictète insiste sur la liberté entière et totale de la *prohairesis*, qui est en l'homme sa raison, la partie directrice de son âme, et qu'on peut traduire par « volonté », mais aussi par « le choix avant le choix », un choix fondamental, fondateur »⁵⁹⁹.

533. Cette distinction, qui pourrait ne paraître qu'esthétique, est en réalité tout à fait importante, puisqu'elle tend bien à montrer qu'il existe un processus antécédent au choix auquel l'agent souscrit ou non. Il ne s'agit pas ici de tenter de découvrir l'instant premier, en remontant de manière illusoire une chaîne des causes qui chercherait un point d'origine, mais simplement de constater que dans l'antichambre du choix, attend déjà une action subjective antérieure. Cela nous semble rejoindre la distinction que nous développons dans cette recherche, entre d'un côté le consentement et de l'autre l'accord, voulant par-là souligner que l'accord ne saurait être à la fois le commencement et la fin du processus volitif. Autrement formulé, le seul vocable « d'accord », ou de « choix » ne permet pas de rendre compte de manière intégrale de ce qui préside à sa réalisation. Selon A.-J. Voelke, cité par M. Laurand, il

⁵⁹⁸ V. Laurand, précité, p. 15.

⁵⁹⁹ V. Laurand, précité, p. 17.

y a un « vouloir vouloir »⁶⁰⁰ qui est probablement le cœur de la démarche stoïcienne, en ce qu'il traduit à la fois la notion de liberté individuelle, mais aussi la discipline spécifique de cette école de pensée. C'est grâce à tous ces éléments que l'on peut donc relire le consentement.

§2 : Une philosophie riche d'enseignements pour la compréhension du concept de consentement

534. Pour séduisante qu'elle soit, la philosophie stoïcienne n'est pas directement transposable dans la lecture contemporaine du consentement. En effet, le sens moderne ordonne le consentement autour de deux polarités : soit la faculté de dire oui, soit la faculté de refuser de consentir. Or, comme on l'a vu, ici il n'est pas question d'un choix, de l'exercice d'une volonté, mais plutôt de prendre acte d'un ordre, d'un déjà-là qui n'attend que notre lecture pour faire sens. En ce sens, cette perspective n'est pas à l'abri de critiques (A).

535. Ce qui vaut pour la volonté s'applique également dans l'interrogation plus large qui touche à la liberté : en effet, la notion même de Destin paraît remettre en cause la possibilité d'une forme de libre-choix pour le sujet, qui pourrait ainsi faire de sa vie ce qu'il désire (B). Fort de toutes ces précisions, on pourra alors conclure sur l'importance de la doctrine stoïcienne au regard du consentement (C).

A / Éléments d'appréciation critique sur la philosophie stoïcienne

536. Aussi, que peut-on dire des liens entre cette conception ancienne et le terme de consentement tel qu'il est entendu aujourd'hui ?

Premièrement, il est frappant de constater que l'aspect volitif, que nous venons de développer ici, n'en reste pas moins pensé en des termes différents du sens aujourd'hui répandu.

La volonté, telle que nous l'entendons désormais, est issue d'une forme de changement introduit par Descartes⁶⁰¹. En effet, pour les Grecs, et les stoïciens ne font pas ici figure

⁶⁰⁰ V. Laurant, *ibid.*

⁶⁰¹ Même si ce dernier a été fortement influencé par la philosophie stoïcienne, dont il reprend de nombreux éléments.

d'exception, il y a dans l'âme, avant cette volonté, l'entendement⁶⁰², c'est-à-dire ce qui nous permet de comprendre le monde, de le rendre à nos yeux intelligible. La volonté n'est donc qu'une notion inféodée à la première, qui elle seule détermine et fixe les objectifs à atteindre.

Or, Descartes, dans sa métaphysique, va s'interroger sur l'entendement, mais cette fois-ci dans une comparaison avec la figure du Divin. Selon lui, Dieu se caractérise justement par le fait qu'entre autres qualités, il possède un entendement infini, illimité. L'homme, de son côté, ne peut prétendre à cet absolu, ne serait-ce que par le fait que la Bible le rappelle à cet entendement limité : « Que tes pensées, ô Dieu, me semblent impénétrables ! Que le nombre en est grand ! »⁶⁰³.

La volonté, elle, peut être selon le philosophe français, considérée comme infinie, puisqu'elle s'entend de la faculté de dire oui ou non à un objet (idée, choses, etc.), ce qui par principe n'aurait pas de limites⁶⁰⁴. Comme le note M. Gilson dans son commentaire sur le Discours de la Méthode, « la volonté étant en quelque sorte infinie par sa faculté d'affirmer, alors que l'entendement est fini dans sa faculté de concevoir, la volonté n'est pas obligée de se maintenir dans les limites de l'entendement, mais elle peut affirmer plus que l'entendement ne conçoit, et c'est alors qu'elle se trompe »⁶⁰⁵. Elle est donc ce qui nous fait ressembler à Dieu. Ceci explique probablement pourquoi elle être sacralisée par la suite, que ce soit donc en tant qu'outil permettant l'accession au Divin, une fois celui-ci évanoui pour être réintégré dans l'homme, que comme technique permettant la glorification de la figure de l'individu.

537. Cette distinction effectuée par Descartes permet ainsi de comprendre le phénomène de l'erreur, d'un point de vue différent de celui des stoïciens. Pour lui, elle résulte du fait que l'être humain ne peut tout connaître, de manière précise, vraie, juste (entendement limité), mais a néanmoins la capacité de pouvoir dire oui ou non à tout, de décider si un tel événement est possible ou non. Dès lors, l'erreur se manifeste comme ce décalage entre ce que l'on peut saisir, et l'opinion (l'accord de la volonté) que l'on s'en fait. Elle est donc de ce point de vue rationnelle, et surtout intimement liée à la nature même de l'humain⁶⁰⁶.

⁶⁰² C'est ici une référence au savoir-vouloir développée plus haut.

⁶⁰³ In *La Bible de Jérusalem*, éd Pocket, Psaume 139 « Hommage à celui qui sait tout », qui dans sa traduction énonce : « Mais pour moi, que tes pensées sont difficiles, ô Dieu, que la somme en est imposante[...] », p. 985.

⁶⁰⁴ Encore que cette affirmation mériterait d'être nuancée : s'agit-il d'une pure faculté formelle, ou bien faut-il que le sujet ait réellement la possibilité d'exprimer un choix ? On retrouve toutefois cette idée de volonté illimitée chez Cicéron.

⁶⁰⁵ Descartes, *Discours de la méthode*, commentaire Étienne Gilson, Vrin, 1987, 498 pages, p. 200.

⁶⁰⁶ À ceci s'ajoute une spécificité : Descartes a vidé en quelque sorte le processus volitif de la dimension

538. Cette approche n'est pas envisageable dans le monde grec et chez les stoïciens. En effet, dans leur corpus philosophique, le monisme rationnel fait que le principe de raison gouverne le monde, est en quelque sorte le *deus ex machina* derrière l'ordre naturel. Dès lors, l'erreur de la volonté, comme on l'a vue, ne peut être comprise que comme un dérangement chez celui qui la commet. On fait ici retour à une des caractéristiques de la philosophie antique, à savoir la difficulté à penser l'action volontairement mauvaise, à penser peut être plus simplement le mal. Puisque la réalité de cette Nature à laquelle, comme tout vivant, l'homme appartient est si manifeste, alors il ne semble pas pensable de considérer que l'on puisse choisir de s'en écarter.

539. C'est pour cela que le consentement, au sens stoïcien, doit être bien distingué de notre version moderne. Il est, dans cette forme ancienne, une acceptation⁶⁰⁷ de l'ordre des choses, de tout ce qui ne dépend pas de nous et qui nous englobe en tant que partie du tout. Il s'agit alors pour l'homme de prendre conscience de sa place dans cet ensemble, et d'accepter justement celle-ci, non pas comme une charge, mais bien davantage comme un don des Dieux.

C'est en effet la croyance déraisonnable en notre capacité à pouvoir modifier le monde qui est la source de nos maux les plus profonds. Nous ne ressentons de la peine à la perte de quelqu'un que parce que nous pensons que cette personne pourrait ne jamais nous quitter. Mais si nous acceptons cette idée comme faisant partie intégrante de ce qu'est la vie, alors nos passions se calment, rafraîchies par l'assentiment à vivre ce qui peut être vécu, et non ce que nous voudrions nécessairement vouloir vivre. Comme le dit Épictète dans son manuel, par une formule qui peut laisser perplexe au vu du détachement qu'elle impose : « [...] si tu embrasses ton enfant ou ta femme, te dire que tu embrasses un être humain; vient-il en effet à mourir, tu n'en seras pas troublé »⁶⁰⁸.

540. De ce fait, le consentement stoïcien apparaît alors, sur un plan au moins, comme préfigurant la conception moderne : s'il ne peut être totalement relié à une volonté totalement libre, il incarne déjà une possibilité d'émancipation et d'affirmation de l'homme, à l'égard de

sensitive, puisque là où les stoïciens concevaient le consentement comme relevant du sensible, chez le philosophe français, la volonté, l'entendement, l'imagination, les sens ne sont plus que des pensées. Sur ce point cf. Descartes, précité, p. 86.

⁶⁰⁷ Et non une résignation, qui porte en elle la marque du négatif. Au contraire, l'acceptation est positive.

⁶⁰⁸ In Épictète, *Manuel*, éd. GF Flammarion, 1997, [III], p. 65.

ses propres passions et donc de son existence. C'est cet assentiment à l'ordre du monde, ordre que seul le sage peut connaître intimement, et qui nous invite donc à une profonde humilité⁶⁰⁹, qui permet seul un véritable amour du monde, et ainsi d'embrasser l'existence dans la Joie⁶¹⁰. Il s'agit probablement là d'un des traits les plus saillants de la philosophie stoïcienne. Là où, tout comme une certaine frange de la théologie chrétienne, elle prône une acceptation du monde tel qu'il est, elle parvient à la théoriser dans un versant positif, rempli d'allégresse, tandis que la théologie paulienne par exemple, va elle s'axer sur une vision presque morbide de la condition humaine, toute entière tournée vers une souillure indépassable : celle du péché.

Cette nature singulière de l'assentiment va venir s'insérer dans un ensemble plus large, qui vise à concilier cette nécessité d'acceptation d'un ordre extérieur à celui de Destin.

B / Stoïcisme et Destin : la subjectivité entre liberté et déterminisme

541. On va ici envisager dans quelle mesure les propositions stoïciennes, lorsqu'on les associe avec le rôle éminent réservé au Destin (1), laissent subsister à la fois une place pour la liberté, mais aussi pour la subjectivité (2).

1 / L'importance de la notion de Destin : le règne de l'ordre des causes

542. L'idée de Destin joue en effet un rôle tout à fait primordial dans le stoïcisme⁶¹¹. Selon celui-ci, tout dans le déroulement des événements à venir est déjà prévu selon une chaîne de détermination causale qui, si elle nous échappe, n'en reste pas moins toujours présente. C'est ainsi que Cicéron peut définir le Destin comme « ordonnance et série de causes »⁶¹². Comme le note F. Ravaisson dans son essai : « Tout était lié dans la philosophie des stoïciens, comme étaient liés, suivant eux, tous les événements, anneaux successifs de la chaîne du Destin [...] »⁶¹³.

⁶⁰⁹ Dans la doctrine stoïcienne, il naît un sage tous les 500 ans environs. Cf. V. Laurand, précité, p. 43

⁶¹⁰ La majuscule s'entend ici comme référence à Spinoza.

⁶¹¹ Cf. par exemple, B. Cuny-Le Callet, *Rome et ses monstres : Naissance d'un concept philosophique et rhétorique*, éd. Jérôme Liion, 2005, 324 pages, p. 136 et s. Mais cette idée se retrouve également dans l'épicurisme, que l'on oppose traditionnellement au stoïcisme. Ainsi Épicure déclare que « On peut fléchir des divinités, mais le destin est inexorable », cité in F. Ravaisson, précité, p. 13.

⁶¹² Cité in Valéry Laurand, précité, p. 27.

⁶¹³ F. Ravaisson, précité, p. 74.

543. Mais comment alors concilier ce qui ressemble à un puissant déterminisme, avec l'idée même de liberté, et de responsabilité morale pour l'individu ? Comme on l'a vu précédemment, l'assentiment se définit aussi bien par un versant positif (acceptation) que par un versant négatif (refus de cette acceptation). Mais peut-on vraiment refuser s'il est déjà inscrit, dans le cours du temps, ce que ce choix sera ? Pour aller plus loin on peut même émettre l'hypothèse que le choix que l'on effectuera, et par lequel on se définit comme jouissant d'une certaine liberté, a déjà été prévu antérieurement à cette réalisation. On retombe ici très précisément sur des problématiques et questionnements qui viendront traverser, et cliver, la théologie chrétienne au travers du libre-arbitre.

544. De la même façon, le distinguo présent entre les représentations cataleptiques, qui contiennent en elles-mêmes l'évidence de leur vérité, et les autres, implique bien que dans la seconde hypothèse, on puisse adhérer ou non à ces représentations.

Pour sortir de cette difficulté⁶¹⁴, certains stoïciens, tels par exemple Chrysippe⁶¹⁵, vont proposer une classification des différentes causes à l'œuvre dans l'existence : elles sont en effet de deux types. Le premier correspond aux causes complètes et premières, appelées ainsi parce qu'elles suffisent à elles seules à produire l'événement. L'autre catégorie comprend les causes dites procatarctiques et les causes auxiliaires. Le Destin serait alors l'enchaînement de ces causes du deuxième ordre, qui participent en fait à la survenance de l'événement, mais qui ne le résument pas. Ainsi, c'est bien parce qu'il y a une cause première (ici par exemple le fait de la nature humaine, ou l'existence d'un ordre naturel) que ce deuxième type de causes peut produire les conséquences étudiées.

545. Néanmoins, cet échafaudage théorique ne suffit pas à résoudre de manière définitive le problème. En effet, en remontant d'un cran dans l'échelle des causes, on pourrait alors se demander quelle est la cause de ces causes, quelle est leur origine ?

546. La réponse pour les stoïciens est simple : il s'agit de Dieu⁶¹⁶, qu'ils identifient un peu à la manière de Spinoza, à la totalité du monde et de la Nature. C'est bien lui qui est à l'origine de ces causes, et donc du Destin. En quoi peut consister alors la liberté ?

⁶¹⁴ Le passage suivant reprend très largement l'analyse développée par Valéry Laurand, précité, p. 28. Cf. Également F. Ravaisson, précité, p. 63-64.

⁶¹⁵ Cicéron s'opposera très fortement à cette conception d'un destin aliénant totalement la liberté individuelle. Cf. B. Cuny-Le-Callet, précité, p. 139.

⁶¹⁶ F. Ravaisson, précité, p. 65 : "Cette âme de l'univers, cette raison séminale où toutes les causes sont comprises,

2 / La liberté stoïcienne comme harmonie avec l'ordre du monde

547. Elle consiste justement à regarder ce destin pour ce qu'il est, c'est-à-dire un enchaînement dont la conception comme l'exécution nous dépasse, et à tirer les conséquences de ce fait. Ce destin qui nous relie au monde est d'une telle puissance que paradoxalement, il nous libère. En effet, c'est bien parce qu'il existe, et qu'il est impossible de lutter contre lui, que l'on peut simplement cesser de s'en préoccuper pour se tourner vers ce qui est directement à notre portée, c'est-à-dire ce qui dépend de notre fait. C'est ainsi qu'Épictète peut déclarer : « Ne cherche pas à faire que les événements arrivent comme tu veux, mais veuille les événements comme ils arrivent, et le cours de ta vie sera heureux »⁶¹⁷. On remarque comment ici encore une fois cette position correspond au contraire de la résignation ou d'une forme de fatalisme désespéré. Ce dont il s'agit ici est bien l'ataraxie, c'est-à-dire la paix avec les événements, et donc avec soi-même que procure une mise à distance des choses.

Comme l'énonce Lætitia Monteils-Lang : « seul le désir qui consent au Destin est à l'abri de la déception et des déconvenues »⁶¹⁸.

Plus loin, Épictète ajoutera ainsi, dans une formule aux accents presque schopenhaueriens : « Rappelle-toi : tu es un acteur dans un drame tel que le veut l'auteur : court, s'il le veut court; long, s'il le veut long; s'il veut que tu joues un mendiant, c'est pour que, celui-là aussi, tu le joues avec talent, de même s'il s'agit d'un boiteux, d'un magistrat, d'un simple particulier. Ce qui te revient en effet, c'est de bien jouer le rôle qui t'a été donné; mais de choisir, c'est l'affaire d'un autre »⁶¹⁹.

548. C'est donc à une relativisation de la place de l'homme dans le Cosmos, et du Bien que nous invite ici le stoïcisme. Le Bien, véritable vertu, devient ainsi la façon d'agir de façon raisonnable, c'est-à-dire en accord avec l'ordre naturel, accord qui seul permet au sage d'être heureux. Mais c'est aussi le destin et la place de l'homme qui sont bouleversés. Ainsi, le stoïcisme apparaît en même temps que la chute de la Cité grecque, et porte avec lui une forme de rejet des préoccupations anciennement liées à la Polis, aux affaires culturelles. Il importe

cette cause de toutes les causes, ce Destin invincible, et en même temps cette Providence vigilante, c'est Dieu”.

⁶¹⁷ In Épictète, précité, [VIII], p. 67.

⁶¹⁸ L. Monteils-Lang, précité, p. 36.

⁶¹⁹ Épictète, précité, p. 70.

donc de faire retour à une détermination plus essentielle de l'existence, qui est de découvrir sa place.

Certains lecteurs, tel Hegel, ont pu interpréter cette philosophie comme poussant à l'attentisme, à l'inaction, tandis qu'il n'en est rien. Cette distance par rapport aux événements ne condamne absolument pas l'individu à être passif, comme un pur spectateur. La véritable conséquence est de réduire le champ d'intervention de l'action humaine.

Là où Hegel pensait pouvoir élaborer un système philosophique qui aurait englobé la totalité des mécanismes de l'existence, le stoïcisme invite humblement à faire retour sur l'homme, à se recentrer sur sa nature profonde.

C'est de cette façon qu'il pourra véritablement observer ce qui, dans le cours de sa vie, relève véritablement de son fait, et ce qui lui est extérieur. C'est justement sur ce point que s'ouvre le manuel d'Épictète : « Partage des choses : ce qui est à notre portée, ce qui est hors de notre portée. À notre portée le jugement, l'impulsion, le désir, l'aversion : en un mot, tout ce qui est notre œuvre propre; hors de notre portée le corps, l'avoir, la réputation, le pouvoir : en un mot, tout ce qui n'est pas notre œuvre propre;[...] »⁶²⁰.

549. Ce positionnement sonne aujourd'hui d'une bien étrange façon au regard de l'individu tout puissant que notre société célèbre, mais d'une toute-puissance qui ne porterait pas sur le désir qui le lie à lui-même, ou à l'égard de sa propre personne, mais bien plus sur le contrôle de tout ce qui lui est extérieur. C'est l'intériorité qui fait défaut, au profit d'une focalisation sur des événements qui nous échappent, mais que pourtant nous prétendons contrôler.

À cet égard, la statistique, l'épidémiologie apparaissent comme autant de techniques venant tenter de quantifier ce qui fait désormais office d'épouvantail, à savoir la notion de risque⁶²¹. Ainsi, les progrès de l'informatique aidant, les modèles mathématiques probabilistes se complexifient, et pour rendre compte des phénomènes du réel par le biais d'explications causales, intègrent davantage et davantage de variables censées intervenir, comme autant de causes auxiliaires⁶²².

⁶²⁰ Épictète, précité, [I], p. 63.

⁶²¹ Il s'agit ici d'une référence à Ulrich Beck, *La société du risque – sur la voie d'une autre modernité*, éd. Flammarion, 2008, 521 pages.

⁶²² Exemple cité in Jean Paul Moatti & Patrick Peretti-Watel, *Le Principe de prévention – Le culte de la santé et ses dérives*, éd. Seuil, coll. La République des idées, 2009, 103 pages.

550. De même, la course actuelle à l'augmentation continue de l'espérance de vie traduit bien, d'une part, une peur fondamentale, qui est celle de la mort et contre laquelle invitent à lutter aussi bien les stoïciens, que les épicuriens⁶²³, et d'autre part un souci extrêmement important porté sur la manière dont nous sommes perçus par les autres.

C'est en effet bien plus souvent pour eux, dans cette angoisse de toujours plaire, que ces appels sont formulés. Or, c'est justement pour ce type de relations, parfaitement extérieures à nous-mêmes que la philosophie initiée par Criton de Zetium œuvre à libérer l'individu. On ne peut par définition avoir le contrôle de la manière dont nous sommes perçus, puisqu'ainsi que le disait Victor Hugo, « les façades appartiennent à ceux qui les regardent ».

551. Aussi, cette invitation à la distanciation nous paraît-elle d'autant plus étrange qu'elle semble s'opposer à tout ce que, juchés sur les épaules de ce que nous nommons progrès, nous regardons comme notre passé. De ce point de vue, le stoïcisme est plus proche des philosophies hindouistes, et bouddhistes⁶²⁴. Celles-ci soutiennent également un détachement par rapport aux pulsions et passions qui sont la source de notre douleur, au travers de ce qu'elle nomme la vacuité. Ce n'est qu'une fois séparé ainsi de ses liens de souffrance que, dans ces doctrines, on peut véritablement atteindre l'illumination (le nirvana, ou l'ataraxie dans le stoïcisme) et ainsi mettre fin au cycle de la réincarnation (samsara).

552. Comment concilier ces approches avec le recentrage actuel autour du sujet⁶²⁵, mais d'un sujet uniquement orienté comme désirant des objets qui lui sont extérieurs? À cet égard, le rôle de la publicité est patent, puisqu'elle assume la fonction d'une machine à produire du désir, mais d'un désir nécessairement insatisfait. Reprenant d'une certaine façon les analyses que Lacan⁶²⁶ tirait de la lecture par Kojève⁶²⁷ de la *Phénoménologie de l'esprit* de Hegel, elle joue à plein sur ce ressort de la psyché qui est que le désir n'est pas tant désir d'objet, que désir du désir. Dès lors, elle pousse à l'accumulation, et mobilise le sujet dans une attente perpétuelle par rapport à l'extérieur, qui viendrait combler un manque symbolisé ici par

⁶²³ Voir à ce titre la lumineuse contribution d'Épicure, et sa lettre à Ménécée : Épicure, *Lettre à Ménécée*, Flammarion, 2009, 109 pages.

⁶²⁴ Même s'ils diffèrent profondément sur de nombreux aspects. Ainsi, le bouddhisme tend à promouvoir l'absence totale de désir, tandis que le stoïcisme lui, promeut le désir du Bien.

⁶²⁵ Voir à ce sujet le documentaire d'excellente qualité de la BBC : *the century of the self*, D'Adam Curtis, qui traite explicitement de ce déplacement, d'un point de vue critique et psychanalytique.

⁶²⁶ Pour une idée de l'influence de cette lecture d'Hegel sur Lacan, cf. Par exemple R. Richard, « Lacan le môme », *Liberté*, vol. 50, n°2, (280) 2008, p. 48-55.

⁶²⁷ A. Kojève, *Introduction à la lecture de Hegel*, éd. Gallimard, coll. Bibliothèque des idées, 1971, 597 pages.

l'absence de conformité avec les autres membres du corps social, et plus généralement, avec ce que permet l'époque.

Ainsi, il ne s'agit plus de trouver sa place dans le cosmos, mais plutôt dans l'espace qu'aménage la société, dans un espace normé là encore, mais qui ne prend plus ses formes et contours dans la Nature, mais dans un mimétisme avec un système de production naturalisé⁶²⁸.

553. Or, de ce point de vue, la philosophie stoïcienne, certes profondément exigeante à l'égard de l'individu, et de sa discipline personnelle, n'en reste pas moins infiniment supérieure à cette liberté factice, offerte du bout des doigts, et qui sert aujourd'hui d'horizon indépassable. En effet, l'acceptation du destin dans la philosophie antique peut paraître extrêmement cruelle à celui qui, pour reprendre Épictète, a été fait boiteux ou mendiant plutôt que magistrat. Cette idée même d'une inscription définitive de notre être indépendamment de notre volonté, par le seul fait du *fatum*, nous paraît absolument insupportable, en ce qu'elle heurte de plein fouet notre pensée égalitariste.

Et pourtant, la situation qui est la nôtre est-elle si différente ? On pourrait en effet essayer de quantifier le degré d'égalité par la possibilité de mobilité sociale, critère utilisé par certains pour définir par exemple la démocratie⁶²⁹. Or, les chiffres s'agissant de la France sont extrêmement révélateurs d'une certaine situation : l'exemple français se caractérise plutôt par une fixité forte⁶³⁰, c'est-à-dire que les individus restent fortement déterminés dans leur positionnement social par le contexte parental dans lequel ils naissent. Il y a donc là encore cette idée d'un rôle à jouer, mais qui est simplement décalé de la Nature pour être transposé à l'ordre social et à la manière dont il est configuré dans notre société industrielle. Notre égalité moderne n'est donc pas celle tant vantée comme nous démarquant des époques précédentes.

⁶²⁸ On fait ici allusion au caractère prétendument « naturelle » de certaines lois du marché, telles par exemple son équilibre spontané, autrement dit son « auto-régulation » qui justifie pour ses théoriciens l'absence de règles pour les encadrer.

⁶²⁹ Comme par exemple Tocqueville, in *De la démocratie en Amérique*, tome 1, Flammarion, 1981.

⁶³⁰ Sur ce point, cf. par exemple A. Stellingier, « Sortir de l'immobilité sociale à la française », *Institut Montaigne, note*, 2006, version électronique. Pour une vision moins orientée, des échantillons statistiques sont disponibles sur le site de l'INSEE. Cf. par exemple : Stéphanie Dupays, « En un quart de siècle, la mobilité sociale a peu évolué », *Données Sociales – La société française*, 2006, p. 343-349.

C / Conclusion sur les rapports entre consentement et stoïcisme

554. Alors que faut-il retenir de la philosophie stoïcienne s'agissant des possibilités qu'elle offre à l'égard du consentement ?

Premièrement, elle se révèle particulièrement intéressante en ce qu'elle permet de donner un éclairage historique au concept dans l'histoire de la pensée, et de manifester les liens étroits qui existent entre le consentement et la volition. Ce faisant, c'est également la prégnance de la notion à notre époque qui est illustrée, du fait de l'emprise majeure de la volonté, particulièrement individuelle, dans les rapports sociaux, mais aussi dans le domaine de la pensée. À cet égard, le droit, dans l'approche positiviste, fait figure d'illustration, puisque l'on trouve chez Hans Kelsen cette idée que le droit se rattache toujours à un acte de volonté.

555. En même temps, la philosophie stoïcienne montre ses limites dans cette forme paradoxale de liberté qu'elle entend consacrer au sujet. En effet, s'il est faux de considérer que l'acceptation des conditions de l'existence, dans cette pensée antique, ne constitue qu'une forme de résignation, il demeure que celui qui refuse l'ordre de la nature ne peut être qu'un individu dénué de raison. Ainsi, ce qui pose le plus de difficultés est le fait de considérer que la seule possibilité offerte est celle de dire oui. Or, il paraît essentiel, pour respecter la force conceptuelle du consentement, de l'appréhender également dans son versant négatif, c'est-à-dire en tant qu'il permet de rejeter une proposition que l'on juge fausse. Quelle serait donc cette liberté, si elle ne consistait que dans le fait de pouvoir dire oui ?

Ceci prend sens si l'on se rappelle un point essentiel de la doctrine stoïcienne, à savoir le fait qu'elle est de part en part naturaliste. Elle repose tout à la fois sur l'idée d'un ordre naturel autonome, régit par des principes propres, sur une sorte de Nature hypostasiée et fétichisée; mais aussi sur une conception de la nature humaine. Or, c'est bien ici que l'articulation pose des difficultés : cette assertion n'est guère évidente, et loin de libérer l'humain, elle ne fait que l'enfermer dans cette essence mythifiée.

Si une telle nature humaine existe, alors cela signifie que celui qui va à l'encontre de cette définition n'est pas naturel. Mais dans ce cas, est-il toujours humain ? La formule d'Aristote fait retour, selon laquelle la citoyenneté étant naturelle, celui qui vit en dehors de la cité est « soit un être dégradé, soit un être surhumain ». Mais, dans les deux cas, il semble bien qu'il ne soit plus véritablement humain.

556. Il est en effet relativement paradoxal de considérer que la conception d'une nature humaine puisse justement servir à pouvoir dénier à certains individus la qualité d'humain. On pourrait rétorquer à cela, en prenant appui sur les travaux de Giorgio Agamben, que toute définition est en même temps exclusion de ce qu'elle ne recouvre pas, de la même manière que toute exception est en même temps inclusion de ce qu'elle exclut.

À ce titre, l'auteur offre une illustration intéressante de ce qu'une telle déchéance peut donner au travers de l'exemple des anciennes communautés germaniques, et particulièrement du loup-garou (*wargus*), qui n'est autre qu'un homme devenu loup. En effet, dans le système germanique, le bandit exclu de la communauté présente les mêmes caractéristiques : il peut être tué par quiconque sans que soit commis un homicide. Aussi, cette figure ancrée dans notre inconscient collectif, d'une créature à la fois bête, et à la fois homme témoigne d'un élément essentiel : l'exclusion comme inscription dans un entre-deux, dans une zone d'indifférence entre la nature et la cité, entre l'humanité et l'animalité⁶³¹.

557. Aussi, si le consentement peut et doit être pensé comme permettant cette définition unilatérale de la nature humaine, il s'agit d'un choix engageant l'individu, c'est-à-dire un choix libre. La situation est radicalement différente lorsque ce rejet est cette fois imposé de l'extérieur par une autorité, quelle qu'elle soit. En fait, c'est peut-être là l'un des points les plus frappants. En effet, la signification moderne du concept de consentement est difficilement envisageable dans un rapport non conflictuel avec l'autorité. Chez les anciens, celle-ci est figurée par la Nature, qui dicte la vie bonne, tandis qu'aujourd'hui, elle est plutôt incarnée dans des fragments laïcisés de la pensée judéo-chrétienne. Dans les deux cas, c'est bien le problème de la soumission qui se pose, et qui paraît heurter notre conception, peut-être il est vrai déformée, de l'individu comme source du pouvoir du fait de la démocratie.

558. Or, cette question est chez les stoïciens centrale, et surtout indépassable. Elle constitue l'horizon de la condition humaine que le sage intègre en l'acceptant comme telle. Elle est en effet double : soumission à sa nature d'une part, et à l'ordre naturel qui la commande, mais également soumission au Destin. C'est bien cette fixité, cette inscription dans un rôle qui

⁶³¹ Cité in Giorgio Agamben, *Homo sacer – le pouvoir souverain et la vie nue*, éd. Seuil, 1998, 216 pages.

constitue le point le plus important, et le plus fécond de la philosophie stoïcienne à l'égard du consentement.

559. En effet, si l'on dépasse le débat sur l'existence ou non de la nature humaine, ou du Destin, ce qui est exprimé ici, c'est bien la question des rapports entre le consentement et la liberté. Il s'agit ainsi de s'interroger sur le fait de savoir si le consentement ne peut exister que dans une liberté radicale, c'est-à-dire qui ne connaîtrait pas d'entraves. Mais une telle liberté existe-t-elle vraiment ? Et si non, à partir de quel degré de liberté peut-on considérer que celle-ci est suffisante pour que soit reconnue la valeur du consentement exprimé ?

560. À cette première réflexion s'en ajoute une autre, qui touche directement certaines des problématiques les plus contemporaines du concept : en articulant le consentement avec la nature humaine, la philosophie stoïcienne oblige, dès l'antiquité, à penser la possibilité d'une action, ou d'une pensée, qui irait contre soi-même. En effet, si cette nature humaine nous est imposée et préexiste à notre existence, alors aller contre elle, c'est en réalité aller contre soi.

On retrouve ici ce que Kant reprendra au travers de la thématique des devoirs envers soi-même, c'est-à-dire en somme des obligations qui n'existent que dans le rapport entre l'individu et lui-même, du fait même qu'il est individu. Or, si ceux-ci ont un caractère obligatoire chez Kant, il n'en va pas de même dans la pensée antique. Au contraire, tout le travail stoïcien consiste à partir de l'individu, dans une démarche personnelle, d'un retour sur soi qui est presque étranger à l'idée d'une imposition extérieure. Ainsi, cette philosophie s'apparente-t-elle davantage à un « *apprend* », qu'à un « *obéit* », et de ce point de vue procure une perspective tout à fait enrichissante pour les questionnements contemporains.

561. Enfin, l'une des vertus premières du stoïcisme, dans son lien avec le consentement, est de montrer à quel point ce dernier peut-être opérateur de sens, au travers de cet assentiment qui permet l'inscription de l'existence dans une totalité ordonnée. Surtout, par sa modestie, par sa simplicité, il œuvre également à mettre en garde contre cet autre fantasme qui est celui de penser l'homme comme « maître et possesseur de la nature » comme dirait Descartes, c'est-à-dire en somme à faire de l'humanité une collection de démiurges hagards, à la recherche des preuves de leur propre divinité.

562. Cette lecture des stoïciens nous aura permis de saisir dans quel environnement philosophique le consentement émerge, et la manière dont il participe à la définition de l'homme qu'il suppose. Après cette première perspective, qui engage le rapport au monde d'une façon bien plus que large que le seul consentement politique, nous allons désormais nous tourner vers ce dernier. Ce faisant, on appréciera comment, bien des siècles plus tard, le consentement aura évolué au sein des œuvres de théoriciens majeurs du contrat social. Pour ce faire, nous allons commencer par envisager les propositions d'Hobbes et de Locke.

SECTION 2 : CONSENTEMENT ET THÉORIES DU CONTRAT SOCIAL CHEZ HOBBS ET LOCKE : L’AFFIRMATION D’UNE SUBJECTIVITÉ DIFFÉRENCIÉE EN LIEN AVEC LE CONSENTEMENT

563. Nous allons donc commencer l'analyse des différentes théories du contrat social par l'œuvre de Hobbes, peut-être la plus connue, mais aussi souvent la plus caricaturée au travers de la formule reprise à Plaute selon laquelle, dans l'état de nature, *homo homini lupus*. Or, la lecture attentive du texte tend à montrer que si cette dimension du despotisme est bien présente chez l'auteur, au moins en germe, il présente néanmoins un certain nombre de positions dont la modernité étonne. À ce titre, la réflexion qu'il va mener autour du concept de personne et de personnalité est absolument essentielle en ce qu'elle permet d'éclairer d'une lumière particulière certaines règles spécifiquement juridiques.

De plus, l'étude attentive des formulations hobbesiennes revêt une particulière importance pour notre recherche: en effet, c'est lui qui inaugure, en quelque sorte, cette pensée du contrat social, et qui donc introduit directement le consentement individuel dans la fondation même de l'ordre politique (§1).

564. À la suite de cela, c'est vers John Locke que le regard va se tourner, puisqu'il va lui aussi entreprendre de formuler une théorie similaire sur le plan de la logique, qui reposera également sur un certain usage du consentement. Toutefois, la lecture de Locke annonce en quelque sorte la modernité libérale, et la prégnance particulière de l'acquisition matérielle, au regard de l'importance conférée aussi bien à la propriété qu'à la poursuite des intérêts personnels. Ce faisant, le consentement est réduit dans cette opération à un opérateur juridico-logique qui confère une image particulière à la subjectivité (§2).

§1 : Thomas Hobbes : le consentement comme choix entre vivre et mourir

565. C'est par Thomas Hobbes que cette réflexion sur le consentement dans le champ de philosophie politique va s'initier, et qu'il va s'agir ici d'étudier au travers de trois ouvrages majeurs chez lui, envisagés dans une perspective chronologique. Le concept de consentement joue un rôle tout à fait considérable dans l'œuvre de Hobbes. Comme le note Isabelle Bouvignies, "[...] Thomas Hobbes est bien davantage un penseur du consentement que de la souveraineté, un penseur du droit que de la loi [...]"⁶³².

566. Pourtant, malgré l'importance de la pensée de cet auteur, l'histoire juridique n'a semblé en retenir que la seule caractérisation de l'état de nature comme un état de violence, et la toute-puissance du souverain institué pour la faire cesser. Si ces éléments sont bien présents, la pensée de Hobbes est en réalité beaucoup plus riche et moderne que ce que cette vision suggère. Elle permet en effet de comprendre différemment tant la subjectivité que certaines problématiques spécifiquement juridiques, comme la question de la normativité.

Aussi afin de rendre justice à la richesse de cette œuvre, on essaiera de circonscrire précisément le champ des principaux concepts (A), avant d'observer le sort particulier qui est réservé à la subjectivité (B), particulièrement lorsqu'elle est mise en rapport avec le souverain (C).

A / Caractérisation des principaux éléments notionnels de la théorie hobbesienne en rapport avec le consentement et la subjectivité

567. Pour rendre intelligibles les propositions de Hobbes, et dépasser la lecture trop souvent superficielle qui consiste à reprendre l'idée de la guerre de tous contre tous, il faut déjà délimiter le sens conféré par l'auteur aux différents termes qui intéressent notre recherche (1). À ce titre, les conséquences du relativisme hobbesien sur la problématique de la subjectivité devront être précisées (2).

⁶³² I. Bouvignies, « Hobbes sans Calvin ? », in O. Abel, P.-F. Moreau et D. Weber (dir.), *Jean Calvin et Thomas Hobbes : naissance de la modernité politique*, éd. Labor et Fides, 2013, 363 pages, p. 118.

1 / Définition des principaux concepts de la philosophie politique de Hobbes au regard du consentement

568. On envisagera successivement, pour les besoins de la démonstration, la place du consentement dans le passage de l'état de nature à l'état social (a) avant d'observer l'une des spécificités de la pensée de Hobbes : la mise sur le même plan du consentement libre et du consentement contraint (b).

a / Le rôle joué par le consentement dans le passage de l'état de nature à l'état social

569. C'est par son traité *De la nature humaine*⁶³³ que nous allons commencer. C'est dans celui-ci que l'on peut lire une véritable définition de ce que Hobbes entend par là : « Si les volontés de plusieurs concourent à la même action, l'on nomme consentement ce concours de volontés, par où nous ne devons pas entendre une même volonté de plusieurs hommes, car chaque homme a sa volonté particulière, mais plusieurs volontés produisant le même effet. Si les volontés de plusieurs hommes produisent des actions qui résistent les unes aux autres, cela s'appelle conflit ou contention; il y a combat lorsque les personnes agissent corps à corps les unes contre les autres; aide au contraire lorsque les actions sont unies par le consentement »⁶³⁴.

Ce consentement est à distinguer de l'union qui est définie ainsi : «Lorsque plusieurs volontés sont renfermées dans la volonté d'une personne ou de plusieurs qui consentent (nous dirons par la suite comment cela peut avoir lieu), cette conclusion de plusieurs volontés en une ou plus se nomme union»⁶³⁵.

570. Cette définition est déjà extrêmement intéressante et novatrice. En effet, elle porte l'accent sur le caractère unificateur du consentement, tout en insistant bien sur le fait qu'il s'agit de l'objet sur lequel se porte la volonté qui définit le consentement, et particulièrement l'effet, et non un processus que l'on voudrait identique. Dès lors, c'est bien la pluralité des opinions et des motifs de l'action qui est respectée, tout en permettant une agrégation de ceux-

⁶³³ T. Hobbes, *De la nature humaine ou Exposition des facultés, des actions et des passions de l'âme et de leur causes déduites d'après des principes philosophiques qui ne sont ni reçus ni connus*, 1640, édition électronique de l'université de Laval, 68 pages.

⁶³⁴ T. Hobbes, précité, Chapitre XII, point 7, p. 62

⁶³⁵ T. Hobbes, précité, Chapitre XII, point 8, p. 62.

ci au regard de la recherche d'un même objectif. Le consentement ne se comprend donc plus comme le fait de s'attacher aux mêmes idées, mais simplement de vouloir la même chose.

571. Plus loin dans le texte, pour évoquer la relation du consentement à l'opinion, Hobbes déclare ainsi : « L'on appelle controverse les signes de deux opinions contradictoires, à savoir l'affirmation et la négation de la même chose, mais les deux affirmations ou deux négations sont consentement dans les opinions »⁶³⁶.

Dès lors, selon ce positionnement, il est clair que le consentement est encore radicalisé. En effet, il y a consentement à une opinion si deux personnes sont d'accord pour dire qu'elle est vraie ou fausse. Mais dire ceci ne révèle en rien les motifs qui fondent cette adhésion ou ce rejet. On peut parfaitement être d'accord sur la conclusion, à savoir que l'idée par exemple est fausse, sans emprunter le même chemin, et les mêmes raisons, pour parvenir à ce point. On voit donc bien ici une des applications de ce raisonnement singulier, qui se porte seulement sur le point final, mais non sur ce qui y mène.

Ceci peut s'avérer problématique puisqu' un individu peut, tout en partageant la même conclusion qu'un autre, ne pas partager la méthode qu'il a employée pour y parvenir. Peut-être Hobbes répondrait-il à cela qu'il y a consentement sur l'objectif, et « *controverse* » sur le moyen d'y parvenir.

Ce raisonnement est toutefois susceptible de poser problème lorsqu'il va s'agir d'un choix collectif, en ce qu'il suggère une forme de fin qui justifierait les moyens.

572. Dans un ouvrage ultérieur, *Le Citoyen ou les fondements de la politique*⁶³⁷, Hobbes exprime plus clairement la manière dont ce consentement s'articule avec la nature humaine, et avec la possibilité d'une société civile. On voit en effet dès cet ouvrage une caractérisation de l'état de nature, c'est-à-dire cet état fictif antérieur à la mise en société, dominé par les passions humaines, et surtout par la crainte et le désir⁶³⁸. On a souvent écrit sur le fait que

⁶³⁶ T. Hobbes, précité, p. 64.

⁶³⁷ T. Hobbes, *Le Citoyen ou les fondements de la politique (De Cive)*, 1642, édition électronique de l'université de Laval, 218 pages.

⁶³⁸ Le désir joue un rôle tout à fait particulier dans la pensée hobbesienne. Cf. R. Draï, « Le « Léviathan » de Hobbes : entre mythe et métaphore. L'impossible contrat ? », in *L'idée contractuelle dans l'histoire...*, précité, p. 135-146, p. 139 : « Hobbes se livre à une véritable construction systématique de son « *homo politicus* » doté d'un corps, doué de sensations, doué de la parole, capable de pensée et tout aussi capable du contraire de celle-ci : le fantasme. [...]. Deux propensions contraires se disputent son esprit. Suivant la première, il est porté à s'approprier tout objet vers lequel son désir le porte. Or, ce désir n'est pas simple non plus et ne se trouve pas lié à la nature intrinsèque de l'objet désiré puisque s'y investissent également, on l'a dit, des fantasmes. C'est

Hobbes aurait dépeint un homme foncièrement mauvais, méchant, animé de passions négatives⁶³⁹. Il faut pourtant relire cette œuvre antérieure au *Léviathan* pour se rendre compte qu'il n'en est rien : la méchanceté ne se définit chez Hobbes que par l'absence de raison. Dès lors, c'est à tort selon lui que s'agissant de ces hommes qui dans l'état de nature s'affronteraient, on pourrait les qualifier de méchants⁶⁴⁰.

573. Pour autant, mais sans aucune qualification morale, Hobbes reconnaît bien que cet état de nature se caractérise par « une guerre de tous contre tous; et que durant cette guerre, il y a un droit général de tous sur toutes choses »⁶⁴¹. Plus encore, il y a même chez Hobbes, et à la différence d'Aristote qu'il critique, un caractère non naturel à la mise en société. C'est selon lui par une forme de hasard, d'accident que cette réunion s'effectue⁶⁴². Cet accident, il peut être soit le fruit d'un consentement, comme on va le voir, et qui crée alors une union entre ces individus, soit le fait des armes, puisque Hobbes lui-même déclare : « En un mot, soit qu'on en vienne aux mains, ou que d'un comment accord, on quitte les armes, la victoire ou le consentement des parties forment la société civile, {...} »⁶⁴³.

b / La dualité hobbesienne du consentement libre et du consentement contraint

574. De manière assez surprenante, on trouve cette dualité d'options, entre le consentement libre, et le consentement contraint par la violence en quelque sorte, tout au long de l'ouvrage, comme s'il s'agissait de les mettre sur le même plan. En effet, lorsqu'il évoque le regroupement d'individus, Hobbes déclare : « On cherche des compagnons qu'on s'associe, de vive force ou par leur consentement »⁶⁴⁴. Il peut alors paraître surprenant que dans un chapitre consacré à la liberté, l'auteur évoque avec une telle facilité le fait de forcer un autre individu, qui possède en pratique la même liberté, à se placer sous l'autorité d'un autre. Ceci s'explique, en partie, par le

d'ailleurs ce qui distingue aussi le désir de la convoitise. En ce point, l'anthropologie psychanalytique doit éclairer l'anthropologie politique ».

⁶³⁹ Il s'agit ici d'un des reproches adressés par J.-J. Rousseau dans son discours sur l'origine et les fondements de l'inégalité parmi les hommes. Cf. *infra*.

⁶⁴⁰ cf. par exemple : « {...} et que la méchanceté n'est autre chose que le défaut de la raison en un âge auquel elle a accoutumé de venir aux hommes, par un instinct de la nature, {...} ». In *De Cive*, précité, p. 16.

⁶⁴¹ T. Hobbes, *De Cive*, précité, p. 17.

⁶⁴² T. Hobbes, *De Cive*, chapitre 1, II : « Car si l'on considère de plus près les causes pour lesquelles les hommes s'assemblent, et se plaisent à une mutuelle société, il apparaîtra bientôt que cela n'arrive que par accident, et non pas par une disposition nécessaire de la nature », p. 30.

⁶⁴³ T. Hobbes, *De Cive*, p. 32.

⁶⁴⁴ T. Hobbes, *De Cive*, p. 36.

fait que selon lui, l'état de nature se caractérise par la situation où chacun est seul juge de ce qu'il estime nécessaire à sa propre conservation. Dès lors, il est juste, et de bon droit, de considérer qu'il peut tout faire pour parvenir à ce qu'il désire : « Je veux dire que dans un état purement naturel, {...}, il était permis à chacun de faire tout ce que bon lui semblait contre qui que ce fût, et chacun pouvait posséder, se servir et jouir de tout ce qui lui plaisait »⁶⁴⁵.

La contrainte n'est donc qu'une des modalités particulières d'action, au même titre que la persuasion, dont disposent les hommes. Est-ce à dire pour autant que l'état de nature est sans règles aucune autre que la loi du plus fort ?

575. Cette question Hobbes va l'envisager dans son Chapitre II, qui s'intitule « *De la loi de nature en ce qui concerne les contrats* ». Or, le contrat repose justement sur la notion de consentement, d'accord entre les parties. Le premier point de ce chapitre va ainsi porter sur la définition à donner à cette loi naturelle, c'est à dire en quelque sorte à la limite qui existe, dans cet état présociétal, aux actions des hommes. Pour Hobbes, la réponse est ici cinglante : il ne s'agit en aucune façon du consentement. En fait tout le développement se construit sur une critique du consentement comme obstacle, ou comme critère de jugement de ces actions. Il paraît en effet impropre aussi bien parce qu'il ne dit pas, en lui-même, qui doit juger de la valeur à donner aux actions (l'observateur ? Celui qui a consenti ?); qu'il est le plus souvent invoqué par des personnes qui elles-mêmes ne le pratiquent que très peu; et que dans la plupart des cas, le consentement n'est en aucune façon le fait d'un « *raisonnement ferme et éclairé* », mais bien plus la résultante des passions humaines⁶⁴⁶. Dès lors, le seul critère valable selon le philosophe anglais est celui de la poursuite de la droite raison, c'est-à-dire la Raison comme loi naturelle. Toutefois, il ne s'agit pas ici de la raison telle que nous l'entendons aujourd'hui, c'est à dire puissance infaillible, calculatoire, et qui ne saurait se tromper. Non, elle est juste « l'acte propre et véritable de la ratiocination, que chacun exerce sur ses actions, d'où il peut rejaillir quelque dommage ou quelque utilité aux autres hommes »⁶⁴⁷.

576. Il est frappant de remarquer à quel point la liberté est ici en effet consacrée, puisque loin d'admettre des lois générales et impersonnelles censées s'appliquer à tous et que la raison

⁶⁴⁵ T. Hobbes, *De Cive*, p. 34.

⁶⁴⁶ T. Hobbes, *De Cive*, p. 38.

⁶⁴⁷ Ibid.

devrait découvrir, Hobbes aménage une forme de liberté dans la pensée. Cette liberté accompagne alors l'individu dans chacun de ses actes dans l'état de nature, puisqu'il est seul juge de ce qu'il pense bon pour lui, bon pour les autres, et de ce qu'il estime que les autres peuvent lui faire. Ce n'est qu'à compter de l'entrée en société, c'est-à-dire au moment où il peut confronter sa raison avec celle des autres, qu'il pourra éventuellement juger de la validité de ses idées.

2 / Les conséquences du relativisme de Hobbes sur la détermination de la subjectivité

577. Le positionnement philosophique adopté par l'auteur aboutit à le faire rejeter toute idée de normes naturelles, qui seraient valables de manière universelle (a). Dès lors, pour fonder la normativité des règles juridiques, il va s'appuyer sur le sujet, et plus précisément, sur sa volonté (b).

a / Le refus de la transcendance au travers de l'absence de la loi naturelle

578. Ainsi, le point de départ de Hobbes repose sur une affirmation simple : il n'existe pas à proprement parler d'universaux, c'est-à-dire de Bien ou de Mal posés comme absolus, dont nous pourrions simplement faire l'examen. Les catégories d'appréciation morale sont en effet purement subjectives : le bien est d'abord le bien pour un homme, qui ne vaut pas nécessairement pour un autre⁶⁴⁸. Il s'agit donc bien d'une forme de relativisme qui vise à s'opposer aux perspectives anciennes, particulièrement aristotélo-thomiste⁶⁴⁹, mais aussi stoïcienne. En effet, dans cette perspective, il n'existe pas un ordre du monde spontané qui dicterait en tant que telle une conduite, et qui nous serait accessible par la raison. Dès lors, et c'est la une conclusion logique fondamentale : il n'existe pas de loi naturelle en tant que telle.

⁶⁴⁸ T. Hobbes, *De la nature humaine*, précité, p. 36 : “Chaque homme appelle bon ce qui est agréable pour lui-même, et appelle mal ce qui lui déplaît. Ainsi chaque homme différant d'un autre par son tempérament ou sa façon d'être, il en diffère sur la distinction du bien et du mal; et il n'existe point une bonté absolue considérée sans relation, car la bonté que nous attribuons à Dieu même n'est que la bonté relativement à nous”; cf. Hobbes, *Léviathan*, éd. Folio, coll. Essais, 2009, Chapitre 6, p. 127 : “[...] il n'y a rien qui soit simplement et absolument tel, pas plus qu'il n'existe des règles du bon et du mauvais extraites de la nature des objets eux-mêmes; ces règles proviennent de la personne (là où l'État n'existe pas) ou de celle qui la représente (quand l'État existe) [...]”. Dans le même sens, cf. P. Brunet, Thèse précitée, p. 56.

⁶⁴⁹ En particulier s'agissant de la définition de la volonté comme appétit de la raison. Cf. T. Hobbes, *Léviathan*, précité, Chapitre 6, p. 137: “ la définition de la volonté, telle qu'on la donne communément dans les écoles, selon laquelle elle est un appétit rationnel, n'est pas bonne”.

579. À partir de ce moment, la seule loi existante sera celle posée par des individus sujets, qui à l'aide d'une raison instrumentale, détermineront les principes à même d'assurer certains objectifs. La loi naturelle n'est donc plus ce qui peut être déduit, par l'exercice d'une "droite raison" de la volonté de Dieu, mais bien le produit d'une volonté humaine. Il y a donc ici à la fois un recentrage sur l'individu, qui de sujet d'une loi, devient auteur de cette dernière, mais également une modification de l'appréciation même de cette loi.

Là, où auparavant, ce qui fondait la force d'une loi était sa conformité à la volonté de Dieu, désormais, c'est la procédure par laquelle elle advient, c'est-à-dire le fait qu'elle ait été posée par une volonté humaine, qui fonde sa force. Ce qui disparaît ainsi, derrière l'effacement de la transcendance, est le fait que l'on puisse apprécier une législation positive au regard de principes dits extérieurs et objectifs, tels ceux que l'on retrouve justement dans l'école du droit naturel. L'objectif visé est simple, dans le contexte de l'œuvre de Hobbes : il s'agit en effet de priver quiconque de la possibilité de remettre en cause une loi édictée par le souverain, au motif que cette dernière serait contraire à une loi divine. Le primat accordé à l'immanence conduit donc à une subjectivisation du processus d'émergence des normes. Comme a pu l'écrire un auteur⁶⁵⁰, « séparée de la référence à une raison transcendante et à un ordre immuable des choses, l'essence de la loi trouve désormais son siège dans la décision volontaire, c'est-à-dire dans un acte de commandement, que la source en soit divine ou humaine ».

580. Mais, ce refus d'une forme de normativité transcendante et universelle ne résout pas pour autant la question de ce qui fonde alors le contenu des normes issues d'une volonté, car il faut bien essayer de déterminer la raison même des lois adoptées, sans quoi il sera impossible d'expliquer le passage d'une multitude d'individus désorganisés à une collectivité organisée⁶⁵¹. Le motif explicatif, qui va permettre de réintroduire une prétention à l'universalité dans cette théorisation, est ce que Hobbes désigne comme "la poursuite de l'intérêt particulier". Il en est donc fini ici de l'idée typiquement grecque d'une forme de socialité naturelle, comme on l'a vu chez Aristote, mais aussi dans la doctrine stoïcienne au travers du règne de la raison propre à assurer la paix dans la société, et cela grâce au rôle joué par le consensus dans la détermination des valeurs de la vie bonne. Aussi, il n'y a pas de secours spécifique à attendre ici du

⁶⁵⁰ Nour el houda Ismaïl-Battikh, « Julie Saada : Hobbes et le sujet de droit », *Actu Philosophia*, 2012, version électronique, <http://www.actu-philosophia.com/spip.php?article369>.

⁶⁵¹ Sur cette question spécifique, cf. *infra*. B/, 2/.

consentement, si l'on suit l'idée selon laquelle les hommes pourraient ainsi se mettre d'accord entre eux, puisqu'il n'existe pas, à proprement parler, de bien transcendant et que tout est affaire de recherche d'un intérêt particulier. Ceci explique de manière tout à fait essentielle le rôle que Hobbes fera jouer au souverain, seul à même de dépasser ces oppositions individuelles.

581. Que faut-il alors entendre par cette notion d'intérêt particulier ? Hobbes établit ainsi une distinction entre d'un côté une logique dite de puissance, qui vise à une satisfaction immédiate et volatile, et la logique de "l'intérêt véritable – appuyée sur la considération de l'utilité réelle, c'est la paix"⁶⁵². Dès lors, il "pense l'intérêt sous la forme de l'utilité, comme "ce qui n'est pas contre la raison", autrement dit, comme ce qui s'accorde avec elle et permet de définir, par voie déductive, des normes communes"⁶⁵³. Aussi, c'est à une forme de mise en balance qu'il est procédé, puisqu'il ne s'agit pas pour chacun de laisser libre cours à son seul intérêt immédiat, dans lequel s'exerce le jeu des passions, mais plutôt de borner celui-ci par l'exercice de la détermination de cet intérêt véritable.

C'est cette formulation qui permet d'expliquer, en des termes très simples, les raisons de cet état de nature chaotique : puisque le rôle du souverain est de permettre l'établissement de normes valant pour l'ensemble, et que l'état de nature se caractérise par l'absence du souverain, alors dans ce dernier, la seule chose qui a cours est la rencontre explosive entre des puissances rivales non tempérées par l'intérêt véritable.

C'est justement parce que la situation est ainsi, et que chacun est menacé par la recherche de puissance des autres, qu'il va être nécessaire de créer des normes, et donc une institution sociale.

b / L'émergence du sujet et de la volonté comme point d'origine de la normativité

582. On retrouve donc l'opposition traditionnelle, déjà présente dans la philosophie antique, entre passions et raisons, mais dans un sens totalement renouvelé. Ainsi, si les passions livrées à elles-mêmes ne peuvent qu'apporter malheur, ce qui dénote la même hostilité de principe à l'égard de ces dernières, les passions sont néanmoins incluses, absorbées et dépassées au sein du concept d'intérêt, lorsque le calcul de la raison en élabore les contours.

⁶⁵² Nour El housda Ismaïl-Battikh, précité.

⁶⁵³ J. Saada, *Hobbes et le sujet de droit. Contractualisme et consentement*, Paris, éd. CNRS, 2010, p. 74.

583. De ce fait, et pour reprendre les propos de Mme Saada, “ La force de la philosophie juridique de Hobbes est double. D’une part, elle introduit la logique de l’intérêt dans une théorie du droit naturel qui, pour se réaliser, doit se déployer sous la forme d’un ensemble de déductions opérées par la raison sous la forme de lois naturelles indiquant à quelle partie de sa propre puissance il convient de renoncer pour préserver son droit. De la sorte, non seulement [...] la rationalité pratique coïncide avec une maximisation de l’intérêt, mais les rapports entre droit et loi, s’en trouvent radicalement transformés, au profit d’une nouvelle subjectivité juridique. D’autre part, il revient [...] à ce sujet de droit d’opérer l’ensemble des raisonnements en lesquels consistent les lois naturelles et d’accomplir l’acte de limiter sa propre puissance en instituant l’obligation”⁶⁵⁴.

584. Comme on peut l’observer, une telle lecture n’a de cesse de mettre en avant le sujet, qui devient en quelque sorte point d’origine du droit, et non plus simplement réceptacle ou récipiendaire de celui-ci. Mais, le dépassement opéré est tel que c’est la notion même de raison qui est réécrite. Désormais, le bon usage de la raison n’est pas à décalquer d’une raison qui gouvernerait les rouages du monde, comme dans la version stoïcienne, mais dans la recherche de l’intérêt véritable propre à chacun, considéré comme un “invariant constitutif de la nature humaine”⁶⁵⁵.

Dès lors, la validité de la norme qui émerge n’est plus articulée à une moralité, c’est-à-dire à une substance intrinsèque à cette dernière, mais est le fait du processus par lequel elle émerge. Comme le note Mme Saada, “ Hobbes transforme ainsi le concept de *recta ratio* classique, ou ce que nous avons nommé la rationalité éthique, en rationalité instrumentale capable de déduire les principes d’une moralité articulée au droit naturel, c’est-à-dire issue du désir de se conserver et de maximiser son intérêt”⁶⁵⁶. C’est à partir de cette perspective qu’il est possible de déduire le droit, qui correspond alors au résultat de cette détermination, par le biais d’une rationalité instrumentale et pratique, de ce qui permet d’atteindre l’intérêt véritable. Ce n’est plus le droit que l’on déduit de la loi naturelle, mais l’inverse, en ce que cette dernière correspond aux règles qui ne méconnaissent pas le droit ainsi constitué, et sont issues d’un usage de la raison adéquat.

⁶⁵⁴ J. Saada, Précité, p. 99, cité in Nour el houda Ismaïl-Battikh, précité.

⁶⁵⁵ J. Saada, précité, p. 102, cité in Nour el houda Ismaïl-Battikh, précité.

⁶⁵⁶ J. Saada, précité, p. 103.

585. C'est à ce moment qu'intervient le consentement, en tant que tel. Il s'agit en effet de comprendre comment, à partir de cette règle découverte par un individu, il est possible de passer à une forme de normativité qui le contraigne, lui, mais également ses semblables. En effet, en tant que telle, la loi naturelle ainsi découverte ne possède aucune force obligatoire. Elle ne l'acquiert que par le consentement, qui permet le passage à la société et la création du souverain qui est le seul à pouvoir conférer un contenu obligationnel à ces prescriptions. Le consentement est donc le médium par lequel il est possible de passer d'une règle individuelle, à une règle collective. Ce qui signifie donc, et c'est là d'une importance capitale, que le droit n'a d'effet obligatoire qu'autant que le sujet y consent. La normativité est donc une conséquence du consentement.

586. Sur la base de ces principes, Hobbes va identifier un ensemble de lois naturelles, que l'on peut décrire comme suit : “C'est un précepte, une règle générale de la raison, que tout homme doit s'efforcer à la paix, aussi longtemps qu'il a l'espoir de l'obtenir; et quand il ne peut pas l'obtenir, qu'il lui est loisible de rechercher et d'utiliser tous les secours et tous les avantages de la guerre. La première partie de cette règle contient la première et fondamentale loi de nature, qui est de rechercher et de poursuivre la paix. La deuxième récapitule l'ensemble du droit de nature, qui est le droit de se défendre par tous les moyens dont on dispose”⁶⁵⁷.

Dès lors, par une lecture *a contrario*, on peut déduire d'une telle proposition que, lorsque la paix est atteinte, alors le sujet ne dispose plus de cette liberté⁶⁵⁸ d'user de toute sa puissance pour parvenir à son intérêt. Il y a donc un dessaisissement, un abandon de cette faculté qui semble inévitable.

C'est ici, à ce point précis, que le consentement se trouve éclairé, puisqu'il correspond à ce trait d'union entre ces deux propositions : il est l'opérateur de ce dessaisissement.

Pour résumer ce point, on peut donc dire que le consentement est la technique par laquelle un sujet abandonne une partie de sa puissance, afin d'assurer la paix. Toutefois, puisqu'il n'est guère envisageable qu'une telle opération puisse fonctionner si les autres sujets n'en font pas de même, le consentement devient alors également un rapport entre sujets, par lequel ils s'obligent mutuellement.

⁶⁵⁷ J. Saada, précité, p. 126, cité in Nour el houda Ismaïl-Battikh, précité.

⁶⁵⁸ Ou de ce droit, puisque dans le vocabulaire hobbesien, le droit s'apparente à une liberté, particulièrement au fait de ne pas être entravé. Sur ce point, cf. *infra*.

587. Mais, raisonner ainsi, c'est admettre par là même que l'obligation ainsi constituée ne possède de valeur qu'en tant qu'elle émane de la volonté du sujet : c'est ce dernier, et lui seul, qui crée l'obligation, par l'exercice de ce consentement. Ceci nous ouvre donc à la question de la subjectivité.

B / L'abolition de la subjectivité individuelle au profit d'une subjectivité nouvelle

588. Le lien entre consentement et subjectivité est le point central de la théorie politique hobbesienne : ainsi, la seconde n'existe que le temps dans lequel elle fait acte même de son existence (1) afin de se dissoudre dans l'ensemble constitué, c'est-à-dire dans le passage de la multitude au peuple (2).

1 / Consentement et Léviathan : la subjectivité évanescence

589. L'auteur parvient à concilier la liberté évoquée avec la possibilité d'une coexistence entre les hommes. Il suppose en effet que la droite raison pousse les hommes à rechercher la paix quand ils le peuvent (la sécurité), et à faire la guerre quand la paix est impossible. Mais, pour que cette paix soit possible, il faut bien renoncer, au moins en partie, au droit que chaque individu possède sur toutes choses, sinon les agressions deviennent perpétuelles⁶⁵⁹. Dès lors l'individu soit renonce à son droit, soit le transfère à autrui, même s'il ne s'agit pas d'un véritable transfert (rien n'est confié que l'autre n'avait déjà, puisqu'il possède un droit sur toutes choses), mais d'une cessation de la résistance.

De ce fait, et sur ce point précis, le consentement, dans son lien avec la liberté, est manifeste. Premièrement apparaît l'idée, absolument essentielle, que la liberté n'existe que dans une forme de limites, que contrôlée, sous peine de mener simplement à l'autodestruction. En parvenant à concilier cette liberté avec l'état de nature, Hobbes réussit le tour de force de consacrer la liberté absolue du sujet comme base de son existence, tout en évoquant le fait qu'elle ne peut en l'état être opérante.

Dès lors, c'est par le biais du consentement, qui ici se comprend comme renonciation à des droits, que la liberté prend son sens. Mais ce consentement lui-même, qui n'est pas automatique, vient ainsi exprimer à son tour cette liberté profonde du sujet.

⁶⁵⁹ T. Hobbes, *De Cive*, précité, p. 39.

590. De plus, le consentement est personnalisé, c'est-à-dire qu'il ne vise pas à mettre en relation un individu et le monde, mais seulement deux individualités. Hobbes le dit très clairement lorsqu'il déclare qu'il « faut que la volonté de l'acceptant concoure avec celle du transacteur. Si l'un ou l'autre manque, la transaction est nulle, et le droit demeure comme auparavant. Car si j'ai voulu donner mon bien à une personne qui l'a refusé, je n'ai pourtant pas renoncé simplement à mon droit, ni n'en ai pas fait transport au premier venu. La raison pour laquelle je le voulais donner à celui-ci, ne se rencontre pas en tous les autres »⁶⁶⁰.

Il ne s'agit donc pas d'un consentement abstrait, mais véritablement d'un consentement comme modèle primitif de la relation humaine, qui place deux individus sur un pied d'égalité, tous deux étant chacun dotés d'une volonté⁶⁶¹. Le transacteur s'engage non pas avec n'importe qui, mais bien avec une personne déterminée. C'est donc sa capacité individuelle de volition qui est explicitée et ancrée dans sa nature d'être humain.

591. Hobbes va même aller plus loin en effectuant une liaison audacieuse pour l'époque, entre les inégalités individuelles et la loi, c'est-à-dire le droit. À de nombreuses reprises dans cet ouvrage, il rappelle que les hommes sont « tous naturellement égaux entre eux »⁶⁶². Mais alors, comment concilier ce postulat avec le fait qu'à son époque, c'est plutôt l'inégalité la plus totale qui organise la structure de la société ? Simplement par le fait selon lui que « toute l'inégalité qui règne maintenant parmi eux, et qui se tire des richesses, de la puissance, ou de la noblesse des maisons, vient de la loi civile »⁶⁶³. S'en prenant directement à la philosophie politique grecque, et à sa conceptualisation de la société comme écho des inégalités naturelles entre les hommes, l'auteur dit très clairement, en la raillant : « comme si la qualité de maître et de serviteur n'était pas introduite du consentement des hommes, mais par une disposition, ou par une imperfection naturelle »⁶⁶⁴.

⁶⁶⁰T. Hobbes, *De Cive*, précité, p. 39.

⁶⁶¹T. Hobbes, *De Cive*, précité, p. 49 : « Néanmoins, il est peut-être malaisé de nier tout à fait que la justice ne consiste en quelque égalité, c'est-à-dire en ceci seulement, qu'étant tous naturellement égaux, [...] » (c'est nous qui soulignons).

⁶⁶² Mais cette égalité est une égalité de droit (la puissance sur toute chose) et non une égalité incarnée, c'est-à-dire qui méconnaîtrait les disparités de puissance entre sujets.

⁶⁶³ T. Hobbes, *De Cive*, précité, p. 51.

⁶⁶⁴ Ibid. Cette évocation va se retrouver, sous une autre forme, chez Rousseau au travers du contrat de dupes. cf. *infra*. Dans le même sens, cf. J. Saada-Gendron, « Consentement populaire et fondement du politique chez Thomas Hobbes », in L. Brondino, P. Vermeren (dir.), *Philosophie politique et état de la démocratie*, éd. L'Harmattan, 2007, 364 pages, p. 79-102, p. 81.

592. Il est véritablement surprenant de constater à quel point la pensée de Hobbes est moderne⁶⁶⁵. De ce point de vue, Kant n'apparaît, sur ce point, pas nécessairement si novateur, en ce qu'il ne fait que continuer un raisonnement déjà très explicite sur la nature humaine, et ce 150 ans avant la Critique de la Raison pratique⁶⁶⁶.

De même, on a très souvent présenté Hobbes comme un penseur de l'absolutisme⁶⁶⁷, pour qui l'individu transférerait au Léviathan l'intégralité des droits dont il disposait, et ce sans possibilité de retour. Pourtant, l'auteur lui-même évoque le fait qu'il paraît indispensable que l'individu conserve certains droits comme inaliénables, par exemple « celui de défendre sa personne, de jouir de la liberté, de l'air, de l'eau, et de toutes les autres commodités nécessaires à la vie »⁶⁶⁸. Il est même frappant de constater à quel point l'auteur à certains moments peut se rapprocher de certaines conceptions que Rousseau évoque dans *Du contrat social*, et particulièrement au sujet de la volonté générale. En effet, Rousseau déclare que « ce que chacun perd individuellement, il le regagne collectivement », mais Hobbes ne dit pas autre chose : « [...] c'est aussi une règle de la nature que je mets au neuvième rang, « qu'on accorde à tous les autres les privilèges qu'on demande pour soi-même »⁶⁶⁹.

593. Toujours est-il que, dans la suite de son essai, l'auteur du *De Cive* va soulever un point important, qui va permettre d'effectuer la transition de cette concorde première à la figure du Léviathan. En effet, le premier problème qui se pose est celui du nombre : si une trop petite fraction de personnes s'entend à respecter les lois naturelles, une coalition d'autres, plus nombreuse, peut les menacer dans leur existence même. Ce n'est donc que si l'union concerne un nombre suffisant d'individualités que celle-ci peut se prémunir contre les risques qui lui sont extérieurs⁶⁷⁰. Plus techniquement, un problème se pose : si la volonté du sujet est à l'origine, au commencement du droit et de l'obligation, comment faire en sorte que ceux-ci se maintiennent en dehors de cette volonté ?

Cette question, loin d'être purement théorique, consiste en réalité en une interrogation tout à fait concrète et essentielle, et qui touche à la possibilité même de poursuite, dans le

⁶⁶⁵ Même s'il reprend ici des éléments déjà évoqués par Étienne de la Boétie, dans son *Contr'Un* ; cf. E. de la Boétie, *Le Discours de la servitude volontaire*, précité.

⁶⁶⁶ Étant entendu que l'égalité au sens kantien n'a absolument pas le même sens que l'égalité pour Hobbes. Chez Kant, il s'agit bien plus d'une égalité découlant de la nature même d'être humain en tant que créature de Dieu. Dès lors la novation de Kant porte bien sur les conclusions qu'il va tirer de cette égalité.

⁶⁶⁷ Ce qu'il est réellement, mais qui n'apparaît que de façon marginale dans ses premières œuvres. cf. *infra*.

⁶⁶⁸ T. Hobbes, *De Cive*, précité, p. 52.

⁶⁶⁹ Ibid.

⁶⁷⁰ T. Hobbes, *De Cive*, précité, chapitre 6, III, p. 67.

temps, de l'institution sociale. En effet, le problème se pose surtout s'agissant de la poursuite de leurs intérêts propres par chaque individu, qui va avoir pour conséquence qu'en dehors de périodes de troubles où l'ensemble fait corps⁶⁷¹, ceux-ci vont bloquer le fonctionnement de cette convention.

C'est pour cela que Hobbes énonce : « D'où je tire cette conséquence, que le consentement de plusieurs têtes (que je fais consister en cela seulement, qu'ils dirigent toutes leurs actions à une même fin et à un bien commun) qu'une ligue simplement défensive, ne donne pas aux confédérés une pleine assurance d'observer entre eux les lois de nature ci-dessus rapportées; mais qu'il est de besoin qu'il survienne quelque chose de plus pressant, afin que ceux qui auront une fois prêté leur consentement à la paix, et à un secours réciproque pour le bien public, n'entrent après cela derechef en dissension, lorsque leur intérêt particulier et celui du public se trouveront contraires. Il faut-dis-je, qu'il y ait quelque crainte qui les empêche de tomber dans ce désordre »⁶⁷².

594. Il faut donc, selon Hobbes, qu'une autre entité intervienne pour venir tiercéiser, de quelque façon, l'obligation correspondante. Pour tenter de rendre compte de ce processus, il est nécessaire de faire retour à l'aspect plus spécifiquement politique de l'œuvre, qui met la aussi en cause le consentement. En effet, c'est justement ce passage d'un accord sur les mêmes fins, les mêmes objectifs, à une volonté commune qui caractérise selon lui la différence, entre l'état de nature et la véritable société civile.

2 / Le consentement comme vecteur de passage de la multitude au peuple

595. S'agissant donc du moment de l'institution du souverain, l'explication réside dans le couple consentement/union évoquée plus haut, en lien avec la distinction fondamentale chez Hobbes entre la multitude et le peuple. Chaque terme se lie en réalité avec son représentant dans ce couple d'oppositions : le consentement est le propre de la multitude, et l'union caractérise le peuple. Plus précisément, le point de départ à considérer est que le peuple n'existe pas à l'état de nature⁶⁷³. Il n'y a pas d'entité constituée pouvant recevoir un tel

⁶⁷¹ On retrouve ici un point exposé par Érasme selon lequel l'existence d'un ennemi, et donc d'une guerre, peut servir aux gouvernants en ce qu'il permet d'oublier un temps la distinction entre gouvernants et gouvernés.

⁶⁷² T. Hobbes, *De Cive*, précité, p. 68.

⁶⁷³ J. Saada-Grendon, précité, p. 82 : « Ces derniers (les sujets autonomes pré-politiques) ne constituent pas un peuple, dans la mesure où Hobbes refuse précisément de faire du peuple une réalité qui préexiste à l'ordre

qualificatif, pas d'ensemble homogène. Tout ce que l'on peut observer, c'est une multitude, c'est-à-dire un ensemble d'individus disparates qui ne forment pas encore un tout. De manière analogue, le consentement est le propre d'individus, de volontés singulières, et donc, caractérise, en tant que tel, cet état pré-politique. C'est par le jeu du pacte, et donc du consentement, que la multitude va changer de statut, pour finalement devenir un peuple. Pour utiliser un vocable plus spécifiquement Hobbesien, il est possible de dire que la "multitude" n'est pas une "personne naturelle". Ceci s'explique par le fait que la multitude n'a pas de volonté une, mais seulement des volitions plurielles, comme autant de manifestations de la diversité qui la compose.

596. Mais, la multitude va pouvoir devenir une personne, civile, cette fois, lorsqu'elle va se transformer en peuple. On mesure donc ici à quel point le consentement est intimement lié, dans son versant politique, à une théorie de la représentation. C'est la représentation, et donc le Souverain, qui va permettre d'assurer une unité dans la multitude : " Les humains en multitude forment une personne une quand ils sont représentés par un seul homme ou une seule personne, en sorte que cela se fasse avec le consentement de chacun des individus particuliers de cette multitude. C'est l'unité du représentant, non l'unité du représenté qui fait la personne une. Le représentant est le support de la personne et il n'est le support que d'une seule personne : l'unité dans une multitude ne peut s'entendre d'une autre manière"⁶⁷⁴. On comprend alors mieux le lien entre consentement et union, évoquée auparavant, puisque l'union correspond à la fois à "une personne civile", et à une volonté "une".

597. Mais, cette transformation de la multitude en peuple ne s'arrête pas là, puisqu'un troisième terme intervient, sous la forme du souverain. En effet, le peuple comme personne civile n'existe que dans un rapport de continuité avec la personne du souverain, à laquelle il s'assimile entièrement. Dans le processus décrit, la multitude, par le consentement, institue le souverain en tant qu'unité, qui lui-même donne existence au peuple en tant que personne civile, c'est-à-dire unité également. Mais une fois cet état advenu, il y a identité, et pour tout dire, là encore unité, entre le souverain et le peuple. Cette assimilation est telle que dans la définition hobbesienne, le peuple et le souverain ne forment qu'un, et à vrai dire, peuvent être

politique ». Dans le même sens, cf. P. Brunet, *Vouloir...*, précité, p. 55.

⁶⁷⁴ T. Hobbes, *Léviathan*, folio essais, 2009, 1027 pages, Chapitre 16, p. 276.

également nommés République ou État, suivant les traductions⁶⁷⁵. Ce faisant, puisqu'il y a une forme d'amalgame, de confusion⁶⁷⁶, entre la personne du souverain et le peuple qu'il représente et incarne, alors cela signifie très concrètement que le peuple ne transmet aucun pouvoir au souverain, puisque c'est ce dernier qui le constitue comme peuple. Or, puisque le souverain doit s'entendre de celui qui peut décider pour le peuple, alors le peuple n'existe que dans un rapport de sujétion dont il ne peut s'abstraire, puisque par définition il n'a rien transmis comme pouvoir, et donc ne peut rien opposer à la toute-puissance du souverain. Comme l'exprime très justement Mme Saada-Grendon, «la représentation juridique transforme le peuple en objet de pouvoir, et le souverain en unique sujet politique, seul véritable sujet acteur»⁶⁷⁷.

598. Ce renversement de posture explique pourquoi, dans ce rapport strictement défavorable au peuple, la crainte joue alors un rôle particulier.

En effet, cette « puissance supérieure et générale » à qui les hommes vont se soumettre⁶⁷⁸, et qui peut consister en un homme ou un conseil, va devoir régner sur le corps social par la crainte qu'il inspire. Ce n'est qu'après que chacun a transféré le droit « qu'il a sur ses forces et ses facultés propres » à cette entité, qu'ainsi grossie, elle pourra inspirer l'obéissance et la crainte à ses sujets. C'est probablement ici que Hobbes verse dans un absolu du pouvoir étatique, mais un absolu qui se comprend aussi au regard des pulsions naturelles qu'il suppose chez l'homme, et du rapport spécifique entre multitude et peuple. C'est parce qu'il pense l'être humain si indiscipliné, et si envieux par exemple à l'égard de ses semblables, tout en ne craignant qu'une chose, à savoir la mort, qu'il faut bien qu'un être le dépasse en puissance, et actualise au quotidien, la possibilité de cette mort⁶⁷⁹.

Cette position est rendue d'autant plus manifeste lorsque l'auteur entreprend de comparer l'État avec les sociétés telles que nous les entendons aujourd'hui, c'est-à-dire les personnes morales. Pour lui, les deux notions ne se recoupent pas, puisque les compagnies ne

⁶⁷⁵ T. Hobbes, *Léviathan*, précité, chapitre 17, p. 288 : « Cela fait, la multitude, ainsi unie en une personne une, est appelée un ETAT, en latin CIVITAS ».

⁶⁷⁶ J. Saada-Grendon évoque une « incorporation », in J. Saada-Grendon, précité, p. 92. Toutefois, la compréhension de ce point est rendue délicate par l'usage polysémique qu'en fait Hobbes : tantôt, il désigne le souverain en tant qu'il est distinct des sujets, tantôt il désigne l'identité entre le souverain et le peuple. Sur ce point, cf. P. Brunet, *Vouloir...*, précité, p. 63-64.

⁶⁷⁷ J. Saada-Grendon, *ibid.*

⁶⁷⁸ Car le peuple n'existe qu'en tant que sujet d'un pouvoir, celui du souverain. La sujétion est consubstantielle à la définition même de l'union. Sur ce point, cf. P. Brunet, *Vouloir...*, précité, p. 54 et s.

⁶⁷⁹ On retrouve ici le thème de l'excès de la représentation sur le représenté, tel que l'exprime Alain Badiou par exemple. Cité in S. Zizèk, « De la démocratie à la violence divine », *Démocratie, dans quel état ?*, éd. La Fabrique, p. 123-149, p. 143.

« sont pas soumises absolument et en toutes choses à la volonté de leur assemblée, mais en quelques-unes seulement que la ville a déterminées ». Mais surtout, la différence réside dans le fait qu'il est possible d'astreindre une société en justice, « ce qui ne serait pas permis à un sujet de faire contre l'État »⁶⁸⁰.

599. Sur ce point, l'explication fournie par Hobbes n'est guère convaincante car purement logique : il s'agit pour lui de montrer que puisque l'on a choisi de soumettre sa volonté à celle de cette puissance souveraine, il est impensable que l'on retourne ce pouvoir qu'on lui a confié contre elle-même⁶⁸¹. On aurait pu tout à fait justement concevoir que cette puissance étant créée pour répondre à certains objectifs, elle ne pouvait se prévaloir de ce pouvoir dans la poursuite d'intérêts contraires à ceux qui justifiaient sa création. En effet l'auteur lui-même reconnaît que l'individu garde le droit de se défendre lui-même lorsque sa sécurité n'est pas assurée⁶⁸². Pourquoi alors, en transposant le raisonnement sur d'autres domaines, par exemple lorsque l'on effectue des actes purement arbitraires qui ne visent pas le bien commun, ne pourrait-on pas considérer que l'on peut soumettre cette personne qui incarne l'État à une juridiction, dont la composition reste à étudier ?

600. De même, plus loin dans le même texte, Hobbes, évoque l'idée dangereuse selon laquelle il est nécessaire, pour le corps civil, de présumer que l'avis de la majorité fait loi. Plus encore, à l'égard de ceux qui refusent de donner leur consentement, l'auteur déclare très clairement que la société « retiendra contre eux son ancien et originaire droit, je veux dire le droit de guerre, pour les contraindre et les traiter en ennemis »⁶⁸³. Comment comprendre une telle position ?

601. En réalité, ces propositions prennent sens si on les relie au processus logique instituant la République. Puisque la multitude disparaît dans sa transformation en peuple, alors tout ce qui menace l'unité du peuple peut être compris comme annonçant le retour de la multitude. Toutefois, cette dernière, en plus de s'anéantir elle-même dans ce déroulement logique, perd

⁶⁸⁰ T. Hobbes, *De Cive*, précité, p. 70. Plus loin, Hobbes énoncera même comme principe que se souverain doit être « injusticiable, quoi qu'il fasse », cf. p. 72. Il s'agit donc de marquer la différence de nature entre personne civile, c'est-à-dire entre la notion large de représentant, et celle tout à fait spécifique de souverain. Sur ce point, cf. P. Brunet, *Vouloir...*, précité, p. 60 et s.; Cf. Également, T. Hobbes, *Léviathan*, précité, chapitre XVIII.

⁶⁸¹ T. Hobbes, *De Cive*, précité, p. 77.

⁶⁸² T. Hobbes, *De Cive*, précité, III, p. 74.

⁶⁸³ T. Hobbes, *De Cive*, précité, p. 74.

également son pouvoir constituant au moment même où elle en fait usage. Dès lors, le peuple ne dispose plus de ce pouvoir, et n'est donc pas apte à remettre en cause une quelconque décision du souverain. Il ne peut donc pas s'opposer au souverain, car il n'est pas apte à le faire. Mais il ne le peut pas davantage d'un point de vue logique puisque du fait de l'union souverain-peuple, se rebeller contre le souverain reviendrait pour le peuple à se rebeller contre lui-même.

Ainsi, dans le point XX, il entreprend d'étudier la possibilité pour les sujets unanimement, de consentir à ce que le souverain cesse d'exister. L'explication est longue, tortueuse, et peine à convaincre. Premièrement, il invoque le fait qu'il faudrait que tous acceptent cette destruction, ce qui n'est guère pensable. Tandis que précédemment, il invoquait l'idée que la majorité faisait loi, il rejette ici catégoriquement cette proposition s'agissant de la destitution du souverain⁶⁸⁴, pour conclure par cette formule qui surprend par sa grande naïveté: « Cela étant, je conclus que le peuple, pour en si grand nombre qu'il s'assemble et qu'il conspire contre le souverain, n'a point droit de lui ôter sa puissance, s'il ne consent lui-même à ce qu'elle lui soit ôtée »⁶⁸⁵.

C / Une subjectivité écrasée par la puissance du souverain

602. Dans cette lecture, le sort réservé à la subjectivité n'est guère heureux : celle-ci se voit ainsi soumise à toute-puissance du souverain, puisqu'il ne lui est même pas permis de refuser de consentir (1), tant et si bien que l'on peut s'interroger sur le pertinence de la théorie hobbesienne à l'égard tant de la subjectivité que du consentement pensé comme sentir-avec (2).

1 / L'impossible refus individuel de consentir

603. Mais, si le peuple ne peut aller à l'encontre de la volonté du souverain, transcription du droit naturel dont disposent les individus dans l'état de nature, qu'en est-il de ces derniers ? Formulé autrement, est-il possible à un individu d'échapper à la convention ? Sur ce point, la

⁶⁸⁴ « Mais cela est faux : car, ce n'est pas une chose naturelle, que de faire passer la plus grande opinion pour la volonté de toute une assemblée, et encore moins dans un tumulte », p. 83, ce qui est ici parfaitement contraire au point II : « [...] qu'une proposition étant faite dans l'assemblée, l'avis du plus grand nombre sera tenu pour la volonté de tous en général; autrement il n'arriverait jamais qu'une multitude, où les esprits et les génies se rencontrent si différents, prît quelque résolution », p. 74.

⁶⁸⁵ *De Cive*, précité, p. 84.

réponse est positive et s'articule avec l'idée de crainte. En effet, selon Hobbes, celui qui se rebelle contre le souverain, et par extension le peuple, est avec celui-ci dans un rapport directement dérivé de l'état de nature. En somme, ce sont deux personnes qui se font face, d'un côté le souverain, de l'autre l'individu séditieux. Dès lors, le souverain jouit alors de la totalité de son droit naturel, c'est-à-dire l'exercice de sa toute-puissance utile à sa conservation propre, face à ce droit équivalent du côté de l'individu. Qu'importe si le rapport est biaisé, puisqu'il est fondamentalement égalitaire : les deux parties disposent du droit "sur toutes choses" propres à garantir la satisfaction de leur intérêt. Ce n'est que l'intensité de la puissance qui diffère. Dès lors, il s'agit bien d'un rapport essentiellement fondé sur la rivalité et la crainte⁶⁸⁶.

604. À ceci s'ajoute le fait que l'idée même de s'opposer au souverain est en réalité une aberration logique selon Hobbes. En effet, si l'on se souvient que le souverain n'est que l'autre nom de la volonté du peuple, et qu'il est lui-même le produit de la volonté de sujet, au travers du pacte, alors la volonté du souverain est à la fois celle du peuple, mais également celle de chaque individu. Dès lors, il n'est pas possible que le souverain soit injuste, ou de lui reprocher une quelconque volonté. Hobbes écrit ainsi : "[...] parce que chaque sujet est, en vertu de cette institution, l'auteur de toutes les actions et de tous les jugements du souverain institué, il s'ensuit que, quoi qu'il fasse, cela ne peut constituer une injustice pour ses sujets, pas plus qu'il ne peut être accusé d'injustice par aucun d'eux". Plus loin il poursuit : " Mais, en vertu de cette institution d'un État, chaque individu particulier est l'auteur de ce que fait le souverain, et, par conséquent, celui qui se plaint d'une injustice de la part de son souverain, se plaint de cela même dont il est l'auteur, et donc, il ne doit accuser d'injustice nul autre que lui-même [...]"⁶⁸⁷.

605. Ce faisant, c'est bien le consentement dans sa définition même, comme dans son usage, qui est transformé. Pour cela, il convient simplement de se porter sur la définition proposée par Hobbes de la liberté.

⁶⁸⁶ J. Saada-Grendon, précité, p. 96 : "Ceux qui se révoltent cessent d'être sujets pour devenir ennemis de l'État, simples individus privés, qui usent de leur jugement privé, et que l'État doit détruire puisqu'il entretient avec eux des rapports non juridiques, des rapports naturels qui sont des rapports de guerre". Toutefois, Hobbes insiste également sur le fait qu'un État ne peut simplement gouverner par la crainte. Il y a donc toute une politique d'éducation du peuple, visant à lui faire prendre conscience des conclusions auxquelles une raison efficiente même, et ainsi, à supprimer toute velléité de résistance. cf. J. Saada-Grendon, précité, p. 99-100.

⁶⁸⁷ T. Hobbes, *Léviathan*, précité, chapitre 18, p. 295. Peu après, Hobbes précise que l'on ne peut de toute façon parler d'injustice, puisqu'il est impossible de commettre une injustice envers soi-même; dans le même sens, cf. J. Saada-Grendon, précité, p. 95.

606. Partisan de la causalité comme principe explicatif de l'ensemble des phénomènes (la cause première étant Dieu)⁶⁸⁸, le philosophe précise son idée sur la liberté, en déclarant, à rebours des conceptions chrétiennes sur le libre arbitre de la volonté que « si quelqu'un me parlait[...] de sujet libre, de volonté libre, ou de quoi que ce soit de libre, entendons libre de toute entrave due à une opposition, je ne dirais pas qu'il était dans l'erreur, mais que ses mots n'avaient aucun sens, autrement dit qu'ils étaient absurdes »⁶⁸⁹. Mais, cette liberté, entendue comme mouvement, absence d'obstacles, ne peut donc s'appliquer qu'à des corps, et non pas à une volonté. C'est ainsi qu'il déclare : « Un homme libre est celui qui, pour ces choses que selon sa force et son intelligence il est capable de faire, n'est pas empêché de faire ce qu'il est capable de faire. Mais, quand les mots libre et liberté sont appliqués à autre chose qu'à des corps, c'est un abus de langage »⁶⁹⁰. Dès lors, il importe peu que le consentement donné à l'institution du pacte ait pu être le produit d'une crainte, ou d'une peur⁶⁹¹, puisque de toute façon, le vocable de «volonté libre» n'a pas de sens. Et quand bien même la volonté pourrait recevoir ce qualificatif, c'est justement par l'exercice de cette volonté que l'individu a fait le choix de prendre part au pacte, choix qu'il aurait parfaitement pu ne pas faire.

C'est en ce sens que l'on peut suivre Mme Saada, lorsqu'elle écrit qu'aperçue sous cet angle, la fonction du sujet de droit revient à «assurer la sujétion politique, c'est-à-dire absorber la personne juridique naturelle non seulement dans la fonction que lui assigne l'ordre juridique positif, mais aussi dans cette personne artificielle qu'est le souverain»⁶⁹².

2 / Éléments d'appréciation critique sur la philosophie de Hobbes

607. Au terme de cette étude, qui ne vise pas à restituer précisément, et dans le détail, l'ensemble de la pensée de Hobbes, force est de constater que l'examen de ces propositions s'avère absolument essentiel pour comprendre la force du concept de consentement, aussi bien dans son versant juridique que plus proprement philosophique. Si la philosophie politique de Hobbes peut être critiquée⁶⁹³, c'est sur le versant du consentement et de la subjectivité que notre propos se concentrera. Pour cela on évoquera le fait que le consentement est, dans cet

⁶⁸⁸ T. Hobbes, *Léviathan*, précité, chapitre 21, p. 338-339.

⁶⁸⁹ T. Hobbes, *Léviathan*, précité, chapitre 5, p. 115.

⁶⁹⁰ T. Hobbes, *Léviathan*, précité, chapitre 21, p. 337.

⁶⁹¹ T. Hobbes, *Léviathan*, précité, chapitre 21, p. 338 : «La peur et la liberté sont compatibles».

⁶⁹² J. Saada, «Hobbes et le sujet...», précité, p. 182, cité in Nour el houda Ismaïl-Battikh, précité.

⁶⁹³ Voir à ce titre, par exemple, la lumineuse critique d'Hannah Arendt, in H. Arendt, *Les origines du totalitarisme*, Tome 2, L'impérialisme, Seuil, 2006, 378 pages.

édifice théorique, surtout placé sous le signe de la destruction (a), avant d'observer la crainte manifeste que l'auteur éprouve à l'égard du peuple et de sa rébellion éventuelle (b).

a _ / Le consentement pensé comme outil de destruction plus que de création

608. À ce titre, et comme point de départ de la réflexion, nous pouvons déjà remarquer que l'utilisation qui en est faite révèle l'ambivalence profonde du terme. Ainsi, il est à la fois l'expression de la volonté du sujet, posé comme seul détenteur de l'accès à sa puissance, puisque seul lui peut s'en délester. Mais, en même temps, il ne sert justement qu'à cela : à se délester d'une partie des droits que l'on possède en propre. Il est, en quelque sorte, immédiatement négatif, placé sous le signe de l'abandon et du dessaisissement. On pourrait rétorquer à cela que cette opération vise à permettre une maximisation de la conservation individuelle, qui fait figure de fil d'Ariane de l'ensemble de la démonstration. Dès lors, en échange de cette perte, chaque sujet recevrait la possibilité de persévérer, avec moins de risques, dans son être. Mais, cela constitue-t-il à proprement parler un droit ? Il est permis d'en douter, puisque Hobbes ne reconnaît pas la possibilité au sujet politique de refuser un commandement du souverain, même si sa vie est menacée, sauf s'il est explicitement demandé au sujet de s'ôter la vie lui-même⁶⁹⁴.

609. De fait, le consentement apparaît bien comme un outil de destruction dans la pensée de Hobbes, et ce sur plusieurs points. Premièrement, c'est par l'exercice de celui-ci que se produit la dissolution de la multitude, et sa transformation ultérieure en souverain-peuple. Mais s'arrêter ici serait oublier que cette opération emporte, par elle-même, une autre destruction : celle du sujet lui-même. Il est en effet, tout au long du texte, comme une figure fugitive, qui ne fait son entrée que pour mieux disparaître.

S'il est bien le point d'origine du système politique ainsi constitué, il s'évanouit au moment même où il se manifeste comme tel, c'est-à-dire détenteur d'un pouvoir. Il n'existe

⁶⁹⁴ T. Hobbes, *Léviathan*, précité, chapitre 21, p. 346 : “si le souverain ordonne à quelqu'un (bien que justement condamné) de se tuer, se blesser ou se mutiler lui-même, ou de ne pas résister à ceux qui l'agressent, ou de renoncer à l'usage de la nourriture, de l'air, de la médecine ou de toute autre chose, sans laquelle il ne peut vivre, néanmoins, celui-ci à la liberté de désobéir”, et la note qui suit : “[...] j'ai le droit de résister si, et seulement si, je reçois l'ordre de me tuer. Je n'ai évidemment pas un tel droit si c'est le souverain qui me tue, puisque j'ai autorisé toutes ses actions – je n'ai donc, en ce cas, aucun droit de désobéir, mais je peux tenter de désobéir, si je le puis”. Il faut toutefois reconnaître que Hobbes n'admet la continuation du pacte qu'aussi longtemps que le souverain se manifeste apte à assurer leur protection, cf. T. Hobbes, *Léviathan*, précité, chapitre 21, p. 351.

donc que dans l'état prépolitique, dans cet état de nature dont il s'agit de s'extraire. Peut-on alors dire que c'est également de la subjectivité qu'il s'agit de s'extirper, au travers de ce mouvement ?

610. Il semble permis de le penser, tant l'œuvre de Hobbes traduit une relation fort ambivalente à l'égard du sujet. Il est à la fois doté des plus grands pouvoirs et facultés, mais incapable d'en faire un usage autre que celui qui aboutira à sa disparition. De manière analogue, toute la thématique de la rébellion, et du lien entre multitude et peuple se comprend également comme une tentative pour essayer de dresser l'ensemble du corps social contre la multitude qui menace. Or, comme celle-ci est justement composée de sujets, c'est donc bien contre la subjectivité qu'il s'agit de lutter. Mme Saada-Gendron ne dit pas autre chose lorsqu'elle note que « d'une certaine manière, Hobbes fait en sorte que l'ennemi du peuple soit la multitude »⁶⁹⁵.

b / Une crainte explicite du peuple et de ses possibles débordements

611. Cette affirmation est à ce point juste qu'on la retrouve également dans le fantasme de l'unité totale du peuple-souverain. Cette unité vise bien à l'indifférenciation, c'est-à-dire à une forme de tout organisé qui absorbe les différences existantes entre chaque individu, au profit d'une volonté qui les dépasse. De fait, tout ce qui menace cette unité doit être sévèrement sanctionné, si ce n'est éliminé. Dès lors, il est rigoureusement interdit à quiconque de prêter assistance à un autre membre du peuple à l'encontre d'une volonté du souverain : « Toutefois, on ne doit pas comprendre que la souveraine puissance de vie et de mort est soit abolie, soit limitée par une telle liberté. Car on a déjà vu qu'il n'est rien que le représentant souverain ne puisse faire à un sujet, quel qu'en soit le prétexte, qui puisse au sens propre être appelé injustice ou préjudice [...] »⁶⁹⁶. Plus loin il poursuit: « Nul n'a la liberté de résister au glaive de l'État pour défendre un autre, qu'il soit coupable ou innocent, parce qu'une liberté semblable prive le souverain des moyens de nous protéger et détruit, par conséquent, l'essence même du gouvernement »⁶⁹⁷.

⁶⁹⁵ J. Saada-Gendron, précité, p. 94.

⁶⁹⁶ T. Hobbes, *Léviathan*, précité, chapitre 21, p. 341.

⁶⁹⁷ T. Hobbes, *Léviathan*, précité, chapitre 21, p. 348.

612. Dès lors, on le voit, qu'importe le caractère juste, injuste, adéquat, proportionné ou autre de ces mesures étatiques⁶⁹⁸, et des lois que le souverain prend, seule compte la totale et absolue obéissance à ce Léviathan. Comme on est loin ici des valeurs défendues plus tard par la Révolution française, et que l'on observe par exemple dans la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1793, intégrée dans la Constitution française du 24 juin 1793, qui dans son article 9 énonce : « La loi doit protéger la liberté publique et individuelle contre l'oppression de ceux qui gouvernent », et dans son article 35 : « Quand le gouvernement viole les droits du peuple, l'insurrection est, pour le peuple et pour chaque portion du peuple, le plus sacré des droits et le plus indispensables des devoirs »⁶⁹⁹.

613. Il faut donc à tout prix éviter que quiconque se singularise par son agir, si ce dernier s'avère en opposition aux commandements étatiques. L'individualité n'est donc que le reliquat de cet état originaire, une réalité matérielle que l'auteur s'efforce d'effacer par le biais de son artificialisme. Ceci est d'autant plus vrai que lorsque Hobbes tente de définir la valeur que chaque individualité doit recevoir dans la société, il déclare : « La valeur d'un humain, ou son mérite, est comme celle de toutes les autres choses, à savoir son prix, autrement dit autant qu'on serait prêt à payer pour utiliser sa puissance »⁷⁰⁰. On trouve donc ici déjà en amorce la caractéristique première du système capitaliste, telle que l'a formulée Alain Badiou, à savoir le principe de l'équivalent monétaire⁷⁰¹. Dès lors, l'homme n'est pas doté d'une valeur particulière en tant qu'il est homme, comme le théoriserait par la suite Kant au travers de sa figure de l'homme abstrait, et que viendra consacrer la DDHC de 1789. Il n'a de valeur qu'autant qu'il peut être rapporté à un intérêt, qu'il soit privé ou public. La formule est tellement large qu'elle englobe plus que l'homme, puisque l'homme n'est jamais que « comme toutes les autres choses ». On voit donc ici en germe un raisonnement qui inaugure les évolutions futures de l'économie dite capitaliste-libérale, dont on rappelle que le postulat premier est bien l'exclusion par les prix⁷⁰².

⁶⁹⁸ En toute rigueur, ces questionnements n'ont aucun sens dans la pensée de Hobbes, du fait que le souverain est le seul à même de définir les valeurs à la suite du pacte, en lieu et place du relativisme présent à l'état de nature.

⁶⁹⁹ Que l'on retrouve également à l'article 2 de la déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789.

⁷⁰⁰ T. Hobbes, *Léviathan*, précité, chapitre 10, p. 173.

⁷⁰¹ Cf. Par exemple, A. Badiou, « L'emblème démocratique », in *Démocratie dans quel état ?*, précité, p. 15-25

⁷⁰² Par là il faut entendre que celui qui ne peut fournir le prix pour le bien considéré (et ici, tout peut être considéré comme bien), est automatiquement exclu de ce lieu de rencontre d'une offre et d'une demande.

614. Alors certes, certains auteurs peuvent suggérer, au travers de l'idée d'éducation des citoyens, le fait qu'il y aurait, dans la continuation du processus politique, une forme de recherche d'un consentement renouvelé, ce qui ferait ainsi du peuple, objet du pouvoir, un véritable sujet⁷⁰³. Mais, il s'agit ici encore du peuple, c'est-à-dire de ce qui se caractérise justement en tant qu'opposé à une multitude d'individualités, et donc de subjectivité. Aussi, ce qui se renouvelle par ce biais, c'est bien l'effacement du sujet individuel. Certes, il est possible que des voix s'élèvent, que des individualités émergent à l'occasion de ce consentement renouvelé, mais comme on l'a vu, en application du principe majoritaire, elles sont condamnées à être broyées par le peuple-souverain.

La seule possibilité de choix qui subsiste pour les individus consiste alors en un «*soumets-toi, ou meurs !* ». Peut-on alors véritablement parler de consentement, du moins tel que nous l'entendons aujourd'hui ? De plus, le consentement dont il est question est là encore un consentement rationnel, témoignant de cette défiance généralisée qui se porte à l'égard des passions. Or, l'un des mérites de l'artificialisme est peut-être également de supprimer cette dimension passionnelle, qui est ainsi retranchée de la figure de celui qui représente effectivement, de manière concrète, le peuple.

615. On ne peut alors que relire, avec le regard clair et une certaine distance critique, le propos qu'Hannah Arendt tire de la lecture du Léviathan, de l'application de celui-ci, et des conséquences sur la nouvelle définition de l'homme ainsi produite : « Il [Hobbes] devina que ce nouveau type d'humain devrait nécessairement idolâtrer le pouvoir lui-même, qu'il se flatterait d'être traité d'animal assoiffé de pouvoir, alors qu'en fait la société le contraindrait à se démettre de toutes ses forces, vertus et vices naturels, pour faire de lui ce pauvre type qui n'a même pas le droit de s'élever contre la tyrannie et qui, loin de lutter pour le pouvoir, se soumet à n'importe quel gouvernement en place et ne bronche même pas quand son meilleur ami tombe, victime innocente, sous le coup d'une incompréhensible raison d'État »⁷⁰⁴.

⁷⁰³ J. Saada-Gendron, précité, p. 101 : « Mais le peuple comme sujet n'a pas totalement disparu : il est requis comme sujet rationnel dans la continuation même de l'ordre politique, sorte de consentement continué qui est, si l'on peut dire, une création continuée du politique sous une forme non juridique ».

⁷⁰⁴ Hannah Arendt, précité. V. également C. Ehrwein Nihan, *Hannah Arendt : une pensée de la crise : la politique aux prises avec la morale et la religion*, éd. Labor et Fides, 2011, 395 pages, pp. 204-214; dans le même sens, v. A. Degryse, « The sovereign and the Social : Arendt's Understanding of Hobbes », *Ethical perspectives : journal of the European ethics network*, 2008, n° 2, 15, n°2 (2008), p. 239-258, version électronique; Pour une vision plus modérée, Ph. Crignon, « La pluralité humaine chez Hobbes et sa lecture par Strauss et Kojève », *Klesis – revue philosophique*, n°12, 2009, p. 81-101.

616. Pour apprécier si ceci est le fait exclusif de Hobbes, une comparaison apparaît nécessaire. Pour cela, on va maintenant observer comment John Locke conçoit le passage de l'état de nature à la société, par le prisme du consentement et de la subjectivité.

§2 : John Locke : le consentement comme levier d'appropriation matérielle

617. C'est au travers de son *Traité du gouvernement civil*⁷⁰⁵ que John Locke, va présenter à la suite de Thomas Hobbes, sa version de l'entrée en société, qui va s'opposer en de nombreux points à celle de l'auteur du Léviathan.. Plus précisément, la violence exercée n'est pas spécifiquement inhérente à la nature humaine, mais provient plutôt de la répartition inégale des talents qui aboutit à des contestations sur ce chacun peut revendiquer pour lui-même. Aussi, s'agissant des passions, celles-ci sont moins immédiatement redoutables que dans la conceptualisation hobbesienne.

618. À ceci s'ajoute le fait que plus encore que chez Hobbes, la sensibilité du sujet est absolument fondamentale chez Locke, en ce qu'elle constitue la voie première d'accès au monde (A), ce qui ne veut pas dire qu'elle soit exclusive de la raison. Toutefois, lorsqu'il va s'agir d'expliquer le passage de l'état de nature au contrat social, si c'est bien le consentement qui sera mobilisé, celui-ci ne servira véritablement qu'à garantir l'exercice pacifié de la propriété, comprise comme l'intérêt premier (B). Aussi, cette vision du consentement, anticipant l'accumulation contemporaine de la marchandise, mérité d'être critiquée (C).

A / De l'importance de la sensibilité dans la philosophie lockéenne

619. Pour entrer de manière pertinente dans le texte de Locke, il convient dans un premier temps de se reporter aux textes antérieurs à son *Traité du gouvernement civil*, qui constitue en réalité sa dernière œuvre. On va donc s'intéresser ici dans un premier temps à un texte capital, à savoir les *Essais sur l'entendement humain*. Dans celui-ci, Locke entend répondre à des questions d'apparences simples, mais pourtant essentielles : d'où nous viennent nos idées, et quelle(s) relation(s) entretiennent-elles avec les choses du monde ?

⁷⁰⁵ J. Locke, *Traité du gouvernement civil*, 1690, trad. D. Mazel, édition électronique de l'université du Québec à Chicoutimi, 144 pages.

620. Or, sur ce plan, la pensée de Locke manifeste des similitudes avec celles de Hobbes. En effet, tout comme lui, il rejette l'idée qu'il puisse y avoir des vérités qui puissent être communes à tout le monde, de manière innée⁷⁰⁶. Sans pour autant verser dans le scepticisme, il rejette ainsi l'argument repris du stoïcisme, et qui porte sur l'existence d'un consentement universel à l'égard de certains principes ou notions⁷⁰⁷. Pour ce faire, il va utiliser divers exemples, tels par exemple celui de l'enfant, chez qui les idées considérées ne se trouvent pas, celui du fou ou de la variabilité des règles morales à la fois entre les nations, mais parfois même au sein d'une nation⁷⁰⁸. Sa méthode porte donc, incontestablement, la marque d'un empirisme, même si ce dernier est fortement tempéré par la raison⁷⁰⁹. En ce sens, il se situe également dans la lignée de Hobbes, en ce que pour lui, nous faisons l'expérience immédiate de l'existence par le biais d'un corps et d'un esprit parcourus de sensations, à partir desquelles nous dérivons des jugements. Comme le note M. Vienne, "l'empirisme de Locke, s'il faut user de telles classifications est donc spécifique; il associe la référence nécessaire de tout énoncé à son origine (ou fondement) sensible dégagée par analyse, et la construction synthétique artificielle de cet énoncé par la raison"⁷¹⁰.

621. Ce passage de l'un à l'autre, du sensible à la rationalité, s'effectue par l'entendement. Ceci participe donc également du rejet de la "droite raison" évoquée précédemment, caractéristique de la pensée grecque et thomiste, en ce qu'elle permettait un accès immédiat et direct au vrai, supposé placé en nous par la volonté de Dieu. Comme l'écrit très justement J.-M. Vienne, selon Locke, "il n'y pas en l'homme d'instinct naturel (au moins dans le domaine cognitif), ni de droite raison, qui subiraient passivement la marque des vérités éternelles. Si tout doit être inscrit en une capacité cognitive que Dieu a mise en nous, ce n'est pas en une raison contemplative, forme de raison qui ne peut exister. La raison ou ce que beaucoup appellent droite raison (intuition assurée des vérités premières) [...] camoufle un sentiment ou un enthousiasme individuel. Il y a bien en l'homme une capacité réceptive, passive, mais c'est

⁷⁰⁶ J. Locke, *Essai philosophique concernant l'entendement humain*, éd. Schreuder, Amsterdam – Leipzig, 1755, Livre I, chapitre 2.

⁷⁰⁷ J. Locke, *Essai...*, précité, p. 24 et s. ; Dans le même sens, v. J. Locke, *Essai... : Livres III-IV et textes annexes*, Vrin, 2006, p. 603 et s.

⁷⁰⁸ J. Locke, *Essai...*, précité, p. 30 à 34.

⁷⁰⁹ Comme le souligne le titre de l'ouvrage de J.-M. Vienne, *Expérience et raison : les fondements de la morale selon Locke*, Vrin, 1991, 298 pages. Sur la question de l'empirisme, cf. également, F. Duchesneau, *L'empirisme de Locke*, éd. Kluwer Academic Publishers, coll. Archives Internationales D'histoire Des Idées, La Haye, 1973, 284 pages.

⁷¹⁰ J.-M. Vienne, précité, p. 13.

l'entendement (*understanding*) individuel et faillible: entendement est un quasi-synonyme de *mind*, terme qui est souvent utilisé à sa place; il est une capacité de percevoir, qui associe sensation et compréhension au point que leur distinction est parfois de pur principe; il est passif et reçoit les impressions sensibles isolées [...]"⁷¹¹.

622. Il est donc possible de remarquer, ici aussi, à quel point ce qui relève du domaine sensible, de l'affectivité et de l'émotion, ce qui fait impression sur nos sens et en nous, constituent le cœur de notre manière d'accéder au monde. Bien évidemment, une telle appréhension ne vise pas à exclure l'usage de facultés intellectuelles spécifiques, qui nous permettent ou non de nous distancier par rapport à ce qui est perçu. À rebours de la conception actuellement dominante, qui vise à faire de l'être humain une pure machine à calculer, les théorisations philosophiques ici proposées dévoilent la complexité du processus du désir, et plus généralement de la volition. Or, une telle perspective est d'autant plus importante pour cette recherche qu'elle implique des conséquences à l'égard du consentement. En effet, si la suite de l'édification du contrat social chez Locke utilise le concept de consentement, alors celui-ci est nécessairement le produit de cette première impression sensorielle, qui met en quelque sorte le processus de l'entendement en mouvement. Dès lors, le principe même du consentement comme sentir-avec est ici perceptible dans l'importance donnée à la dimension non immédiatement rationnelle dans le processus de décision. Il faut toutefois prendre garde à ne pas faire dire à l'auteur ce qu'il ne dit pas : en effet, Locke ne néglige absolument pas le rôle de la raison. Elle est même, pour tout dire, ce qui permet de dépasser la perspective individuelle de l'entendement, pour adopter un point de vue plus universel. Ainsi que le remarque J.-M. Vienne, "l'entendement est faillible, parce qu'individuel et soumis à l'opinion; son seul guide est la raison, qui dépasse la particularité des opinions, sans être pour autant droite raison"⁷¹². Dès lors, le consentement va être un amalgame de cette dimension sensible et rationnelle, et non simplement le résultat d'un calcul rationnellement pur.

623. C'est donc après avoir précisé ces points que l'on peut observer quelles conséquences une telle théorisation va produire à l'égard du consentement, lorsque celui-ci est mis en jeu dans la sphère politique.

⁷¹¹ J.-M. Vienne, précité, p. 32.

⁷¹² J.-M. Vienne, précité, p. 33.

B / Consentement et contrat social : la liberté de suivre son intérêt

624. La théorie proposée par Locke se caractérise par un état de nature plus pacifié que dans la version hobbesienne (1), et dans lequel une place éminente est accordée à la propriété (2), qui constitue la raison principe à l'existence de pouvoirs publics (3).

1 / La vision pacifiée de l'état de nature chez Locke

625. Le chapitre II, intitulé de l'état de nature, entend donc donner une description de cet état présociétal. Dans cette situation, les hommes sont selon l'auteur à la fois profondément libres de faire tout ce qu'ils entendent, la seule limite posée étant celle des lois de la Nature⁷¹³. Cette liberté s'attache à tout ce que l'homme possède, mais également dans le fait de faire ce qu'il désire de sa propre personne.

À celle-ci s'ajoute une profonde égalité, qui veut que chaque homme ait autant de droits sur un autre que cet autre en a sur lui-même. Locke rejette donc toute idée d'une subordination naturelle, qui ne pourrait s'établir selon lui que si le Divin l'avait voulu ainsi, et exprimé clairement.

626. Déjà pourtant, une différence va survenir par rapport à la théorie hobbesienne, et aux idées développées juste avant. En effet, « quoi que l'état de nature soit un état de liberté, ce n'est nullement un état de licence »⁷¹⁴. Que faut-il entendre par là ? Que l'homme ne dispose pas du pouvoir (de la liberté et du droit) de se détruire lui-même⁷¹⁵, étant considéré comme « ouvrage du divin », mais aussi de faire du tort à autrui. On est donc loin ici de l'état de nature de « guerre de tous contre tous », où chaque individu, selon la conduite de sa droite raison, peut en user comme il lui semble jusqu'au meurtre si nécessaire⁷¹⁶. La seule possibilité de violence est réservée à la situation où un être humain attende aux droits d'un autre, et donc d'un point de vue purement défensif⁷¹⁷, et encore faut-il que la réponse soit proportionnelle à

⁷¹³ J. Locke, précité, p. 17.

⁷¹⁴ J. Locke, précité, point 6, p. 18.

⁷¹⁵ Il y a même une obligation à se conserver soi-même. Cf. J. Locke, précité, Chapitre III, point 16, p. 25

⁷¹⁶ Locke ira même jusqu'à dire que état de nature et état de guerre sont « aussi éloignés l'un de l'autre, que sont un état de paix, de bienveillance, d'assistance et de conservation mutuelle, et un état d'inimitié, de malice, de violence et de mutuelle destruction ». Chapitre III, point 19, p. 26.

⁷¹⁷ J. Locke, précité, point 7, p. 20.

la faute. Il n'est pas aménagé ici de possibilité de conquête, qui justement caractérise l'homme chez Hobbes dans son désir d'accumulation sans fin.

Il subsiste donc deux situations où un individu a un droit direct sur un autre : pour punir un crime⁷¹⁸, mais aussi pour obtenir réparation du préjudice, tâche revenant au magistrat dans la société, mais à l'individu dans l'état de nature.

627. Mais comment alors, et pourquoi les hommes, se rapprochent-ils les uns des autres ? Ce n'est pas ici la crainte qui motive ce mouvement, mais plutôt une incapacité de subvenir à nos propres besoins dans cet état solitaire. Car s'il est une donnée constante chez Locke, c'est bien que l'individu dans l'état de nature est certes seul, mais surtout solitaire, c'est-à-dire qu'il se vit comme en dehors de la compagnie des autres. Dès lors, ce qui va le pousser à rechercher cette intimité, c'est « parce que nous ne sommes point capables seuls de nous pourvoir des choses que nous désirons naturellement, et qui sont nécessaires à notre vie, laquelle doit être convenable à la dignité de l'homme; c'est pour suppléer à ce qui nous manque, quand nous sommes seuls et solitaires, que nous avons été naturellement portés à rechercher la société et la compagnie les uns des autres[...] »⁷¹⁹.

Il semble donc bien que ce n'est pas par peur de nos semblables, mais plutôt par l'incapacité que nous avons à nous occuper de nous-mêmes que nous recherchons la compagnie des autres. Il y a comme une sorte de motif alimentaire, de survie, non par rapport aux autres, mais rapport à notre propre difficulté à trouver dans la Nature de quoi nous satisfaire. Peut-on pour autant conclure que la Nature serait hostile à l'homme ? Cela n'est en rien évident. C'est plutôt dans la finitude des capacités humaines que réside l'explication.

Toujours est-il que la sortie de cet état s'effectue par le biais du « consentement des sujets »⁷²⁰, dans leur désir d'éviter l'état de guerre, en formant ainsi une instance tierce qui permet de régler les différends, et surtout de les prévenir.

628. Que reste-t-il alors de cette liberté ? Elle est ainsi véritablement renforcée et entretenue, puisque « la liberté dans la société civile, consiste à n'être soumis à aucun pouvoir législatif, qu'à celui qui a été établi par le consentement de la communauté, ni à aucun autre

⁷¹⁸ S'agissant de savoir s'il est possible que ce châtement soit la mort, Locke ne répond pas franchement à la question : cf. point 12, p. 22.

⁷¹⁹ J. Locke, précité, point 15, p. 24.

⁷²⁰ Ibid.

empire qu'à celui qu'on y reconnaît, ou à d'autres lois qu'à celles que ce même pouvoir législatif peut faire, conformément au droit qui lui a été communiqué »⁷²¹.

Ce point est ici très important, puisqu'il souligne d'une part le caractère fondamental du consentement comme mécanisme de régulation des rapports sociaux, et ce par le biais de la Loi; mais aussi parce que l'on voit apparaître l'idée que le pouvoir législatif n'est pas total, qu'il est borné par les conditions mêmes de sa création, ce qui, là, paraît trancher avec la figure du Léviathan⁷²².

629. L'étude se poursuit alors par la question de la propriété des choses, et de la capacité de l'homme à pouvoir posséder en propre, une portion du monde. Cette propriété, Locke va la faire directement découler du travail. En effet, puisque l'homme possède en propre un droit sur sa propre personne⁷²³, et que donc, ce qui découle du travail de ce corps, est aussi propriété du même corps. C'est ainsi qu'il peut déclarer : « Tout ce qu'il a tiré de l'état de nature, par sa peine et son industrie, appartient à lui seul : car cette peine et cette industrie étant sa peine et son industrie propre et seule, personne ne saurait avoir droit ce qui a été acquis par cette peine et cette industrie, s'il reste aux autres assez de semblables et d'aussi bonnes choses en commun »⁷²⁴.

C'est donc ce consentement au labeur, à l'activité, et à prendre en charge sa propre conservation, qui va permettre de fonder la propriété. C'est en fait surtout par l'action directe sur la nature que s'effectue ce transfert de propriété, qui permet une individualisation du bien considéré. Locke donne comme exemple la cueillette, qui permet de séparer un fruit du reste⁷²⁵.

⁷²¹ J. Locke, précité, chapitre IV, point 22, p. 29.

⁷²² On peut même remarquer qu'au Léviathan, on transfère un pouvoir, tandis qu'au pouvoir législatif est transféré un droit.

⁷²³ Même si Locke ne relève pas ici que ce droit est parfaitement limité, puisqu'il conçoit l'individu comme usufruitier de son propre corps, qui revient *in fine* à Dieu.

⁷²⁴ J. Locke, précité, chapitre IV, point 27, p. 32.

⁷²⁵ On retrouve cette perspective en droit civil actuellement, s'agissant des choses de genres, qui se caractérisent par leur appartenance à un genre plutôt qu'à une identité propre, c'est à dire un corps certain. Ainsi, s'agissant par exemple de la vente de blé, ou d'essence, le transfert de propriété n'est constitué qu'à partir du moment où la quantité achetée est effectivement séparée, mise à l'écart de la masse à laquelle elle appartient.

2 / La place éminente de la propriété dans la construction de l'État et la structuration des rapports sociaux

630. Ce point est d'autant plus important qu'il souligne, en creux, une certaine solitude de l'homme. En effet, pour Locke, cette appropriation par le biais du travail ne nécessite en aucune façon le consentement des autres individus pour être reconnue comme valide⁷²⁶. C'est l'homme, seul avec lui-même, dans son travail, qui s'auto-confère en quelque sorte un droit sur ces choses. On peut donc dire, poursuivant cette idée, que le travail aboutit à une sortie de l'état de nature du bien sur lequel il s'exécute, pour le faire entrer dans la société civile, c'est-à-dire celle qui reconnaît la propriété unique de l'individu sur le bien. Le passage à la société s'effectue donc par la transition d'une propriété commune à une propriété personnelle effectivement sanctionnée. Cela ne signifie pas pour autant que c'est la société qui crée ce droit. Simplement, il advient lorsqu'elle le reconnaît et le protège.

631. Pour modérer cette idée, qui pourrait conduire à ce qu'un individu s'approprie tout, et ne laisse rien aux autres⁷²⁷, on va voir apparaître ce que l'on appelle la clause lockéenne. Locke ne cesse en effet de répéter que cette appropriation doit se faire au regard de ce qui est nécessaire pour « son usage et sa subsistance »⁷²⁸, et de manière raisonnable. En effet, celui qui s'approprie plus qu'il ne lui est nécessaire gâche ces biens, qui auraient pu servir à d'autres, et commet alors un crime contre la nature. Il incombe donc à chaque individu de laisser suffisamment de biens et de terre pour que les autres également puissent exercer leur travail dessus, et ainsi en acquérir la propriété⁷²⁹.

632. Mais, très rapidement, l'auteur va s'employer à apporter des exceptions aux limites ainsi posées. Le point central, qui va permettre de contourner ces obstacles à l'accumulation, va résider dans l'équivalent monétaire. Celui-ci repose sur un consentement donné par les

⁷²⁶ L'opposition ici est totale avec Rousseau. Cf. J.-J. Rousseau, *Discours sur l'origine et les fondements de l'inégalité parmi les hommes*, éd. Gallimard, coll. Folio plus philosophie, 2006, 186 pages, p. 67: « Le premier qui, ayant enclos un terrain, s'avisa de dire : Ceci est à moi, et trouva des gens assez simples pour le croire, fut le vrai fondateur de la société civile ».

⁷²⁷ Cette idée n'a pas été reprise par l'économie d'inspiration libérale, qui en évaluant le bonheur par le biais d'équilibre paréto-optimal, consacre l'équivalence totale de la situation où les biens sont régulièrement partagés, de la situation où un individu possède tout, et l'autre rien.

⁷²⁸ Cf. par exemple, J. Locke, précité, point 36, p. 36.

⁷²⁹ « Or, pour ce qui regarde celles dont la nature nous pourvoit en commun pour notre subsistance, chacun y a droit, ainsi qu'il a été dit, sur une aussi grande quantité qu'il peut en consumer pour son usage et pour ses besoins [...] », J. Locke, précité, point 46, p. 40.

hommes à sa valeur⁷³⁰. Une fois cette valeur reconnue, il est désormais possible de contourner avec facilité les situations problématiques. En effet, l'accumulation devenait gaspillage du fait de la périssabilité des denrées. Or, l'argent lui ne peut s'user. On substitue donc à un bien périssable un bien impérissable, ce qui efface totalement le gaspillage : « Il peut ramasser autant qu'il veut, de ces sortes de choses durables; l'excès d'une propriété ne consistant point dans l'étendue d'une possession, mais dans la pourriture et dans l'inutilité des fruits qui en proviennent »⁷³¹. C'est donc du consentement donné à la valeur de la monnaie que proviennent l'extension, et l'accumulation des possessions.

633. Toutefois, ce faisant, la propriété se sépare du travail auquel elle était initialement liée. En effet, la monnaie se présente comme un équivalent de la quantité de travail⁷³² nécessaire à la propriété. C'est la valeur qui lui est accordée. Mais, par le biais de la monnaie, un individu peut devenir propriétaire d'une chose sur laquelle il n'a accompli aucun travail. C'est donc par le jeu du consentement que cette situation est rendue possible, et que le propriétaire est légitime à revendiquer sa propriété, indépendamment des actes matériels qu'il a effectivement accomplis sur le bien. Ce qui, conjugué à la possibilité d'une transmission dans le temps du patrimoine, a pour effet de fixer dans le temps les inégalités.

634. En fait, en se fondant sur à la fois la naturalité de la propriété, qui la rend intouchable dans son fondement, et en admettant une égalité purement formelle⁷³³ qui ne tient pas compte des disparités physiques entre les individus, Locke permet de rendre inattaquable le fait même que certains possèdent plus que d'autres, en dehors de tout argument de légitimité, voire de justice.

635. En effet, comme on l'a vu, la justice n'a pour fonction que de sanctionner les atteintes à la propriété déjà constituée, et de réparer les préjudices résultant de cette atteinte. Il n'est en aucune façon question de permettre une forme de redistribution des biens selon une égalité pensée là en termes concrets.

⁷³⁰ On retrouve ici l'étymologie de la monnaie fiduciaire, *fiducia*, c'est à dire qui repose sur la confiance.

⁷³¹ J. Locke, précité, point 46, p. 40.

⁷³² De la peine dirait Locke.

⁷³³ Le point 54, p. 44 est ici exemplaire : « Quoique j'ai posé dans le Premier chapitre que naturellement tous les hommes sont égaux, il ne faut pas pourtant entendre qu'ils soient égaux à tous égards;... ». Sans parler ici de la simple question de l'égalité homme-femme : cf. point 82, p. 56.

3 / Les pouvoirs conférés aux institutions placés sous le signe de la défense de la propriété

636. Plus loin dans le texte, lorsqu'il s'agit d'évoquer le pouvoir législatif, qui fonde la société civile, Locke marque bien le fait qu'il n'existe que pour permettre le respect des lois de la nature, et la protection de la propriété (la conservation des biens propres). C'est en remettant à cette entité tierce le pouvoir de punir personnellement ceux qui commettent ces outrages que la société civile prend forme. Pouvoir législatif qui s'accompagne également d'un pouvoir exécutif, entendu comme faculté de punition, de mettre en œuvre les sanctions afférentes aux crimes. C'est dans ces développements que l'auteur apporte sa critique la plus marquée à l'égard du Léviathan hobbesien, au travers de la figure du monarque absolu. Son reproche principal consiste justement à dire que le souverain doit pouvoir être soumis lui aussi au magistrat, sans quoi il « est aussi bien dans l'état de nature avec tous ceux qui sont sous sa domination, qu'il l'y est avec tout le reste du genre humain. Car partout où il y a des gens qui n'ont point de règlements stables, et quelque commun Juge, [...], on y est toujours dans l'état de nature »⁷³⁴. Plus loin dans l'ouvrage, Locke précise encore sa pensée, et réitère son opposition à l'égard d'un pouvoir législatif que l'on voudrait sans limites. Ceci constitue selon lui une contradiction logique, puisque cela signifierait que les individus auraient transféré plus de pouvoir qu'ils n'en avaient eux-mêmes dans l'état de nature, ce qui est proprement impossible⁷³⁵. Dès lors, le principe même de l'imposition, c'est-à-dire le fait de lever des taxes, suppose là encore le consentement du plus grand nombre des sujets ou de leurs représentants.

637. Mais dire que le pouvoir ne peut être arbitraire ne constitue pas, en tant que telle, une protection suffisante contre ces errements potentiels. Il faut alors ménager une forme de garantie pour les citoyens. Celle-ci est explicitement prévue par l'auteur, dans un droit de retrait accordé aux hommes lorsque les autorités dans lesquelles ils ont placé leur confiance ne la méritent plus : « Ainsi, le peuple garde toujours le pouvoir souverain de se délivrer des entreprises de toutes sortes de personnes, même de ses législateurs, s'ils venaient à être assez

⁷³⁴ J. Locke, précité, point 91, p. 60. les pages 60-62 correspondent à une critique complète de la notion de souverain absolu.

⁷³⁵ J. Locke, précité, point 135, p. 82 : « [...] Cependant, il n'est premièrement, et ne peut être absolument arbitraire sur la vie et les biens du peuple [...] ».

fous ou assez méchants, pour former des desseins contre les libertés et les propriétés des sujets »⁷³⁶.

638. Une autre différence avec Hobbes porte sur le fait que le consentement de chaque individu est requis pour la formation de la société, et qu'il n'est point question ici de recourir à la force⁷³⁷.

Toutefois, une fois celle-ci formée, ce n'est plus le consentement unanime qui prévaut, mais bien celui du plus grand nombre, et ce pour des raisons de réalisation pratique. De même, là où l'auteur du *De Cive* escamotait la question de la continuation de la société, après ses fondateurs, par le jeu de l'obéissance, Locke admet qu'il n'est pas possible pour les parents de lier leurs enfants, qui demeurent aussi libres qu'eux. Cela s'explique par le fait que le processus de consentement peut tout autant s'effectuer de manière tacite, sans nécessiter une réunion de tous les membres du corps social. Ainsi lorsqu'un fils souhaite bénéficier de l'héritage de son père, il lui est signifié qu'il doit consentir au pacte social pour pouvoir le faire, et dès lors, il est intégré à la société⁷³⁸. Il est à cet égard frappant de constater qu'au titre des droits fondamentaux attachés à la personne humaine dès sa naissance, Locke place le droit dont on dispose sur soi-même, mais aussi, le droit d'hériter des biens de ses frères ou de son père⁷³⁹.

C / Éléments critiques sur la proposition lockéenne au regard du consentement

639. Dès lors, quelles conclusions peut-on tirer s'agissant de l'œuvre politique de Locke, au regard du consentement ?

Le consentement occupe manifestement une place centrale dans sa pensée, et est abordé d'une façon apparemment bien plus libérale que chez Hobbes. Pour autant, il n'est pas encore cet instrument d'émancipation, d'expression de choix individuels précis, au-delà de sa propre conservation.

Il est frappant de constater que le consentement ne joue en effet qu'au stade de la formation de la société civile, puis dans le choix des représentants, et enfin dans la possibilité

⁷³⁶ J. Locke, précité, point 149, p. 91.

⁷³⁷ J. Locke, précité, chapitre VIII, point 96, p. 63: « Car, lorsqu'un certain nombre d'hommes ont, par le consentement de chaque individu, [...] ».

⁷³⁸ J. Locke, précité, point 117, p. 73.

⁷³⁹ J. Locke, précité, point 190, p. 110.

de les déclarer illégitimes et de les renverser. Il n'est pas laissé de place particulière à celui-ci en tant qu'expression d'une singularité du désir. L'homme lockéen apparaît extrêmement seul, solitaire, préoccupé par sa seule conservation, voire celle de sa famille proche. Le consentement n'est donc qu'une sorte de pseudopode qu'il déploie, occasionnellement, pour entrer en contact avec un individu. C'est même peut être la seule voie d'expression que l'auteur mentionne de relations entre individus.

Il est donc la base de la socialité, en même temps que sa limite puisque celle-ci est extrêmement réduite : ce n'est, qu'à l'occasion du pacte, des élections ou des échanges nécessaires à la conservation de ses biens propres que les hommes entrent en contact.

Il semble ainsi y avoir chez lui une forme de délégation du pouvoir à un représentant, mais une délégation qui n'aurait pas son entière justification dans le simple fait qu'il est pratiquement difficile (impossible ?) d'obtenir un consentement unanime. On peut émettre l'hypothèse qu'il s'agit peut être avant tout de décharger l'individu de sa fonction politique, pour le rendre disponible au travail, et donc à son enrichissement personnel⁷⁴⁰. À aucun moment, Locke ne fait référence à de quelconques principes moraux censés guider la conduite des hommes en société.

En effet, le seul but de cette association est bien de permettre la protection de la propriété, entendue au sens large⁷⁴¹. Il n'est donc pas surprenant de considérer que les individus n'ont que peu de contacts entre eux.

640. Cette définition de la société, purement orientée par la production (le travail), et la conservation des résultats de celle-ci aboutissent à faire du consentement un argument purement formel, factice. À nul endroit de l'ouvrage, Locke n'étudie la réalité de ce consentement, c'est à dire le fait qu'il s'incarne avant tout dans un corps, lui-même soumis à un faisceau d'éléments qui peuvent altérer le principe de sa volonté.

S'observe ici en germe, sur le plan philosophique, le concept de « marché libre », au travers duquel est supposée être célébrée la liberté de chaque individu, placé sur un pied d'égalité en tant qu'agent rationnel, de poursuivre des échanges. Mais suffit-il de déclarer des êtres égaux entre eux pour qu'ils le soient ? Cette formulation parfaitement abstraite aboutit à

⁷⁴⁰ De ce point de vue, il se situerait dans la continuité de Hobbes.

⁷⁴¹ On peut, peut-être relier à cela le concept moderne de « coûts de transaction », développé par Ronald Coase dans « The nature of the Firm » (1937), et qui vise à montrer que les relations économiques entre agents isolés ont un coût, que l'on peut diminuer par la création de sociétés communes que sont les firmes (sociétés en droit français).

mettre en relation des personnes aux capacités radicalement différentes. Comme le dira magnifiquement Jules Guesde, « le marché libre, c'est un renard libre dans un poulailler libre ».

Locke, de son côté, méconnaît, ou ignore volontairement cette position du problème.

641. À cela s'ajoute enfin la conception critiquable que défend l'auteur de la relation entre l'homme et son propre corps. En en faisant une propriété de Dieu, il interdit ce faisant la disposition totale de celui-ci, au regard d'une dignité due au Créateur. L'individu peut donc consentir à être un simple serviteur, à placer son existence entière sous l'empire du travail, mais ne peut pousser jusqu'au bout cette appropriation en étant d'abord véritablement propriétaire de lui-même. On peut émettre l'hypothèse qu'il s'agit d'éviter, de la sorte, de rendre par convention un individu propriétaire d'un autre. Mais pour autant, ne pourrait-on penser que tout en étant propriétaire de lui-même, l'individu ne pourrait aliéner son corps ? Ce faisant, on limiterait cette fois l'objet de la convention, mais non l'homme dans son rapport à sa propre personne.

Le problème n'est donc pas ici fondamentalement la disposition de soi, mais plutôt le caractère absolu conféré par Hobbes à la notion de propriété. C'est parce que celle-ci est pensée comme permettant une disposition intégrale de l'objet sur lequel elle porte⁷⁴², qu'elle se révèle problématique dans certains échanges. Il y a ici comme un renversement hiérarchique, peut-être même axiologique, qui veut que la propriété la plus parfaite soit celle du dehors qui porte sur des objets extérieurs, et que celle de son propre corps soit inférieure. Ce faisant, c'est la possibilité même du suicide qu'on oblitère, alors qu'elle constitue probablement une des expressions les plus radicales de ce que peut être la véritable liberté.

642. Alors, en faisant de la production et l'appropriation de biens matériels le seul horizon de la vie humaine, Locke condamne l'homme à être esclave de son propre corps, de cette chair conçue comme instrument de transformation du monde, en oubliant ainsi peut être qu'avant de se l'approprier, il convient déjà de l'habiter, et de lui donner un sens.

De ce fait, Locke commet ainsi l'erreur qu'il tentait de prévenir, c'est-à-dire qu'il

⁷⁴² Et dont le Code civil en porte toujours la trace, au travers de la formulation de l'article 544 relatif au droit de propriété, même si celui-ci contient déjà en lui-même sa propre limitation. Ce droit a d'ailleurs subi des limitations encore plus conséquentes, de telle façon qu'il semble aujourd'hui impossible, sur le plan logique, de la qualifier d'absolu.

contraint les individus, indépendamment de leur consentement, à ne pouvoir définir eux-mêmes leur raison d'être, au profit de la vision qu'il développe.

643. Il nous reste encore à observer les théorisations proposées tant par Rousseau que Spinoza à l'égard du contrat social. L'étude du premier se justifie par son importance sur le plan de la philosophie politique, comme sur l'histoire du droit constitutionnel. Le second, quant à lui, fait l'objet d'un désintérêt de la part de la majorité de la doctrine, alors que la lecture qu'il propose de l'homme, de ses passions, et de la façon dont il est possible de les articuler avec la vie sociale est particulièrement enrichissante pour la compréhension du consentement.

SECTION 3 : CONSENTEMENT ET THÉORIE DU CONTRAT SOCIAL CHEZ ROUSSEAU ET SPINOZA : L'IMPORTANCE DES PASSIONS ET DE LA SENSIBILITÉ DANS LA DÉFINITION DE LA SUBJECTIVITÉ ET DU CONSENTEMENT

644. Pour parfaire la démonstration, c'est désormais à Jean-Jacques Rousseau que nous devons nous intéresser. En effet, si Rousseau peut donner l'impression qu'il ne fait que reprendre les grandes lignes des théories évoquées précédemment, en les aménageant quelque peu, il existe pourtant une véritable spécificité du contrat social rousseauiste. Dès lors, c'est avec une certaine cruauté que Mme de Staël avait pu déclarer de lui qu'il « n'avait rien inventé, mais qu'il avait tout embrassé ». Si l'analyse est si importante pour notre propos, c'est que Rousseau est probablement celui qui donne la plus large place au sentiment à la fois dans la construction de l'ordre social, au travers du principe de pitié, mais également dans le vécu subjectif. À ce titre, son livre intitulé *Les Confessions* illustre très bien cette idée : il s'agit avant tout de se raconter, d'être au plus près de son vécu intime, anticipant en cela le mouvement romantique à venir. Derrière des pages d'une écriture splendide et ciselée, on découvre les contours d'une subjectivité magnifiée en même temps qu'est reconnu son caractère problématique, à l'occasion de la détermination de la volonté générale (§1).

645. Nous pourrions alors terminer l'étude des théories du contrat social par une version quelque peu ignorée, dans les facultés de droit, à savoir la version spinoziste. Celle-ci est redoutablement rigoureuse et convaincante, et anticipe à dire vrai certaines difficultés

présentes dans les autres propositions. La principale novation est d'importance : là où l'état de nature, caractérisé par la toute-puissance originelle de chacun, prend fin par la construction du pacte social, en ce que ce dernier implique au moins partiellement un dessaisissement des droits, il se poursuit dans la lecture spinoziste. Aussi, l'ensemble des droits originaires est conservé, renversant ce faisant le rapport de domination entre le souverain et la multitude (§2).

§1 : Jean-Jacques Rousseau : Le consentement entre technique juridique et faculté sensible

646. La vision de l'état de nature proposée par Rousseau diffère sensiblement des versions hobbesienne et lockéenne. Toutefois, elle est trop souvent résumée à la seule question de l'hostilité présente ou non entre les sujets avant le contrat social en lui-même. Dès lors, dans cette présentation réductrice, on retient de Rousseau l'idée du bon sauvage, par opposition à la violence perpétuelle dans le texte de Thomas Hobbes par exemple. Or, la théorie rousseauiste est bien plus riche que cela, particulièrement pour notre recherche.

647. En effet, tout comme chez Hobbes et Locke, les passions jouent bien un rôle déterminant dans le vécu subjectif. Néanmoins, dans la lecture proposée par Rousseau, les passions sont à la fois plus sereines, plus pacifiées, mais ont également une fonction déterminante dans la possibilité même de la socialisation (A). Or, cette dernière se fait par le jeu d'un consentement, ce qui traduit bien l'idée selon laquelle consentement et sensibilité seraient liés (B). Toutefois, sur le versant subjectif, la vie citoyenne impose selon l'auteur une forme de clivage entre d'un côté le sujet particulier, et de l'autre le sujet-citoyen (C).

A / L'importance considérable de la sensibilité dans l'œuvre de Rousseau

648. La sensibilité est chez Rousseau fondamentale, mais non suffisante, puisqu'elle constitue, en première instance, notre première façon d'appréhender le monde, par le jeu des impressions que notre corps subit (1), mais aussi en ce qu'elle constitue le socle sur lequel s'appuie la socialité, au travers du principe de sympathie et de pitié. De la même façon, la place réservée à la liberté et à l'égalité dans le montage politique doit être précisée (2).

1 / Éléments de définition à l'égard des principaux concepts rousseauistes

649. Une fois encore, pour parvenir au plus près du sens à dégager de l'étude des textes, il convient dans un premier temps d'observer dans quel cadre intellectuel et philosophique les concepts employés par l'auteur prennent place. Pour cela on étudiera l'importance conférée au sentiment (a), qui pour autant, ne s'oppose pas à la raison (b). Enfin, on envisagera la vision toute particulière que Rousseau a de la liberté.

a / *Le sentiment : point d'entrée de la subjectivité dans le monde*

650. S'agissant de son positionnement philosophique, Rousseau peut se ranger, avec ses traits spécifiques, dans la catégorie de l'empirisme. Ceci revient donc à dire qu'il fait jouer un rôle essentiel et primordial à l'expérience dans le processus de la cognition, et de la volonté. Cette appartenance a été fort bien mise en lumière par André Charrak, au travers de deux études savantes⁷⁴³, et dont on peut trouver un écho poétique dans ce passage des Confessions : « Je forme une entreprise qui n'eut jamais d'exemple et dont l'exécution n'aura point d'imitateur. Je veux montrer à mes semblables un homme dans toute la vérité de la nature ; et cet homme, ce sera moi. Moi Seul. Je sens mon cœur et je connais les hommes. Je ne suis fait comme aucun de ceux que j'ai vus ; j'ose croire n'être fait comme aucun de ceux qui existent [...] ».

651. Comment cet empirisme se manifeste-t-il chez Rousseau ? Tout d'abord, on peut observer l'influence qu'exercera Condillac, et son *Traité des sensations*, par le biais de la notion de perfectibilité que développera Rousseau, et qui consiste à dire que loin d'être figé dans une capacité innée à saisir immédiatement les relations entre les objets de la connaissance, l'esprit est susceptible de perfectionnement⁷⁴⁴. C'est bien sur la base de cette idée que Rousseau accordera par la suite une telle importance à la thématique de l'éducation individuelle. De même, son souci de la sincérité, perceptible à la lecture de cet extrait des Confessions, se manifeste également dans l'attention portée à la spécificité individuelle. C'est

⁷⁴³ A. Charrak, *Empirisme et théorie de la connaissance*, Paris, Vrin, Bibliothèque d'histoire de la philosophie, 2009, 176 pages ; A. Charrak, *Rousseau – De l'empirisme à l'expérience*, Vrin, Bibliothèque d'histoire de la philosophie, 2013, 224 pages.

⁷⁴⁴ A. Charrak, *Empirisme et ...*, précité, p. 27.

ainsi qu'il utilisera la formule suivante, appelée à une certaine postérité : « admettre pour évidente les connaissances auxquelles dans la sincérité de mon cœur je ne pourrais refuser mon consentement et laisser toutes les autres dans l'incertitude »⁷⁴⁵. Comment comprendre le sens d'une telle assertion ? Comme la marque d'une humilité personnelle, qui s'incarne dans cette suspension ici prônée de la faculté de juger. Elle est aussi la transcription d'une relation directe et intime à la connaissance, qui n'est plus alors un pur rapport intellectuel. Ainsi, M. Ndiaye peut-il écrire : « il ne s'agit pas d'une évidence intellectuelle mais de l'évidence du sentiment, évidence naturelle, spontanée, antérieure au raisonnement »⁷⁴⁶.

b / Une sensibilité non exclusive de l'usage de la raison.

652. Dès lors, il est manifeste que Rousseau entend bien laisser une place à la prise en compte du sentiment, de la sensation, en somme, de l'impression sensible que chacun expérimente dans son expérience d'être au monde. Toutefois, et même s'il ne s'agit pas vraiment du sensualisme que l'on verra chez Condillac⁷⁴⁷, cela ne signifie pas pour autant que la raison ne doit pas jouer. Plus précisément, le sentiment ne suffit pas à lui seul à permettre la détermination de l'idée. Il est donc fait appel également à la raison, mais «Rousseau sait que la raison abandonnée à elle-même court le risque d'être victime des passions, de tomber dans des ratiocinations infinies [...]. Parce qu'elle relève du sentiment, du cœur, et non de la raison, l'évidence chez Rousseau, s'oppose aux préjugés, aux passions. Elle n'est pas spéculative, mais pratique. Elle n'est pas désintéressée. Elle me touche, d'où son caractère moral. Elle est à la fois pratique et affective. [...]. En effet, pour Rousseau il s'agit de se conformer à la nature qui est sentiment. Ce même sentiment est rejeté par Descartes dès les premiers moments de ses Méditations Métaphysiques, par Kant pour son caractère « pathologique », par Malebranche pour son obscurité »⁷⁴⁸. On mesure donc ici à quel point la question du sentiment joue un rôle important pour la compréhension des positions rousseauistes. Ce faisant, c'est bien le consentement, en tant qu'il est le produit, l'émanation d'un sujet qui vit sous l'empire d'expériences qui le façonnent, qui est inscrit dans une dimension fort compatible avec l'idée de sentir-avec.

⁷⁴⁵ Cité in A.-R. Ndiaye, « Les preuves de Dieu chez Rousseau, Malebranche et le « militaire philosophe » », in J. Boulad-Ayoub et al. , *Rousseau anticipateur-retardataire*, L'Harmattan, 2000, 348 pages, p. 116.

⁷⁴⁶ A.-R. Ndiaye, *ibid.*

⁷⁴⁷ Pour une étude du lien entre les deux auteurs, cf. par ex. A. Charrak, *Empirisme et théorie...*, précité, p. 27 et s.

⁷⁴⁸ A.-R. Ndiaye, *ibid.*

653. Il faut toutefois tempérer l'affirmation selon laquelle Rousseau constituerait en quelque sorte le plus farouche défenseur du sentiment en opposition à la raison. Si l'on reprend par exemple la pensée d'Isaiah Berlin, le constat est sans appel : « Rousseau n'est pas du tout en faveur de l'émotion débridée. Au contraire, il dit – et il a une veste tradition philosophique de son côté – que les sentiments divisent les gens, tandis que la raison les unit. [...]. De sorte que la fameuse distinction qui fait de Rousseau le prophète de l'émotion contre le rationalisme froid est, à en juger par ses écrits, franchement fallacieuse »⁷⁴⁹. Mais, il faut remettre également une telle affirmation dans la perspective de la pensée de l'auteur, relativement hostile aux philosophes qu'il range dans la catégorie de la « liberté positive ». A ceci s'ajoute le fait que l'inquiétude à l'égard du règne des seules passions ne signifie pas pour autant que Rousseau rejette ce qui relève de la dimension sensible et de la spontanéité. Dès lors, les deux visions ne sont pas nécessairement inconciliables.

654. Ensuite, si la raison joue bien un rôle essentiel dans la philosophie de Rousseau, il ne tire pas toutes les conséquences prévisibles d'une telle affirmation. Ainsi, l'universalité de la raison, lorsqu'elle est reconnue, a souvent pour conséquence de permettre la fondation de lois universelles, qualifiées à ce moment de naturelles, et qui seraient donc applicables à l'ensemble du genre humain sans distinction. En effet, asseoir le raisonnement sur la raison plutôt que sur le sentiment, c'est éviter l'écueil d'une variabilité consubstantiellement inscrite dans le ressenti, au profit d'une raison souvent invariante. Pourtant, Rousseau lui-même paraît appeler à une attention accrue portée sur la diversité du genre humain. On a ainsi pu avoir dans son œuvre l'embryon de l'ethnologie moderne⁷⁵⁰. Comme le note M. Marcos, selon Rousseau, « à l'unité du genre humain, il faut substituer la diversité des peuples, à l'universalité de la conformité physique, l'absolue variété des aspects »⁷⁵¹, avant d'ajouter plus loin que, « en

⁷⁴⁹ I. Berlin, *La liberté et ses traits*, Rivages Poche – Petite bibliothèque, 2009, 280 pages, p. 62-63. Il est à noter que l'auteur lui-même insiste pourtant sur l'importance des sentiments chez Rousseau par la suite. Cf. par. ex. p. 83 : « Le naturel tourmenté et torturé de Rousseau lui faisait regarder avec haine des Parisiens comme Diderot, d'Alembert ou Helvétius, qui lui semblaient délicats, sophistiqués et artificiels, incapables de comprendre toutes les émotions obscures, tous les sentiments profonds et lancinants qui déchirent le cœur d'un homme authentique et naturel, arraché à son sol natal ».

⁷⁵⁰ On pense ici au texte de Claude Lévi-Strauss, correspondant à une leçon donnée à L'université ouvrière de Genève à l'occasion du 250e anniversaire de la naissance de Rousseau, à savoir *Jean-Jacques Rousseau – fondateur des sciences de l'homme*.

⁷⁵¹ J.-P. Marcos, « La société générale du genre humain – reprise et critique rousseauiste de la réponse de Diderot au « raisonneur violent » dans l'article Droit naturel de l'Encyclopédie », *Les papiers du collège international de philosophie*, n° 28, 1996, version électronique, 30 pages, p. 28.

opposé à la figure métaphysique de l'universalité de la nature humaine, c'est-à-dire son uniformité générale et de la conformité de l'ensemble de ses membres, Rousseau propose un universel virtuel, ouvert, dessiné à partir de l'examen continué et à jamais conclu des différences empiriques déterminées dans l'espace et dans le temps »⁷⁵².

Toutefois, cela ne signifie pas pour autant que Rousseau peut être rangé du côté des philosophes relativistes, puisqu'il croit au contraire à l'existence de vérités universelles, que le temps parviendra peut-être à faire émerger entre les peuples. Certains aspects de son œuvre peuvent laisser penser à une forme de relativisme doux⁷⁵³, mais cela ne remet pas en cause pour autant la position première⁷⁵⁴.

655. Comment alors comprendre une telle position ? Elle nous semble être le fait d'une oscillation constante de Rousseau entre deux mondes, à savoir d'un côté la philosophie le précédant, dont il porte la trace, au travers de son aspiration à une vérité universelle, fondée sur la raison, et de l'autre côté, le romantisme qu'il inaugure en quelque sorte, par l'importance qu'il donne au sentiment et à la subjectivité⁷⁵⁵. Il faut en effet saisir ici que le point de départ de l'entrée au monde, selon Rousseau, est bien le sentiment, la sensation, et non un processus intellectuel. C'est ainsi qu'il peut écrire, dans une formule lourde d'importance : « Exister pour nous, c'est sentir ; notre sensibilité est incontestablement antérieure à notre intelligence et nous avons eu des sentiments avant des idées »⁷⁵⁶. Or, l'expérience première de cette sensibilité passe par la manière dont l'âme est affectée par sa propre existence, ce que P. Audi nommera « l'auto-affection »⁷⁵⁷, c'est-à-dire un rapport non faussé, non médiatisé de soi à soi, encore que le terme de rapport soit probablement erroné, en ce qu'il s'agit davantage d'une identité de soi à soi. Dès lors, c'est bien par le sentiment que s'ancre notre subjectivité. Mais, c'est là l'originalité de la position rousseauiste, le sentiment ne nous met pas simplement au diapason

⁷⁵² J.-P. Marcos, précité, p. 29.

⁷⁵³ Sur ce point, cf. par ex. C. L. Mineau, « La signification morale du projet de sincérité de Rousseau », *Revue Phares*, volume 7, 2007, Québec : Université Laval, version électronique disponible.

⁷⁵⁴ Sur ce point, cf. J.-P. Marcos, précité, p. 30.

⁷⁵⁵ C'est en partie la position défendue par I. Berlin, précité, p. 83 : « C'est ce qui fait de lui le fondateur du romantisme et de l'individualisme débridé... ».

⁷⁵⁶ J.-J. Rousseau, *Œuvres Complètes*, Tome 4 : « Émile ou de l'Éducation », éd. Gallimard, coll. Bibliothèque de la Pléiade, 1990, cité in B. De Maumignygarban, *Jean-Jacques Rousseau ou l'expérience authentique de soi*, version électronique, disponible à l'adresse suivante : <http://rousseaustudies.free.fr/ArticleMaumignygarban.html> . (c'est nous qui soulignons).

⁷⁵⁷ P. Audi, *Rousseau – une philosophie de l'âme*, éd. Verdier, 2008, 444 pages, mais aussi O. Chelzen, « A la racine de la subjectivité. Un Rousseau phénoménologue ? », *La Vie des idées*, 20 mars 2008, pour une note critique de l'ouvrage.

de nos préférences subjectives. Il nous permet plutôt de saisir l'identité qui existe entre notre sentiment, et la nature. C'est ainsi qu'il écrit : « La nature, c'est-à-dire le sentiment intérieur... »⁷⁵⁸. De fait, sont en quelque façon liés à la fois le sentiment, la subjectivité et l'universel. Il est à noter que cet édifice théorique ne tient que par le présupposé d'une nature harmonieuse, complète, de telle façon que « ce que je veux vraiment ne peut pas entrer en conflit avec ce que quelqu'un d'autre veut vraiment ».

En effet, dans l'hypothèse inverse, « cela signifierait que la nature n'est pas harmonieuse, que le tragique est inéluctable, que le conflit ne peut être évité, qu'il y a un élément d'irrationnel tapi au cœur des choses [...], et cette conclusion, ni Rousseau, ni aucun autre penseur majeur du XVIII^e siècle, à l'exception peut-être du marquis de Sade, ne l'acceptent »⁷⁵⁹. Ceci aura une conséquence considérable, puisqu'il permet de comprendre sous un angle différent la thématique de l'agrégation des volontés individuelles en une volonté générale.

c / L'exaltation de la liberté dans la philosophie de Rousseau

656. À ceci, il faut également préciser, avant d'étudier les textes en eux-mêmes, quelques points sur la notion de liberté, et ce afin d'éviter tout contresens fâcheux. Rousseau défend farouchement l'idée même de liberté, à un point tel qu'il confine parfois au mystique dans son exaltation. L'importance de cette notion n'aura de cesse de revenir dans l'ensemble de l'œuvre de Rousseau, et peut se comprendre comme le fait qu'il « regarde la liberté comme une sorte de concept religieux ; il n'existe à ses yeux aucune différence entre ce concept et celui de l'être humain individuel. Dire qu'un homme est homme et dire qu'il est libre, c'est quasiment la même chose »⁷⁶⁰. C'est à partir de ce point de départ qu'il faut comprendre le raisonnement déployé par Rousseau par la suite, et qui touche à la responsabilité morale. Celle-ci ne peut être considérée comme applicable au sujet qu'à la condition que ce dernier ait pu librement exprimer son choix au travers de l'activité concernée : « toute la notion de responsabilité morale qui constitue selon Rousseau l'essence de l'homme, peut-être plus encore que sa raison, suppose que l'homme ait la possibilité de choisir, de choisir entre des solutions différentes et

⁷⁵⁸ J.-J. Rousseau, « Lettre à Vernes du 18 février 1758 », in *Lettres philosophiques*, Vrin, 1974, p. 54, cité in O. Chelzen, précité. Dans le même sens, cf. Caroline L. Mineau, précité.

⁷⁵⁹ I. Berlin, précité, p. 79-80.

⁷⁶⁰ I. Berlin, précité, p. 68.

de choisir librement, sans subir de contrainte »⁷⁶¹. La différence avec Hobbes est patente, pour qui le consentement sous la contrainte ne cesse pas d'être un consentement. Ceci expliquera pourquoi, par la suite, Rousseau n'aura de cesse de revenir sur ce point, et son refus obstiné de valider la possibilité d'une aliénation totale de cette dernière par convention, par exemple s'agissant de l'esclavage.

657. Mais, cette idée est tellement importante qu'elle participe, selon Berlin, d'une forme de « vision intérieure, incandescente et presque folle »⁷⁶² propre à l'auteur. Cette vision, si tant est que l'on puisse véritablement employer ce vocabulaire, est la résultante d'une alchimie singulière, dans l'œuvre du philosophe genevois, entre la liberté et l'autorité. Ceci s'explique par le fait qu'une forme de stratégie doit être mise en œuvre pour permettre à la fois de concilier l'idée de liberté, qui amène avec elle la possibilité de préférences singulières, avec celle d'une loi morale qui soit la même pour tous. Dans cette perspective, une façon d'y aboutir consiste à faire en sorte que les individus « aiment les règles », afin qu'ils les désirent, « non pas tant parce que ce sont des règles que parce qu'ils les aiment »⁷⁶³. C'est en ce sens que l'on peut écrire que si les fers auxquels Rousseau fait allusion dans sa formule célèbre « sont juste des règles, et que le simple fait d'y obéir constitue l'expression la plus libre, la plus forte et la plus spontanée de votre propre nature intérieure, alors ils cessent de vous retenir prisonnier, puisque le contrôle de soi n'est plus le contrôle, mais la liberté »⁷⁶⁴. Il est troublant de constater ici à quel point la vision défendue est proche de l'autonomie kantienne, dans l'idée de la faculté de se donner à soi-même sa propre loi⁷⁶⁵.

658. Ces éléments posés, on peut alors passer à l'étude la partie spécifiquement politique de l'œuvre de Rousseau, afin d'envisager quelle proposition ce dernier formule s'agissant du contrat social, et donc du consentement dans le champ politique.

⁷⁶¹ I. Berlin, *ibid.*

⁷⁶² I. Berlin, *précité*, p. 86.

⁷⁶³ I. Berlin, *ibid.*

⁷⁶⁴ I. Berlin, *précité*, p. 87.

⁷⁶⁵ Pour un exemple d'étude des liens entre les deux auteurs, cf. Karl Friedrich Herb, « Contrat et Histoire. La transformation du contrat social de Rousseau à Kant », *Revue germanique internationale*, 1996, n°6, p. 101-112. Cf. également *infra*, Partie I, Titre II, Chapitre 2, Section 1, §1, A, 3/.

2 / Consentement et contrat social : l'importance de la sympathie

659. La partie de l'œuvre de Rousseau traitant spécifiquement de la question du pacte social permettant l'établissement d'une société réside principalement dans *Du Contrat social*⁷⁶⁶, publié en 1762, ainsi que dans son *Discours sur l'origine et les fondements de l'inégalité parmi les hommes*⁷⁶⁷, publié lui en 1755, mais qui concerne plutôt la nature de l'homme qu'à proprement parler la description de la technique politique.

660. Pour Rousseau, le premier modèle d'association est bien celui de la famille, organisée autour du couple et des enfants, et régie par la figure paternelle. Mais cette union n'est le fruit que d'une convention, c'est à dire là encore d'un consentement, à partir du moment où les enfants n'ont plus besoin de leurs parents pour assurer leur propre conservation⁷⁶⁸.

De ce fait, la liberté est considérée comme donnée originelle de l'homme, liberté qu'il va transformer par le biais de l'association, mais qui ne se justifie que par la recherche, comme chez Locke, de sa propre conservation. L'auteur ne suppose pas en effet une guerre entre les hommes, qui est pour lui spécifique de la relation d'État à État, mais simplement une association aux fins de conservation devant une nature qui peut être hostile à l'homme⁷⁶⁹.

661. Dès le début de l'ouvrage, il est clairement mentionné que l'aliénation de cette liberté ne se comprend que par la recherche d'une utilité, ce qui sous-entend dès lors que si celle-ci vient à disparaître, l'association le fait également⁷⁷⁰. C'est déjà ici un point de désaccord flagrant avec Hobbes, à l'égard duquel Rousseau n'aura de cesse de se distinguer, et de le critiquer. C'est en ce sens par exemple qu'il va s'opposer de manière particulièrement claire à l'idée que l'on puisse faire entrer un individu contre sa volonté, et par la force, dans l'état social : « Céder à la force est un acte de nécessité, non de volonté; c'est tout au plus un acte de prudence. En quel sens pourra-ce être un devoir ? »⁷⁷¹. Poursuivant sur ce point, il affirmera que « la force ne fait pas droit, et qu'on n'est obligé d'obéir qu'aux puissances légitimes ».

⁷⁶⁶ J.-J. Rousseau, *Du Contrat social*, éd. Flammarion, coll. GF, 2007, 256 pages.

⁷⁶⁷ J.-J. Rousseau, *Discours...*, précité.

⁷⁶⁸ J.-J. Rousseau, *Du Contrat...*, précité, chapitre II, p. 46.

⁷⁶⁹ Sur ce point, cf. J.-J. Rousseau, *Discours...*, précité.

⁷⁷⁰ J.-J. Rousseau, *Du Contrat...*, précité, p. 47.

⁷⁷¹ J.-J. Rousseau, *Du Contrat...*, précité, chapitre III, p. 49.

C'est ici un point supplémentaire par rapport à l'auteur du Léviathan, pour qui la légitimité s'efface nécessairement devant l'obéissance⁷⁷². Rousseau va même plus loin, lorsqu'en rattachant la liberté à la propriété (« leur liberté leur appartient, nul n'a le droit d'en disposer qu'eux »), il énonce l'impossibilité fondamentale d'aliéner de manière absolue sa liberté, renonciation considérée comme incompatible avec la nature de l'homme, c'est-à-dire en tant qu'être libre, ce qui aurait pour conséquence de le rabaisser au stade animal, en dehors de la moralité⁷⁷³.

662. C'est en effet par le biais de l'association, du pacte fondateur de la société civile, que l'homme accède au stade de l'être moral, puisqu'il n'est, dans l'état de nature, qu'une créature bornée par ses seules passions. C'est donc dans ce passage que l'homme se fait homme, par le biais d'une reconnaissance de sa qualité par ses semblables. Plus précisément, c'est la relation, le rapport à l'autre, figurés ici par le consentement, qui fondent l'accès par l'homme à sa dignité d'être humain⁷⁷⁴.

Pour autant, rompant avec certains théoriciens antérieurs, Rousseau estime qu'il convient, avant d'étudier la manière dont un peuple se dote d'un souverain, d'analyser comment il se constitue lui-même en tant que peuple. Dès lors, à la verticalité du pouvoir, il ajoute une dimension supplémentaire, qui est celle de l'horizontalité du rapport à autrui, en tant que ce rapport collectif permet la création d'un peuple⁷⁷⁵.

663. Ce passage revêt une sorte de caractère inéluctable chez lui, rendant ainsi cette association nécessaire à la survie de l'espèce : « Je suppose que les hommes parvenus à ce point où les obstacles qui nuisent à leur conservation dans l'état de nature, l'emportent par leur résistance sur les forces que chaque individu peut employer pour se maintenir dans cet état. Alors cet état primitif ne peut plus subsister, et le genre humain périrait s'il ne changeait sa manière d'être ». Il est étrange de trouver ici l'idée que ce mouvement ne serait pas directement le fait d'une volonté d'aller à la rencontre de l'autre, par le biais par exemple de la pitié qui viendrait inscrire l'autre comme semblable, mais plutôt par un mouvement naturel, au sens

⁷⁷² On trouve même une critique du despote, que l'on peut rattacher au Tyran Hobbesien : cf. Chapitre IV, p. 50.

⁷⁷³ J.-J. Rousseau, précité, chapitre IV, p. 51.

⁷⁷⁴ J.-J. Rousseau, précité, chapitre VIII, p. 60-61 : « [...] il devrait bénir sans cesse l'instant heureux qui l'en arracha pour jamais, et qui, d'un animal stupide et borné, fit un être intelligent et un homme ».

⁷⁷⁵ J.-J. Rousseau, précité, chapitre IV, p. 55.

d'inévitable. Peut-être s'agit-il ici d'affirmer que cette liberté de l'individu peut également lui permettre de refuser la compagnie de ses semblables.

Ce point est ici capital, puisque tout le travail de Rousseau se comprend par le fait de chercher une forme d'association qui ne restreigne qu'au minimum cette liberté, sous-entendant par là que celle-ci est menacée dès que l'individu quitte son état solitaire. On rencontre ici formule devenue célèbre, et qui résume cette démarche : « Trouver une forme d'association qui défende et protège de toute la force commune la personne et les biens de chaque associé, et par laquelle chacun s'unissant à tous n'obéisse pourtant qu'à lui-même et reste aussi libre qu'auparavant »⁷⁷⁶.

664. Cette forme d'association, qui peut à tout moment être rompue dès lorsqu'elle viole les conditions du pacte, doit donc permettre de faire cohabiter des libertés considérées comme intransgressibles.

Le tour de force philosophique de l'auteur consiste alors à proposer une solution qui paraît apparemment antinomique de l'idée même de liberté, mais qui en réalité constitue son expression parfaite. En effet, pour que le pacte soit en accord avec celle-ci, c'est-à-dire avec une liberté totale, la solution préconisée consiste à l'aliéner totalement. Dès lors, puisque chacun confie toute sa liberté, et pas simplement des fragments de celle-ci, une fois le pacte passé, tous se retrouvent dans la même situation, mais surtout dans la même situation qu'auparavant. Car, ils n'ont pas moins de droits sur eux-mêmes et sur les autres, qu'ils n'en avaient auparavant, puisque les autres se délestent d'exactlyment la même chose. La démonstration est ici magistrale de clarté, mais aussi de rigueur.

665. Pourtant, on pourrait alors s'inquiéter d'un éventuel retour à ce tyran absolu que préconisait Hobbes. Mais ce serait oublié ici le fait que la société n'est constituée que pour servir les intérêts des individus. Aussi, malgré cette aliénation, le peuple conserve toujours le droit, quand le pacte n'est pas respecté, de retourner à son état naturel.

Le système est donc protégé sous tous les aspects : il garantit aux individus leur propre conservation, mais aussi l'accès à une condition supérieure d'existence en les faisant parvenir à la moralité, et en même temps, les protège contre le risque d'un souverain qui s'émanciperait de son rôle et des bornes de son action.

⁷⁷⁶ J.-J. Rousseau, *Du Contrat...*, précité, chapitre VI, p. 56.

666. Mais, en plus de cette libération du règne du seul régime pulsionnel, l'association procure un avantage supplémentaire au travers de l'égalité. Rousseau reconnaît en effet que si les hommes sont d'abord égaux par le partage de cette liberté naturelle, des différences de faits peuvent toutefois subsister. Dès lors, cette égalité naturelle peut s'accompagner d'inégalités elles aussi naturelles, mais que l'auteur qualifie de manière surprenante d'illégitimes. En effet, il déclare : « c'est qu'au lieu de détruire l'égalité naturelle, le pacte fondamental substitue au contraire une égalité morale et légitime à ce que la nature avait pu mettre d'inégalité physique entre les hommes, et que, pouvant être inégaux en force ou en génie, ils deviennent tous égaux par convention et de droit »⁷⁷⁷.

Or, ce qui caractérise cet état est justement le fait qu'il se situe au seuil de la moralité, sans pour autant y pénétrer effectivement. L'homme naturel ne peut donc avoir conscience de cette illégitimité, et c'est par un jugement anachronique que le philosophe fait œuvre de jugement moral. Il y a ici comme une forme d'ambiguïté, puisque si les hommes sont effectivement égaux initialement, il leur faut toutefois le concours de la convention, et donc du consentement et du droit pour le devenir effectivement.

B / Le consentement : témoignage de l'égalité des sujets et fondement de la légitimité du corps social

667. Le rôle moteur joué par le consentement pose directement question, selon deux angles au moins : le premier touche à la manière dont il convient de l'articuler avec l'égalité et la légitimité, comme dans l'exemple de la propriété (1). Le second, quant à lui, concerne l'hypothèse d'un consentement pluriel, et du nombre suffisant pour permettre de respecter à la fois l'opinion majoritaire, mais aussi celui qui entend s'en distinguer (2).

1 / Consentement, égalité et légitimité

668. Toutefois, une question se pose si l'on revient au texte de Rousseau, et particulièrement à la question de la légitimité dans son lien avec l'égalité. Pour être légitime, l'égalité doit passer par le biais de la convention et du droit. Or, la légitimité est, à n'en pas douter,

⁷⁷⁷ J.-J. Rousseau, *Du Contrat...*, précité, p. 64.

nécessairement fonction non d'une disposition naturelle de l'inégalité, puisque c'est son état premier, mais du fait que ceux qui la subissent et la partagent la considèrent comme telle.

Dès lors, est-ce le consentement qui rend l'acte illégitime légitime, ou bien peut-il, en lui-même, être qualifié de la sorte ? La question peut paraître triviale, mais elle a en réalité une importance.

669. En effet, si c'est l'acte de consentement possède cette qualité cruciale de conférer une légitimité à l'acte sur lequel il porte, cela signifie que toute situation peut, par l'onction de cette procédure, changer de catégorie. De ce fait, si la société est légitime, alors l'état de nature l'est tout autant. Rousseau admet lui-même que l'entrée en société suppose un consentement qui peut être refusé par certains individus : « Si donc, lors du pacte social, il s'y trouve des opposants, leur opposition n'invalide pas le contrat, elle empêche seulement qu'ils n'y soient compris : ce sont des étrangers parmi les citoyens »⁷⁷⁸. Il y a donc alors comme un conflit de légitimité, qui soulève peut être une contradiction dans la pensée de l'auteur.

Cette situation est d'autant plus frappante lorsque l'on se penche sur la manière dont Rousseau théorise le droit de propriété, d'abord dans l'état de nature, puis dans la société civile.

Ainsi, à l'état de nature, la propriété n'existe pas, l'homme possède « un droit illimité sur tout ». Elle n'est de ce fait que le produit d'une convention, une conséquence du pacte. La propriété est toutefois antérieure à la convention, sur le plan des idées, du fait du développement de l'agriculture qui permet à l'individu de prendre conscience des risques qu'il encourt de perdre le fruit de son travail. On observe donc ici, comme chez Locke, l'idée que le travail est au fondement de la propriété, mais si celui-ci reçoit une définition différente⁷⁷⁹. C'est justement l'inégalité naturelle d'aptitudes face au travail qui va permettre ici un développement des inégalités en lien avec la propriété.

670. Rousseau rejette donc ici totalement l'idée de la simple appropriation lockéenne, où le fait de cueillir un fruit suffit à rendre la personne propriétaire. De même, il s'oppose très clairement à l'idée que l'on puisse posséder plus que ce qui est strictement nécessaire à sa

⁷⁷⁸ J.-J. Rousseau, *Du Contrat...*, précité, IV, chapitre II, p. 146-147.

⁷⁷⁹ En effet, plus loin dans le texte, Rousseau critique même la justification de la propriété par le travail : « Ils avaient beau dire : c'est moi qui ai bâti ce mur; j'ai gagné ce terrain par mon travail. Qui vous a donné les alignements, leur pouvait-on répondre, et en vertu de quoi prétendez-vous être payé à nos dépens d'un travail que nous ne vous avons point imposé ? », J.-J. Rousseau, *Discours...*, précité, p. 44.

survie, ou à celle des siens. Sur ce point, il énonce ainsi : « Ignorez-vous qu'une multitude de vos frères périt, ou souffre du besoin de ce que vous avez de trop, et qu'il vous fallait un consentement exprès et unanime du genre humain pour vous approprier sur la subsistance commune tout ce qui allait au-delà de la vôtre ? »⁷⁸⁰.

Dès lors, la conclusion semble limpide, à savoir que la propriété n'est pas naturelle⁷⁸¹, mais qu'elle exige le consentement de tous, de manière analogue au pacte, pour être légitime et valide.

671. Et pourtant, quelques pages plus loin, Rousseau lui-même fait de la loi et du droit de propriété « le premier terme de l'inégalité »⁷⁸². Or, la première phrase de la seconde partie du discours mentionne bien le fait que la propriété n'a pas pu être établie *ex nihilo*, mais a bien supposé que « des gens suffisamment simples » y croient. Dès lors, n'ont-ils pas consenti à ce droit, et ainsi à l'inégalité qu'il contient en tant que possibilité ? Ce faisant, où situer la légitimité ? Dans l'objet de la loi ou du droit, ou dans le processus qui fonde la norme ?

Les solutions sont en effet radicalement différentes en terme de philosophie politique, puisque porter le critère sur le processus permet de justifier, de manière formelle, n'importe quel type de résultat ou de conséquences; en même temps, se fixer sur le seul objet a pour effet de méconnaître le droit de chaque individu à déterminer le caractère moral ou non, appréciable ou pas, des conséquences de la norme. C'est donc alors méconnaître son consentement au sens.

Nous allons essayer de rentrer ici davantage dans le détail pour comprendre la difficulté soulevée.

2 / Légitimité du consentement populaire : la question du nombre suffisant

672. Ainsi, poursuivant sur le problème de la légitimité, il subsiste une question non résolue. En effet, à compter de quel moment peut-on considérer que le consentement donné est suffisant ? Plus simplement, il s'agit ici de s'interroger sur la possibilité d'un seuil, c'est à dire d'un nombre à compter duquel on peut présumer le consentement acquis. Mais si certains refusent, ce consentement peut-il néanmoins leur être appliqué, voire imputé ?

⁷⁸⁰ J.-J. Rousseau, *Discours...*, précité, p. 44. C'est nous qui soulignons.

⁷⁸¹ « De plus, le droit de propriété n'étant que de convention et d'institution humaine, [...] », J.-J. Rousseau, *Discours...*, précité, p. 48.

⁷⁸² J.-J. Rousseau, *Discours...*, précité, p. 50.

Ici, il convient de distinguer au moins deux étapes, à savoir la formation du pacte originaire, fondamental, qui crée le corps social, et ensuite la manière dont ce corps se gère par l'intermédiaire de lois.

673. S'agissant du premier point, on l'a vu, la réponse de l'auteur est on ne peut plus tranchée : il n'est en aucune façon possible d'arracher ce consentement ou de l'imposer. À ce point, il doit être unanime. L'interdiction est telle qu'il est même impossible à un État, dans une guerre de conquête, d'annexer ainsi des populations sans obtenir d'elles leur consentement à se rallier à lui⁷⁸³.

Donc, pour la première phase, le consentement doit nécessairement être le fruit de chacune des individualités : « Il n'y a qu'une seule loi qui, par sa nature, exige un consentement unanime, c'est le pacte social : car l'association civile est l'acte du monde le plus volontaire; tout homme étant né libre et maître de lui-même, nul ne peut, sous quelque prétexte que ce puisse être, l'assujettir sans son aveu »⁷⁸⁴.

674. Dès lors, par une interprétation a contrario, on peut dire que pour ce qui concerne les autres lois, l'unanimité n'est plus requise. C'est désormais la voix du plus grand nombre qui suffit à légitimer la décision. Pour résoudre le problème de la conciliation de cet effet majoritaire avec le principe de la liberté individuelle, l'auteur va s'appuyer sur le concept de volonté générale. En effet, celle-ci se caractérise par le fait qu'elle transcende les intérêts particuliers pour ne s'attacher qu'à l'utilité publique. De ce fait, elle peut, par sa définition même, aller à l'encontre d'un désir particulier.

Mais, elle n'est justement pas contraire à la volonté de chacun, puisqu'elle ne se situe pas dans le même registre. Elle n'est pas simplement la somme des volontés individuelles, mais bien l'expression d'une rationalité supérieure. De ce fait, à l'occasion de la votation, ce qui est demandé n'est pas tant l'avis personnel d'un individu, mais plutôt le processus de révélation de la volonté générale.

Par cette subtilité, Rousseau parvient ainsi à concilier la liberté d'expression d'une opinion avec la nécessité que des mesures normatives soient prises. Il a, à cet égard, une formule tout à fait signifiante : « Quand donc l'avis contraire au mien l'emporte, cela ne prouve autre chose sinon que je m'étais trompé, et ce que j'estimais être la volonté générale ne

⁷⁸³ Cf. Par exemple, J.-J. Rousseau, *Discours...*, précité, p. 46.

⁷⁸⁴ J.-J. Rousseau, *Du Contrat...*, précité, IV, chapitre 2, p. 146.

l'était pas. Si mon avis particulier l'eût emporté, j'aurais fait autre chose que ce que j'avais voulu, c'est alors que je n'aurais pas été libre »⁷⁸⁵.

C / Le nécessaire dépassement des intérêts particuliers par le citoyen : une subjectivité citoyenne transcendante

675. Si les passions sont bien fondamentales dans l'appréhension rousseauiste de la subjectivité, elles n'en restent pas moins le propre du sujet individuel, et non du sujet-citoyen. Ce dernier doit en effet, pour permettre l'expression de la volonté générale, se dépouiller de ses éléments subjectifs pour adopter un point de vue plus général (1). Ceci précisé, on pourra donc conclure sur l'apport du penseur genevois à la compréhension du consentement pensé comme sentir-avec (2).

1 / La socialité comme dépassement de la subjectivité

676. La théorisation proposée laisse certaines interrogations redoutables subsister. Ainsi, ce mécanisme suppose, pour être effectif, une sorte de dédoublement fonctionnel de l'individu, qui passe ainsi alternativement de sa qualité de personne, à celle de citoyen. Or, ces fonctions sont supposées ici parfaitement étanches, sans possibilité qu'un acte concernant l'une puisse rejaillir sur l'autre.

Ce faisant, le citoyen qui a l'occasion du vote voit une loi être adoptée, et qu'il estime contraire à ce qu'il désirait, ne nourrit plus aucune rancœur, une fois cette assemblée dissoute, dans sa vie d'homme.

De manière analogue, l'individu, mu par des sentiments singuliers, se déshabille-t-il, d'une certaine façon, de tout ce qui fait sa spécificité d'un point de vue sentimental, pour revêtir l'habit neutre du citoyen. Dans ce rôle, il ne cherche alors plus qu'à servir la volonté générale, et donc le bonheur du plus grand nombre.

Si cette vision est effectivement performante d'un point de vue logique, elle paraît, dans le même temps, extrêmement difficile à réaliser sur le plan matériel. Elle semble même, sur certains points, en contradiction avec d'autres moments de la théorie rousseauiste.

⁷⁸⁵ J.-J. Rousseau, *Du Contrat...*, précité, IV, chapitre II, p. 147.

677. Ainsi, dans le Discours, l'auteur met clairement en avant le fait que c'est dans la fréquentation de ses semblables, et dans la comparaison qu'il effectue avec eux, que l'individu passe de l'amour de soi, légitime, à l'amour propre qui est une déviation de ce sentiment primaire, et qui marque ainsi le début des problèmes rencontrés dans la société civile. C'est donc dans ce rapport même de rencontre, d'où émerge le consentement comme figure première de la relation, qu'apparaissent les premières difficultés. Or, comment espérer voir celles-ci purement abolies, par le biais du pacte ?

Il ne peut s'agir ici de différences objectives de situations, d'inégalités, par exemple celles liées à la propriété, que le pacte viendrait résorber. Rousseau le dit lui-même, dans une note du Discours : « L'amour-propre n'est qu'un sentiment relatif, factice, et né dans la société [...]. Ceci bien entendu, je dis que dans notre état primitif, dans le véritable état de nature, l'amour-propre n'existe pas »⁷⁸⁶.

Comment alors penser qu'un obstacle issu spécifiquement de la relation sociale, va pouvoir être surmonté par le biais de cette même relation sociale ? Il y a comme une forme de détermination pulsionnelle, qui ne se satisferait pas de raisonnements objectifs. Autrement, l'auteur aurait indiqué que l'amour-propre n'existe pas dans la société civile dégradée, et non simplement en société, qui désigne la simple réunion d'individus. Un argument est toutefois proposé par l'auteur dans le Discours, à savoir la pitié, qu'il oppose à la Raison⁷⁸⁷, et qui constitue pour lui une disposition naturelle de l'homme. Mais cela signifie-t-il que c'est la pitié, et non la raison, qui préside aux choix dans le cadre des délibérations menant à la loi ?

Cela ne peut être le cas, et ce pour au moins deux raisons : si la pitié était un sentiment si fort qu'il permette de dépasser ses intérêts propres, alors la théorisation même de la volonté générale n'aurait aucun sens ; ensuite, puisque Rousseau admet lui-même qu'il est possible que certains individus n'aillent pas dans le sens de la volonté générale, et que ce faisant ils prennent connaissance de leur erreur, c'est donc bien que c'est la raison, la réflexion qui entrent ici en jeu, et non le simple sentiment. Pourtant, paradoxalement là encore, la raison est décrite par l'auteur comme ce qui « replie l'homme sur lui-même », elle qui « dit en secret, à l'aspect d'un homme souffrant : péris si tu veux, je suis en sûreté ».

Il y a donc comme une incohérence dans la pensée de l'auteur, qui emploie le même concept pour justifier des positions diamétralement opposées, et qui laisse ouverte ainsi une

⁷⁸⁶ J.-J. Rousseau, *Discours sur l'origine et les fondements de l'inégalité parmi les hommes*, 1754, édition électronique de l'Université de Québec à Chicoutimi, 87 pages, p. 73, note 13.

⁷⁸⁷ J.-J. Rousseau, *Discours sur l'origine...*, précité, p. 32.

question qui demeure sans réponse.

678. Un autre point, décisif s'agissant du consentement, consiste à observer comment il doit être exprimé. En effet, la seule expérience de démocratie qui existe à l'époque de la rédaction du « Contrat social » remonte à la période grecque. Aussi bien en Suisse, qu'en France ou en Angleterre, le peuple ne s'exprime en ce temps que par le biais de représentants. Ceux-ci sont, par le biais du vote, supposés être l'émanation directe du consentement d'individus⁷⁸⁸. La question revient alors à s'interroger sur la relation du consentement au temps, c'est-à-dire si ce consentement donné vaut pour tous les actes futurs, ou si le peuple doit lui-même accepter (consentir) chacune des lois personnellement.

679. La solution apportée est sans appel, à savoir la condamnation totale de toute qualité de représentants : « La souveraineté ne peut être représentée, par la même raison qu'elle ne peut être aliénée; elle consiste essentiellement dans la volonté générale, et la volonté ne se représente point : elle est la même, ou elle est autre; il n'y a point de milieu. Les députés du peuple ne sont donc ni ne peuvent être ses représentants, ils ne sont que ses commissaires ».

Cette qualité de commissaire a un sens très particulier, puisqu'elle signifie ici que les députés ne peuvent prendre aucune décision en lieu et place du peuple, mais servent simplement à exécuter la volonté de ce dernier. Dès lors, ils ne peuvent consentir directement aux lois : « ils ne peuvent rien conclure définitivement. Toute loi que le Peuple en personne n'a pas ratifiée est nulle; ce n'est point une loi »⁷⁸⁹.

Mais pour ce faire, il est bien nécessaire que le peuple saisisse les enjeux de la question qui lui est posée, ce qui renvoie au fait que la démocratie est indissociable d'une éducation de la masse des citoyens, à la « démopédie » dont parlait Proudhon. Or, à aucun moment, Rousseau ne fait spécifiquement mention de cette nécessité⁷⁹⁰.

⁷⁸⁸ Étant entendu ici que la légitimité ne peut être que partielle, ne serait-ce qu'au regard de la pratique du vote censitaire.

⁷⁸⁹ J.-J. Rousseau, *Du Contrat...*, précité, III, chapitre XV, p. 134. Cette position est néanmoins à nuancer, puisque dans d'autres passages du Contrat, Rousseau se montre favorable à une aristocratie élective. Cf. J.-J. Rousseau, *Du Contrat...*, précité, III, 5 ; J.-J. Rousseau, « Lettres écrites de la Montagne », qui note « le meilleur des gouvernements est l'aristocratie ; la pire des souverainetés est l'aristocratie », cité in R. D. Masters, *La philosophie politique de Rousseau*, Partie 4, ENS Éditions, 2002, 519 pages, p. 452.

⁷⁹⁰ Même s'il est vrai que Rousseau consacra un traité entier à cette question.

680. Ceci paraît d'autant plus étrange que plus tôt dans l'ouvrage, il est venu signaler l'inaptitude du peuple à saisir des enjeux généraux : « Or, il y a mille sortes d'idées qu'il est impossible de traduire dans la langue du peuple. Les vues trop générales et les objets trop éloignés sont également hors de sa portée; chaque individu ne goûtant d'autre plan de gouvernement que celui qui se rapporte à son intérêt particulier, aperçoit difficilement les avantages qu'il doit retirer des privations continues qu'imposent les bonnes lois »⁷⁹¹. De là, selon lui, la nécessité pour le législateur de recourir à une forme d'autorité et de légitimation supérieure, au travers de la référence religieuse. Ce qui souligne en creux que la raison seule ne permet pas la révélation de la volonté générale.

681. Mais, est-ce que cela ne change pas la nature profonde du consentement, qui de liberté, devient ainsi construit, induit par le biais du législateur ? S'agit-il alors simplement d'obtenir la verbalisation de l'action, plutôt que la réalité de son ressenti ?

Il semble difficile de pouvoir répondre à cette question, tant le consentement apparaît fondamentalement associé à une dimension intérieure, qui par définition, demeure mystérieuse pour celui qui y est extérieur.

2 / Éléments d'appréciation sur les propositions rousseauistes à l'égard du consentement

682. Que peut-on alors retenir de la théorisation de Rousseau concernant la place du consentement ?

Premièrement, il semble à la lecture du texte, à la différence d'Hobbes, et à la marge de Locke, être le premier à penser la liberté de manière différente. Ainsi, on peut percevoir que le travail de l'auteur s'attache ainsi à essayer de penser la liberté en dehors des catégories de la propriété, ce qui produit des conséquences considérables dans la sphère politique. En effet, ce qui est commun aux trois auteurs est le fait que la propriété s'entend comme une forme de souveraineté sur l'objet considéré, ce qui dès lors offre une faculté d'opposition au propriétaire, à l'égard aussi bien de la puissance publique que des autres membres du corps social.

La propriété est donc avant tout un principe défensif, mais aussi un principe excluant, séparateur : celui qui est reconnu possesseur d'un objet, est donc non-proprétaire du reste.

⁷⁹¹ J.-J. Rousseau, *Du Contrat...*, précité, II, VIII, p. 82.

C'est peut être justement dans cette opposition d'un gain qui en creux souligne l'immensité d'une perte, que ce droit est aussi sanctifié. Toujours est-il que ce faisant, en associant la liberté à la propriété, on fait de celle-ci un bien pouvant faire l'objet d'échange, mais surtout d'aliénation. La propriété se définit en effet aussi par le fait que l'individu propriétaire peut, par le biais de convention, se séparer de ce droit.

Dès lors, en associant ces deux notions, on aboutit, d'un point de vue pratique, au fait que la liberté peut être aliénée, vendue en tant que telle par le biais d'un contrat.

683. Le mérite de Rousseau consiste alors dans le fait de penser les choses sous une orientation différente : de la même manière que la pomme n'est pas propriétaire de sa couleur, l'homme n'est pas propriétaire de sa liberté, en ce qu'elle constitue une catégorie irrémédiablement attachée à sa nature d'homme. Comme si, en quelque sorte, le terme de liberté était déjà contenu dans celui même d'être humain. Ce qui peut alors faire l'objet de convention, ce n'est pas la liberté en elle-même, mais bien l'usage qu'il est possible d'en faire⁷⁹². L'individu est alors potentiellement protégé contre les erreurs qu'il pourrait commettre à l'égard de lui-même⁷⁹³. Mais, il est, par la même occasion, également défendu contre la puissance publique, puisque celle-ci ne peut, par le biais d'une quelconque convention, vider totalement l'individu de celle-ci. Cette proposition est ainsi illustrée par la possibilité inaliénable pour le peuple de retourner à l'état de nature lorsque le corps social créé ne sert plus l'intérêt public.

684. Toutefois, si cette innovation conceptuelle a le mérite de permettre de concilier l'entrée en société avec le maintien d'une liberté préexistante au sujet, elle n'en résout pas pour autant toutes les difficultés.

On peut en évoquer ici une, à savoir la question de la limite à donner à cette liberté, ou plutôt à ses frontières. S'agit-il de considérer qu'au-delà de la question de sa propriété, elle est ce levier par lequel toute action à l'égard de soi-même est permise ? Pour préciser un peu le propos, s'étend-elle par exemple jusqu'au corps ?

Le Discours comme le Contrat Social n'apporte guère de réponses éclairantes sur ce point.

⁷⁹² Il est ici fait référence, implicitement, à l'*usus* au sens du droit de propriété.

⁷⁹³ Ce qui pose bien sûr ici la question du lien entre protection de la liberté et paternalisme.

685. Ensuite, l'un des points les plus fondamentaux du travail de Rousseau réside dans le lien effectué entre le principe de pitié et la question politique. En adossant les deux conceptions l'une à l'autre, l'auteur aide à voir à quel point le consentement est loin d'être un argument simplement procédural, qui viserait à obtenir une forme de signature symbolique en marge de la feuille politique, mais constitue plutôt le modèle archaïque, primitif de la relation humaine. En effet, c'est bien au travers de cette capacité de sentir avec, d'éprouver à un moment un sentiment identique que la communauté s'institue, et dont la Cité ne constitue qu'une incarnation particulièrement formalisée.

686. Ainsi, la description qu'il fait de cet état pré-civil est plus conforme à ce qui se produirait en pratique que les versions hobbesiennes ou lockéennes, dans lesquelles l'individu ne ressent que deux choses avec ses semblables. Dans la théorie d'Hobbes, c'est soit la haine, soit l'indifférence. Dans la vision lockéenne, l'individu n'est préoccupé que par la seule sécurisation de son appropriation matérielle, et de la possibilité de transmettre celle-ci. La version rousseauiste semble donc être la plus aboutie⁷⁹⁴ des trois auteurs évoqués, sur le plan de la formalisation concrète d'une vie en société qui soit autre chose que la crainte sans limites devant l'absolu d'un tyran omnipotent. Mais elle nous paraît également infiniment supérieure dans l'insistance répétée de l'auteur à faire de la liberté une caractéristique constitutive de l'être humain. Pour autant, il ne la met pas simplement au service d'une justification de la propriété bourgeoise, et de la défense de droits acquis. Non, elle sert bien davantage ici à illustrer le fait que l'association en un peuple est avant tout volontaire, qu'elle est le fruit de cette liberté et non sa négation. Cela, il parvient à le faire sans jamais tomber dans une forme d'autoritarisme de la finalité humaine, puisqu'il admet tout à fait qu'un individu puisse vouloir rester en dehors de cet état social.

687. Enfin, en théorisant la liberté comme il le fait, c'est-à-dire en faisant d'elle un attribut inévitable de l'humain, il ouvre également la voie à une horizontalisation des positions, c'est-à-dire à la nécessité, puisque cette liberté est la même pour tous, de considérer d'une égale manière les opinions de chaque individu. Ce faisant il trace le chemin de la reconnaissance de l'égalité de chaque être humain, et par la même la nécessité de recueillir le consentement de tous.

⁷⁹⁴ Même si elle se révèle extrêmement difficile à appliquer en l'état, et n'est pas sans comporter certaines lacunes.

688. On va pouvoir désormais conclure l'étude du consentement en lien avec les théories du contrat social, en abordant la dernière version, peut-être la plus novatrice par certains côtés, à savoir celle proposée par Spinoza.

§2 : L'œuvre politique de Spinoza : la Société comme communauté pathique

689. Baruch Spinoza présente un intérêt majeur dans le cadre de ces réflexions sur la question de la socialité, et de l'état de nature. En effet, quelque peu oubliée de la tradition de la philosophie politique majeure, qui retiendra surtout les trois auteurs précédemment étudiés, sa théorisation n'en reste pas moins tout à fait pénétrante, et surtout profondément novatrice. Chez lui, comme on va le voir, le consentement occupe une place tout à fait différente, et la question même de la juridicité de la procédure apparaît accessoire, au profit d'une réflexion peut être plus aboutie sur la nature humaine.

690. Pour tenter de rentrer dans le détail des concepts, on s'attachera surtout à deux œuvres principalement : le *Traité théologico-politique*⁷⁹⁵, publié en 1670, ainsi que le *Traité politique*⁷⁹⁶, publié de manière posthume en 1677. De même, on s'appuiera également sur la lecture lumineuse qu'en propose Thierry Ménissier⁷⁹⁷.

691. Avant d'aborder spécifiquement la question du contrat social proposé par l'auteur (B), et de ce que ce dernier traduit de la nature des rapports entre le souverain et le sujet sur le plan juridico-politique (C), il faut faire retour à l'importance conférée aux passions, et donc à la sensibilité dans la perception de la moralité (A).

⁷⁹⁵ B. Spinoza, *Traité Théologico-politique*, 1670, éd. Flammarion, coll. GF, 1997, 380 pages.

⁷⁹⁶ B. Spinoza, *Traité Politique*, 1677, édition de 1842, version électronique, disponible sur www.spinozaetnous.org.

⁷⁹⁷ Il est ici fait référence au blog tenu par l'auteur, dont une partie traite spécifiquement de la philosophie politique de Spinoza, et qui constitue une reprise d'un cours donné en 2005-2006 pour la préparation à l'agrégation de philosophie. Cf. : <http://tumultiordini.over-blog.com/article-26539009-6.html>.

A / L'importance des passions chez Spinoza et ses conséquences sur l'appréhension de la moralité des individus

692. Fondamentalement, dans la pensée de Spinoza, l'homme est avant tout un animal passionnel avant d'être un animal politique, mais ses passions n'ont pas la même coloration négative que dans d'autres théorisations (1). C'est par le biais de cette redéfinition que la question même de la moralité se trouve transformée (2).

1 / L'homme : un animal passionnel

693. Afin de saisir la particularité de l'approche spinoziste, il convient d'étudier plus avant la place qu'occupent les passions dans cet édifice théorique. Selon Spinoza, l'homme est avant tout déterminé par des causes extérieures, parmi lesquelles les passions. Il n'y a dès lors pas à attendre de celui-ci qu'il puisse vivre conformément à la raison, puisque celle-ci est très largement dominée à ce stade. L'homme, dans la conduite naturelle de ses actions, ne peut donc parfaitement vivre suivant les principes de la raison, comme par exemple chez les stoïciens. Cela ne signifie pas que par la suite, la raison ne puisse venir, sur certains points, contrarier temporairement le jeu des passions, ou leur donner un objectif différent. Pour autant, la passion figure une forme de naturalité chez l'homme qui constitue un horizon presque indépassable⁷⁹⁸.

694. Il s'agit là d'une forme de discontinuité avec les perspectives précédentes, et ce sur plusieurs plans. Ainsi, si la passion ne fait pas l'objet d'un rejet immédiat de la part de l'auteur, on observe également une différence terminologique. En effet, Spinoza utilise dans la version originale de ses textes le terme d'*affectus* pour désigner les mouvements de l'âme, et non *emotio* ou *passio* comme c'est le cas traditionnellement à cette époque⁷⁹⁹. Suivant les traductions, ce terme se transformera en affect, mais également en affection, voire en sentiment⁸⁰⁰, ce qui n'est pas sans poser quelques difficultés. Néanmoins, le parti pris adopté

⁷⁹⁸ L'auteur déclare ainsi : « Et quoique tous soient persuadés que la religion nous enseigne au contraire à aimer son prochain [...], j'ai fait voir que cette persuasion a peu d'emprise sur les passions ». in *Traité politique*, précité, chapitre I, point 5, p. 6.

⁷⁹⁹ Cité in C. Jacquet, *Les expressions de la puissance d'agir chez Spinoza*, Publications de la Sorbonne, 2005, 304 pages, p. 229.

⁸⁰⁰ J.-P. Juillet, *Des vues de Spinoza : arguments et figures de la philosophie vraie*, Presses de la Sorbonne, 2001,

par Spinoza vise à « dédramatiser le caractère tragique et funeste des passions, et à montrer que toute la vie affective ne se réduit pas à l'aliénation passionnelle, mais peut manifester la puissance joyeuse de l'homme qui affirme son existence ou son effort pour persévérer dans l'être et passer à une plus grande perfection »⁸⁰¹.

695. Comment alors comprendre ce terme d'*affectus*, quelle que soit la traduction qu'on lui donne ? Mme Jacquet en donne la définition suivante : ce sont « des réalités psychologiques qui expriment des modifications ou des affections de la puissance d'agir du corps et de l'esprit »⁸⁰². M. Misrahi, quant à lui, en propose la définition suivante, en opposant l'affection (*affectio*) et l'affect (*affectus*) : « [...] l'affect est l'idée (claire ou confuse) d'une modification du corps. C'est pour bien marquer cette distinction entre l'ordre de l'esprit (et par conséquent de l'affectivité) et l'ordre du corps, qu'il est indispensable de réserver affection (modification) pour *affectio*, et affect pour *affectus*, le premier concernant le corps, tandis que le second concerne la conscience qu'en prend l'esprit. L'affect, vécu par l'esprit (*mens*), est toujours la conscience (ou idée) d'une affection, c'est-à-dire d'un événement marquant le corps »⁸⁰³. Pour le formuler autrement, on peut dire qu'il s'agit de l'effet produit sur notre corps, et/ou notre esprit par des causes extérieures ou non. C'est en ce sens qu'on a pu écrire que « l'affect, qu'il soit une action ou passion, recouvre à la fois une réalité physique (certaines affections corporelles) et une réalité mentale (les idées de ces affections, et il implique une corrélation entre ce qui se passe dans l'esprit et dans le corps »⁸⁰⁴. Car c'est bien là une autre originalité de l'auteur : celui de marquer, de façon tout à fait spécifique, la thématique corporelle⁸⁰⁵, mais d'un corps qui ne serait pas pensé en opposition à l'esprit. Pour Spinoza, ils sont une seule et même chose que nous apercevons sous différents aspects suivant le prisme par lequel on les observe⁸⁰⁶.

457 pages, p. 40. Dans le même sens, cf. les notes de R. Misrahi in *Spinoza, Éthique*, éd. De l'éclat, 2005, 502 pages, p. 401-404, qui utilise le terme d'affect ; En sens contraire, cf. S. Ofman, *Pensée et rationnel : Spinoza*, éd. L'Harmattan, 2003, 436 pages, p.248 et s., qui préfère le terme de sentiment.

⁸⁰¹ C. Jacquet, *ibid.*

⁸⁰² C. Jacquet, *ibid.*

⁸⁰³ R. Misrahi, précité, p. 401-402.

⁸⁰⁴ C. Jacquet, précité, p. 230.

⁸⁰⁵ C'est en effet à partir du corps que Spinoza va dériver son concept d'amour. Sur ce point, cf. C. Jacquet, précité, p. 245 et s.

⁸⁰⁶ C'est ainsi que Spinoza écrit : l'esprit et le corps, c'est un seul et même individu que l'on conçoit tantôt sous l'attribut de la pensée, tantôt sous celui de l'étendue », cité in C. Jacquet, précité, p. 236.

696. C'est pour cela qu'il est impropre, dans la terminologie spinoziste, d'étudier les interactions de l'un sur l'autre, puisqu'ils « agissent et pâtissent de concert »⁸⁰⁷. Cependant, chacun conserve une certaine spécificité, les passions devant être expliquées par des causes psychiques (les idées inadéquates) tandis que les passions touchant le corps ont leur origine dans des causes physiques⁸⁰⁸. Mais, le fait même qu'il existe des causes extérieures aboutit à une conclusion d'importance : il est vain pour l'homme de prétendre pouvoir dominer totalement ses passions, en raison de l'existence de cette extériorité qui agit sur nous⁸⁰⁹. Dès lors, selon Mme Jacquet, « la maîtrise des passions ne consiste pas en un empire de l'âme sur le corps, mais de l'âme sur elle-même. Le remède aux passions ne passe donc pas par un dressage ou une domestication du corps, mais par une médecine de l'âme, à savoir l'exercice du pouvoir de comprendre »⁸¹⁰.

697. Ces passions sont le principe permettant d'expliquer les conflits entre les hommes. Ainsi, Spinoza déclare explicitement que « les hommes sont nécessairement sujets aux passions », mais surtout que « chacun ne peut s'empêcher de désirer que ses semblables vivent à sa guise, approuvent ce qui lui agréé, et repoussent ce qui lui déplaît. D'où il arrive que tous désirant être les premiers, une lutte s'engage, on cherche à s'opprimer réciproquement, et le vainqueur est plus glorieux du tort qu'il a fait à autrui que de l'avantage recueilli pour soi »⁸¹¹. Ceci aboutit à considérer que les hommes sont « *naturellement ennemis* »⁸¹² entre eux.

Pour autant, la grande force de l'œuvre spinoziste va consister à permettre de néanmoins de découvrir une conciliation entre ces passions antagonistes, sans pour autant renoncer à celles-ci. En effet, dans l'œuvre hobbesienne, la solution passe par l'instauration du Léviathan absolu, qui témoigne ainsi de l'impossibilité d'un accord du fait même de ses passions.

⁸⁰⁷ C. Jacquet, précité, p. 236.

⁸⁰⁸ C. Jacquet, *ibid.*

⁸⁰⁹ Spinoza écrit ainsi : « De là suit que l'homme, nécessairement, est toujours sujet aux passions, qu'il suit l'ordre commun de la nature et lui obéit, et qu'il s'adapte autant que l'exige la nature des choses », cité in C. Jacquet, précité, p. 237.

⁸¹⁰ C. Jacquet, précité, p. 237. il est à noter toutefois que l'éthique spinoziste comprend également une dimension corporelle, c'est-à-dire qu'à cette médecine de l'âme s'ajoute également une certaine médecine corporelle. Sur ce point, cf. C. Jacquet, précité, p. 239 et s.

⁸¹¹ B. Spinoza, *Traité politique*, précité, *ibid.*

⁸¹² B. Spinoza, *Traité politique*, précité, chapitre 2, point 14, p. 10. Confirmé au chapitre 3, point 13, p. 17.

698. La solution proposée est ici différente. Elle va passer par un recours à la notion de puissance, et au *conatus*, c'est-à-dire à la volonté de préservation dans l'être. En effet, selon Spinoza, le fait d'être conduit par ses seules passions a pour effet de diminuer la puissance de chaque être, qui est ainsi dépassé par la puissance des causes extérieures. La passion a en effet ceci de particulier chez lui qu'elle est une extériorité par rapport au sujet, c'est-à-dire qu'elle a sa cause, totale ou partielle, en dehors du sujet. C'est donc dans l'alliance d'un comportement, qui viendrait placer les passions en lien avec la raison, que l'accord devient possible entre les hommes. Ainsi leur puissance respective, loin d'être diminuée, est au contraire maintenue voire augmentée.

Il ne s'agit donc pas d'y renoncer, mais plutôt de leur fournir un chemin d'expression différent. La passion n'est pas rejetée en tant que telle, comme anti-naturelle ainsi que l'on pourra le voir chez Kant, et d'une certaine façon chez Hobbes et Locke⁸¹³. Elle est, dans cette hypothèse consubstantielle à la nature humaine, et permettant, lorsqu'elle est canalisée par la raison, la véritable expansion de la puissance.

2 / Spinoza : un dépassement de la morale

699. De cette différence vont découler des conséquences absolument fondamentales du point de vue de la philosophie politique et de la définition du droit naturel.

S'agissant du droit naturel, il est assimilé à la puissance, c'est-à-dire que « chaque être à naturellement autant de droit qu'il a de puissance pour exister et pour agir »⁸¹⁴. Et ce droit, loin d'être conduit par la raison, l'est bien plus par les passions : « [...] leur droit naturel ne doit pas être défini par la raison, mais par tout appétit quelconque qui les détermine à agir et à faire effort pour se conserver ». Plus loin Spinoza évoque même le fait qu'il n'est pas possible de faire une distinction entre « les désirs qui proviennent de la raison et ceux qui sont engendrés en nous par d'autres causes ».

700. Ce faisant, il n'est désormais plus envisageable de porter un jugement, nécessairement de caractère moral, sur les comportements observés dans l'état de nature. En effet, les

⁸¹³ « [...] je me suis soigneusement abstenu de tourner en dérision les actions humaines, de les prendre en pitié ou en haine; je n'ai voulu que les comprendre. En face de passions, telles que l'amour, la haine, la colère, l'envie, la vanité, la miséricorde, et autres mouvements de l'âme, j'y ai vu non des vices, mais des propriétés, qui dépendent de la nature humaine [...] », in B. Spinoza, *Traité Politique*, précité, chapitre I, point 4; p. 6.

⁸¹⁴ B. Spinoza, *Traité politique*, précité, chapitre II, point 3, p. 8.

traditions antérieures et postérieures des auteurs dits jusnaturalistes visaient justement à tracer une frontière permettant de déterminer, dans cet état pré-social, les comportements admissibles au regard de ce droit, et ceux qui ne l'étaient pas. Chez Spinoza, la perspective est toute autre, et constitue une forme de renversement axiologique : il n'y a plus d'ordre transcendant à respecter, mais simplement le désir pour chaque individu, de persévérer dans son être. En ce sens, il déclare: « Mais la plupart des philosophes s'imaginent que les ignorants, loin de suivre l'ordre de la nature, le violent au contraire, et ils conçoivent les hommes dans la nature comme un État dans l'État [...]. Or, l'expérience montre surabondamment qu'il n'est pas plus en notre pouvoir de posséder une âme saine qu'un corps sain ».

Plus loin il déclare beaucoup plus explicitement: « Il suit de là que le droit naturel, sous l'emprise duquel tous les hommes naissent et vivent, ne défend rien que ce que personne désire ou ne peut faire; il ne repousse donc ni les contentions, ni les haines, ni la colère, ni les ruses, ni rien enfin de ce que l'appétit peut conseiller »⁸¹⁵.

701. À cet effet, Spinoza se livre à une véritable redéfinition de la notion de pêché, en lien avec cet état de nature : celui-ci est exprimé comme « une action qui ne peut être faite à bon droit »⁸¹⁶. Or, en reliant précisément la nature humaine à une liberté voulue par le Divin, qui s'il l'avait souhaitée, aurait fait en sorte que l'homme soit uniquement déterminé par la raison, l'auteur parvient, en quelque sorte, à prouver théologiquement l'impossibilité du pêché à ce stade. Mais, au-delà de ce tour de force logique, il va encore plus loin lorsqu'il déclare que « le pêché ne peut se concevoir que dans un ordre social où le bien et le mal sont déterminés par le droit commun, et où nul ne fait à bon droit [...] que ce qu'il fait conformément à la volonté générale »⁸¹⁷. On ne peut être ici que frappé par le caractère précurseur de cette réflexion, qui semble tout à fait novateur par rapport au contexte religieux de l'époque. Certes, Spinoza réside et écrit en Hollande, pays qui incarne en ce temps une grande tolérance à l'égard des pratiques religieuses. Néanmoins, pour un auteur qui se revendique lui-même comme croyant, on ne peut que s'étonner de constater qu'il parvient néanmoins à théoriser l'action humaine de cette façon. Toutefois, il serait faux de voir dans cette déclaration une mise en cause du caractère divin des prescriptions religieuses, qui deviendraient purement

⁸¹⁵ B. Spinoza, *Traité politique*, précité, Chapitre II, point 8, p. 9.

⁸¹⁶ B. Spinoza, *Traité politique*, précité, Chapitre II, point 18, p. 11.

⁸¹⁷ B. Spinoza, *Traité politique*, précité, Chapitre II, point 19, p. 11.

relatives. S'il est certes possible à l'homme de « faire quelque chose contre ces décrets de Dieu inscrits à titre de lois, soit dans notre âme, soit dans l'âme des prophètes », il ne peut toutefois rien contre « ce décret naturel de Dieu inscrit dans la nature universelle, et qui regarde l'ordre de toutes choses »⁸¹⁸. La liberté humaine est donc, de ce point de vue, parfaitement pensable dans sa conciliation avec l'idée d'un déterminisme des causes, et d'un ordre supérieur de la Nature assimilé à Dieu⁸¹⁹.

702. On fait face ici à un dépassement de la morale, qui annonce peut être une partie de la pensée nietzschéenne⁸²⁰, et qui tend à considérer le juste et l'injuste comme des catégories morales projetées sur un événement, mais non comme constitutives de celui-ci. Mais surtout, par ce biais, l'auteur propose une approche qui permet sur ce plan d'éviter le rejet systématique de la dynamique pulsionnelle en raison d'idées préconçues, et d'influence religieuse, liées au corps terrestre; aussi, il prépare le second mouvement, c'est-à-dire la vie proprement collective, qui va s'appuyer non pas sur une abolition de la pulsion, mais sur une orientation collective à lui donner. On retrouve à ce propos la même nécessité de définir un intérêt commun pour l'ensemble des hommes, puisque chacun disposant du droit de sa puissance, tout individu peut être empêché par la puissance d'un autre⁸²¹. Il y a ici quelque chose qui appartient même à l'ordre de la nécessité, puisque Spinoza évoque bien le fait que toute renonciation, en dehors de l'hypothèse de la ruse (du mensonge) à un quelconque droit ne peut s'expliquer que par « crainte d'un mal plus grand, ou espoir d'un plus grand bien »⁸²². C'est donc à cet endroit qu'apparaît pour la première fois, de manière explicite, la référence au consentement, qui permet par le biais de l'intérêt commun, la véritable expression du droit naturel.

C'est de ce point de vue que l'originalité du travail spinoziste apparaît la plus manifeste, et ce particulièrement si l'on relie le droit naturel à la question de l'état de nature.

⁸¹⁸ B. Spinoza, *Traité Politique*, précité, Chapitre II, point 22, p. 12.

⁸¹⁹ Ce qui pour autant ne signifie pas qu'il s'agit d'un finalisme. Comme il le dira lui-même : « la volonté de Dieu est l'asile de l'ignorance ».

⁸²⁰ Cf. F. Nietzsche, *Par-delà bien et mal*, éd. Gallimard, coll. Folio Essais, 1987, 248 pages.

⁸²¹ « Or, comme un seul homme est incapable de se garder contre tous, il s'ensuit que le droit naturel de l'homme, tant qu'il est déterminé par la puissance de chaque individu et ne dérive que de lui, est nul : c'est un droit d'opinion plutôt qu'un droit réel, puisque rien n'assure qu'on en jouira avec sécurité ». in B. Spinoza, *Traité politique*, précité, chapitre II, point 15, p. 11.

⁸²² B. Spinoza, *Traité théologico-politique*, précité, Chapitre XVI, p. 264

B / La spécificité du contrat social spinoziste : la continuation de l'état de nature au sein de la société

703. Chez Spinoza, l'approche du contrat social est radicalement différente, et ce sur plusieurs points. Tant sa vision de l'état de nature que du rôle des passions, avant et après l'entrée, en société témoignent de cette originalité (1). De plus, le rôle qu'il fait jouer à la liberté au sein de la vie socialisée est primordial (2).

1 / Multitude, état de nature et passions : l'originalité de la pensée de Spinoza

704. Premièrement, l'état de nature ne correspond pas chez lui à cet état antérieur, ne serait-ce que chronologiquement, par rapport à l'état social. Il n'y a pas lieu d'opposer ainsi ces deux modalités particulières d'existence, ce qui signifie, en creux, que la condition première de l'humain est immédiatement sociale. En effet, puisque le mouvement même qui passe d'une existence solitaire à la réunion en corps social s'efface, cela revient à dire, a contrario, que l'état premier est bien celui de la vie commune. Pour autant, cela ne signifie pas qu'il s'agit déjà d'une société au sens où on l'entendra par la suite, puisque l'institution du souverain existe également dans la pensée spinoziste. Mais, la différence flagrante sur ce point est qu'à défaut de société, il y a déjà une pensée de la *multitude*⁸²³. Spinoza ne démarre pas en effet à partir d'un individu isolé qui irait à la rencontre des autres, mais traite toujours « des hommes », immédiatement mis à proximité, comme placés face à face.

705. Ensuite, si l'état de nature se définit comme celui où les hommes sont dominés par leurs passions aussi bien chez Hobbes, Rousseau, que chez Spinoza, ce dernier en tire une conséquence tout à fait pertinente. En effet, puisque dans sa perception, c'est bien à la nature humaine qu'il faut imputer cette omniprésence de la passion, il n'y a donc, dès lors, pas lieu de la supposer disparue dans la société créée. De ce fait, et c'est un point fondamental, l'état de nature ne cesse pas avec l'entrée en société, mais continue, identique, en elle : les hommes sont toujours mus par leur pulsions, mais ont désormais une façon différente de les canaliser, par le biais de la raison. Comme le dit Thierry Ménissier, « l'état de nature chez Spinoza décrit l'homme tel qu'il est spontanément dans sa condition d'être à la fois passionné et socialisé, et

⁸²³ Sur l'importance de la multitude, cf. *infra*.

non tel qu'il pourrait ou devrait être avant l'apparition de la société ou de l'État, avant la mise en place de rapports réglés avec autrui, comme c'est le cas chez Hobbes aussi bien que chez Rousseau ».

706. Ceci entraîne des conséquences tout à fait remarquables. En effet, s'il n'y a pas passage d'un stade à un autre, qui se caractérise chez les philosophes du contrat par l'abandon de droits, qu'en est-il dans la pensée spinoziste ?

Comme on l'a vu précédemment, le droit naturel se définit chez Spinoza comme le droit de faire tout ce que l'on est en puissance de faire. Il n'y a donc pas, au moins dans un premier temps, d'abandon de droits à proprement parler dans la vie collective⁸²⁴. Néanmoins ces droits sont limités par leur définition même, au travers de plusieurs possibilités : soit par les limites à la puissance de l'individu, soit par les nécessités qu'impose la vie en commun, soit enfin par la puissance qui est conférée, par les individus, au souverain. Toutefois, les droits ne s'entendent pas ici comme une formulation purement abstraite, c'est-à-dire de possibilités offertes en théorie mais qui seraient irréalisables matériellement. Le droit, une fois encore, ne se comprend que comme ce que l'on est réellement, et concrètement, en capacité (puissance) de faire. De ce fait, et pour reprendre Thierry Ménissier, « Spinoza anticipe la critique hégélienne du formalisme juridique, mais aussi la critique marxienne du droit comme abstraction ».

2 / La liberté placée au cœur de la vie sociale

707. C'est à partir de cette position singulière que l'auteur va pouvoir développer sa conception de la liberté, dont on sait l'importance au regard des contraintes qu'impose la vie en société. Dans le *Traité politique*, il énonce ainsi : « La liberté, en effet, c'est la vertu ou la perfection. Donc tout ce qui accuse l'homme d'impuissance ne peut être rapporté à sa liberté. C'est pourquoi on ne pourrait pas dire que l'homme est libre en tant qu'il peut ne pas exister ou en tant qu'il peut ne pas user de sa raison; s'il est libre, c'est en tant qu'il peut exister et agir selon les lois de la nature humaine. Plus donc nous considérons l'homme comme libre, moins

⁸²⁴ B. Spinoza, *Traité Politique*, précité, chapitre III, point 3, p. 14 : « [...] car, à y bien regarder, le droit naturel de chacun ne cesse pas absolument dans l'ordre social ».

il nous est permis de dire qu'il peut ne pas user de sa raison et choisir le mal de préférence au bien [...] »⁸²⁵.

Cette définition est extrêmement intéressante, en même temps qu'elle est problématique. En effet, elle a le mérite d'appréhender le concept sous un éclairage différent, et non négatif : la liberté est ainsi la possibilité d'être quelque chose, qui est ici déterminé, et non pas rien. Ainsi, être libre correspond au fait d'être conforme aux lois de la nature humaine, c'est-à-dire à quelque chose qui nous surdétermine. Il n'est donc plus question, dans cette perspective, de l'appréhender comme faculté de vouloir, indépendamment de l'objet et des finalités de la volonté, ce qui tranche radicalement avec la conception moderne.

708. Mais que sont alors ces lois de la nature humaine ? Elles sont au nombre de trois : d'une part, la tendance à persévérer dans l'être (qui explique le rejet de la négativité potentielle de la liberté); d'autre part la recherche de l'accroissement de la puissance; enfin, le fait d'être affecté dans l'existence par ce qui nous entoure, et d'avoir une connaissance rationnelle de ces déterminations⁸²⁶. Ces lois diffèrent profondément des conceptions de la nature humaine défendues par les philosophes du contrat. Ainsi, la raison y occupe une place différente⁸²⁷, puisqu'elle ne joue qu'en tant qu'il s'agit de connaître ce qui nous pousse à agir, afin de comprendre la réalité de notre nature. On retrouve ici tout à fait l'idée évoquée précédemment, à savoir le fait qu'il est impossible de vivre suivant le seul principe de la raison, comme le préconisaient certaines sagesse anciennes.

709. De plus, cette définition apparaît comme totalement vide de tout idéal de justice abstraite, ou d'une qualification morale apposée sur des comportements, et qui viserait ainsi à pouvoir déterminer une vie juste et bonne. Ce faisant, ces principes étant suffisamment larges, cette définition de la liberté apparaît beaucoup moins restrictive, dans le cadre de la vie collective, que les versions proposées antérieurement. Elle est donc tout à la fois imparfaite, du point de vue de notre sensibilité actuelle, mais tout à fait cohérente en logique. En effet, les actions négatives qu'elle interdit correspondent, dans la théorisation spinoziste, à des actes qui

⁸²⁵ B. Spinoza, *Traité politique*, précité, chapitre II, point 7, p. 9.

⁸²⁶ On peut trouver une illustration de ceci dans B. Spinoza, *Éthique*, GF Flammarion, éd 2000, 378 pages, partie IV, proposition XXIV, p. 241.

⁸²⁷ Du point de vue de l'individu, et non de ses rapports à autrui : « Dans la mesure seulement où les hommes vivent sous la conduite de la Raison, ils s'accordent toujours nécessairement en nature », in B. Spinoza, *Éthique*, précité, partie IV, proposition XXXV, p. 249.

diminuent la puissance, et qui donc dès lors, ne peuvent être rationnellement recherchés. La question qui se pose alors consiste à se demander si l'on peut volontairement, ou plutôt rationnellement, chercher à diminuer sa puissance ?

Spinoza paraît admettre cette possibilité, tout en expliquant que cela revient à ne pas saisir l'ensemble des potentialités offertes à l'agir humain⁸²⁸. C'est peut-être, sur ce plan, que le jugement moral refait son apparition, mais un jugement qui ne prend pas forme d'interdictions.

710. Dès lors, la liberté ainsi définie, c'est la conception même de la chose politique qui s'est altérée. En effet, puisqu'il s'agit, dans la société organisée, de vivre libre, c'est donc que la politique a pour tâche, ou doit permettre, l'expression et l'épanouissement de cette liberté. Il ne s'agit donc plus simplement de la politique comme moyen de régler les affaires communes, mais bien davantage d'orienter les comportements pour favoriser la pleine expression et l'expansion de l'être de chacun. Ainsi, en promouvant les activités qui augmentent la puissance, et en décourageant celles qui la diminuent, la politique apparaît, comme le dit Thierry Ménessier comme « l'éthique appliquée, elle correspond à la pratique du sage qui s'efforce de vivre comme le ferait Dieu – à savoir un être pleinement en accord avec la nécessité de sa nature ».

711. Là encore, cette interprétation peut être problématique, mais dans une mesure qui dépend de la façon dont sont compris ces encouragements. En effet, le risque ici est de vouloir imposer, indépendamment du consentement de certains, une certaine forme d'action au regard d'une conception personnelle de ce qui augmente ou diminue la puissance. Ce qui se profile derrière est bien le paternalisme. Cette difficulté ne peut être entièrement levée : ainsi, dans le processus de transfert de puissance au souverain, c'est l'utilité commune qui prime et justifie les conduites encouragées ou non. Néanmoins, le fait qu'elle soit commune ne signifie absolument pas qu'elle soit unanime. On pourrait alors lever une partie du problème en soutenant que ces encouragements ou sollicitations ne prennent, là encore, pas la forme d'interdictions au sens juridique, ce qui aurait pour effet de permettre de concilier un peu

⁸²⁸ Deux propositions au moins de l'Éthique semble suggérer cela : « Ce qui conduit les hommes vers la Société commune, c'est à dire fait qu'ils vivent dans la concorde, est utile:[...] », in B. Spinoza, *Éthique*, précité, proposition XL, p. 258 ; « L'homme qui est dirigé par la Raison, est plus libre dans la Cité où il vit selon le décret commun, que dans la solitude où il n'obéit qu'à lui-même », in B. Spinoza, *Éthique*, précité, proposition LXXIII, p. 290.

mieux la liberté de chacun avec l'existence collective. Ceci renvoie directement à la possibilité d'aller contre la loi du souverain, qui sera examinée plus après.

712. Quoi qu'il en soit, les liens entre cette conception de la liberté, de l'existence politique et du libéralisme apparaissent particulièrement puissants. En effet, le moteur même de l'association est chez Spinoza l'intérêt : « L'homme, en effet, dans l'ordre social comme dans l'ordre naturel, agit d'après les lois de la nature et cherche son intérêt »⁸²⁹. L'État n'est institué que pour « la paix et la sécurité de la vie », voire la concorde. Et si les hommes peuvent s'estimer contraints, liés par cette création, ce n'est que par « crainte d'un mal plus grand, ou espoir d'un plus grand bien »⁸³⁰. L'association s'explique donc par l'intérêt retiré, en termes de conservation, mais aussi d'expansion, de la puissance qu'elle permet. Dès lors que ces conditions ne sont plus remplies, en fait ou en opinion, les individus ne sont plus liés par leur engagement⁸³¹.

Néanmoins, l'intérêt défendu ici est bien différent de la seule appropriation sans fin chez Locke, ou de la recherche du seul intérêt matériel, tel que l'exprime l'économie politique actuelle. Elle embrasse un champ beaucoup plus large si l'on veut bien se souvenir de l'importance de la Joie, de la Gaîté dans l'édifice spinoziste. De manière analogue, l'importance donnée par l'auteur à « l'imitation affective »⁸³² ne porte pas simplement sur des objets matériels. L'expérience de l'ordre social ne se caractérise pas fondamentalement comme une communauté possédante, mais plutôt, pour reprendre le très joli mot de Thierry Ménissier, comme une « communauté pathique », ce qui nous renvoie très précisément à l'étymologie du terme consentement, comme faculté de « sentir avec ».

C / Du souverain et de sa relation au sujet juridico-politique

713. La pensée de Spinoza a fait l'objet d'une évolution, suivant que l'on considère ses théories au regard du *Traité Théologico-politique* (1) ou du *Traité Politique* (2).

⁸²⁹ B. Spinoza, *Traité Politique*, précité, chapitre III, point 3, p. 14.

⁸³⁰ B. Spinoza, *Traité théologico-politique*, précité, chapitre XVI, p. 264.

⁸³¹ Pour l'application à la sphère contractuelle, cf. B. Spinoza, *Traité Théologico-politique*, précité, p. 265.

⁸³² L'expression est d'Alexandre Matheron, et est citée par M. Ménissier.

1 / Le premier temps de la réflexion : le Traité théologico-politique et l'étendue des pouvoirs du souverain

714. Il reste encore à envisager la manière dont Spinoza conçoit le Souverain, et ses différences avec les auteurs évoqués. Sur ce point, des différences apparaissent entre le *Traité théologico-politique*, et le *Traité Politique*. Pour les rendre manifestes, on prendra la question du souverain.

715. En vue de caractériser l'état de nature par les relations qu'il induit entre les hommes, Spinoza déclare : « Il suit de là que tout homme appartient de droit à autrui aussi longtemps qu'il tombe sous son pouvoir, et qu'il s'appartient à lui-même dans la mesure où il peut repousser toute violence, réparer à son gré le dommage qui lui a été causé, vivre absolument comme il lui plaît »⁸³³.

La formule tend déjà à suggérer que l'on pourrait, d'une part, forcer l'individu à se soumettre à la multitude, mais pose également la question de l'étendue des pouvoirs du souverain.

716. C'est sur ce point que les différences les plus flagrantes apparaissent entre le *Traité théologico-politique*, et le *Traité politique*. En effet, dans le premier, Spinoza énonce : « Il faut que l'individu transfère à la société toute la puissance qui lui appartient, de façon qu'elle soit seule à avoir sur toutes choses un droit souverain de Nature, c'est-à-dire une souveraineté de commandement à laquelle chacun sera tenu d'obéir, soit librement, soit par crainte du dernier supplice »⁸³⁴.

On est ici tout à fait dans la logique hobbesienne du Léviathan absolu, qui gouverne les individus par la crainte, et à laquelle on ne peut échapper. Cet absolu est si marqué que dans la première version, Spinoza déclare que le souverain ne peut être tenu en aucune façon par une quelconque loi qu'il aurait prise, et que « tous lui doivent obéissance pour tout ». Là où Hobbes interdisait de désobéir au souverain, même pour protéger un ami, Spinoza fait de même lorsqu'il déclare que « nous sommes tenus d'exécuter absolument tout ce qu'enjoint le souverain, alors même que ses commandements seraient les plus absurdes du monde »⁸³⁵.

⁸³³ B. Spinoza, *Traité Politique*, précité, chapitre II, point 9, p. 10.

⁸³⁴ B. Spinoza, *Traité Théologico-politique*, précité, chapitre XVI, p. 266.

⁸³⁵ B. Spinoza, *ibid.*

717. À cette situation, l'auteur n'apporte que des explications superficielles, arguant d'une part que si les individus conservaient leur pouvoir de jugement, alors il n'y aurait aucune possibilité de sortir de ce droit que confère la puissance de chacun sur son semblable, et que personne ne serait ainsi tenu par rien. Lorsqu'il s'interroge sur le point de savoir si cette théorisation aboutit à faire des individus des esclaves dans la société, la réponse qu'il apporte est négative, mais là encore très superficielle : il y a en effet, selon lui, un degré d'esclavage supérieur dans le fait d'être seulement à la merci de ses pulsions, sans que la Raison puisse venir tempérer ceci. De même, seul compte le motif de l'action : s'il vise à satisfaire les intérêts de celui qui commande, alors l'individu est bien esclave. Mais, à ses yeux, la loi du souverain vise à permettre à l'individu de vivre selon la raison, et dès lors, lui est favorable. S'exprime ici, sous sa forme la plus manifeste, une sorte de paternalisme, selon lequel les individus ne seraient pas capables de savoir ce qui est bon pour eux. Ceci fait écho à cette obligation civilisatrice qui viendra plus tard justifier le processus de colonisation, au prétexte que ces populations ne savent pas ce qu'elles font, ni ce qu'il leur appartient d'être.

2 / La réflexion renouvelée du Traité Politique : le rôle du consentement

718. C'est peut-être le caractère extrême de ce positionnement qui permet d'expliquer que quelques années plus tard, dans le Traité Politique, Spinoza adoucit considérablement son propos. Dans celui-ci, l'État se définit par la puissance qu'il possède, mais qui résulte toujours d'un transfert de la multitude vers lui, et ce par le biais d'un « consentement commun »⁸³⁶. De plus, il se définit surtout par un rapport de force, qui s'explique justement par le fait qu'il est la continuation du droit naturel. En effet Spinoza déclare : « Partout où les hommes ont des droits communs et sont pour ainsi dire conduits par une seule âme, il est certain que chacun d'eux a d'autant moins de droits que les autres ensemble sont plus puissants que lui, en d'autres termes, il n'a d'autre droit que celui qui lui est accordé par le droit commun »⁸³⁷.

Partant de là, l'individu, pris dans un rapport de puissance avec l'État identique à celui qui l'oppose à chaque individu, et à la multitude, n'a donc de droit au sens de Spinoza, que celui que la puissance de l'État lui permet. Pour autant, cette figure du souverain, métaphorique, n'est absolument pas le résultat d'un processus contractuel. Il n'est que le nom

⁸³⁶ B. Spinoza, *Traité Politique*, précité, chapitre II, point 17, p. 11.

⁸³⁷ B. Spinoza, *Traité Politique*, précité, chapitre II, point 16, p. 11.

donné à cette part de la puissance de la multitude, qui peut ensuite être représentée selon différentes modalités : soit par la masse du peuple (démocratie), par une seule personne (monarchie), ou bien par quelques hommes seulement (aristocratie).

Aussi, de ce point de vue, le *Traité Politique* apparaît beaucoup moins juridique, formel, que le *Léviathan* de Hobbes, ou que le contrat social de Rousseau. Il ne consacre pas de développements spécifiques aux questions de modalités de suffrage, etc. C'est plutôt le principe de la puissance publique qui est ici exposé.

719. Puis, reprenant l'idée de la puissance, Spinoza entend montrer que tant que le pouvoir souverain inspire la crainte ou l'espoir à ses sujets, il peut disposer sur eux d'un pouvoir qui les conforme à sa volonté. C'est donc de ce point de vue que le consentement joue, puisqu'il est le fait de la relation entre l'individu et l'État : tant que l'individu espère ou craint un plus grand péril, il consent à se soumettre aux lois de la multitude. Quand ces raisons disparaissent, alors il regagne son droit plein et entier.

720. S'agissant donc de la question des limites des pouvoirs de l'État, le raisonnement se déroule en plusieurs temps. Premièrement, le philosophe hollandais envisage la question de savoir si chaque individu peut vivre à sa guise. De manière analogue au *Traité théologico-politique*, il répond par la négative, sans quoi l'État serait détruit et l'on reviendrait « à la condition naturelle ». Puis, il semble adopter la même position qu'antérieurement lorsqu'il déclare que « chaque citoyen, loin d'être son maître, relève de l'État, dont il est obligé d'exécuter les ordres, et qu'il n'a aucun droit de décider ce qui est juste ou injuste, pieux ou impie[...] »⁸³⁸. Mais ce postulat va être tempéré par plusieurs facteurs. Le premier de ceux-ci consiste dans la finalité de l'État, c'est-à-dire de proposer ce qui est « reconnu utile à tous par la saine raison »⁸³⁹. Dès lors que cette mission fait défaut, il n'y a plus lieu d'obéir à la loi étatique. Ensuite, des champs d'action vont sortir de la juridiction de celui-ci, à compter du moment où ne sont pas satisfaites les conditions premières, à savoir la crainte d'un péril plus grand ou l'espoir d'un bien supérieur. C'est en ce sens que Spinoza déclare : « D'où il suit que tous les actes auxquels personne ne peut être déterminé par des promesses ou des menaces ne tombent point sous le droit de l'État »⁸⁴⁰.

⁸³⁸ B. Spinoza, *Traité Politique*, précité, chapitre III, point 5, p. 12.

⁸³⁹ B. Spinoza, *Traité Politique*, précité, chapitre III, point 7, p. 15.

⁸⁴⁰ B. Spinoza, *Traité Politique*, précité, chapitre III, point 8, p. 15.

721. Puis, c'est lorsque l'auteur va examiner la possibilité pour l'État de pêcher, et donc d'agir de manière contraire à la loi, qu'une raison supplémentaire de limitation de ses pouvoirs va apparaître. Revenant sur sa position antérieure, et contrairement à Hobbes, il va ainsi affirmer que cela est possible, lorsque l'État «fait ou quand il souffre des actes qui peuvent être cause de sa ruine, et, dans ce cas, en disant qu'il pêche, nous parlons dans le même sens où les philosophes et les médecins disent que la nature pêche; d'où il suit que l'on peut dire à ce point de vue que l'État pêche quand il agit contre les règles de la raison »⁸⁴¹.

En fait, ce qui est exprimé ici est que l'État doit éviter les actes qui nuisent à la crainte qu'il inspire, ou l'espoir qu'il suscite, de manière analogue à ce qu'un individu doit faire au regard du droit naturel. Pour ce qui est du droit civil, les choses sont différentes, et l'État est ici seul juge de l'interprétation à donner à son comportement⁸⁴².

722. Enfin, les deux dernières hypothèses envisagées portent, pour la première, sur la possibilité de violer les lois « quand il y va du salut commun », mais celle-ci est en fait fortement reliée à la seconde, la plus fondamentale, à savoir l'indignation⁸⁴³. Cette dernière est véritablement essentielle pour comprendre la dynamique politique de l'œuvre spinoziste. En effet, ce n'est que quand les agissements du souverain suscitent l'indignation du plus grand nombre⁸⁴⁴, que les hommes dépassent la crainte que la puissance de l'État leur inspire. Dès lors, ce dernier est automatiquement dissous : « Ajoutez que faire mourir, spolier les citoyens, ravir les vierges et autres actions semblables, tout cela change la crainte en indignation et par conséquent l'état social en état d'hostilité »⁸⁴⁵.

723. Dès lors, c'est un véritable jeu qui va s'établir entre le souverain et la multitude, puisque tout va dépendre de l'intensité des comportements qui pourraient susciter l'indignation. Tant que ceux-ci restent éparpillés, secrets, peu d'individus en sont informés, et la crainte reste omniprésente. Mais à compter du moment où ils gagnent une certaine fréquence et importance, alors la situation se renverse et ouvre ainsi la voie à une véritable

⁸⁴¹ B. Spinoza, *Traité Politique*, précité, chapitre IV, point 4, p. 19.

⁸⁴² Ibid., point 5, p. 20.

⁸⁴³ Cf. B. Spinoza, *Traité Politique*, chapitre II, point 9, p. 15; et Chapitre IV, point 6, p. 20. C'est nous qui soulignons.

⁸⁴⁴ Étant donné que la puissance de l'État est fonction du nombre d'individu lui ayant transféré celle-ci, plus ils sont nombreux à se soulever, plus ils lui retirent de cette puissance.

⁸⁴⁵ B. Spinoza, *Traité politique*, précité, Chapitre IV, point 4, p. 19-20. C'est nous qui soulignons.

insurrection. La désobéissance apparaît ainsi comme une faculté éminemment politique et indissociable de la nature humaine, ce que viendra par exemple confirmer la Constitution française de 1793, au travers du droit de résistance et d'insurrection⁸⁴⁶.

Bien davantage, cette faculté, que l'auteur définit comme la « haine envers quelqu'un qui fait du mal à un autre »⁸⁴⁷ apparaît véritablement structurante de la mécanique politique, en ce qu'elle permet le passage de l'individuel au collectif. En effet, c'est bien sur la base de l'imitation affective, qui pousse les individus à se mettre imaginativement à la place d'un autre que, un peu comme la pitié rousseauiste, l'indignation va se transmettre de proche en proche, et ainsi se conjuguer immédiatement au pluriel.

724. C'est donc autour de ce concept d'indignation, dans son lien avec la multitude, que va s'articuler l'ensemble du processus politique chez Spinoza, que celui-ci aille dans un sens ou dans un autre, c'est-à-dire qu'il s'agisse de sortir de l'état civil ou d'y entrer. En ancrant cette disposition dans le cœur de la nature humaine, l'auteur détruit tous les problèmes liés à la nature spécifiquement juridique du pacte, et à son caractère obligatoire d'un point de vue temporel. L'homme apparaît ici avant tout comme seul détenteur de la puissance, envers et contre tous, et ce malgré tous les aménagements qu'il peut lui faire subir. Lié avec l'imitation affective, qui permet l'indignation, il établit ainsi sur des bases empiriques indéterminables le droit souverain de l'humanité à pouvoir sans cesse redéfinir les conditions de son être.

725. De plus, en établissant la création de l'État sur des bases purement passionnelles, et non juridiques, Spinoza fait l'économie de l'artificialité d'un recours au droit qui peut paraître ici, *in fine*, inopportun. Le droit peut bien venir, une fois les conditions posées, réguler la société, mais il ne saurait, en aucune façon, régir ce qui lui confère son existence même, c'est-à-dire cet état pré-civil. De ce fait, l'indignation se présente comme une borne, inscrite dans l'humain, à la démesure potentielle de toute institution humaine. Elle est ce qui relie l'homme à sa condition d'être humain, mais également, par le biais de l'imitation, à son appartenance à l'espèce, c'est-à-dire à la multitude.

⁸⁴⁶ Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1793, intégrée à la Constitution du 24 juin 1793, art. 33 et 35.

⁸⁴⁷ B. Spinoza, *Éthique*, précité, Troisième partie, définitions des affections, XX, p. 204.

726. Dès lors, ce n'est plus l'individu isolé, qui à la recherche de ses semblables, fonde l'État par le truchement du contrat. C'est la multitude, envisagée collectivement comme une entité entière, cet être passionnel transcendant, qui incarne magnifiquement notre condition humaine. Cette dernière se caractérise comme une unicité qui s'établit, et se dépasse, dans son appartenance à une communauté plus large, celle du sentiment, c'est à dire, en somme, du consentement.

727. Spinoza nous offre ainsi, en prenant le parti d'une continuation de l'état de nature au sein même de la société, les clefs de notre propre compréhension : celle d'une *potentia* à être ensemble.

728. Dès son origine, le concept de consentement manifeste dans la sphère philosophique le lien qu'il entretient avec la dimension pathologique, c'est-à-dire avec les affects dont est parcouru le sujet.

729. Aussi, même si l'émotion et les sentiments en eux-mêmes sont regardés avec suspicion, ce qui n'étonne guère au regard de l'époque, il n'en reste pas moins que le principe même de l'opposition exprimée ici traduit bien le lien fort qui unit les deux éléments. Dès lors, la seule appréhension du consentement comme accord est ici insuffisante.

730. Puis, à cette dimension plus individuelle s'ajoute également sa contrepartie plus sociale, au travers du consentement au titre du contrat social. Or, sur ce terrain, et dans une continuité logique, on observe le même fil d'Ariane : l'idée que le point de départ du raisonnement est toujours l'expérience concrète, subjective, que fait un individu de son existence. Or, celle-ci ne se réalise, du moins dans un premier temps, que par le biais d'un corps soumis à des sensations, des ressentis, qu'une discipline particulière pourra ou non permettre de juguler.

731. Plus que cela, on observe chez certains des auteurs évoqués à quel point l'émotion, le sentiment sont à la base de la socialité, comme chez Rousseau, et sont même consubstantielles à tout agir humain chez Spinoza.

732. Ce faisant, et au regard de ce que l'on a dit, c'est bien le lien entre consentement et émotion qui se trouve réaffirmé. On mesure ainsi à quel point l'utilisation moderne du concept, ne serait-ce qu'en droit constitutionnel, s'en éloigne.

Poursuivons donc par l'étude d'un point tout aussi déterminant : le rapport entre le consentement et la liberté.

CHAPITRE 2 : CONSENTEMENT ET SUBJECTIVITÉ : LE MYSTÈRE DE L'AUTONOMIE

733. Saisi de et par son désir, il appartient à l'individu de tenter de l'investir et de lui donner forme dans le monde qu'il habite. C'est par ce biais qu'il peut espérer exprimer toute la force de sa subjectivité. Mais, ce désir doit-il nécessairement se comprendre comme ne connaissant pas de limites, puisqu'il incarne une forme de revendication identitaire ?

Ce faisant, c'est la question de l'autonomie en elle-même qui est posée. Dans l'espace qui lui est aménagé et qui le constitue comme sujet humain et politique, l'individu peut-il faire résonner sa subjectivité au diapason de son désir ?

734. Sur ce point, les avis divergent. Au sein de la pensée juridique dominante, l'auteur de référence sur ces questions est Kant, qui propose une théorisation d'une précision logique redoutable, ce qui explique peut-être son succès au sein du monde du droit. Toutefois, cette vision prend appui sur un certain nombre de présupposés logiques et théologiques qui rendent sa transposition à l'époque moderne délicate, d'autant plus si l'on entend restituer fidèlement la pensée de l'auteur, et non simplement piocher au sein de celle-ci quelques phrases qui feront office de slogan (Section 1).

735. Aussi, la comparaison de l'édifice kantien avec un auteur de tradition anglo-saxonne, à savoir John Stuart Mill, penseur laïc, et plus immédiatement attentif à la mise en pratique de ses idées, ne peut que permettre de mettre en exergue les atouts et défauts respectifs de ces visions opposées sur de nombreux points. (Section 2).

736. Enfin, puisqu'il est question ici de liberté, associée ou non avec un quelconque déterminisme, l'apport de la psychanalyse est manifeste : elle nous invite à repenser en profondeur le sujet, non pas en direction d'une irresponsabilité générale dissimulée sous le concept d'inconscient. Ceci serait trop aisé, et de peu d'intérêt pour notre propos. L'ambition est différente : elle touche à la manière dont se noue le désir par lequel nous projetons notre subjectivité sur le terrain social (Section 3).

SECTION 1 : LA CONCEPTION CONTINENTALE DE L'AUTONOMIE : LE SUJET ENTRE UNIVERSALITÉ ET SINGULARITÉ DES PRÉFÉRENCES

737. Penseur emblématique de la période des Lumières, fondateur de ce que l'on appellera par la suite « l'idéalisme transcendantal », Kant a exercé une influence considérable sur son siècle, mais surtout sur les pensées qui vont suivre. Ainsi, aussi bien la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, que l'ensemble du droit⁸⁴⁸, sont intimement, voire inextricablement liés à la philosophie kantienne. Celle-ci s'exprime surtout au travers de trois livres majeurs, pour l'histoire de la philosophie comme pour celle du droit, que sont la *Critique de la raison pure*⁸⁴⁹ (1781), la *Critique de la raison pratique*⁸⁵⁰ (1788), et enfin la *Critique de la faculté de juger*⁸⁵¹ (1790).

Pour les besoins de la démonstration, on s'attachera à tenter de dégager les lignes de force de la pensée kantienne, dans son lien avec la subjectivité, tant son œuvre est riche et déborde très largement le cadre de cette recherche. Pour ce faire, on utilisera aussi bien les références évoquées, que des ouvrages kantien moins monumentaux, ainsi que les interprétations proposées par différents auteurs, tel Luc Ferry⁸⁵², ou Alexis Philonenko⁸⁵³ pour n'en évoquer que deux. De même, des allusions aux *Fondements de la métaphysique des mœurs*⁸⁵⁴ seront également effectuées.

738. Cette étude s'articulera donc autour de deux temps : le premier visera à poser les bases du concept d'autonomie au sein de la philosophie kantienne (§1). Le second, quant à lui, portera sur la place réservée par Kant à la subjectivité et aux passions (§2).

⁸⁴⁸ Il est à cet égard patent de constater à quel point Kant constitue la référence obligée de nombreux juristes, et l'auteur le plus cité par ceux-ci, qu'il s'agisse de l'autonomie de la volonté, de la dignité, de la théorie des biens en droit civil, etc.

⁸⁴⁹ E. Kant, *Critique de la raison pure*, éd. Flammarion, 2006, 749 pages.

⁸⁵⁰ E. Kant, *Critique de la raison pratique*, éd. Flammarion, 2003, 473 pages.

⁸⁵¹ E. Kant, *Critique de la faculté de juger*, éd. Flammarion, 2000, 540 pages.

⁸⁵² L. Ferry, *Kant – Une lecture des trois critiques*, éd. Le livre de poche, 2008, 440 pages.

⁸⁵³ A. Philonenko, *L'œuvre de Kant. La philosophie critique. Tome 1 : La philosophie pré-critique et la Critique de la raison Pure*, éd. Vrin, 1969, 356 pages ; *Tome 2 : Morale et Politique*, éd. Vrin, 1972, 292 pages.

⁸⁵⁴ E. Kant, *Fondements de la métaphysique des mœurs*, éd. Le livre de poche, 2003, 252 pages.

§1 : L'autonomie kantienne : fixer par soi-même les lois de son agir

739. La description précise de la richesse de la pensée kantienne dépasse très largement le cadre de ce travail. On se concentrera donc ici de manière principale sur les éléments qui intéressent notre propos, c'est-à-dire à la fois les passions et sentiments, dans leur lien avec la subjectivité, mais aussi ce qui touche au cadre théorique de la liberté qui est fourni par l'auteur. Pour cela, on appréciera dans un premier temps l'influence de Rousseau sur la manière dont Kant conçoit la nature humaine, et le rôle des passions (A). Puis, on progressera vers le cœur de la construction kantienne, au travers de la distinction entre le plan nouménal et le plan phénoménal (B), distinction qu'il conviendra de critiquer (C).

A / L'influence de Rousseau sur la pensée kantienne : la question de la nature humaine et des passions

740. La spécificité de la nature humaine repose chez Kant sur sa capacité à s'arracher à ses cadres, et sa liberté à s'affranchir de ses instincts primaires. Pour aller plus loin sur ce point, la pensée de Kant est ici fortement inspirée d'une certaine lecture de Rousseau⁸⁵⁵, et particulièrement du *Discours sur l'origine et les fondements de l'inégalité parmi les hommes*⁸⁵⁶. Dans celui-ci Rousseau déclare en effet : « [...] ce n'est donc pas tant l'entendement qui fait parmi les animaux la distinction spécifique de l'homme que sa qualité d'agent libre. La nature commande à tout animal, et la bête obéit. L'homme éprouve la même impression, mais il se reconnaît libre d'acquiescer, ou de résister »⁸⁵⁷. On retrouve donc ici l'argument de Kant sur la liberté comme faculté de s'arracher à ses instincts. Mais plus loin, Rousseau ajoute : « [...] il y a une autre qualité très spécifique qui les distingue, et sur laquelle il ne peut y avoir de contestation, c'est sa faculté de se perfectionner »⁸⁵⁸. Ainsi, l'homme est par nature changeant, et l'histoire humaine montre la diversité de ces comportements et des acquis culturels de ceux-ci, tandis que l'animal est « au bout de quelque mois, ce qu'il sera

⁸⁵⁵ On le verra, Kant ne reprend pas la totalité de la position de Rousseau, et ce particulièrement à l'égard de la nature humaine.

⁸⁵⁶ J.-J. Rousseau, *Discours sur l'origine...*, précité.

⁸⁵⁷ J.-J. Rousseau, précité, p. 42.

⁸⁵⁸ Ibid.

toute sa vie, et son espèce, au bout de mille ans, ce qu'elle était la première année de ces milles ans »⁸⁵⁹.

741. Toutefois, des différences persistent entre les deux auteurs, concernant ce qui touche à la nature humaine⁸⁶⁰. En effet, si Kant reprend à son compte le déterminisme et la perfectibilité évoqués précédemment, il les interprète également dans un sens inverse à celui de Rousseau. Chez ce dernier, cette faculté de s'arracher à sa nature explique surtout la possibilité pour l'homme de lutter contre ses instincts, mais bien plus, de commettre le mal. Il faut ici reprendre le texte du Discours pour bien saisir le propos. En effet, en opposition totale à Hobbes, pour qui l'état de nature se caractérise par la « guerre de tous contre tous », Rousseau déclare : « N'allons pas surtout conclure avec Hobbes que pour n'avoir aucune idée de la bonté, l'homme soit naturellement méchant, qu'il soit vicieux parce qu'il ne connaît pas la vertu [...] »⁸⁶¹. Plus loin, il ajoute : « Il dit précisément le contraire, pour avoir fait enter mal à propos[...] le besoin de satisfaire une multitude de passions qui sont l'ouvrage de la société, et qui ont rendu les lois nécessaires »⁸⁶².

Certes, la bonté au sens où l'entend Rousseau ne signifie pas que l'homme est d'une bonté de cœur parfaite, ou en tout cas bon comme nous l'entendons aujourd'hui. Il s'agit pour lui de montrer que ces qualificatifs n'existent qu'avec l'entrée en société, et qu'avant, l'homme est surtout innocent de ces jugements moraux. Mais jamais Rousseau ne dit explicitement ni textuellement que l'homme serait mauvais par nature, tout comme Kant⁸⁶³.

⁸⁵⁹ Ibid.

⁸⁶⁰ Différence que Luc Ferry ne pointe absolument pas dans son étude de Kant.

⁸⁶¹ J.-J. Rousseau, précité, p. 55.

⁸⁶² J.-J. Rousseau, ibid.

⁸⁶³ Même si Kant reprend lui-même, dans la *Critique de la Raison pratique*, l'argumentation hobbesienne relative à l'état de nature, et parlera ainsi d'une « insociable sociabilité ». Sur ce point, cf. L. Foisneau, D. Thouard, *Kant et Hobbes : De la Violence à la politique*, éd. J. Vrin, coll. Bibliothèque d'histoire de la philosophie, Paris, 2005, 249 pages, p. 200 ; Dans le même sens, cf. A. Philonenko, *L'œuvre de Kant...*, précité, Volume 2, p. 42 : « Cassirer [...] a particulièrement insisté sur l'idée très juste de Kant : l'état de nature n'est pas aussi riant que certains textes de Rousseau permettent de le penser », cité in Y. Prélorentzos, « L'influence de Rousseau sur la pensée Kantienne de l'Histoire », in R. Theis, L. K. Sosoe (dir), *Les sources de la philosophie kantienne au XVIIIe et XVIIIe siècles : Actes du 6^e congrès international de la société d'études kantienne de langue française*, Vrin, 2005, 382 pages, p. 325-332, p. 331 ; On pourra également se reporter à Kant, *La religion dans les limites de la Raison*, ouvrage daté de 1793, particulièrement explicite sur ce point : La première partie s'intitule en effet « de la coexistence du mauvais principe avec le bon, ou du mal radical dans la nature », et le III de cette même partie, intitulé « l'homme est mauvais par nature » peut se comprendre comme une réfutation de la pensée de Rousseau. Ce point est également beaucoup plus largement dans A. Philonenko, *L'œuvre de Kant...*, précité, Volume 2.

742. Chez ce dernier, c'est plutôt la volonté qui est mauvaise, voire les instincts. Il y a une méfiance profonde, très inspirée par la pensée chrétienne, à l'égard de la dimension pulsionnelle de l'existence. Toutefois, il est vrai que sa position sur ce point varie tout au long de sa vie. Ainsi, dans son *Traité de Pédagogie* de 1793, il déclare lui-même, plus fidèle en cela à Rousseau : « On pose la question de savoir si l'homme est par nature moralement bon ou mauvais. Il n'est ni l'un ni l'autre, car l'homme par nature n'est pas du tout un être moral, il devient un être moral que lorsque sa raison s'élève jusqu'aux concepts du devoir et de la loi »⁸⁶⁴. Plus loin, et de manière assez paradoxale, il déclare : « Il ne peut donc devenir moralement bon que par la vertu, c'est-à-dire en exerçant une contrainte sur lui-même, bien qu'il puisse être innocent s'il est sans passion »⁸⁶⁵. Là encore, il est possible de voir une méfiance de principe à l'égard des passions, qui provient peut-être de son éducation piétiste.

743. Pourtant, dans ses *Fragments Posthumes*, sous la forme d'une note commentant les *Considérations sur le sentiment du beau et du sublime* (1764), Kant écrit : « Les moralistes du jour supposent beaucoup de maux et veulent nous apprendre à les dominer. Ils prêtent à l'homme des tentations sans nombre de mal faire, et prescrivent des raisons pour en triompher. La méthode de Rousseau nous apprend à ne pas redouter les premiers comme des maux, à ne pas nous défier des seconds comme des tentations. C'est qu'il n'y a pas dans le cœur de l'homme une inclination immédiate pour les mauvaises actions, mais bien plutôt pour les bonnes ».

Il paraît donc y avoir chez le philosophe de Königsberg une ambiguïté fondamentale dans sa manière d'appréhender les pulsions, qui traduit chez lui le conflit intérieur entre son éducation rigoriste et la perspective de Rousseau, et qui révèle en creux la difficulté, même chez son théoricien le plus abouti, de parvenir à cette position transcendantale qui nous libère de nos pulsions.

B / Universalisation et perspective transcendantale : le dépassement de la subjectivité

744. C'est ici le cœur de la philosophie kantienne. L'accession à la sphère morale suppose de se départir des éléments spécifiques de la subjectivité pour adopter un point de vue général

⁸⁶⁴ In E. Kant, *Traité de pédagogie*, éd. Hachette, p. 79.

⁸⁶⁵ E. Kant, *Ibid.*

qui dépasse les seuls intérêts personnels (1). C'est fort de cet arrachement que l'on peut aborder la distinction du noumène et du phénomène (2).

1 / La fondation de la morale par l'universalisation désintéressée

745. Toujours est-il que s'appuyant sur ceux-ci, Kant entend théoriser les fondements d'une morale. Le point déterminant de cette construction conceptuelle va être la notion d'intention. Plus précisément, on peut dire que, là encore par analogie avec la pensée chrétienne, ce qui détermine la nature d'une action, c'est le mobile qui la soutient. Celui-ci doit être à la fois désintéressé, mais aussi universel⁸⁶⁶. Que faut-il entendre par là ? Simplement le fait que les motifs qui justifient l'action ne soient pas simplement contingents, c'est-à-dire issus de la situation donnée, mais puissent être universalisables, c'est-à-dire applicables à toute situation sans considération du fait⁸⁶⁷. À cet égard, M. Höffe note : « Tandis que l'exploration des maximes purement subjectives revient aux sciences empiriques, l'éthique met à l'épreuve de l'impératif catégorique la coïncidence ou la non-coïncidence de l'agir avec les lois objectives. Elle vérifie si l'universalité relative (subjective) que recèle toute maxime est aussi l'universalité absolue (objective) ayant valeur absolue pour tout être raisonnable. L'impératif catégorique examine si le contexte subjectif du sens contenu dans une maxime peut aussi être conçu et voulu comme contexte objectif de vie, comme référence raisonnable pour une communauté de personne »⁸⁶⁸. De ce fait, cette recherche de l'universalité permet également de changer le rapport à autrui.

746. En effet, lorsque je dois, pour être libre, m'arracher à des déterminations instinctives, il me faut prendre une distance de moi à moi-même pour m'observer tel que je suis, et ainsi pouvoir aller contre mes propres élans. L'universalisation permet une projection de cette distance qui se porte cette fois-ci sur l'autre, qu'il me faut considérer comme moi-même, et à qui je dois par conséquent donner la même valeur qu'à moi-même⁸⁶⁹.

C'est dans cette importance, et donc dans ce sentiment donné à cette action que va

⁸⁶⁶ C'est là l'un des points les plus fondamentaux de la philosophie kantienne, et par lequel il entend se distinguer de l'utilitarisme.

⁸⁶⁷ Mais ce qui là encore renvoie au fait que l'action n'a pas été simplement effectuée pour moi, mon égoïsme, mes intérêts, et est donc désintéressée.

⁸⁶⁸ O. Höffe, *Introduction à la philosophie pratique de Kant – La morale, le droit et la religion*, Vrin, 1993, 331 pages, p. 102-103.

⁸⁶⁹ L. Ferry, précité, p. 134.

résider la différence entre la légalité et la moralité. En effet, respecter la loi (légalité, ou conformité à la loi dans la version allemande) peut se faire pour des motifs totalement intéressés : par crainte de la sanction ou pour espérer quelque chose en retour de la part d'autrui; mais l'action morale elle consiste justement à agir, en accord avec la loi, mais tout en étant totalement désintéressé. Elle est donc de ce point de vue même probablement supérieure lorsqu'il n'y a pas de loi⁸⁷⁰. C'est ici un point d'opposition important avec Hobbes. Comme le note M. Thouard, il s'agit d'une « opposition entre deux modèles interprétatifs, l'un tenant de rapporter les motivations de l'homme à l'amour-propre ou à la conservation de soi, l'autre à la bienveillance, cherchant à dégager la réalité d'une subjectivité désintéressée, capable de préférer autre chose que soi »⁸⁷¹, cette dernière étant seule capable selon Kant de fonder une morale⁸⁷².

747. Pour rendre compte de ce passage vers l'universel et l'action non intéressée, Kant va élaborer une échelle de valeurs, au travers de trois impératifs, chacun exprimant un degré supérieur de moralité : d'abord l'habileté, qui est le degré le plus bas de la moralité, puis la prudence, et enfin la moralité qui est la position morale la plus aboutie en ce qu'elle est universelle. C'est dans cette perspective que le mérite peut être compris comme cette « tension interne entre le particulier des désirs égoïstes et l'universel de la loi dont la vertu consacre le triomphe »⁸⁷³.

2 / Causalité et liberté individuelle : plan phénoménal et plan nouménal

748. À ce stade, M. Ferry entend alors envisager ce qu'il nomme la troisième antinomie. De quoi s'agit-il ? En réalité, celle-ci provient du fait que dans la Critique de la Raison pure, Kant a proposé comme mécanisme d'explication, avec une portée quasi absolue, celui de la causalité, c'est-à-dire de la « nécessité absolue de l'enchaînement des événements dans le monde »⁸⁷⁴. Dès lors, puisque tout semble succomber à ce déterminisme, comment penser la

⁸⁷⁰ L. Ferry, précité, p. 135-135.

⁸⁷¹ D. Thouard, « Rire et amour propre - Anthropologie du rire et subjectivité chez Kant et Hobbes », in L. Foisneau, D. Thouard, *Kant et Hobbes : De la violence...*, précité, p. 55-85, p. 57.

⁸⁷² D. Thouard, « Rire... », précité, p. 56.

⁸⁷³ L. Ferry, précité, p. 139.

⁸⁷⁴ L. Ferry, précité, p. 140.

liberté individuelle, comment considérer que l'on peut volontairement agir librement, en faisant abstraction de ses instincts naturels ?

C'est cette contradiction qu'il va s'agir d'étudier.

749. Pour la résorber, il faut se pencher sur la distinction que fait Kant entre le monde phénoménal et le monde des noumènes. Dans le monde phénoménal, celui que nous expérimentons au travers de notre corps, nous ne percevons que le sensible, c'est à dire une partie seulement de la réalité des choses⁸⁷⁵. Dans le monde nouménal, pur, les objets sont plus que ce que nous pouvons simplement percevoir. Kant partage donc avec Platon, du moins en partie, l'idée d'un au-delà de la perception sensible du réel. Toutefois, il se sépare de ce dernier, en ce que chez Platon, cette réalité excédentaire est accessible par la Raison, tandis que pour Kant, le noumène a son sens en tant que limite. Cette question peut sembler ne revêtir qu'un intérêt purement théorique, mais elle intéresse pourtant de manière tout à fait concrète la question de la subjectivité, comme de la liberté. En effet, s'agissant de la subjectivité, un auteur note que par cette distinction, « Kant saisit l'occasion pour rappeler l'indépassable phénoménalité des intuitions du sens interne, à parité quant à cette caractéristique avec les intuitions du sens externe. Il renvoie dos à dos notre expérience de l'intériorité et celle de l'extériorité, tributaires l'une et l'autre des *a priori* de l'expérience. En suite de quoi, il se fait fort d'induire contre les partisans de la « psychologie rationnelle » que nous ne connaissons jamais du « moi » que son aspect phénoménal ; de ce qu'est le sujet, le « moi transcendantal », nous ne pouvons rien affirmer. Le « moi transcendantal » relève d'une autre sphère, suprasensible, infra-catégorielle, extra-spatiale et temporelle, inaccessible à l'intuition humaine »⁸⁷⁶.

750. Ce faisant, la distinction noumène/phénomène se redouble au sein même de la catégorie du moi. Toutefois, une telle présentation ne doit pas masquer le fait que c'est bien l'existence concrète qui constitue le motif premier d'accès à la connaissance⁸⁷⁷, même si par la

⁸⁷⁵ F. Mathieu, *Kant et la Subjectivité – Autonomie de la déduction transcendantale*, éd. Edilivre, coll. Classique, 2013, 112 pages, p. 15 : À la question « que puis-je connaître », Kant répondait : l'objet perçu, l'objet conçu, synthétisé, déterminé ou subsumé sous des catégories, unifié par le « je », conformément aux conditions de l'expérience en général. C'est tout l'acquis de l'Esthétique transcendantale que d'avoir démontré que seul pouvait être connu ce qui se laisse intuitionner (empiriquement) pour faire l'objet d'un acte de jugement ».

⁸⁷⁶ F. Mathieu, *Kant et la subjectivité...*, précité, p. 18.

⁸⁷⁷ En réalité, cette affirmation est à nuancer, puisqu'il existe bien chez Kant des formes *a priori* de la connaissance, que sont l'espace et le temps, qui précèdent l'expérience, mais qui ne se révèlent que par elle. Cf.

suite, il y a élévation par la logique transcendantale ou si certaines connaissances ne dérivent pas toutes directement au moins de l'expérience. Comme l'écrit M. Mathieu, « aucune connaissance ne saurait prendre corps sans le concours simultané des trois « sources subjectives » de connaissances, à l'exclusion desquelles rien ne saurait être pensé : (a) le divers intuitif, figuré dans la perception par le truchement des sens conformément aux formes a priori de l'intuition pure ; (b) la synthèse pure de l'imagination et (c) l'aperception pure, fondant l'identité de ces représentations dans la conscience empirique (conditionnée par la conscience transcendantale »⁸⁷⁸.

751. Dès lors, si l'on applique cette distinction à la question de la liberté, la perspective kantienne consiste à dire que la thèse de la liberté radicale serait valable sur le plan nouménal, qui nous est parfaitement inaccessible, tandis que dans le plan phénoménal, l'existence serait dirigée par la détermination de la causalité. Ce qui revient alors à dire que cette liberté est hors d'atteinte pour l'être humain, qui se voit ainsi limité dans son existence concrète⁸⁷⁹. Or, comme c'est justement celle-ci qui fait de l'humain un être raisonnable, alors c'est cette détermination même qui est battue en brèche. Il est alors impossible de dire à quel type de choses doit s'appliquer ce qualificatif de « *raisonnable* », et à qui l'on doit conférer une valeur semblable à celle que l'on s'accorde soi-même. La maxime de l'universalisation devient donc caduque, même si l'auteur propose bien une solution pour remédier à cette difficulté⁸⁸⁰.

C / Critique de la distinction kantienne entre plan nouménal et phénoménal

752. Pour admettre comme valides les propositions kantienne, il faut déjà considérer que le monde se décompose effectivement entre ces deux réalités, dont l'une serait inaccessible à notre perception. Or, il est tout à fait possible de soutenir une position radicalement opposée.

F. Mathieu, *Kant et la Subjectivité...*, précité, p. 14 : « Et Kant de signifier par là qu'elles n'en sont pas issues. L'esprit n'est pas tel une tablette de cire, vierge de tout *a priori* » et p. 25 et s.

⁸⁷⁸ F. Mathieu, *Kant et la subjectivité...*, précité, p. 12-13.

⁸⁷⁹ Même si pour Kant, la liberté se comprend en lien avec l'autonomie, c'est-à-dire dans la possibilité se donner à soi-même une loi morale. Dès lors, il n'y aurait pas de limitation à proprement parler.

⁸⁸⁰ L. Ferry, précité, p. 156-157 : « on doit donc dire que, si du point de vue de la raison métaphysique les principes sont contradictoires, les maximes sont complémentaires du point de vue scientifique, et seulement antithétique du point de vue de la réflexion. Une contradiction qui ne saurait être perçue que d'un point de vue dogmatique n'est plus, à proprement parler, une contradiction, mais une opposition qu'il serait ruineux de vouloir supprimer, car sa suppression équivaldrait à celle de la possibilité même du jugement réfléchissant (de la réflexion) ».

Ainsi, Clément Rosset, fortement inspiré des écrits de Schopenhauer, propose-t-il une vision totalement décalée par rapport à cette dichotomie conceptuelle⁸⁸¹.

Selon lui, le réel se caractérise fondamentalement par le fait qu'il est insignifiant, c'est-à-dire qu'il cumule deux qualités, celle d'être nécessairement déterminé, mais aussi d'être nécessairement quelconque (la réalité ne peut être autre chose que quelque chose, et dès lors, est quelconque)⁸⁸². Ce faisant, selon lui, la signification qu'on lui accole n'est jamais qu'une signification projetée par l'observateur, et en aucune façon elle ne correspond à la réalité. Comme il le dit lui-même, à force de vouloir voir une signification dans des objets, des événements, on finit effectivement par la trouver, idée qu'illustre parfaitement à ses yeux la psychanalyse.

753. Or, fondamentalement, le réel est silencieux, c'est-à-dire qu'il est monotone, *monos tonos*, il ne délivre qu'un son, qu'un sens. Ainsi Michel Serres pourra-t-il écrire, dans une formule magnifique : « Le secret des choses, c'est qu'il n'y a pas de secret. Le message de fond n'est qu'un bruit, et nul ne me fait signe, et il n'y a pas de signal. Qu'il n'y ait rien à lire, au bout de toute lecture, qui le supportera ? »⁸⁸³.

Pour autant, cela ne signifie pas que le réel puisse ainsi se résumer au hasard, ce qu'une critique trop rapide viendrait prétendre. Le hasard permet en effet d'expliquer la survenance du réel, mais non pourquoi le réel est ce qu'il est. Il subsiste donc, chez lui, un mystère fondamental de l'être. Comme le disait Angelus Silesius : « la rose est sans pourquoi, fleurit parce qu'elle fleurit/ n'a souci d'elle-même, ne désire être vue »⁸⁸⁴.

Ainsi le réel apparaît-il comme idiot, c'est à dire simple, particulier unique, qui n'a pas de double, mais aussi dépourvu de raison. Il est ce qui ne possède pas de reflet comme l'univers qu'Ernst Mach a défini comme « un être unilatéral dont le complément en miroir n'existe pas ou n'est pas, ou, du moins, ne nous est pas connu »⁸⁸⁵.

754. On le voit, les conceptions sont ici parfaitement opposées à celle de Kant. Pour Rosset, Kant est ainsi qualifié « d'inguérissable ». En effet, il identifie dans le dispositif conceptuel

⁸⁸¹ C. Rosset, *Le Réel – Traité de l'Idiotie*, éd. de Minuit, coll. Reprise, 2004, 155 pages.

⁸⁸² C. Rosset, *Le Réel...*, précité, p. 13.

⁸⁸³ Michel Serres, *La traduction (Hermès III)*, 1974, les Éditions de Minuit, p. 67, cité in Clément Rosset, *Le Réel...*, précité, p. 28.

⁸⁸⁴ Clément Rosset, *Le Réel...*, précité, p. 42.

⁸⁸⁵ Ibid.

kantien le fait que Kant repère le sens comme manquant dans la réalité (réalité phénoménale), mais tout en maintenant que celui existe sous la forme d'une idée régulatrice (noumène)⁸⁸⁶. Pour l'auteur, c'est là un point majeur de la philosophie kantienne, puisqu'avec le philosophe de Königsberg, on en arrive à l'idée qu'à partir du moment où l'on tient à une idée, on peut la revendiquer comme vraie, et ce quand bien même les preuves abonderaient en sens inverse. En effet, chez Kant, il s'agit de « critiquer le savoir pour mettre la croyance à l'abri du savoir ». Selon Rosset, la démarche kantienne est en effet hautement critiquable, puisqu'elle part du postulat selon lequel certaines idées sont nécessaires pour ensuite démontrer comment elles sont possibles⁸⁸⁷. Ceci permet la création de ce qu'il appelle la « critique blanche », c'est-à-dire la « critique non criticante », qui épargne en réalité l'objet qu'elle entend critiquer. Ceci a pour conséquence qu'au sortir de cette critique, les prétentions acquièrent une forme de scientificité pour leurs partisans qui est absolument inadéquate. C'est de là selon lui que découlent toutes les formes modernes de dogmatisme, et particulièrement ce qu'il nomme le dogmatisme de l'incertitude : « on croira de toute façon, peu importe au fond à quoi (puisque Kant a montré que tout objet de croyance pouvait résister victorieusement aux assauts de l'esprit critique, grâce à l'entremise de la critique non criticante) »⁸⁸⁸.

755. Il serait facile de voir dans cette pensée atypique l'expression d'un désespoir, et de se demander alors, si rien n'a de sens, ce qu'il nous reste à faire de ce monde, et comment même simplement vivre. La solution réside chez l'auteur non dans le repli vers quelques « *arrière-mondes* » comme les nommera Nietzsche parlant de Platon mais aussi de la religion en général, mais dans l'amour du réel tel qu'il est. Il s'agit pour Rosset de l'allégresse, qu'il rattache à la Joie chez Spinoza, mais qui cette fois-ci se tend vers un objet qui englobe en même temps tout le reste : aimer le réel parce qu'il existe⁸⁸⁹.

756. À cela, certains répondront que le réel tel qu'il est ne peut faire l'objet d'amour, tant il est inique, cruel, désolant. Pour autant, faut-il lui préférer une construction fictive, que l'on espère voir un jour advenir, mais qui, l'expérience le prouve, se fait encore attendre ? Ne peut-on ici renverser l'ordre hiérarchique, comme le fit Kant, même de façon superficielle, pour aimer d'abord ce qui est, avant que de se focaliser sur ce qui doit être ?

⁸⁸⁶ Clément Rosset, précité, p. 60.

⁸⁸⁷ C'est ainsi que Luc Ferry lui-même écrit : « le point de vue finaliste, en tant que réfléchissant, est inévacuable, et qu'il renvoie nécessairement à la supposition d'un créateur intelligent ». in Luc Ferry, précité, p. 158

⁸⁸⁸ C. Rosset, précité, p. 63.

⁸⁸⁹ C. Rosset, précité, p. 78-79.

De plus, le fait d'aimer le réel pour ce qu'il est vraiment ne signifie en rien qu'il faille accepter, comme un corollaire indépassable, les injustices et les troubles qui le traversent. Il s'agit plutôt de considérer que le réel étant ainsi, que peut-on, de nos mains et avec notre fragilité, en faire ?

La critique de Rosset est donc extrêmement pertinente, aussi bien sur le plan des idées, que sur ce qu'elle suggère comme champ d'investigation pour la suite, comme manière de répondre à cette question qui traversera l'œuvre de Pierre Legendre, à savoir le « mystère d'être là »⁸⁹⁰.

757. Il nous reste à envisager l'influence véritable de la pensée chrétienne chez Kant, particulièrement s'agissant des passions. Pour cela, il faut s'attarder quelques instants sur la question du respect de la personne dans sa théorie, et ce en lien avec la dignité humaine, mais plus largement, à la place que la théorisation kantienne accorde au concept de sentiment. En effet, l'œuvre du théoricien allemand est marquée par une certaine ambivalence à l'égard du concept de sentiment.

§2 : L'ambivalence de la subjectivité et des passions : le pessimisme kantien

758. Ce désintéressement évoqué plus haut, point essentiel de l'universalisation, témoigne d'une forme de méfiance dans la philosophie kantienne à l'égard du sentiment. En effet, si celui-ci permet effectivement de nous ouvrir à la moralité, au titre de point de départ (A), il est néanmoins fortement problématique, à un point tel que Kant préférera se réfugier dans un éloge de l'espèce plutôt que de l'individu afin de soutenir son propos, par exemple s'agissant de la dignité (B). Ceci évoqué, on pourra alors mesurer l'importance des apports kantien à la compréhension du consentement et de la subjectivité (C).

A/ Le sentiment comme fondement de la morale

759. Ainsi, si l'on envisage la thématique de l'action désintéressée⁸⁹¹, il est possible d'observer que l'approche kantienne témoigne de cette prégnance du religieux. Ainsi, dans

⁸⁹⁰ P. Legendre, *La fabrique de l'homme occidental*, éditions Mille et une nuits, p.13.

⁸⁹¹ La thématique du désintéressement se retrouve également dans la théorie esthétique. Cf. A. Philonenko, *Métaphysique...*, précité, p. 58.

son cours d'*Éthique* de 1750, Kant déclare : « les impératifs ne sont que des formules d'une nécessité pratique : ils expriment une nécessité de nos actions sous la condition de la bonté »⁸⁹². Dans une *Réflexion* de la même année, il écrit que « la force de l'obligation réside dans le désir de la béatitude, et que les lois morales ont besoin pour cela d'un législateur saint qui ait le pouvoir de conférer à l'homme la béatitude conformément à la dignité de se la voir accorder »⁸⁹³. Ici, la référence religieuse n'est même plus à découvrir tant elle s'avance découverte. Puis, dans la *Critique de la raison pratique*, il va mettre en avant le respect comme sentiment, c'est-à-dire comme affection sensible, « pathologique », mais sentiment supérieur car sa cause est intellectuelle.

Robert Theis y voit une théorisation proche de celle de la théologie paulinienne, et qui s'exprime par exemple au travers de cette phrase tirée de l'épître aux Romains (7,14) : « Nous savons certes que la loi est spirituelle; mais moi je suis charnel, vendu comme esclave au péché »⁸⁹⁴.

On trouve même une forme de martyrologie, que l'auteur met très bien en évidence, dans la question de la soumission à la loi, qui s'accompagne selon Kant d'un sentiment de douleur, d'humiliation, comme une « défaite de l'homme sensible »⁸⁹⁵, mais qui est aussi une victoire de l'homme « sous l'emprise de l'esprit et de la personnalité »⁸⁹⁶.

Pour autant, cela ne signifie pas que cette imprégnation remette en cause le sentiment dans l'ensemble de l'édifice kantien. C'est ce que nous allons observer maintenant avec davantage de précisions.

760. Ainsi, Kant distingue « trois facultés de l'âme (*Seele*), la raison, la volonté, le sentiment [...] »⁸⁹⁷. Or, puisque la connaissance a son assise dans un fait de l'expérience après-coup dépassé par la démarche transcendantale, la question du fait support du sentiment s'avère importante. Sur ce point, la détermination de ce dernier apparaît comme particulièrement délicate et ardue⁸⁹⁸. Cela n'empêche pas pour autant Kant d'en faire usage, particulièrement dans le domaine esthétique, et c'est en ce sens que M. Philonenko peut dire que « ce recours à l'intuition, j'y insiste : au sentiment, à l'opinion, à la doxa, n'était pas dans

⁸⁹² Cité in R. Theis, précité, p. 4, §13.

⁸⁹³ Ibid.

⁸⁹⁴ Cité, in R. Theis, précité, p. 5 § 25.

⁸⁹⁵ R. Theis, précité, p. 6 §27.

⁸⁹⁶ R. Theis, précité, p. 6 § 27.

⁸⁹⁷ A. Philonenko, *Métaphysique et politique chez Kant et Fichte*, Vrin, 1997, 479 pages, p. 51.

⁸⁹⁸ A. Philonenko, *Métaphysique...*, précité, p. 52-54.

l'esprit de Kant une démarche, pour ainsi dire, insolite »⁸⁹⁹. Il cite alors une œuvre de jeunesse de Kant dans laquelle ce dernier écrit que « ces principes ne sont pas des règles spéculatives, mais la conscience d'un sentiment qui vit dans tout cœur humain et s'étend plus loin que les causes particulières de la pitié et de la complaisance. Je crois tout englober si je dis que c'est le sentiment de la beauté et de la dignité de la nature humaine »⁹⁰⁰. Dès lors, on le voit, le sentiment est bien d'une importance toute particulière. Cela est d'autant plus juste que c'est dans l'expérience esthétique que l'homme fait également l'expérience de sa liberté, en ce que, dans cette celle-ci, il n'est pas déterminé par les objets et peut bénéficier du « libre jeu des facultés de connaître »⁹⁰¹. C'est cette expérience qui ouvre au « sentiment de vie » ou « sentiment de la vie », dont la racine fondamentale est la force, comprise comme une force d'expansion d'un élan vital⁹⁰². Poursuivant, c'est cette force, qui unit le retour à soi, et la projection vers le monde, qui permet de ressentir véritablement une certaine forme d'harmonie, véritable « intuition éthique »⁹⁰³, quand bien même elle ne serait que doxologique. Or, par le fait même de la communication, il y a possibilité de s'extraire de cette position encore trop subjective : « La communication est l'horizon transcendantal de la doxa. [...] Mais dans le cours moral du monde, dans le champ phénoménal, je dois tenter, partant de mon universalité subjective, de communiquer avec autrui, en sorte que la monadologie doxologique est à la fois intuition éthique et sur le fondement du sentiment de la vie la reconnaissance d'autrui, supposé comme être humain, digne de respect et de partage »⁹⁰⁴.

761. Mais, si l'on quitte le champ de l'esthétique, alors la situation se complexifie. En effet, en opposition à Hume, Kant se refuse à considérer que l'on pourrait fonder une morale universelle sur le sentiment, quel que soit le nom que l'on peut donner à ce dernier. Ainsi, la sympathie humaine est-elle impuissante à jouer ce rôle, « car le cœur humain est incapable d'éprouver ce sentiment pour « chaque être humain », ce qui rend la sympathie injuste. Afin de rester vertueuse et sublime, la charité envers un indigent doit être subordonnée à des principes tenant compte de « l'espèce humaine ». « La vraie vertu ne peut s'appuyer que sur

⁸⁹⁹ A. Philonenko, *Métaphysique...*, précité, p. 55.

⁹⁰⁰ E. Kant, *Observations sur le beau et le sublime*, ed. J. Vrin, coll. Bibliothèque des textes philosophiques, 1992, cité in A. Philonenko, *ibid.* Dans le même sens, cf. C. Chalier, *Pour une morale au-delà du savoir – Kant et Levinas*, Albin Michel, 1998, 240 pages, p. 21 et s, où l'auteur entreprend d'étudier les rapports entre Kant et Hume justement au regard de l'importance du sentiment.

⁹⁰¹ A. Philonenko, *Métaphysique...*, précité, p. 61-62.

⁹⁰² A. Philonenko, *ibid.*

⁹⁰³ A. Philonenko, *Métaphysique...*, précité, p. 63.

⁹⁰⁴ A. Philonenko, *ibid.*

des principes : plus ils sont généraux, plus elle est noble et élevée »⁹⁰⁵. Les seuls principes que Kant va découvrir qui répondent à ces conditions sont ceux évoqués précédemment, à savoir le sentiment de beauté et de dignité de l'espèce humaine. Mais du fait même que Kant pense l'homme également dans sa faillibilité, comment concilier alors un tel sentiment avec son observation par la communauté humaine ? Selon Mme Chalier, « ces vertus d'adoption » ne reposent pas sur des principes. Elles ne suffisent d'ailleurs pas et il faut souvent que le souci de l'opinion d'autrui vienne faire contrepoids à « l'égoïsme grossier » et à la « volupté vulgaire » des hommes. Bien souvent ils acceptent des sacrifices, non par principe ou par sympathie, mais pour sauver les apparences et garder l'estime d'autrui. [...] Il (l'homme) a en outre conscience de la difficulté de la tâche, il sait qu'il doit se vaincre lui-même, freiner sa bienveillance ou son aversion spontanée et limiter son égoïsme. Kant assure même que, pour cette raison, la vraie vertu s'apparente à une disposition d'esprit mélancolique »⁹⁰⁶.

762. On le voit, le sentiment joue donc un rôle tout à fait fondamental, puisque Kant se risque à faire reposer la moralité sur ce dernier dans les deux formes évoquées. Dès lors, ces sentiments ont vocation à être universels, sans quoi nous retomberions sur un jugement purement subjectif, sur la monadologie doxologique évoquée précédemment⁹⁰⁷. Mais, affirmer l'existence d'un tel sentiment ne suffit pas à prouver ce faisant la réalité de ce dernier ni la possibilité de son application effective. Ceci paraît d'autant plus juste que la vision de Kant est assez marquée, comme nous le verrons par la suite, par une méfiance instinctive, fruit de son éducation, à l'égard des passions humaines. À cet égard, Mme Chalier fait une observation de première importance : « [...] il faut se demander ce que signifie le sentiment de la dignité de la nature humaine face aux hommes singuliers dont Kant retient surtout la faiblesse, la médiocrité et l'égoïsme. Le philosophe n'évoque en effet jamais la dignité de l'homme

⁹⁰⁵ C. Chalier, *Pour une morale...*, précité, p. 22.

⁹⁰⁶ C. Chalier, *Pour une morale...*, précité, p. 22-23. C'est nous qui soulignons. L'importance de la mélancolie, et plus généralement de la folie, dans la pensée kantienne a été discutée, tant sur le plan théorique, que sur le plan personnel. Ainsi, selon Mme David-Ménard, « ce qu'on nomme pudiquement l'intérêt de Kant pour la mélancolie couvre, en fait, la nécessité dont il fit le destin que l'on sait de transformer sa propre mélancolie en pensée philosophique, d'éviter par là le délire, et de le faire en disant de quoi il s'agissait », cité in M. David-Ménard, *La folie dans la raison pure : Kant lecteur de Swedenborg*, Vrin, 1990, 254 pages, p. 120. Cf. également le bel article : M. David-Ménard, « La folie dans la raison pure – sur la genèse d'un livre », *Les cahiers du GRIF*, 199, Volume 46 – n°46, p.41-45.

⁹⁰⁷ C. Chalier, *Pour une morale...*, précité, p. 23 : « Ce sentiment ne relève pas de la sensibilité propre à chacun, il ignore la partialité des émotions et ne fait acception de personne. Par-delà toutes les singularités et toutes les différences, sociales ou culturelles, il vise la beauté et la dignité de « la nature humaine », il ne dépend donc pas des impressions du moment. Il s'agit bien d'un principe valable en tous lieux et en tous temps ».

(*Würde des Menschen*) ou la dignité humaine (*menschliche Würde*), il s'en tiendra à la dignité de l'humanité (*Würde der Menschheit*). Or cette expression ne vise pas l'individu concret mais l'espèce capable de progresser vers un avenir meilleur »⁹⁰⁸.

B / Individu et espèce : la subjectivité ambivalente

763. Comment comprendre une telle affirmation, et surtout comment concilier une telle proposition avec les mouvements erratiques d'individus toujours singuliers ? Premièrement, on en peut ici qu'admirer l'élégance de cette formulation, qui évite ainsi de se voir désavouée dans l'empirie. En effet, quand bien même aucun homme ne pourrait recevoir le qualificatif de digne, en raison de son comportement, de son manque de désintéressement, la proposition selon laquelle c'est l'espèce qui est digne ne serait pas invalidée. Or, puisque par définition on ne rencontre jamais une espèce, mais toujours un représentant de cette dernière, alors cette proposition est à proprement parler irréfutable.

764. Ensuite, l'autre avantage d'une telle conception est que, d'un point de vue strictement individuel cette fois, nul ne peut être déchu de cette dignité du fait d'un agir quelconque. En raison de cette appartenance à une catégorie de laquelle il est subsumé, la concrétisation humaine que représente un sujet identifié n'est pas privée des qualités propres à l'ensemble dont il découle. Tout au plus possède-t-il davantage de qualités ou de défauts, mais il n'en possède assurément pas moins. Pour employer une métaphore juridique, on pourrait dire que l'être humain incarné dispose de l'*usus* et du *fructus* de cette dignité, mais que l'espèce reste elle nu-propriétaire. Ce faisant, il n'est pas loisible au sujet, privé de l'*abusus*, de se défaire de cette qualité, qui forme en quelque sorte la matière ontologique de son être.

765. On mesure ici à quel point l'usage contemporain du terme de dignité, dans la sphère juridique, par des auteurs qui se revendiquent de Kant, constitue au mieux un contresens de la pensée de l'auteur, au pire, une falsification volontaire de ces idées⁹⁰⁹. En effet, puisque par définition cette qualité dépasse le sujet lui-même, il ne lui est donc pas possible de s'en libérer totalement. Plus concrètement, cela signifie que même en adoptant un comportement jugé indigne, celui qui est à l'origine de ce dernier n'en cesse pas moins d'être digne en tant que

⁹⁰⁸ C. Chalié, *Pour une morale...*, précité, p. 24.

⁹⁰⁹ Sur ce point, cf. *infra*. Partie II, Titre II, Chapitre 3, §2, A, 2/.

membre de l'espèce humaine. Autrement dit, la dignité ne se dissout pas dans l'indignité ponctuelle d'un acte, ou d'un comportement.

On mesure donc ici le saut qualitatif qu'il y a à passer de cette situation à celles pour lesquelles le principe de la dignité humaine est aujourd'hui invoqué, comme dans l'hypothèse du lancer de nains⁹¹⁰.

766. Enfin, cette proposition kantienne doit-elle être comprise comme la manifestation d'un profond pessimisme à l'égard de l'être humain, voué en quelque sorte à la faute et au péché ? En réalité, la réponse à cette interrogation ne peut se concevoir que si l'on considère la distinction que fait Kant entre l'individu et l'espèce⁹¹¹. Si pessimisme il y a, c'est davantage à l'égard de l'homme situé que par rapport à l'espèce. À partir de cette ambivalence, Kant va forger l'oxymore « d'insociable sociabilité »⁹¹² à partir de son ouvrage *L'idée d'une histoire universelle au point de vue cosmopolitiques*. Pour comprendre cette formule, il faut bien considérer que selon l'interprétation donnée par M. Philonenko, « tout se passe comme si l'homme était mauvais par nature »⁹¹³, en raison des passions qui tendent à le dominer. Celles-ci sont au nombre de trois⁹¹⁴ : l'ambition, l'inclination à dominer, la cupidité. On remarque donc qu'aucune n'est positive a priori. Mais pour autant, l'issue n'est pas désespérée puisque Kant considère que ces passions négatives peuvent en réalité être source de progrès pour l'espèce. L'auteur a ainsi cette phrase tout à fait étonnante : « l'homme veut la concorde, mais la nature sait mieux que lui ce qui est bon pour son espèce : elle veut la discorde »⁹¹⁵. De fait, il semble bien que ce sont les passions qui permettent un véritable progrès en ce qu'elles poussent à une certaine forme de conflit, qui une fois dépassé, bénéficiera à l'ensemble de l'espèce. En somme, « de par le jeu des passions (*Herrsucht, Ehrsucht, Habsucht*) l'homme s'élève et se dépasse : c'est l'insociable sociabilité de l'homme qui fait fonctionner les âmes et

⁹¹⁰ Sur ce point, cf. *infra*. Partie II, Titre II, Chapitre 3, Section 1, §1.

⁹¹¹ A. Philonenko cite ainsi le passage suivant tiré des œuvres complètes de Kant : « On ne peut se défendre d'une certaine humeur quand des hommes on regarde la présentation des faits et gestes sur la grande scène du monde, et quand de-ci et de-là, à côté de quelques manifestations de sagesse pour des cas individuels, on ne voit en fin de compte dans l'ensemble qu'un tissu de folie, de vanité puérile, souvent aussi de méchanceté puérile et de soif de destruction », cité in A. Philonenko, *L'œuvre de Kant...*, précité, Volume 2, p. 28.

⁹¹² A. Philonenko, *ibid.* ; cf. également B. Geonget, « Le concept kantien d'insociable sociabilité. Éléments pour une étude généalogique : Kant entre Hobbes et Rousseau », *Revue germanique internationale*, 1996, n°6, p. 35-62.

⁹¹³ A. Philonenko, *L'œuvre de Kant...*, précité, p. 30.

⁹¹⁴ A. Philonenko, *L'œuvre de Kant...*, précité, p. 31 et s. pour une analyse détaillée de chacune de ces trois passions.

⁹¹⁵ Cité in B. Geonget, précité, version électronique, § 27.

les corps et parlant des bergers d'Arcadie, Kant montrera bien que seul le mal est un facteur de progrès ; une bonté originelle ne saurait fonder une histoire décrivant les progrès de l'homme [...] ⁹¹⁶». Dès lors, les passions sont à la fois mauvaises au regard de la moralité (elles ne sont ainsi pas universalisables), mais bonnes en ce qu'elles permettent à l'espèce de progresser ⁹¹⁷ sur le chemin de celle-ci.

767. Mais, si cela est correct s'agissant du mouvement objectif de l'histoire, c'est-à-dire considéré du point de vue de l'espèce, il n'en va pas de même concernant le sujet incarné. En effet, dans cette perspective, la passion est considérée comme suffisamment problématique pour devoir être évacuée. On a ainsi souvent reproché à Kant le caractère purement procédural, voire uniquement formaliste de la méthode transcendantale, celle-ci aboutissant certes à déterminer dans quelles conditions une maxime peut effectivement prétendre à l'universalité, mais sans pour autant renseigner sur le contenu effectif de cette dernière. C'est là le cœur de la critique que feront Hegel, ainsi que Schopenhauer des propositions kantienne, considérant ainsi que « la raison pratique kantienne n'est pas effectivement législatrice, mais seulement examinatrice » ⁹¹⁸.

768. Tout au plus peut-on remarquer que si les passions peuvent bien avoir un rôle nécessaire et positif sur le plan de l'histoire universelle, cela ne vaut pas pour l'individu pris isolément ⁹¹⁹. Il s'agit là d'une étrange dichotomie, aboutissant à un sujet clivé, écartelé. En effet, le sujet est pris par ses passions négatives, ses sentiments dont il doit au moins partiellement se départir pour prétendre à l'universalité. En même temps, c'est bien le sentiment qui lui permet, même malgré lui, de se lier à un autre reconnu comme également digne, et d'ainsi faire progresser le genre humain. Toutefois, une question qui n'est pas exclusivement logique se pose ici : ce sentiment peut-il venir à l'homme seul, ou bien doit-il faire l'expérience visuelle du semblable pour que ce sentiment de dignité émerge en lui ? Si la

⁹¹⁶ A. Philonenko, *Métaphysique...*, précité, p. 256 ; Dans le même sens, A. Philonenko, *L'œuvre de Kant...*, précité, p. 29 : « Pour avancer, la société se fonde sur ce qui devrait la retarder : les passions, qu'il ne faut pas confondre avec les dispositions et encore moins avec les tendances. D'autre part, c'est celle de la guerre perpétuelle. La notion de progrès ne cessant d'être présente ».

⁹¹⁷ Sur l'importance du progrès chez Kant, cf. A. Philonenko, *Métaphysique et politique...*, précité, p. 243-271.

⁹¹⁸ A. Philonenko, *L'œuvre de Kant...*, précité, p. 117.

⁹¹⁹ Sur la critique de la solitude et du mal que celle-ci génère pour l'homme, cf. A. Philonenko, *Métaphysique et politique...*, précité, p. 256-257 : « En revanche, la passion non réfrénée, qui se développe dans la solitude, ainsi la solitude du tyran, ne trouve aucune compensation : l'arbre est tordu, rabougri, courbé. Aussi, la solitude est-elle au principe de la tyrannie et cette dernière au principe des vices ».

réponse est positive, elle permettrait de donner sens au rejet de la solitude chez cet auteur. Si elle est négative, alors elle ne cesse d'interroger : cela signifierait donc une forme d'innéité du sentiment, indépendante des conditions matérielles d'existence. En somme, quand bien même un individu viendrait au monde dans une société uniquement régie par la violence, la haine, la guerre, etc., il ne pourrait s'empêcher d'éprouver un sentiment d'égale dignité à la vue de son futur bourreau.

C / Conclusion sur les apports de la philosophie kantienne à la logique de la subjectivité et du consentement

769. De ce fait, que peut-on tirer comme enseignement de la théorie kantienne, s'agissant du consentement? De manière évidente, la radicalité de la liberté qui soutient l'acceptation large du concept de consentement n'est guère compatible avec les éléments développés dans la Critique. En effet, le consentement peut se penser comme émancipation du sujet, qui au travers de cet acte, affirme son désir singulier. Il est donc potentiellement certes un acte réfléchi, mais aussi l'expression d'un élan, d'une pulsion qui est bien du domaine du sensible. La médiation de la raison n'est pas une condition nécessaire du point de vue du sujet qui consent, mais le devient lorsque l'on examine les conséquences de cette action sur les autres, ou sur l'individu lui-même.

770. Il apparaît donc de manière assez claire que la position kantienne consiste en une forme de formalisation du consentement, qui pour être reconnu valide, tant du point de vue de la société, que du sujet lui-même, devrait nécessairement passer par les fourches caudines d'un examen intellectuel attentif. Le consentement se manifeste donc comme critère procédural, formel, et non du point de vue de ce qu'il exprime en termes de liberté.

On pourrait objecter à cela que lorsqu'il est pensé au terme du processus, il ne fait que manifester cette liberté qu'évoque Kant, qui est celle de s'arracher à ses instincts premiers. Mais c'est alors déplacer la question, et l'analyse, de l'amont vers l'aval : en raisonnant ainsi, on perd probablement ce qui fait l'une des forces les plus déterminantes du concept, et qu'avait très justement soulignée Mill, à savoir la spontanéité.

Dès lors, c'est une perte fondamentale, du point de vue de la célébration des capacités humaines, que d'occulter cet élan vital qui constitue, peut-être, une des manifestations les plus

éclatantes de la possibilité d'une intégration dans cet ensemble plus vaste que figure le monde.

771. À cela, il convient d'ajouter que la définition même de la liberté ici proposée pose problème. Premièrement, il est difficile de considérer que l'on puisse, dans toutes les situations, faire fi de ses sentiments⁹²⁰. À cet égard, on peut mobiliser l'exemple fameux de Kant selon lequel il ne faudrait jamais mentir, et ce même à l'égard d'une personne demandant le chemin la menant vers une autre qu'il désire tuer.

Certes, l'exemple est quelque peu caricatural, mais néanmoins exemplaire du caractère déontique de l'appareil théorique. Là où l'auteur prétend qu'on ne saurait énoncer des vérités absolues sous peine d'ignorer les limites de sa propre condition d'être humain, il formule lui-même des principes à vocation générale.

772. Effectivement, dans l'absolu, il est préférable, pour la vie sociale que la parole donnée corresponde à ce que pense celui qui l'énonce. Pour autant, peut-on ainsi la formaliser en une généralisation nécessairement impropre à rendre compte du domaine du vivant ? C'est au regard de cette opposition que l'on peut envisager l'invention du libre-arbitre, dans la théologie chrétienne, comme un moyen de concilier les prescriptions absolues du texte religieux, avec l'infinie variété des possibles qui caractérise la vie. Ce faisant, il semble que le philosophe allemand se prenne lui-même au piège de ce qu'il entendait dénoncer, et ouvre ainsi la voie à une forme de philosophie dogmatique, voire de catéchisme philosophique. Comme le disait, en substance, très justement Kierkegaard, lui qui était pourtant très imprégné d'une éducation religieuse moraliste, « à raisonner dans l'absolu, on vide l'humanité de l'humain »⁹²¹.

773. Dès lors, on peut peut-être se demander si là où Kant proposait, par le biais de l'universalisation de la maxime, une forme de « montée aux cieux », il ne s'agirait pas plutôt, concernant le consentement, d'une descente dans sa propre intériorité, dans les abysses de l'être. Le consentement serait alors une forme de gravité, qui n'exclut pas la légèreté, c'est à dire d'une force qui nous rattacherait à la Terre, tout en nous permettant, au travers de son observation, de nous relier aux cieux, c'est à dire à une dimension plus éthérée. On peut à cet

⁹²⁰ On se souvient de la belle formule de Schiller : « J'ai encore quelque joie à rendre service ; cela prouve que je ne suis pas encore vertueux », cité in L. Jugnet, *La pensée de Saint-Thomas d'Aquin*, Nouvelles Éditions latines, 1999, 244 pages, p. 182.

⁹²¹ In S. Kierkegaard, *Traité du désespoir*, Gallimard, 1988, 251 pages.

égard remarquer que dans la philosophie chinoise, le terme même de philosophie, ou plutôt de sagesse, se comprend comme une harmonie entre ces trois éléments fondamentaux que sont la Terre, l'humain, et le Ciel. De manière analogue, l'idéogramme du Roi se forme d'une barre verticale venant couper trois barres parallèles qui figurent chacune ces trois éléments : peut-on alors émettre l'hypothèse qu'il ne s'agit pas simplement de décrire une forme de gouvernement politique (la monarchie), mais aussi la possibilité d'être Roi de sa propre vie ?

774. Enfin, et pour revenir plus spécifiquement aux concepts kantien, c'est sur la question de la détermination qu'il faut s'attarder quelques instants. Que reste-t-il de la théorie des Critiques à l'heure de la psychanalyse ? Kant suppose en effet, tout au long de son œuvre que, après avoir pris connaissance de nos déterminations, nous pourrions nous en défaire. Mais comment réaliser cela s'agissant des déterminations inconscientes ? Par définition, le sujet les ignore, et ne peut donc en aucune façon prétendre lutter contre elles de manière purement rationnelle. Ce n'est que par l'intermédiaire de la cure que l'individu va prendre conscience du matériau inconscient qui irrigue et soutient son édifice conscient. Cela signifie-t-il qu'une analyse, au sens psychanalytique, est nécessaire pour pouvoir être kantien⁹²² ?

775. De plus, si la possibilité de cette liberté est remise en cause, il en va également de même concernant un autre point fondamental, qui est celui du caractère désintéressé des actions, dont on a vu la centralité dans cette théorie. Seules celles-ci sont véritablement morales selon Kant, en ce qu'elles incarnent le plus haut degré de moralité du fait de leur universalité. Pourtant, si l'on fait retour à la psychanalyse, l'objectif même du désintéressement devient éminemment suspect. En effet, en adoptant une vision quelque peu caricaturale de cette technique, on peut considérer que c'est par exemple dans un désir narcissique que l'on choisit d'agir au profit des autres. On peut dès lors être intéressé à être désintéressé ! Ce qui motiverait alors l'action serait soit la valeur que l'on se porte soi-même et qui se serait ainsi renforcée, soit l'attente que l'on place dans la réaction des autres devant ce comportement désintéressé, et qui aura nécessairement pour effet de créer une forme d'admiration⁹²³.

⁹²² Cf. la formule de Faber, citée par L. Jugnet, in *La pensée de Saint-Thomas...*, précité, p. 182 : « La morale n'a pas été donné à l'homme pour le rendre fou ».

⁹²³ Dans le même sens, cf. C. Chalié, *Pour une morale...*, précité, p. 23 : « Bien des hommes agissent de façon courageuse, juste ou généreuse, au gré des circonstances et pour des motifs intéressés, ce qui, malgré les apparences, interdit de plaider la cause de leur moralité ».

776. Dès lors, si les conceptions de Kant à l'égard de la liberté humaine peuvent être considérées comme extrêmement profondes sur le plan philosophique, et ce à bien des égards, elles ne semblent pas pour autant permettre une véritable expression du consentement en tant que faculté émancipatrice et constitutive de l'humain. La faute en revient probablement à une vision trop aride de la chimie des sentiments, qui tend dans cette version davantage à contenir une puissance, une potentialité, qu'à lui permettre de s'exprimer pour ce qu'elle est : la vibration de l'être.

777. On va maintenant pouvoir passer à la vision proposée par un autre auteur, cette fois d'origine britannique, et ainsi apprécier les mérites et défauts des propositions kantienne étudiées auparavant.

SECTION 2 : LA CONCEPTION ANGLO-SAXONNE DE L'AUTONOMIE COMME FACULTÉ D'AVOIR DES PRÉFÉRENCES SINGULIÈRES

778. La perte de la structuration religieuse a pour conséquence immédiate, le besoin de refonder une morale, une éthique qui soit laïque et qui permette un vivre-ensemble harmonieux. À cet égard, John Stuart Mill, philosophe utilitariste du XVIII^{ème} siècle, fait figure d'exemple. Il consacre ainsi un ouvrage entier à la question de la liberté qui doit être reconnue aux individus⁹²⁴, et dont la lecture et l'étude permettent de fournir un regard différent sur l'autonomie personnelle.

779. Tant le style que la perspective diffèrent par rapport à Kant, puisqu'il n'est plus question ici d'universalisation, ni même de transcendance, mais plutôt de la manière, dans une société donnée, avec des institutions spécifiques, de laisser la plus grande place possible à la liberté sans que pour autant elle nuise aux autres membres. C'est donc un véritable changement d'approche à l'égard de la subjectivité qui s'opère (§1), et qui tend à percevoir l'individu comme doté de libertés qu'il lui faut concilier avec les exigences propres à la vie en société (§2). .

⁹²⁴ J.S. Mill, *De la Liberté*, 1860, édition électronique de l'Université du Québec à Chicoutimi, trad. L. Lenglet , 88 pages.

§1 : Un changement d'approche dans la perception de la subjectivité et de la nature humaine

780. Ce changement d'approche va se manifester de deux façons principales : dans un premier temps, l'importance conférée à la socialité, et plus généralement à l'action de la société sur le développement de la subjectivité est significativement plus grande (A). Ensuite, c'est aussi la nature humaine elle-même qui va être réécrite (B).

A / Une réflexion sociale et politique à l'égard du libre-arbitre

781. L'ouvrage commence par la déclaration suivante : « Le sujet de cet écrit n'est pas le libre-arbitre, mais bien la liberté sociale ou civile, c'est-à-dire la nature et les limites du pouvoir qui peut être légitimement exercé par la société sur l'individu [...] »⁹²⁵. À la suite de l'indépendance américaine et de la Révolution française, la nécessité se fait jour de limiter le pouvoir des gouvernants. Mais, cette mise en garde contre le pouvoir politique s'accompagne également d'une tentative d'encadrement des règles de conduite visant à normer les individus. Comme le dit Mill, la société a tendance à « [...] empêcher le développement et autant que possible la formation de toute individualité distincte, et d'obliger tous les caractères à se modeler sur le sien propre, l'individu doit être protégé là contre »⁹²⁶.

On est ici au cœur de la question du consentement et de la subjectivité, puisque celui-ci se comprend justement comme faculté d'exprimer individuellement une position, qu'elle soit partagée par d'autres, mais surtout lorsqu'elle est au contraire exclusivement exprimée par une personne. Le consentement est donc certes la faculté de dire oui, mais surtout la faculté de dire non. Au-delà, il marque également, dans la vision que nous développons dans ce travail, l'affirmation d'une subjectivité.

782. Après avoir évoqué le rôle de l'habitude comme moyen de perpétuation d'un ordre (envisagé au sens large) acquis⁹²⁷, l'auteur souligne son ralliement à l'idée du déterminisme qui chez lui est beaucoup plus large que dans les versions évoquées précédemment, puisqu'il

⁹²⁵ J.S. Mill, précité, p. 107.

⁹²⁶ J.S. Mill, précité, p. 114.

⁹²⁷ On retrouve ici un des déterminants évoqués par Etienne de la Boétie dans son discours sur la servitude volontaire. Cf. Etienne de la Boétie, *Le Discours de la servitude volontaire*, précité.

comprend aussi bien les passions au sens de Spinoza, que les superstitions, les préjugés, la raison, et même dans un élan que n'auraient pas renié Marx et Bourdieu, la suprématie des intérêts de la classe dominante⁹²⁸. Quelle place subsiste alors pour l'autonomie individuelle ? C'est justement parce que nous sommes déterminés à aimer certaines choses plutôt que d'autres, et donc qu'il n'y pas de naturalité du sentiment, qu'il convient de respecter et promouvoir le pluralisme des opinions.

Mais comment alors borner les comportements, de telle sorte qu'une vie en société soit possible, et que l'humanité ne retombe pas dans un état de nature violent ?

Par le jeu d'un principe simple selon Mill : « Voici ce principe : le seul objet qui autorise les hommes, individuellement ou collectivement, à troubler la liberté d'action d'aucuns de leurs semblables, est la protection de soi-même. La seule raison légitime que puisse avoir une communauté pour user de force contre un de ses membres, est de l'empêcher de nuire aux autres »⁹²⁹. C'est cela que l'on a appelé le « *harm principle* ».

783. On peut remarquer dans un premier temps, à la suite de Ruwen Ogien, que ce dont il est ici question touche à la qualification de la légitimité de l'intervention étatique, selon que celle-ci est coercitive ou non⁹³⁰. De fait, et en première approche, on peut déjà remarquer que la légitimité de la contrainte est directement corrélée au fait de « nuire aux autres », ce qui implique, a contrario, que l'État peut intervenir de manière non coercitive dans les autres situations. De manière analogue, l'auteur relève l'imprécision de la formule millienne s'agissant de la nuisance, qui n'est pas ici définie. Or, puisqu'il est possible de nuire à un autre sans que l'on puisse à proprement parler reprocher au sujet le comportement concerné⁹³¹, il faut donc entendre ici cette nuisance comme synonyme « d'injuste »⁹³².

784. Ceci précisé, la liberté apparaît comme la règle, et la restriction l'exception. On voit apparaître ici très clairement la filiation libérale de l'auteur, et qui s'exprime par exemple au travers de la DDHC. En effet celle-ci, en plus de consacrer la liberté de tous les êtres humains

⁹²⁸ J.S. Mill, précité, p. 117.

⁹²⁹ J.S. Mill, précité, p. 123.

⁹³⁰ R. Ogien, *La vie, La mort, l'État*, éd. Grasset, 2009, p. 41-42.

⁹³¹ R. Ogien évoque ainsi l'action du chirurgien qui intervient sur un corps, et qui peut certes nuire au patient (la douleur consécutive à l'opération) sans que pour autant un tel comportement soit blâmable. C'est en ce sens que la formule millienne pose certaines questions sur le plan de l'intentionnalité : faut-il que l'individu ait conscience qu'il fait du mal pour pouvoir être effectivement puni, ou bien seule compte la matérialisation du dommage ?

⁹³² R. Ogien, précité, p. 42.

(article 1er), la définit ainsi : « la liberté consiste à pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas à autrui: ainsi l'exercice des droits naturels de chaque homme n'a de bornes que celles qui assurent aux autres membres de la société la jouissance de ces mêmes droits. Ces bornes ne peuvent être déterminées que par la loi »⁹³³. De même, l'article 5, dans sa première partie, énonce « la loi n'a le droit de défendre que les actions nuisibles à la société [...] »⁹³⁴. On retrouve donc cette idée là encore défendue qu'il s'agit de protéger non pas l'individu, mais la société. De ce fait, on pourrait être tenté de voir dans cette formulation une traduction fidèle du principe de Mill. Ce n'est pourtant pas le cas. En effet, la défense de la société peut passer également par la défense de chaque individu, pensé comme atome sécable du corps social, mais aussi par la défense des valeurs qui permettent à cette multitude de former un ensemble qui dépasse la somme de ses parties. Pour le formuler autrement, l'idée serait de considérer que pour qu'il existe un vivre-ensemble, il est nécessaire qu'un liant agrège les parties afin de constituer un tout. Cette « colle » serait ici l'ensemble des valeurs défendues par le corps social, et dont l'État pourrait assurer le respect.

B / La question de la nature humaine dans la pensée millienne

785. Mais, pour être valable, ce positionnement suppose l'existence d'une nature humaine, ce qu'évite la formule de Mill⁹³⁵. Or, c'est justement au regard de ce point que s'articulent les oppositions entre les partisans et les détracteurs de cette liberté individuelle. En effet, c'est au regard de sa nature d'homme, que l'on oppose à celle d'animal, que l'individu a des devoirs particuliers par rapport à ses semblables, mais aussi par rapport à lui-même. Cet argument n'est pas nécessairement spécifiquement religieux : certes, la morale chrétienne fait un usage intense de cette notion, mais elle traverse plus généralement l'ensemble de l'histoire de la

⁹³³ Article 4 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, 1789.

⁹³⁴ Déclaration précitée, article 5.

⁹³⁵ Étant entendu que l'on retrouve une problématique tout à fait similaire à notre époque, au travers du concept juridique de dignité, qui paraît renouer avec cette idée de référence naturelle. Cf. par ex. X. Bioy, « Les crimes contre l'espèce humaine. Ou de la réintroduction en droit d'une espèce de référent naturel », in S. Hennette-Vauchez (dir.), *Bioéthique, biodroit, biopolitique : réflexions à l'occasion du vote de la loi du 4 août 2004*, éd. L.G.D.J, 2006, p. 101-119, cf. également B. Edelman, M.-A. Hermitte (dir.), *L'homme, la nature et le droit*, éd. C. Bourgeois, 1988, 392 pages, pp. 101-144 et p. 287-307.

philosophie, puisqu'on l'observe aussi bien chez Aristote, au travers du *zoon politikon*, que chez Kant, chez Hume⁹³⁶, voire chez des auteurs modernes comme Michela Marzano⁹³⁷.

Mille, par sa formule, fait donc l'impasse sur la définition nécessairement problématique de ce qu'est un homme⁹³⁸. Ceci peut se comprendre aisément, étant entendu que son travail vise justement à permettre l'expression de pensées plurielles⁹³⁹.

786. Cette absence de définition peut paraître de peu d'importance mais elle est en réalité fondamentale. Elle suppose déjà l'abandon de l'idéal de la vie bonne, telle que l'entendaient les Grecs. Désormais, il ne s'agit plus pour les institutions publiques de promouvoir une conception particulière du bien, mais au contraire de garantir le fait qu'il en existe plusieurs. Pourtant dire ceci ne présage en rien du fait qu'il faut laisser une liberté absolue à l'individu dans son rapport à lui-même. En effet, historiquement, le rapport de l'individu à sa propre personne, par le biais du droit, se place sous le signe de la médiation du tiers, ici dans la figure du juge. Au-delà des conséquences potentiellement nuisibles d'une action pour la collectivité, la société entendait punir les actes qui avant d'attaquer le corps social, heurtaient l'humanité envisagée au regard de sa nature. Ainsi, la pénalisation de l'adultère, ou de certaines pratiques sexuelles se comprenait au regard de la vision du corps, et de la sexualité, charriée par les textes sacrés. Le traitement de la question du libertinage, au travers par exemple de la réception de l'œuvre du marquis de Sade, illustre bien cette sanction qui ne vise pas simplement à empêcher que du tort soit causé aux autres, mais ici que du tort soit, même indirectement, causé à Dieu.

787. Dès lors, il serait faux de dire que les infractions précédemment sanctionnées étaient des infractions sans victimes, car la figure du divin est toujours en filigrane derrière. Ce n'est une fois celui-ci disparu que la pénalisation du comportement peut disparaître véritablement.

⁹³⁶ On pense ici aux trois tomes de Hume sur la nature humaine : D. Hume *Traité de la nature humaine*, Tome 1 : « L'Entendement », éd. Flammarion, coll. GF, 1995 ; *Traité de la nature humaine*, Tome 2 : « Dissertation sur les passions », éd. Flammarion, coll. GF, 1991 ; *Traité de la nature humaine*, Tome 3 : « La Morale », éd. Flammarion, coll. GF, 2001.

⁹³⁷ M. Marzano, *Je consens donc...* précité.

⁹³⁸ Même s'il n'est pas tout à fait détaché de l'idée d'une certaine naturalité de l'homme, ou de l'espèce. Cf. *infra*.

⁹³⁹ Tandis que, par exemple, la DDHC présuppose elle une forme de nature humaine, puisque la convention implique un autre avec qui je contracte, et que dès lors je reconnais comme similaire à moi.

788. Sur ce point, Mill ajoute plus loin dans son texte : « Chacun est le gardien naturel de sa propre santé, soit physique, soit mentale et spirituelle »⁹⁴⁰.

Un degré supplémentaire se franchit ici, par rapport à la seule dimension spirituelle, puisque par un renversement puissant, le corps est lui aussi mis en lumière, là où une partie de la tradition catholique l'associait au pêché⁹⁴¹. Est-ce que ce faisant, se trouve consacrée la possibilité de s'offrir par conventions, dans sa partie corporelle ? Peut-on alors envisager de céder un de ses membres, sa liberté physique contre rémunération ?

789. La réponse de Mill est plus nuancée que cela. Il ne s'agit pas pour lui d'admettre un principe inconditionnel, selon lequel l'individu s'autoproclamant absolu, rien ne saurait entraver son action. Paradoxalement, on pourrait croire que le principe millien consacre, au moins selon ses détracteurs, une forme d'amoralisme, en ce sens que justement, la morale ne vient plus structurer la sphère du possible, au moins dans sa dimension personnelle. Pourtant Mill, lui-même plus loin dans l'ouvrage, souligne que la seule façon de lutter contre ce pouvoir grandissant que la société s'attribue, de manière indue, sur l'individu, consiste en « ce qu'une forte barrière de conviction morale s'élève contre le mal »⁹⁴². Il pourrait sembler étrange que Mill, qui prétendait justement affranchir l'individu du carcan moral, s'appuie sur celui-ci pour justifier sa lutte. C'est que là encore il s'agit pour lui non pas de dénoncer la morale en tant que telle⁹⁴³, mais plutôt cette partie spécifique qui concerne l'individu dans sa relation à lui-même. Pour ce faire, il va aborder successivement la liberté de pensée et de discussion, avant d'envisager la liberté personnelle.

§2 : La subjectivité millienne : liberté de l'individu et exigences sociales

790. L'appréhension des positions du philosophe britannique à l'égard de la subjectivité s'effectuera en deux temps. Dans le premier, il s'agira d'observer quelles libertés sont reconnues à l'individu (A) avant d'observer comment il est possible de concilier celles-ci avec les exigences propres à la vie sociale (B).

⁹⁴⁰ J.S. Mill, précité, p. 129.

⁹⁴¹ On fait ici allusion à la distinction, présentée ici de façon très schématique, entre l'âme (domaine spirituelle qui permet l'accès à Dieu), et le corps (charnel, pécheur, attaché à la vie matérielle et donc objet de rejet).

⁹⁴² J.S. Mill, précité, p. 131.

⁹⁴³ En tous les cas, sa critique de la morale est plus subtile que cela. Ainsi s'agissant du terme d'immoralité, il dit lui-même qu'il s'agit « d'une expression que je condamne entièrement ». J.S. Mill, précité, p. 148.

A / Autonomie et liberté dans la pensée de John Stuart Mill : la subjectivité en actes

791. Une des originalités de la pensée de Mill, par comparaison avec la perspective kantienne, est de situer son raisonnement non seulement sur le plan théorique, mais également de donner une grande importance à l'étude de mise en situation des concepts. Dès lors, au titre des conditions rendant possible l'émergence de la subjectivité revendiquée, la liberté de pensée comme de discussion jouent un rôle essentiel (1), distinct de celui de la liberté d'action à proprement parler (2).

1 / La liberté de pensée et de discussion, étape dans la fondation d'une subjectivité

792. S'agissant de la première, l'auteur va s'efforcer de montrer à quel point il est contraire à la liberté d'empêcher l'expression de certaines idées, et donc le fait que l'on puisse consentir à les écouter, mais aussi y souscrire. Ainsi, il affirme que « c'est voler l'espèce humaine que d'interdire l'expression d'une opinion contraire »⁹⁴⁴. En établissant un parallèle avec la science et la question de la réfutabilité de celle-ci, Mill entend montrer que c'est justement par l'expression que l'on peut distinguer ce qui est bon ou non⁹⁴⁵. Surtout, de manière astucieuse, il va relier cette possibilité d'expression non pas à la vérité qui la sous-tend, mais à son importance : « Le droit d'une opinion à être protégé repose sur son importance pour la société, plutôt que sur sa vérité »⁹⁴⁶. Il s'agit là d'un point tout à fait fondamental puisque le critère d'appréciation se déplace d'une position instable, celle de la vérité qui peut être subjective⁹⁴⁷, pour se placer vers un plan antérieur à l'idée même. En effet, c'est le fait de pouvoir exprimer

⁹⁴⁴ J.S. Mill, précité, p. 135.

⁹⁴⁵ J.S. Mill, précité, p. 143. Dans le même sens, Cf. S. Chaherli-Harrar, *John Stuart Mill, Science et Art : les fondements ontologique de la philosophie*, Volume second, éd. L'Harmattan, 2009, 248 pages, p. 113 : évoquant le caractère polémique de la morale de Mill, l'auteur note que celui-ci correspond à « l'exigence philosophique de sa défense d'une théorie de la vérité qui repose sur la communication, le principe de réfutabilité, sur la nécessité de la preuve et qui exige la liberté de pensée et de discussion [...] ».

⁹⁴⁶ J.S. Mill, précité, p. 144.

⁹⁴⁷ On pense ici à Descartes, dans sa lettre à Mesland du 9 février 1645 : [...] à tel point que, lorsqu'une raison très évidente nous porte d'un côté, bien que, moralement parlant, nous ne puissions guère choisir le parti contraire, absolument parlant, néanmoins, nous le pouvons. Car il nous est toujours possible de nous retenir de poursuivre un bien clairement connu ou d'admettre une vérité évidente, pourvu que nous pensions que c'est un bien d'affirmer par là notre libre-arbitre ». Sur le rapport de la subjectivité à la vérité, cf. C.-E. Saint-Germain, *L'avènement de la vérité : Hegel-Kierkegaard, Heidegger*, éd. L'Harmattan, 2003, 310 pages ; pour une évocation du lien entre vérité et sensibilité, cf. X. Zibiri, *L'Homme et la vérité, suivi de la théorie zubirienne de la vérité*, éd. L'Harmattan, coll. Ouverture philosophique, 2003, 178 pages.

l'idée qui devient prépondérante, et non ce qu'elle dit véritablement. Plus encore, dans la suite du texte, il retourne même cet argument de vérité contre ses détracteurs, puisqu'il montre que la logique qui vise à empêcher l'expression pour « contenir des hommes vicieux »⁹⁴⁸ ne se base elle-même pas sur la vérité, mais bien sur l'utilité !

Dès lors, les fondements étant les mêmes, l'assertion de Mill comme celle visant à réprimer la liberté se trouve dotée d'une force justificative identique sur le plan de la logique.

793. Il est frappant de constater, sur ce sujet, à quel point notre époque est éloignée de ces idées. En effet, prenant le pas des anciens dogmes religieux, c'est désormais une vérité objective de l'histoire qui sert d'idole⁹⁴⁹, oubliant ainsi ce qui fait le caractère essentiel de la vérité : le fait qu'elle est un consensus, c'est-à-dire un rassemblement de conscience s'accordant sur la définition d'un même objet. Or, cet accord est tout à fait susceptible d'évoluer, et surtout de ne pas être partagé par tous, du fait même de la variabilité de la subjectivité. On emploie souvent, pour aller contre cette idée, l'argument tiré d'une lecture d'Arendt, selon lequel il y aurait nécessité d'un « monde *commun* », c'est-à-dire d'un ensemble partagé pour pouvoir discuter. Or, il semble qu'il s'agisse là d'une lecture erronée, ou plutôt instrumentalisée de la pensée d'Hannah Arendt. En effet, dans son texte, ce qui est mis en avant, c'est la nécessité pour les hommes « de débattre constamment » de ce monde. Plus loin, elle ajoute : « Car le monde n'est pas humain pour avoir été fait par des hommes, et il ne devient pas humain parce que la voix y résonne, mais seulement lorsqu'il est devenu objet de dialogue »⁹⁵⁰. Or, par définition, un dialogue, suppose déjà deux personnes, également doués de raisons, qui par l'usage du langage et de la raison (*dia-logos*), font advenir une pensée.

794. Pour aller plus loin, on peut même dire que pour être authentique, un dialogue devrait se faire sur une position d'égalité entre les participants. Toujours est-il qu'il n'implique en rien que les deux « logos » soient du même avis, sans quoi il s'agit simplement d'un monologue partagé. Certes, plus loin, elle ajoute que « tout ce qui ne peut devenir objet de dialogue, peut

⁹⁴⁸ J.S. Mill, précité, p. 145.

⁹⁴⁹ Il est ici fait allusion aux différentes lois dites mémorielles, c'est à dire la loi Gayssot du 13 juill. 1990 ; la loi Taubira du 21 mai 2001 tendant à la reconnaissance de la traite et de l'esclavage en tant que crime contre l'humanité, JORF 23 mai 2001, p. 8175 ; la proposition de loi du 23 janvier 2012 visant à réprimer la contestation de l'existence des génocides reconnus par la loi censurée par le Conseil constitutionnel (déc. n°2012-647 DC du 28 février 2012), ainsi que la loi du 23 févr. 2005 portant reconnaissance de la Nation et contribution nationale en faveur des Français rapatriés, JORF 24 février 2005, p. 3128 (rôle positif de la colonisation).

⁹⁵⁰ H. Arendt, *Vies politiques*, Gallimard, p. 34-35.

bien être sublime, horrible ou mystérieux, voire trouver voix humaine à travers laquelle résonner dans le monde, mais ce n'est pas vraiment humain »⁹⁵¹. Il y a là une différence sémantique importante à noter : le terme employé est le verbe pouvoir, qui implique le couple possibilité/impossibilité qui est susceptible de recevoir une appréciation relative, tandis que le « devoir » exprimé par certains indique lui une obligation, d'ordre moral avant d'être traduit dans la sphère juridique⁹⁵². Dès lors, il ne paraît pas possible de tirer d' Hannah Arendt l'obligation de venir consacrer, par le biais du droit, l'interdiction d'émettre certaines paroles ou opinions, si elles sont de l'ordre de la discussion et non de l'injure ou de la diffamation. On peut à cet égard faire un parallèle avec le continent américain, qui a lui aussi reçu Arendt, et qui pourtant, du fait de sa tradition libérale, a maintenu le « *freedom of speech* »⁹⁵³.

À cette position d'une vérité historique dogmatique, Mill répond, fort justement : « Nul ne peut être grand penseur qui ne regarde pas comme son premier devoir, en qualité de penseur, de suivre son intelligence n'importe où elle peut le mener »⁹⁵⁴.

795. Poursuivant sur cette liberté de penser, définie comme « liberté mentale »⁹⁵⁵, l'auteur entend souligner le rôle éducatif⁹⁵⁶ de la faculté d'adhérer, consciemment, à différentes opinions. En effet, selon lui, c'est par l'erreur que l'individu saisit la réalité des choses, dans une forme d'empirisme de la connaissance⁹⁵⁷. Dès lors, pour lui, la morale telle qu'elle existe à son époque, c'est à dire la morale de l'Évangile ne peut être considérée à la fois comme suffisante (puisqu'elle repose elle-même sur une morale antérieure, qu'elle corrige sur certains

⁹⁵¹ H. Arendt, *ibid.*

⁹⁵² Nous ne reprenons pas ici l'argument spécifiquement kantien du lien nécessaire entre pouvoir et devoir (impératif catégorique), que l'on trouve dans la Critique de la Raison pratique, que l'on résume habituellement par la maxime suivante : « *Du kannst, denn du sollst* », et que reprendront par la suite Schiller et Fichte, en la transformant.

⁹⁵³ Premier Amendement de la Constitution américaine de 1787, qui énonce: « *Congress shall make no law respecting an establishment of religion, or prohibiting the free exercise thereof; or abridging the freedom of speech, or of the press; or the right of the people peaceably to assemble, and to petition the Government for a redress of grievances* ».

⁹⁵⁴ J.S. Mill, *précité*, p. 165.

⁹⁵⁵ J.S. Mill, *précité*, p. 162.

⁹⁵⁶ Il y a aussi un rôle éducatif au sens premier du terme. Ainsi Mill déclare : « La liberté n'est pas nécessaire principalement pour former de grands penseurs, mais est surtout indispensable pour rendre la moyenne des hommes capables d'atteindre la hauteur intellectuelle que comporte leur aptitude ». J.S. Mill, *précité*, p. 166.

⁹⁵⁷ J.S. Mill, *précité*, p. 189. Même si Mill ne se présente pas lui-même comme empiriste, préférant le terme « d'expérience », et critique assez sévèrement l'empirisme humien au regard d'une psychologisation selon lui excessive. Sur ce point cf. S. Chaherli-Harrar, *John Stuart Mill, Logique et ontologie : les fondements de la philosophie*, Volume premier, éd. L'Harmattan, 2009, 350 pages, p. 70-75.

points particuliers), mais aussi comme nécessaire, en ce qu'elle ne contribue pas au développement du sujet⁹⁵⁸. Elle n'est qu'une « doctrine d'obéissance passive »⁹⁵⁹.

Il semble donc clair que s'agissant de la liberté de penser, et donc de consentir à des idées, des opinions, Mill est partisan d'une très grande liberté laissée au sujet. Peut-on alors dire, en faisant un saut de la pensée vers l'action, que le même raisonnement doit ensuite s'appliquer pour les actes commis par les individus en société ? C'est ce qu'il se propose d'examiner ensuite.

2 / La liberté d'action : la subjectivité au prisme de l'expérience et de l'éducation

796. À ce point, il apporte très tôt dans son exposé une réponse claire et précise : « Personne ne soutient que les actions doivent être aussi libres que les opinions »⁹⁶⁰. On retrouve ici les conclusions déjà évoquées précédemment, à savoir que la limite de l'agir résiderait dans la nuisance qu'il peut occasionner chez une autre personne, limite qui ne figurait pas explicitement dans la liberté de penser. Pour autant, cela n'implique pas que la liberté précédemment étudiée soit simplement une liberté de pensée, et non une liberté de parole. En réalité, ce qui fait le lien entre liberté de pensée, de parole et d'action, c'est la valeur qu'accorde Mill à la spontanéité⁹⁶¹.

797. De ce fait, on fait retour à l'un des points les plus essentiels du consentement et de la subjectivité, lorsqu'il s'exprime justement comme acte non contraint, c'est-à-dire un pur élan de l'être vers un objet, sans médiation si ce n'est celle d'une poussée vitale. Le consentement, dans la sphère amoureuse relève justement de cette disposition que l'on pourrait dire intuitive, voire instinctuelle, c'est-à-dire le fait de se sentir attiré, mentalement comme physiquement, vers quelque chose d'extérieur. Or, cet extérieur est justement ce qui, de cette façon, réalise l'unité de l'être, abolissant la frontière entre le psychique et le corps. Certes, on peut être attiré spontanément vers quelque chose qui peut nous être préjudiciable, mais là encore, ce constat ne s'éclaire que par le jeu de l'expérience. Il faut ici éprouver, dans sa chair et son esprit, le caractère néfaste d'une action pour pouvoir définitivement la juger comme non désirable. Dès

⁹⁵⁸ J.S. Mill, précité, p. 192.

⁹⁵⁹ Ibid.

⁹⁶⁰ J.S. Mill, précité, p. 205.

⁹⁶¹ J.S. Mill, précité, p. 208.

lors, la subjectivité se constitue avec et contre les expériences, que ces dernières soient positives ou négatives.

798. On pourrait objecter à cela que dans cette hypothèse, l'éducation ne sert à rien puisque seule compte l'expérience. Mais, l'éducation a bien un rôle, celui de prévention, c'est-à-dire qu'il permet de se prémunir des conséquences possibles d'une action⁹⁶². Pour certains, cette mise en garde sera suffisante, et aura pour effet de couper le sujet de son désir, en l'intellectualisant. Pour d'autres, cette même prévention sera incapable de l'empêcher de faire ce que spontanément il désire. N'est-ce pas alors exposer l'individu à des risques inconsidérés que de lui permettre de s'offrir lui-même à ses propres penchants ? Si la nécessité et le déterminisme commandent à l'action, le désir peut-il être réellement libre ? La question peut se poser, mais le fait que la réponse ne soit pas évidente ne signifie pas pour autant qu'il est nécessaire de protéger à tout prix l'individu, dans une forme d'infantilisation perpétuelle. Comme le dit justement Pierre Legendre, ce faisant, l'État deviendrait « cette mère gavante dont nous serions les enfants à perpétuité »⁹⁶³. C'est donc entre ces deux bornes, celle du maternalisme et du paternalisme qu'il convient d'inscrire l'action du sujet.

799. La référence au paternalisme provient du fait que supposée incarner l'autorité, son action passe par des mesures répressives. Il s'agit de ce que Pierre Bourdieu avait schématisé au travers de la métaphore de la main gauche et main droite de l'État⁹⁶⁴, la main droite incarnant le traitement pénal de problèmes sociaux. Pour tenter de saisir la spécificité du paternalisme, on peut emprunter à M. Chaïbi, qui s'appuie lui-même sur les travaux de Ronald Dworkin. On ferait alors face à deux types de paternalisme : le premier, dit faible, considère que « l'autonomie du choix individuel doit prévaloir, comme valeur supérieure, dans toute décision d'intervention dans la sphère strictement individuelle. Si l'autorité devait intervenir dans cette sphère privée, son intervention devrait être motivée par l'attente certaine d'un consentement immédiat de l'individu concerné. Si après l'avoir empêché d'accomplir son action (ou au moment même de l'en empêcher), l'individu exprime son désaccord, il recouvre sa totale liberté, alors que l'autorité perd toute légitimité de poursuivre l'intervention qu'elle a

⁹⁶² Cette thématique de l'éducation n'est pas spécifique de Mill, mais se retrouve chez de nombreux auteurs provenant d'horizons divers. Pour une illustration chez Rousseau, cf. *supra*.

⁹⁶³ P. Legendre, *Jouir du pouvoir – Traité de la bureaucratie patriote*, Éditions de Minuit, 1976, 254 pages. L'auteur emploie cette expression pour analyser la persécution inhérente aux mécanismes d'aide.

⁹⁶⁴ P. Bourdieu, *Contre-feux*, Paris, Liber-Raisons d'agir, Tome 1, 1998, p. 9-17.

engagée. Pour la deuxième version, le respect de l'autonomie est l'une des conditions qu'on doit prendre en considération. Toutefois, si l'action autonome d'un individu s'avère irrationnelle, l'autorité a le droit d'intervenir. Son ingérence sera motivée non pas par le consentement de l'individu, sujet empirique de l'intervention, mais par le consentement de ce même sujet s'il était très bien informé et parfaitement raisonnable. Cette deuxième version ne se réfère pas, en effet, à la volonté et aux désirs empiriques de chaque individu, mais à la volonté et aux désirs intellectuellement définis de l'individu raisonnable et bien informé en général »⁹⁶⁵.

800. On retrouve donc parfaitement ici l'opposition déjà évoquée entre d'un côté, l'homme concret, incarné, porteur d'une parole dont il espère qu'elle sera entendue, et de l'autre, le référent abstrait, dit objectif, silencieux en lui-même, et qui nécessite des interprètes pour pouvoir être entendu. Or, il y a quelques étonnements à considérer les choses ainsi, puisque l'un des arguments les plus fréquemment avancés à l'égard de la prise en compte d'une parole particulière, dans la sphère juridique, tient à l'incertitude qu'elle ferait porter sur la régularité des décisions judiciaires. Or, pour bannir cette crainte, on a recours à une technique qui ne repose que sur le « comme si », c'est-à-dire l'hypothétique, rattachée à un modèle normant, mais dont on n'a pourtant aucune certitude quant à l'existence⁹⁶⁶ !

801. Cela signifie-t-il que l'autorité étatique est, dans toutes les situations, illégitime à intervenir dans le champ des comportements individuels ? On le verra⁹⁶⁷, Mill n'est pas aussi catégorique sur ce point que ces détracteurs ont voulu le présenter. Herbert Hart déclarera ainsi que « Mill a poussé si loin sa protestation contre le paternalisme qu'elle nous paraît, aujourd'hui fantastique (fantastic) »⁹⁶⁸. Et l'auteur d'invoquer alors un certain nombre de mesures pour lesquelles nous jugeons aujourd'hui qu'une telle intervention est souhaitable : ainsi de la consommation de drogues, d'alcool, ou le fait que le consentement de la victime ne

⁹⁶⁵ R. Chaibi, *Liberté et paternalisme : Chez John Stuart Mill*, éd. L'Harmattan, 2008, 334 pages, p. 187-188. L'ensemble de l'ouvrage est d'un intérêt tout à fait conséquent pour cette recherche.

⁹⁶⁶ Pour de plus amples développements sur l'opposition entre appréciation objective et subjective en droit des obligations, cf. *infra*. Partie II, Titre II, Chapitre 1, Section 2.

⁹⁶⁷ Cf. *infra*.

⁹⁶⁸ H.L.A. Hart, *Law, liberty and morality*, éd. Stanford University Press, Stanford, 1963, cité in R. Chaibi, précité, p. 184. Pour une plus ample perspective sur la position de Hart à l'égard du paternalisme, cf. par ex. M. D. Bayles, *Hart's legal philosophy : an examination*, éd. Kluwer Academic Publishers, Dordrecht, Pays-Bas, 1992, 316 pages, p. 220-224.

constitue pas une cause d'exonération pour celui qui est à l'origine de l'acte incriminé⁹⁶⁹. Si une telle affirmation est juste, le droit encadre toutefois de plus en plus les rapports intersubjectifs, avec, dans sa version forte, une pénalisation de certains comportements jugés déviant au regard de ce référent abstrait.

802. Or, cette pénalité excessive, typique de notre modernité, est justement ce contre quoi Mill entend lutter au travers de son ouvrage.

En effet, selon lui, la pénalisation a pour effet de provoquer l'obéissance, ce qui ne « permet pas le développement des facultés humaines, qui elles ne se développent et s'exercent qu'en faisant un choix »⁹⁷⁰. Ce qui pose alors problème, pour le régulateur social, est bien évidemment d'affronter cette pluralité de choix, parfois contradictoires, mais qu'il importe de rendre congruents. Cette diversité trouve bien sûr son origine dans le caractère essentiellement pulsionnel de la vie humaine et des problèmes que cela pose⁹⁷¹. C'est pour cela selon Mill que la question même du désir, de la pulsion est objet de lutte de la part de la collectivité⁹⁷². Cette lutte est d'autant plus acharnée que l'obéissance s'accolle désormais à un besoin impérieux pour la société : celui de rendre les individus disponibles pour le travail⁹⁷³. Dès lors, il convient d'élaguer tout désir superflu qui viendrait les détourner de cette obligation sacralisée de produire quelque chose de matériellement échangeable et susceptible de recevoir une équivalence monétaire. Car c'est bien de cela dont il s'agit : le désir apparaît dangereux en ce qu'il peut être source d'innovations, et ainsi bouleverser l'ordre établi; mais aussi parce que lui redonner une place, le remettre au cœur de l'individu c'est courir le risque de le détourner de ce « fétichisme de la marchandise » comme le disait Karl Marx⁹⁷⁴. De manière tout à fait actuelle, Mill pointe alors le fait que « le danger qui menace la nature humaine n'est plus

⁹⁶⁹ R. Chaïbi, *ibid.*

⁹⁷⁰ J.S. Mill, précité, p. 210. On peut lire un écho de cette position dans la formule fameuse du juge de la Cour Suprême Américaine Louis Brandeis: « *If there be time to expose through discussion the falsehood and fallacies, to avert the evil by the process of education, the remedy to be applied is more speech, not enforced silence. Only an emergency can justify repression. Such must be the rule if authority is to be reconciled with freedom.* », in U.S Supreme Court, *Whitney v. People of State of California*, 274 U.S. 357, May 16 1927, concurring opinion of M. Brandeis; Cf. également, pour une étude plus générale, M. Iacub, *De la pornographie en Amérique : La liberté d'expression à l'âge de la démocratie délibérative*, éd. Fayard, 2010, 331 pages, pp. 51-155.

⁹⁷¹ Sur ce point, cf. S. Freud, *Malaise dans la culture*, P.U.F.-Quadrige, 2004, 93 pages.

⁹⁷² « On regarde presque comme un péril et un piège d'avoir de fortes pulsions », in J.S. Mill, précité, p. 213

⁹⁷³ Comme le dit Mill lui-même plus loin : « À présent, dans notre pays, l'énergie ne trouve plus guère à s'exercer que sur les affaires ». In J.S. Mill, précité, p. 233.

⁹⁷⁴ K. Marx, *Le Capital*, Livre Premier, le Section, Chapitre premier, IV : le caractère fétiche de la marchandise et son secret.

l'excès, mais le manque d'impulsions et de goûts personnels »⁹⁷⁵.

B / Subjectivité et exigences de la socialité : les limites aux prétentions du sujet

803. Si dans la perspective millienne, il y a bien une mise en valeur de la subjectivité, celle-ci doit néanmoins être rapportée au contexte dans lequel elle évolue. Ainsi, la confrontation de cette possibilité d'une singularité de l'opinion face à la normativité collective mérite d'être évoquée (1). Néanmoins, quelle que soit la valeur que l'on entend conférer à la subjectivité, celle-ci ne saurait s'exercer au détriment des autres membres du corps social (2).

1 / Autonomie personnelle et normativité collective : quelle place pour la singularité d'une opinion ?

804. De ce fait, ce à quoi l'auteur nous invite est bien la reprise en main de nos propres existences, dont la liberté de penser et d'agir ne sont que des manifestations, et ce dans une célébration de la figure de l'individu. Individu qui, comme chez Arendt, se caractérise fondamentalement par sa singularité, c'est-à-dire sa capacité à représenter à lui tout seul une modalité de l'être. Loin des conventions, et du souci de s'intégrer au prix de sa propre liberté, Mill invite à célébrer sa différence comme une marque essentielle de la nature humaine. On retrouve ici en germe, et ce dès le XIX^{ème} siècle, une critique de ce que Herbert Marcuse appellera par la suite « l'homme unidimensionnel »⁹⁷⁶. En effet, comment ne pas être frappé de l'actualité de la pensée de J.S Mill lorsqu'il déclare : « Son idéal de caractère [au public] est de n'avoir aucun caractère marqué; on doit mutiler par la compression, comme le pied d'une Chinoise, toute partie saillante de la nature humaine qui tend à rendre une personne tout à fait différente extérieurement du commun des martyrs »⁹⁷⁷. Alors, selon que l'on camoufle cette peur panique de la différence sous le terme de valeurs, qui peut vouloir dire tout et son contraire, de principes ou autres, la donnée fondamentale reste la même : ce qui ne nous ressemble pas nous inquiète. Cet écart par rapport à notre propre existence nous oblige à nous interroger sur la pertinence de nos propres habitudes, et nous renvoie au doute. Or, c'est

⁹⁷⁵ J.S. Mill, p. 215.

⁹⁷⁶ H. Marcuse, *L'homme unidimensionnel – essai sur l'idéologie de la société industrielle avancée*, éditions de Minuit, 1968, 281 pages.

⁹⁷⁷ J.S. Mill, précité, p. 232.

justement ce doute, cette remise en question qui permet l'innovation, cette forme de « destruction créatrice » pour reprendre une formule de Schumpeter⁹⁷⁸. Vouloir l'abolir, c'est se condamner à pousser au maximum la fixité des identités, comme des agirs, et ainsi aboutir à une parfaite immobilité.

805. Contre cette tendance de l'opinion publique, peu de barrières existent à l'heure actuelle, ce qui met très justement en lumière l'auteur. En effet, qui nous protège de l'opinion dominante ? Aussi lorsqu'il regrette la disparition d'un pouvoir indépendant chargé de protéger les opinions contraires à celles du public⁹⁷⁹, Mill met en lumière le caractère circulaire de la logique en place. Il ne peut en effet, en tout cas à notre époque, exister une telle structure, puisque c'est justement l'opinion dominante qui fixe la frontière de l'acceptable, et que cette définition suppose par là même que ce qui est contraire à celle-ci ne peut être discuté. Dès lors, l'opinion dominante apparaît comme une croyance auto-validante, c'est-à-dire qu'elle forme un système logique clos qui contient en lui-même les conditions de sa propre vérification. Ceci peut s'expliquer facilement au travers d'un exemple simple : la question du terrorisme. Ce qualificatif en lui-même n'est porteur d'aucun sens, puisqu'il désigne simplement celui qui exerce la terreur. Dès lors, c'est du point de vue de celui qui la subit que la qualification prend un sens. Dans l'opinion publique occidentale, est terroriste ce qui d'abord est qualifié comme tel par la parole étatique⁹⁸⁰, et ensuite ce qui est contraire à nos intérêts. Or, le terroriste entend lui défendre des intérêts qui sont les siens, et qui sont, par définition et dans ce contexte, antagonistes aux nôtres. Aussi, à partir de ce moment, toute action qu'il commet le voue nécessairement à être qualifié de terroriste⁹⁸¹.

⁹⁷⁸ J. Schumpeter, *Capitalisme, socialisme et démocratie*, éd. Payot, 1951, p. 106-107.

⁹⁷⁹ J.S. Mill, précité, p. 240.

⁹⁸⁰ Ainsi, la définition donnée par le Livre blanc du gouvernement sur la sécurité intérieure face au terrorisme de 2006, disponible à la Documentation Française, est la suivante, p. 7 : « Tout acte qui vise à tuer ou à blesser grièvement des civils ou des non-combattants, et qui, du fait de sa nature ou du contexte dans lequel il est commis, doit avoir pour effet d'intimider une population ou de contraindre un gouvernement ou une organisation internationale à agir ou à renoncer à agir d'une façon quelconque », cité in Bonditti Philippe, Camus Colombe, Guittet Emmanuel-Pierre et al., *Le rôle des militaires dans la lutte contre le terrorisme*, Centre d'Études en sciences sociales de la défense, 2008, 221 pages, p. 14. Cette définition est à mettre en relation avec celle fournie par le Code Pénal, dans son article 421-1, qui dispose dans son premier alinéa : « Constituent des actes de terrorisme, lorsqu'elles sont intentionnellement en relation avec une entreprise individuelle ou collective ayant pour but de troubler gravement l'ordre public par l'intimidation ou la terreur, les infractions suivantes ».

⁹⁸¹ Sur les conséquences d'une telle acception sur le plan de la conciliation entre droit pénal et droits fondamentaux, cf. par ex. J. Cantegreil, « La doctrine du « combattant ennemi illégal » », *Revue de sciences criminelles et de droit pénal comparé*, 2010, p. 81 et s. ; J. Cantegreil, *Lutte anti-terroriste et droits fondamentaux : France, États-Unis, Allemagne*, Thèse pour le doctorat en droit, Université Paris I, 2010.

806. Il en va de même si l'on prend la figure moins connotée du marginal, lorsque cette marginalité correspond à un acte volontaire. Celui-ci se comprend comme un individu qui souhaite être en marge, c'est-à-dire à distance, des habitudes communes. Dès lors, le moindre de ses gestes le condamne à être justement marginal (déviant), puisqu'en écart des comportements individuels.

Il s'agit probablement là d'un des mécanismes les plus pervers de l'opinion publique, et dont il paraît extrêmement difficile de s'extirper, du simple fait qu'il faut pour cela que la parole articulée soit entendue, et surtout considérée comme recevable.

Ce dernier exemple illustre de manière limpide à quel point il peut être dangereux d'interdire par la loi l'expression de pensées ou de comportements qui s'écartent de la norme, alors même que ceux-ci ne créent aucun tort à autrui, et sont le fait de choix librement consentis.

Comme le dit lui-même l'auteur, interdire et faire disparaître cette différence, c'est « se rendre promptement incapable de comprendre la diversité, quand elle [la société] en aura pendant quelque temps perdu le spectacle »⁹⁸².

2 / Le « *harm principle* » comme limite à l'autonomie de la subjectivité

807. Il semble donc bien que le « *harm principle* » de Mill soit tout à fait opérant et justifié en logique, si l'on veut bien considérer que la liberté humaine est suffisamment importante pour mériter d'être protégée. Néanmoins, dire ceci n'exonère pas du besoin d'en chercher ses limites. À ses détracteurs qui lui reprocheraient son égoïsme, arguant du fait que l'application de ce principe conduit à se désintéresser des conduites des autres, l'auteur oppose une bienveillance désintéressée qui pourrait ne pas prendre « la forme, figurée ou réelle, du fouet »⁹⁸³. Il est en effet surprenant de penser que la seule manière d'exprimer une attention au sujet passe par la punition. C'est faire bien peu de cas de la raison, qu'on invoque justement à l'appui de ces sanctions, que de considérer que l'on ne peut discuter, proposer, échanger avec un autre qui ne nous ressemble pas, et éventuellement le convaincre.

808. Dans le prolongement de cet égoïsme supposé, une autre interrogation peut survenir : est-ce envisageable que les actions d'un individu sur sa propre personne puissent causer de la

⁹⁸² J.S. Mill, précité, p. 241.

⁹⁸³ J.S. Mill, précité, p. 244.

souffrance à des tiers, qui l'observent, dans leur propre référentiel, souffrir ? C'est un argument souvent avancé par exemple dans le cas de la prostitution par les partisans de l'interdiction qui déclarent que personne ne souhaiterait voir un de ses enfants exercer cette activité. De même, si l'on prend le cas de l'usage de la drogue, qui peut occasionner des complications aussi bien physiques que psychiques, la vision de la personne droguée par ses proches est souvent invoquée pour justifier son interdiction.

Pour surmonter cette difficulté, Mill recourt à la notion « d'obligation distincte et constatée envers une ou plusieurs personnes »⁹⁸⁴. Par ce truchement, il devient possible en théorie de concilier la liberté personnelle et les obligations envers autrui. En effet, si l'action que commet un individu a pour effet de le mettre en défaut d'obligations par lesquelles il est tenu envers d'autres, alors il doit subir la « désapprobation morale »⁹⁸⁵. Mais, loin de s'arrêter là, c'est à un véritablement déplacement du jugement que l'on assiste : en effet, il ne s'agit plus de considérer les causes qui justifient le manquement, mais simplement le manquement en lui-même⁹⁸⁶. Dès lors, on vide l'incrimination de sa dimension morale pour ne s'attacher qu'aux conséquences négatives que produit l'acte. La vision est donc bien ici dans la droite lignée de l'école utilitariste. Cela ne signifie pas pour autant que le principe ait vocation à s'appliquer de manière constante et absolue dans toutes les circonstances. En effet, dans ce cas, le principe même de la légitime défense ne serait plus applicable, puisque les mobiles justifiant les dommages subis par l'agresseur, et éventuellement son décès, seraient absorbés entièrement par la simple constatation de ceux-ci.

809. Le principe, pour être opérant, doit donc comporter certaines situations dans lesquelles il est tempéré. Il n'y a rien de surprenant à cela, puisque ce besoin de s'accorder aux circonstances est également ce qui structure à l'heure actuelle notre système juridique. Ainsi, si l'on prend l'hypothèse de l'incrimination pénale de l'homicide, celle-ci ne s'applique pas dans certaines situations⁹⁸⁷. De même, l'interdiction posée sur le corps en tant qu'objet de transactions monétaires⁹⁸⁸ est levée s'agissant de l'expérimentation scientifique, où le caractère monétaire se retrouve qualifié d'indemnisation, ou de défraiement. Par opposition, le droit

⁹⁸⁴ J.S. Mill, précité, p. 254.

⁹⁸⁵ À noter que Mill emploie ici le terme de désapprobation, et non celui d'interdiction, ce qui signifie que le comportement est néanmoins permis par la loi.

⁹⁸⁶ J.S. Mill, *ibid.*

⁹⁸⁷ On pense ici encore une fois à la situation de légitime-défense en tant que fait justificatif.

⁹⁸⁸ C. Civ, Article 16-1 alinéa 3.

sanctionne bien certains comportements, lorsque ceux-ci aboutissent à faire peser les conséquences de l'action sur un autre que le sujet de l'acte, ce que l'on rencontre par exemple dans la thématique de la prodigalité⁹⁸⁹.

C'est le propre de la règle humaine, en opposition au commandement divin, que d'être malléable, de s'adapter aux circonstances, de pouvoir recevoir des exceptions.

Cette ambiguïté de définition se remarque également chez Mill, qui lui-même ne peut éviter d'appliquer des jugements moraux en même temps qu'il professe de ne pas le faire. Ainsi, il déclare être opposé à ce qu'une personne puisse tirer des revenus du fait d'être tenancier d'une maison de jeux, ce qui suppose déjà que cette activité est considérée par lui comme mauvaise. Il appelle donc à ce que ces cercles soient le fait de souscriptions de personnes qui paient une cotisation, sans aucun bénéfice⁹⁹⁰, et que ceux-ci se déroulent dans la discrétion.

810. C'est justement ici tout le mérite de l'auteur que de proposer, tout en se sachant lui-même pétri d'une forme de moralité, que la sienne ne puisse être considérée comme la seule, et ainsi de faire place, à ses côtés, à la diversité de l'agir humain. Fondamentalement, c'est dans le principe même de cette contradiction que l'ouvrage trouve toute sa dimension : celle d'être une idée, une pensée, parmi d'autres, mais aussi importante que n'importe quelle autre. Ce faisant, c'est bien la valeur de la subjectivité qui est ici encensée, c'est-à-dire la reconnaissance du fait que, le principe même du « je », émanation du subjectif, suppose déjà l'identification d'un individu unique, distinct des autres.

⁹⁸⁹ Sur ce point, cf. *infra*. Partie II, Titre I, Chapitre 1, Section 1.

⁹⁹⁰ J.S. Mill, précité, p. 287.

SECTION 3 : CONSENTEMENT ET PSYCHANALYSE : LE MYSTÈRE DE LA SUBJECTIVITÉ

811. Ainsi, l'étude de l'autonomie, en lien avec le consentement et la subjectivité, nous a permis jusqu'à présent d'observer à quel point l'utilisation de la philosophie permet de comprendre à la fois la profondeur, mais aussi les difficultés posées par la la subjectivité, lorsque celle-ci est pensée dans toute sa complexité.

Cette perspective nous a permis déjà de constater, au-delà de la seule variation des positions théoriques, à quel point la sensibilité est bien un ressort essentiel de l'existence même, de l'humain en tant qu'être-au-monde pour reprendre un vocable heideggérien. C'est par le biais de celle-ci, alliée avec la raison et les facultés intellectuelles, que l'on éprouve concrètement l'existence, et que nous formulons des choix qui nous définissent en tant qu'individu. Dès lors, comme on a pu le constater, la prise en compte de la subjectivité au travers du consentement comme sentir-avec n'aboutit absolument pas à une logique générale de la déresponsabilisation. Bien au contraire, cette ouverture à la complexité ne peut se concevoir sans un appel à la responsabilisation, dans une perspective spinoziste : ce n'est qu'en étant conscient de ce qui nous fait agir, de ce qui met notre être en mouvement, que nous pourrions effectivement prétendre à pouvoir être les auteurs authentiques de nos actes.

812. On pourrait donc s'étonner, à la lecture de telles affirmations, que l'on aborde la question psychanalytique. Comment en effet concilier cette idée de la conscience de nos déterminismes avec la notion phare de la psychanalyse, à savoir l'inconscient ? Tout simplement en acceptant de considérer que, à côté de cette influence des sentiments et émotions dans nos jugements moraux et nos comportements, on peut également observer un autre déterminisme, qui n'est pourtant pas synonyme de servitude. Ce n'est pas parce que l'on intègre l'inconscient au raisonnement que dès lors, plus rien ne serait envisageable au regard du libre-arbitre. La technique psychanalytique permet, dans une certaine mesure, de rendre plus intelligible, articulée, cette part de nous-même qui nous échappe en première intention.

813. De la même façon, en plus de contribuer à une conception renouvelée du sujet, figure centrale de la psychanalyse, cette dernière nous invite également à dépasser le schématisme habituel qui voudrait tout appréhender sous le seul prisme de la moralité. Par l'étude de ce que désirer veut dire (§1), la psychanalyse souligne à quel point la seule appréciation selon le

critère du bien et du mal est en réalité insuffisante à rendre compte de la réalité des choix du sujet, dont la compréhension est ainsi, considérablement enrichie (§2).

§ 1 : Consentement et psychanalyse : l'énigme du désir

814. Au titre de cette investigation du désir, en lien avec le consentement, il est nécessaire de bien déterminer en quoi le recours à ces concepts non juridiques permet d'apporter quelques lumières sur le consentement lui-même (A), mais plus généralement, sur l'architecture du droit (B). Ce n'est qu'une fois cela précisé que nous envisagerons concrètement la question du désir et de sa moralité (C).

A / De l'utilité de la psychanalyse pour la compréhension juridique du consentement

815. La question de l'appréhension psychanalytique de la problématique du consentement peut paraître, dans le cadre d'un travail de recherche proprement juridique, inappropriée ou hors de propos. Il ne s'agit donc pas ici d'étudier, du moins dans un premier temps, l'appréhension du droit par le champ de la psychanalyse, mais plutôt d'envisager ce que ce savoir peut révéler sur le processus inhérent à la formation du consentement chez le sujet.

816. En effet, quelle que soit la perspective que l'on adopte, à savoir le consentement considéré comme accord, ou bien comme sentir-avec, la caractéristique commune de ces deux regards est de s'ancrer dans une singularité subjective qui ne cesse de s'appuyer sur une dimension intérieure. Ainsi, même dans l'hypothèse de l'accord, il ne paraît pas envisageable de considérer que celui-ci ne résulte pas, au moins en partie, d'un processus interne qui vise à le faire émerger comme tel⁹⁹¹.

817. Dès lors, le droit a bien affaire, lorsque l'individu se présente à lui, à cette dimension essentielle. Néanmoins, cela ne signifie pas pour autant qu'il en tienne compte, puisque l'on peut tout à fait considérer que le droit ne viendrait prendre acte que d'une volonté déjà formée, et qui s'exprime alors par son intermédiaire, dans une forme produisant des effets juridiques. Il

⁹⁹¹ Sur la distinction entre consentement et accord, d'un point de vue juridique, cf. *infra*. Partie I, Titre II, Chapitre 1, Section 2.

n'y aurait donc pas lieu, dans cette perspective, de se préoccuper de la question toujours éminemment complexe de ce qui mène et préside à la volition.

818. Pour autant, l'essentiel des difficultés posées aujourd'hui au droit par la thématique du consentement s'origine bien dans cette confrontation entre, à proprement parler, un désir et son réceptacle, ici juridique. C'est pourquoi, il s'agira d'envisager avant tout en quoi l'étude de cette part mystérieuse peut intéresser le droit, et par extension, le juriste.

819. De plus, tracer une ligne de fracture trop prononcée entre d'un côté la sphère juridique, et de l'autre cette dimension inconsciente, mais surtout symbolique⁹⁹², c'est s'interdire de comprendre le montage qui fait l'articulation entre les deux. De ce point de vue là, la voie est déjà tracée par un illustre auteur en la personne de Pierre Legendre. Son œuvre à elle seule apparaît comme une justification suffisante de l'étude de ces rapports, tant la profondeur d'analyse ainsi induite ouvre la voie à des questionnements nouveaux dont l'étude du droit ne peut que sortir grandie.

820. Toutefois, le risque encouru ici serait de penser qu'il y aurait une nécessaire identité, au sens mathématique, entre le sujet au sens de la psychanalyse et le sujet de droit, comme si en quelque sorte, par l'effet d'une homothétie, rien ne changeait sur les différentes scènes sur lesquelles l'individu joue son rôle. Cette vision semble être celle de Pierre Legendre, qui déclare ainsi s'agissant de la place de la psychanalyse au regard du droit : « Cela suppose [...] situer l'office du juge comme interprète [...]. Selon cette perspective, l'office du juge se ramène à la défense du principe de paternité qui, en l'occurrence, se confond avec le principe de Raison. Tel est l'ultime horizon de la justice »⁹⁹³. Or, dans la perspective lacanienne, le sujet est ce qui advient par le biais du discours, ce qui se dessine dans l'entrelacs des symptômes et que la cure permet d'aider à dévoiler, sans jamais que le résultat soit acquis ni définitif. C'est en somme le résultat d'un processus et non, comme le fonde le droit, le postulat quasi axiologique qui supporte le discours⁹⁹⁴.

⁹⁹² Pour un plaidoyer en faveur de la prise en compte de la dimension symbolique, au sens lacanien, dans les sciences sociales, cf. P. Beckouche, « Le symbolique, un approche lacanienne pour les sciences sociales », *Gallimard – Le Débat*, 2003/4 – n° 126, p. 174 à 191.

⁹⁹³ P. Legendre, *Le crime du caporal Lortie*, Flammarion, 2000, p. 153, cité in F. Chaumon, « Le sujet de droit n'est pas le sujet de la psychanalyse », *Erès – Vie sociale et traitements (VST)*, 2004/4 – n°84, p. 26.

⁹⁹⁴ Pour de plus amples développements sur ce point, cf. *infra*.

821. Avant d'aller plus avant, il convient également de préciser quelques points qui paraissent ici primordiaux. Premièrement, les concepts évoqués ci-après sont à peu près stables dans leur domaine respectif de connaissance. Cela ne signifie pas pour autant qu'ils doivent être pris comme toujours et nécessairement valides. La question de leur pertinence ne sera pas ici abordée car elle est à la fois hors de ce sujet, mais également hors de nos compétences. Pour autant, il ne faudrait pas voir dans leur exposition une forme de ralliement, implicite ou non, à ceux-ci, qui se doublerait d'une forme de militantisme analytique. Il s'avère simplement que par percussion avec le savoir juridique existant, ils produisent un écho singulier, qui permet d'entendre différemment certaines idées développées jusqu'à présent.

822. Ensuite, le recours à des conceptualisations tant freudiennes que lacaniennes ne vise absolument pas à présenter de manière artificielle une continuité entre les deux approches. La question des rapports du lacanisme au freudisme est une question toujours en suspens au sein même de la communauté analytique. Il serait donc à la fois inutile, et surtout présomptueux, de prétendre y apporter une réponse ici. L'emprunt à ces deux écoles se comprend surtout à l'aune de leur valeur heuristique différente. Les travaux de Freud sont absolument nécessaires, du fait de son statut de découvreur, pour comprendre les bases, les concepts les plus élémentaires de cette approche. Il nous faut confesser également que leur lecture en est plus aisée, et surtout très souvent enrichie d'exemples tirés de la cure. L'approche lacanienne elle, au-delà de son côté cryptique qui demande à s'appropriier un langage spécifique, est féconde s'agissant de l'analyse du champ social, puisque tant les concepts inventés que l'application qui en a été faite tendent à le démontrer. Les travaux portant sur une analyse psychanalytique de la politique sont assez rares au regard de la production littéraire dans ce domaine⁹⁹⁵, et mobilisent très souvent de nombreuses références lacaniennes lorsqu'il s'agit d'aller au-delà du mythe fondateur ou de la répression pulsionnelle inhérente à la culture.

823. Enfin, il subsiste une interrogation, toujours présente dans ce domaine, et qui consiste dans le doute porté sur la possibilité, ou non, d'approcher la psychanalyse comme un pur savoir théorique, c'est-à-dire en dehors de l'espace et du temps de la cure. Une fois encore, il n'existe pas de réponse tranchée à apporter sur ce point, tant celles proposées sont diverses. On

995 On peut ainsi évoquer R. Dadoun, *La psychanalyse politique*, Que-sais-je P.U.F., 1995, 126 pages; J. Ménéchal, *Psychanalyse et politique : le complexe de Thésée*, Erès 2008, 207 pages, ou bien l'œuvre du philosophe et psychanalyste Slavoj Žižek. La liste n'est évidemment pas exhaustive.

peut simplement remarquer que la psychanalyse est un domaine de savoir, qui est susceptible de faire l'objet d'un enseignement⁹⁹⁶. Dès lors, son utilisation à des fins de recherche universitaire ne semble pas devoir être exclue. De plus, le recours à cette interprétation va permettre de mettre en lumière à quel point le consentement, éclairé par la psychanalyse, va apparaître bien davantage comme un sentir-avec, ainsi que nous le proposons, que comme une simple forme de l'accord.

B / Inconscient et droit : une conciliation impossible ?

824. Ceci précisé, qu'apporte donc l'appréhension psychanalytique du consentement ? Pour pouvoir répondre à cela de manière la plus précise possible, il convient de faire retour sur un quelques éléments fondateurs de l'approche freudienne, qui bien que populaires, n'en sont pas moins très souvent éloignés de leur sens originel. Parmi ceux-ci, l'inconscient occupe une place centrale (1), même si sa transposition littérale à la sphère juridique est délicate (2).

1 / Définition et utilité de la notion d'inconscient pour le droit

825. Le point le plus fondamental au regard de la psychanalyse consiste probablement dans la notion d'inconscient⁹⁹⁷, et ce quelle que soit la conception doctrinale adoptée. Aussi bien dans l'approche freudienne, lacanienne ou jungienne⁹⁹⁸, l'inconscient apparaît comme l'élément principal à partir duquel le reste se déploie.

826. On peut certes discuter de la paternité du concept, que l'on retrouve présent dans d'autres domaines de la connaissance, par exemple au travers du vouloir-vivre chez Schopenhauer⁹⁹⁹. Pour autant, son application dans le domaine purement psychologique

996 Il existe actuellement plusieurs formations diplômantes à la psychanalyse, de niveau M1, M2 et doctorale, telle celle proposée à l'université Paris 8 Vincennes- Saint Denis.

997 Nous ne rentrerons pas ici dans le débat sur la question de l'assimilation ou de la scission entre la psychanalyse et l'inconscient. Sur ce point, cf. Le cours de Jacques-Alain Miller, et sa partie sur la différence entre les deux concepts disponibles à l'adresse suivante : <http://www.causefreudienne.net/index.php/etudier/le-cours-de-jacques-alain-miller/inconscient-different-psychanalyse>.

998 Le trio proposé n'entend pas épuiser la diversité des approches existantes, qui rend d'autant plus inutile une énumération qui prétendrait à l'exhaustivité.

999 Que l'on trouve par exemple explicitée dans le Livre II de son ouvrage *Le Monde comme volonté et représentation*, P.U.F., Quadrige, 2003, p. 135 et s.

inaugure la spécificité de la perspective freudienne¹⁰⁰⁰, que ses disciples ultérieurs ne feront que poursuivre dans des directions différentes.

827. Pour le droit, une telle approche est, a priori, parfaitement antinomique de son fonctionnement même. En effet, comme on le verra¹⁰⁰¹, le droit s'arrime, pour assurer son effectivité, au sujet par le biais de la capacité. Or cette dernière suppose que l'individu a connaissance¹⁰⁰² des conséquences, ne serait-ce que d'un point de vue minimal, que son agir conjugué aux règles juridiques va produire. Adossée à la raison, la capacité figure la puissance reconnue au sujet, mais qui ne lui est justement attribuée qu'au regard de facultés qu'on lui prête. De ce point de vue, l'incapacité entend bien marquer la déchéance de celles-ci. Ce qui est ici essentiel est de bien souligner comment le mécanisme même de l'incapacité traduit l'écart qui existe entre le sujet au sens de la psychanalyse et le sujet de droit. Ce n'est qu'à compter d'un certain seuil d'intensité de la manifestation jugée déviante qu'il est possible de déchoir un individu de celle-ci. Tant que la manifestation éventuelle de l'inconscient ne prend pas une forme suffisamment identifiable dans le champ, par exemple, de la psychiatrie, l'individu est supposé identique à l'ensemble de ces semblables, c'est-à-dire pourvu de raison, et apte à l'exercer. Il n'y a en quelque sorte que lorsque l'inconscient se fait visible, au travers d'un symptôme jugé suffisamment grave, que le droit prend acte de cet état de fait, et en tire les conséquences jugées nécessaires.

828. Ce procédé peut paraître, de premier abord, parfaitement opportun. Accepter de donner une place trop considérable à cet inconscient supposerait que le juge, le notaire, l'avocat soient en permanence assistés d'une personne pouvant déchiffrer derrière la parole les manifestations de cet inconscient, ce qui pose des difficultés redoutables¹⁰⁰³. De plus, l'impératif de sécurité juridique, aujourd'hui consacré dans toute son importance, serait mis à mal s'il s'avérait possible de remettre en cause les conventions pour ces motifs non perçus par le sujet¹⁰⁰⁴. Dès

¹⁰⁰⁰ On peut toutefois remarquer que, l'application de cette idée au déchiffrement des rêves existe déjà dans l'antiquité grecque chez Antiphon. cf. M. Onfray, *Contre-histoire de la philosophie t.1 – les sagesses antiques*, Biblio essais Le livre de poche, 2007, p. 94-96.

¹⁰⁰¹ Cf. *infra*. Partie II, Titre I, Chapitre 1, Section 1.

¹⁰⁰² Il est ici fait allusion à l'adage *nemo censetur ignorare legem*. On remarque ici l'écart qu'il peut exister entre le fait de connaître, et celui de comprendre, comme l'avait déjà mis en lumière Platon s'agissant de l'éducation.

¹⁰⁰³ Ne serait-ce qu'au regard du respect de la vie privée.

¹⁰⁰⁴ Cette précision est importante car il s'agit bien d'une ignorance qui vient toujours buter sur le sujet. Son cocontractant peut avoir une perception différente des événements, mais c'est le sujet de la parole qui reste hermétique à lui-même.

lors, pour être effectif, le système juridique suppose une parole portée par un individu raisonnable, au fait de ses désirs. Envisagé d'une façon purement chronologique, le droit suppose, au travers de la figure de celui qui en est le récipiendaire comme l'acteur, un sujet déjà détaché de son symptôme, déjà au fait de son inconscient et qui aurait émergé comme transparent à lui-même. Cette idée, on l'a vu¹⁰⁰⁵, n'est pas sans lien avec la manière dont est pensé l'homme au moment de la rédaction du Code civil de 1804, à partir duquel la notion de consentement, dans sa forme moderne, prendra son essor.

829. Quelles conséquences tirer alors, une fois accepté le postulat de cette dimension obscure de la conscience ?

La première et plus évidente est qu'ainsi que Lacan le disait déjà, l'erreur que la raison produit est bien de laisser croire que « le sujet, dès l'origine et jusqu'au bout, sait ce qu'il veut »¹⁰⁰⁶. Inapte à saisir les déterminants profonds qui le poussent à agir, l'individu apparaît déchu de son statut de calculateur omniscient, et le bon père de famille tant célébré par la théorie juridique n'est plus qu'un « inconscient » comme les autres. Certes, toutes les déterminations inconscientes ne produisent pas de conséquences négatives, que ce soit pour l'auteur de l'acte envisagé ou pour la société considérée dans son ensemble.

Le manque, inhérent à la castration¹⁰⁰⁷, est aussi et surtout « cause du désir »¹⁰⁰⁸. De ce fait, qu'il soit réel ou fantasmé, il permet également le mouvement et l'animation de toute la sphère sociale. En réalité, le problème ne se pose que lorsqu'il s'agit d'opposer l'individu à des modèles abstraits tels justement le *bonus pater familias*. Plus largement, cette situation se retrouve quand on fait semblant pour les nécessités du jeu social, de supposer certains comportements comme nécessairement valides quelles que soient les motivations y présidant, tandis que d'autres sont, d'un point de vue symétrique, frappés en toute occurrence d'infamie. Certains individus ont des raisons éminemment perverses de vouloir certaines choses, ou de très bonnes justifications pour désirer un objet apparemment indésirable. C'est donc le mythe de l'individu pensé comme rationnel, au sens où ce terme est aujourd'hui utilisé, qui vole en éclat, et avec lui la possibilité d'un consentement libre et éclairé, puisqu'il se trouve inféodé à

¹⁰⁰⁵ Sur ce point, cf. *supra*. Partie I, Titre I, Chapitre 2, Section 2, § 1, B/.

¹⁰⁰⁶ J. Lacan, *Autres écrits*, éd. Le Seuil, coll. Champ freudien, 2001, p. 802.

¹⁰⁰⁷ Par là on désigne le fait que l'entrée dans le langage, pour tout nouvel humain, a pour effet de l'introduire à la dimension symbolique, mais également de le confronter au manque, c'est-à-dire à l'écart qui existe du fait que le langage ne recouvre jamais entièrement le besoin, ni le désir.

¹⁰⁰⁸ V. Blanco, *Dits de divan*, L'harmattan – études psychanalytiques, 2010, p. 54.

cette pulsion, à cette sensation.

830. Une fois encore, la difficulté se situe s'agissant du droit, du côté de la sphère probatoire. Quelle capacité à un juge d'apprécier ces différents déterminants, lorsque l'on peut à la fois mentir aux autres, mais également se mentir à soi-même ? On ne peut raisonnablement exiger de chacun qu'il se livre à une psychothérapie analytique afin de pouvoir se dire sûr de son désir. Cette idée est particulièrement absurde en ce qu'elle suppose, d'une part, que ce travail serait inéluctablement assorti d'une fin, que l'on pourrait donc marquer d'un terme précis, chronologique, le début exact et la fin de ce processus¹⁰⁰⁹. Or, cette vision apparaît antinomique des positions freudiennes. Tout s'oppose à cette idée, à « cet idéal d'un analysé fondamental (« *der gründliche analysierte* ») qui réaliserait une « normalité schématique », où il n'y aurait plus de « passions à détecter » ni de « conflits internes » susceptibles de se développer »¹⁰¹⁰.

831. Bien davantage, certaines situations semblent condamnées à ne pas pouvoir trouver de réponse définitive, et cela pour plusieurs raisons.

La première tient à la structure même d'une thérapie, et particulièrement la psychanalyse, qui se base au cœur de son fonctionnement sur l'interprétation, qu'il s'agisse des mots d'esprit¹⁰¹¹, des rêves¹⁰¹², des actes manqués, et plus généralement, de l'association libre. Si l'inconscient est structuré comme un langage, ainsi que l'énonçait Lacan, celui-ci suppose nécessairement pour être compris d'être interprété. Or, ce point constitue le nœud du problème, car qui dit interprétation, suppose que puisse être désigné un interprète, et dans l'idéal, un interprète authentique. Ici, dans ces domaines aux contours troubles, l'interprétation est souvent également le résultat de la subjectivité de l'analyste, adossée à sa propre expérience de la cure¹⁰¹³. Freud lui-même reconnaissait que lors de ses séances, il laissait son inconscient

¹⁰⁰⁹ Tandis qu'il semble bien, ainsi que l'énonçait Jankélévitch, que « ce qui est fait reste à faire ».

¹⁰¹⁰ P.-L. Assoun, *Psychanalyse*, P.U.F. Quadrige 2007, p. 487. Plus loin l'auteur cite Freud : « que la psychanalyse est ce « métier impossible » dans lequel on peut être sûr d'avance du résultat insatisfaisant », cité in *Psychanalyse*, précité, p. 487.

¹⁰¹¹ S. Freud, *Le mot d'esprit et sa relation à l'inconscient*, Gallimard Folio essais, 1992, 442 pages.

¹⁰¹² S. Freud, *Œuvres complètes, psychanalyse Volume 4 : l'interprétation du rêve, 1899-1900*, P.U.F., 2003, 759 pages.

¹⁰¹³ Sans remettre en cause la pertinence de l'approche freudienne, cette perspective rend caduque et ridicule la prétention de certains analystes à vouloir faire de la psychanalyse une « science », ce que par définition elle ne peut être, ainsi qu'a pu le montrer Karl Popper au travers du concept du falsifiable et de l'infalsifiable. Ces objections ont néanmoins été également remises en cause par Feyerabend, in *Contre la méthode*, Paris, Seuil, 1979, cité in H. Richard, « Une psychanalyse postmoderne ? », *Revue Filigranes*, Volume 6, n°2, version

entrer en quelque sorte en résonance avec celui de son patient, afin que lui soient données les clefs de l'interprétation. C'est donc la question des éventuels universaux de l'analyse qui se trouve ici posée.

2 / L'inconscient en droit : une notion d'application délicate

832. La seconde, elle, a trait à la question du symptôme. En effet, à compter de quel moment pourra-t-on considérer qu'une personne peut être dite débarrassée de son symptôme, ou que celui-ci ne produit pas d'effets susceptibles de remettre en cause la validité de l'accord donné ? Cette question engage alors la problématique du normal et du pathologique, et aboutit *de facto* à un transfert de pouvoir en direction du corps médical¹⁰¹⁴. Si celui-ci n'est guère nouveau s'agissant du corps comme support du pouvoir médical, la situation induite par cette psychologisation excessive des individus aboutirait à l'extension de prérogatives dévolues à cette communauté des sachants, pour reprendre un terme lacanien. Les difficultés d'appréhension de la frontière sont alors considérables¹⁰¹⁵. Que répondre en effet à l'argument de certains auteurs féministes américains, selon lesquels il faudrait prendre acte que la psyché féminine a été modelée par les représentations masculines qui dominent, de telle sorte qu'il faudrait avant toute chose garantir l'authenticité de la pensée féminine¹⁰¹⁶ ? Existe-t-il une thérapeutique à même d'aller dans ce sens ?

833. Ce faisant, il semble bien que la notion d'inconscient, dans la sphère juridique, ne puisse jouer qu'en tant qu'outil heuristique pour la compréhension de certains fondements de l'architecture normative, dans la lignée de Pierre Legendre ou d'Alain Supiot¹⁰¹⁷, ou bien à la marge, sans se dévoiler comme tel, par le truchement de la notion d'incapable, dans sa version civiliste ou dans l'irresponsabilité pénale pour cause de trouble psychique ou neuropsychique.

électronique.

¹⁰¹⁴ Envisagé ici au sens large, puisque tous les psychanalystes ne sont pas médecins.

¹⁰¹⁵ Comme l'énonce très justement M. Assoun : « D'une part, qu'est-ce que la *technè*, sinon un procédé qui tend à un « résultat » (*Erfolg*) qui, n'étant pas mesuré par une connaissance « par les causes » - scientifique - ne sera jamais que relatif ? L'in-suffisance est inscrite dans l'action thérapeutique », in *Psychanalyse*, précité, p. 487.

¹⁰¹⁶ Voir S. Bartky, *Feminine masochism and the politics of personal transformation*, in *Femininity and Domination*, Londres, Routledge, 1990, p. 45-62, ou S. Jeffrey, *Anti-Climax : A Feminist Perspective on the Sexual Revolution*, éd. The Women's Press, Londres, 1990, cité in M. Marzano, *Je consens donc je suis*, précité, p. 148.

¹⁰¹⁷ A. Supiot, *Homo Juridicus ...*, précité.

834. De toutes les façons, le point d'imputation entre les deux champs étudiés n'est pas le même. Pour le droit, il s'agit bien de l'individu tel qu'il se présente au moment de la conclusion de l'acte juridique, ou de la commission du fait qui lui est reproché. La perspective est donc instantanée, figée dans la radicalité d'un instant *t*. Toute approche psychologique de l'individu suppose justement l'inverse, c'est-à-dire un passé qui rend seul possible un présent, dans une continuité temporelle exacerbée. Cette continuité, le droit la suppose, comme une fiction avec laquelle il est habitué à fonctionner. L'analyse psychologique elle, la constate, dans toute sa profondeur. Comme le disait déjà Nietzsche : « nos actions ne sont généralement pas typiques et elles sont loin d'être comme des résumés de la personne [...]. Actes de circonstance, réactions épidermiques, réponses automatiques à quelque stimulation avant même que la profondeur de notre être ait été sollicitée. Une colère, une empoigne, un coup de couteau : en quoi cela exprime-t-il une personne ? ¹⁰¹⁸ ».

De ce fait, la psychanalyse et le droit, sur ce point précis, sont en quelque sorte condamnés à communiquer chacun selon leurs propres références, dans la presque impossibilité d'un langage commun qui pourrait les unir.

835. Il est toutefois un autre domaine dans lequel ces deux savoirs peuvent espérer une rencontre plus productrice d'effets concrets, au travers des connaissances que les principaux acteurs de la sphère juridique, législateur comme praticiens, peuvent en retirer. Celui-ci consiste en l'appréhension toute particulière que la psychanalyse a du phénomène du désir. Ce point est essentiel pour saisir à quel point le consentement a à voir avec une activité sensible.

C / L'appréhension psychanalytique du désir : le désir a-moral

836. Ainsi, dans la philosophie traditionnelle, le désir est pensé comme mouvement de l'âme vers un bien, vers le bon dans sa formulation grecque, mais il est aussi passion qui dès lors est susceptible d'apporter une forme de déraison dans le fonctionnement même de l'âme. Descartes évoquera ainsi une « agitation de l'âme », tandis que la philosophie stoïcienne, comme on l'a vu, n'aura de cesse de mettre en garde contre celui-ci.

C'est pourquoi le désir, en même temps qu'il est mouvement, impulsion, est également suspect par l'effet qu'il produit sur le sujet, par la soif que l'objet désiré suscite et qui crée donc

¹⁰¹⁸ F. Nietzsche, *Fragments posthumes (1887-1888)*, éd. Gallimard, coll. Œuvre Philosophique Nietzsche, 1976, p. 108, cité in *Je consens donc je suis*, précité, p. 31.

une relation de dépendance entre les deux éléments, voire d'aliénation.

837. La conception analytique, elle, diverge fortement. Dans celle-ci, le *Wunsch* est bien un mouvement de l'âme, mais qui prend sa base sur un besoin dont il constitue en quelque sorte une réanimation. Néanmoins, ce besoin et cette satisfaction n'ont que peu de rapport avec l'objet contemporain du désir. Il faut entendre par là qu'il n'y a guère, dans cette approche, de désir nouveau, créé ex nihilo, mais plutôt nouvelles formes du désir. Cette situation s'explique par le fait que le désir vise à la répétition, à un retour à la satisfaction préalablement ressentie à l'occasion d'un événement passé. Comme le dit Paul-Laurent Assoun, « il n'y a pas d'être originel du désir : il n'a d'être que répétitif ou répétitif »¹⁰¹⁹. Dès lors, le désir se manifeste comme une réaction, un appel au retour à la satisfaction première, qui trouve sa trace dans la vie infantile.

Il n'y a donc, dans cette acception, pas un désir « bon », pas de positif dans le désir. Il est comme un mouvement réflexe qui face à un objet qui fait écho à une trace mnésique, commande un retour à la satisfaction. « C'est le « dénouement » d'une chaîne dont les maîtres mots sont besoin → satisfaction → souvenir → perception. Le désir vient « en plus » comme un « encore » (un « revenez-y ») »¹⁰²⁰.

838. C'est par l'expérience du refoulement consécutif à la sortie du complexe d'Œdipe que le désir va pouvoir trouver une butée, et se métamorphoser en un désir de ce qui est justement interdit, manifestant par là même la permanence du désir originaire, infantile. De ce fait, il est possible de comprendre un peu mieux l'impossibilité quasi consubstantielle à la psychanalyse de porter une appréciation en termes de Bon, de Bien à l'égard d'un désir souvent au-delà même du plaisir. Aussi, il est « indéfinissable », « [...] aussi irrécusable – comme « senti »-qu'indéfinissable: il dépend de la variation de la « sensation de tension » et de la « modification de la quantité d'investissement dans l'unité de temps » »¹⁰²¹.

839. Pour sortir de cette dyade sujet-objet fermée sur elle-même, la psychanalyse précise bien que cette relation est en réalité une relation à trois, par la médiation de celui que Freud désigne comme le *Nebenmensch*, et que Lacan formalisera sous la figure de l'Autre. Il s'agit ici

¹⁰¹⁹ P.-L. Assoun, *Psychanalyse*, précité, p. 192.

¹⁰²⁰ P.-L. Assoun, *Psychanalyse*, précité, p. 193.

¹⁰²¹ P.-L. Assoun, *Psychanalyse*, précité, p. 195. (c'est nous qui soulignons).

de mettre en évidence que dans cette demande de satisfaction que ressent et exprime le nourrisson, il réalise vite que l'objet désiré doit lui être apporté de l'extérieur, qu'il ne peut lui-même satisfaire son propre besoin. Impossible donc d'apaiser cette soif sans avoir à mobiliser de l'autre que soi, qui selon la réponse apportée, mobilisera chez le nourrisson des sentiments toujours ambivalents¹⁰²². C'est donc en réaction à ce sentiment infini de détresse infantile (*Hilflosigkeit*) que l'enfant va mobiliser de l'autre, c'est-à-dire inscrire également le désir dans le relationnel, nécessité que Freud désignera comme « la source de la moralité »¹⁰²³. De ce rapport va naître la figure de l'Autre : « La satisfaction de soi étant d'abord satisfaction par l'autre, cela reste en quelque sorte la satisfaction de l'autre. Cela laisse peut-être dans le désir humain ce caractère indécidable de qui jouit en réalité quand je jouis [...] »¹⁰²⁴. De là émerge l'énigme du désir, qui n'est jamais tant le sien propre, que celui projeté dans le sillage, aliéné à l'Autre.

840. Cette caractérisation particulière du désir permet de mieux comprendre, en lien avec ce qui a été évoqué précédemment, ce que recouvre le concept de symptôme. En effet, loin d'être simplement la transcription d'un écart à la normalité, du pathologique, il est ce par quoi la sujet continue à rechercher et exprimer son désir, et ce malgré l'interdit. Il est donc un arrangement qui emporte une modification du moi, par lequel malgré la barrière de la castration, celui-ci manifeste néanmoins sa volonté de retour à la satisfaction originaire. Par cette affirmation du moi, il manifeste son caractère profondément narcissique.

841. Pour autant, il serait erroné de considérer que le désir est simplement commandé par un objet, clairement identifié, qui lui imposerait ses manifestations. En réalité, « il cherche à l'aveuglette, mais avec un sens sûr de son « manque », tout signe ou signal concrétisant le retour de l'objet perdu »¹⁰²⁵. En pratique, sa mécanique est elle aussi empreinte d'ambivalence : le sujet est ainsi pris entre deux bornes opposées, à savoir le désir de satisfaire son manque pour éviter la frustration, mais aussi la peur de satisfaire un désir interdit, entre la peur de jouir et celle de ne pas assez jouir de cet objet. Il n'y a donc pas un bon désir, qui serait toujours

¹⁰²² En tout cas, à compter de l'entrée dans le stade sadique-oral, ambivalence qui ne fera que se renforcer par la suite, et ce particulièrement au moment du stade anal. Ceci fera dire à Freud que « l'objet naît dans la haine ».

¹⁰²³ P.-L. Assoun, *Psychanalyse*, précité, p. 195.

¹⁰²⁴ P.-L. Assoun, *Psychanalyse*, précité, p. 197.

¹⁰²⁵ P.-L. Assoun, *Psychanalyse*, précité, p. 199.

empreint de satisfaction non problématique, et un désir nécessairement mauvais et ressenti comme tel¹⁰²⁶.

Pour bien marquer cette idée, on peut faire retour à l'étymologie du terme même de désir, qui en latin (*desiderare*) signifie regretter l'absence d'un astre, c'est-à-dire « une sorte de paralysie saisissante qui est placée sous l'influence maligne »¹⁰²⁷ de celui-ci. Pour sortir de cet état, il est nécessaire de se « dé-sidérer », c'est à dire de désirer afin de ne pas rester sous l'emprise de l'objet désiré. C'est pour réaliser cette conciliation, et cet écart par rapport à l'objet que des filtres vont venir faire écran entre le désir et son objet, afin de faire comme si la satisfaction première vers laquelle le sujet aspire à retourner était atteignable. Ce filtre va prendre différentes formes, mais dont la plus évocatrice est probablement le fantasme.

Le désir se manifeste alors pour ce qu'il est vraiment, c'est-à-dire un compromis entre des exigences contradictoires, compromis qui trouve sa source dans l'empêchement consécutif à la sortie de l'Œdipe. C'est cette dernière qui permet de s'extraire de la mécanique régressive inhérente à son être même. Une partie est donc refoulée, et une autre reste présente, au sens de visible, au travers des symptômes.

842. Ces développements sur la thématique du désir visent à illustrer l'écart qui peut exister entre les conceptions véhiculées par le droit, et plus encore par le discours sur le droit articulé par les praticiens, avec ce qu'un savoir particulier comme la psychanalyse peut apporter. En effet, comme on l'a vu, il n'est point question pour ce dernier de porter un jugement de valeur morale sur tel type de désir plutôt qu'un autre, même si se retrouve toujours l'idée de devoir conjuguer la pulsion avec la vie sociale, au travers du principe de réalité¹⁰²⁸. Le patient se présente avec son ou ses symptôme(s), c'est-à-dire adresse une demande à l'analyste que celui-ci essaiera de satisfaire dans le cadre de la relation. D'une certaine façon, on peut dire que la psychanalyse est a-moral¹⁰²⁹. Or, même si droit et morale sont distincts, les deux entretiennent

¹⁰²⁶ Ainsi que l'énonce P.-L. Assoun, « l'homme est cet animal coupable de désirer et incurablement désirant », in *Psychanalyse*, précité, p. 200.

¹⁰²⁷ P.-L. Assoun, *ibid.*

¹⁰²⁸ Et par le fait que la culture/civilisation ne fonctionne que par le biais d'un refoulement pulsionnel. cf. S. Freud, *Malaise dans la culture*, précité.

¹⁰²⁹ De nombreuses objections ont été formulées à l'égard de cette assertion. Il en reste pas moins qu'il ne faut pas confondre la vie personnelle de l'auteur de la psychanalyse, et les concepts eux-mêmes ou l'usage déviant qui en a été fait par certains. Il s'agit là, à notre sens, d'une déviance de l'époque moderne, qui vise à assimiler une œuvre et son auteur, comme a pu l'illustrer la querelle sur Heidegger. À ce sujet, cf. E. Faye, *Heidegger, l'introduction du nazisme dans la philosophie : autour des séminaires inédits de 1933-1935*, Biblio Essais – Le livre de poche, 2ème édition, 2007, 767 pages ; contra : M. Amato, P. Arajakovsky, M. Conche, H. Cretella, *Heidegger, à plus forte raison*, Collectif, Fayard, 2007, 533 pages.

des rapports pour le moins intimes. Comment expliquer à une victime d'une agression sexuelle par un exhibitionniste que celui-ci visait justement, par son comportement, à « masquer le secret d'un rien à montrer, de cacher le fait qu'il n'a rien à cacher », comme l'a explicité Pierre Fédida¹⁰³⁰ ? Que pourrait apporter à une personne, victime d'un vol et d'une dégradation d'une chaussure, le fait que l'auteur de l'acte a dénié la castration pour la remplacer par un objet, et qu'ainsi que le disait Karl Krauss, « il n'y a pas d'être plus malheureux sous le soleil qu'un fétichiste qui languit après une bottine et qui doit se contenter d'une femme entière »¹⁰³¹ ?

843. Cette réappropriation psychanalytique du désir ne produit pas simplement des conséquences à l'égard de ce dernier. Elle permet également, comme nous allons le voir maintenant, de redessiner les contours du sujet juridique.

§ 2 : Psychanalyse et subjectivité : une transformation de la figure du sujet

844. La redéfinition du sujet opérée par la psychanalyse ne peut se comprendre que rapportée à la critique qui est faite, par cette théorie, du discours moderne destructeur de subjectivité pour celle-ci (A). C'est donc, après ce premier temps où le négatif permet d'illustrer la notion, que l'on pourra observer l'étendue des changements que cette nouvelle définition du sujet implique (B).

A / Une subjectivité et une liberté malmenées par le discours moderne

845. La place centrale jouée par l'histoire familiale, dans la perception psychanalytique, aboutit à remettre en cause, dans un premier temps, la liberté du sujet (1). Mais, la liberté pour qu'elle existe nécessite, tout comme en droit, une limite qui permet d'organiser la possibilité de la subjectivité. Cette limite, c'est l'interdit, qui joue un rôle analogue à l'ordre public sur le plan analytique, et que le discours moderne tend à vouloir faire disparaître (2).

¹⁰³⁰ P. Fédida, « l'exhibition et le secret de l'enveloppe vide », in *Nouvelle revue de psychanalyse*, n°14, « Du secret », Gallimard, cité in C. Rosset, *Le Réel...*, précité, p. 28.

¹⁰³¹ P.-L. Assoun, *Le Fétichisme*, P.U.F. Que-sais-je, 2006 128 pages.

846. Ce faisant, il est possible de saisir un peu mieux en quoi la psychanalyse permet d'aborder le consentement sous un jour nouveau. Ainsi, elle vient frontalement faire échec à la prétention d'un sujet de droit uniquement rationnel, capable quelles que soient les situations et ses propres capacités, de fournir ce raisonnement libre et éclairé par le biais duquel s'articule toute la mécanique contractuelle. Elle nous invite à repenser le sujet comme déterminé, par son enfance, qui a laissé une empreinte indélébile en lui, mais aussi par son inconscient qui lui fait désirer ce qu'il ignore, et lui fait dire ce qu'il voudrait parfois taire. De ce point de vue, il est à redouter que, en poussant cette conception dans ses ultimes retranchements, il ne soit jamais vraiment possible de formuler un consentement libre. Comme le dit Valérie Blanco, « Et là Freud arriva et dit : non, il y a de l'immaîtrisé ou de l'immaîtrisable chez l'être humain; celui-ci n'est pas maître de son esprit, de ses pensées, de ses agissements, de ses symptômes. Certains échappent totalement à son savoir et à son contrôle conscient. Bonne volonté et raisonnement ne peuvent rien changer. Il y a une autre force en jeu : l'inconscient »¹⁰³². De même, selon Dany-Robert Dufour, le recours au consentement éclairé constitue « un dispositif « pervers/puritan » »¹⁰³³.

847. Que faut-il entendre par là ? Que la généralisation de ce principe de consentement aboutit à faire entrer celui-ci dans la sphère de la moralité, et à ainsi rejeter tout ce qui viendrait contraindre comme moralement inacceptable. C'est ainsi que Martine Menès soulève ce qu'il y a d'absurde selon elle à voir un directeur d'hôpital de jour « demander l'accord pour son admission à un garçon de tout juste 7 ans, autiste », ou à ce qu'un « employeur demande à ses subordonnés la participation facultative à une évaluation dont dépend la survie de l'établissement ». L'absurdité se manifeste alors sous le jour d'un choix qui serait posé, d'une option, d'une faculté, tandis que ceux-ci sont souvent purement artificiels. De même, il est fait peu de cas de la dissymétrie fondamentale, en termes de relation de pouvoir, qui existe entre celui présenté comme sachant, par rapport à celui dont le consentement est interrogé. Ceci est

¹⁰³² V. Blanco, *Dits de divan*, précité, p. 10. Plus loin elle ajoute : « Ce que l'analyse propose, c'est d'en savoir un peu plus sur nos déterminations inconscientes, c'est-à-dire sur cet inconscient qui oriente notre vie à notre insu. Et grâce à ce savoir, de gagner une petite marge de manœuvre afin d'être moins le jouet de notre propre inconscient », p. 11. (c'est nous qui soulignons).

¹⁰³³ M. Menès, l'illusion du consentement « éclairé », Après-midi du pôle Paris IDF Champagne nord, « psychanalyse et institutions. Quel protocole pour l'inconscient ? », sept. 2008. Sur ce terme, cf. D.-R. Dufour, *La Cité perverse. Libéralisme et pornographie*, Folio essais, 2012, 519 pages.

bien évidemment particulièrement vrai dans tous les domaines d'expertise, et particulièrement s'agissant de la sphère médicale, comme de la sphère juridique. De ce fait, et d'un point de vue psychanalytique, ceci aboutit à une confusion des places, en ce sens que chacun peut-être à la place de n'importe quel autre que lui-même, venant par la même contredire l'inscription dans le symbolique réalisée par le Nom-Du-Père.

848. De plus, l'échange tel qu'il est supposé repose sur le fantasme d'une communication parfaite, où l'interlocuteur est à même de saisir à la fois l'énoncé, mais également toutes les subtilités de l'acte d'énonciation, c'est-à-dire en somme une communication sans perte, une communication parfaite. Ceci semble en effet particulièrement irréel dans le sens où, du point de vue psychanalytique, l'inscription dans le langage a pour effet d'entrer dans le symbolique. Ce faisant, l'individu fait face au manque, puisque c'est par ce biais que l'on peut par exemple évoquer un objet même si ce dernier est manquant. À la différence de l'ordinateur, pour qui le mot employé n'est jamais que le mot désigné¹⁰³⁴, le langage humain est lui fait d'images, de métaphores, de métonymies, etc. Sa complexité rend à proprement parler impossible la généralisation d'une communication toujours parfaite, et par là même l'existence d'universaux de la communication comme les pense Jürgen Habermas.

C'est pourquoi l'auteur peut dire : « A qui s'adresse donc la demande de consentement ? À l'individu libéral supposé libre, en particulier libre de tout mouvement de l'inconscient. Autonome, comportemental, cognitiviste et... réaliste »¹⁰³⁵.

2 / Le discours contemporain en tant que destruction de l'interdit

849. Au regard de la psychanalyse lacanienne, le problème posé par le discours capitaliste¹⁰³⁶, associé à la thématique du consentement, associe un élément supplémentaire. En effet, le discours capitaliste est assimilé au discours du Maître, qu'il convient d'explicitier quelque peu.

¹⁰³⁴ Et qui, *de facto*, échappe pour le moment à la logique d'inspiration saussurienne du clivage signifiant/signifié.

¹⁰³⁵ In M. Ménès, *L'illusion du consentement éclairé*, précité.

¹⁰³⁶ Il est ici fait référence, au sein de la communauté psychanalytique, au discours qui vise à l'exhortation indéfinie de la consommation d'objets.

850. Celui-ci est discours de la Loi, par lequel se construit la structure du parlêtre¹⁰³⁷. Par là il faut entendre que « ce qui produit un sujet, c'est-à-dire non pas en général un homme ou un individu, mais un être dépendant du langage, c'est qu'un signifiant vienne le représenter auprès de tous les autres signifiants et, par là même, le déterminer »¹⁰³⁸. Cette médiation par le langage produit un reste, un reliquat puisqu'il n'y a désormais plus d'accès direct pour le sujet à l'objet. Ce reste, Lacan va le désigner par « l'objet a », qui est cet objet à jamais perdu pour le sujet du fait de l'écart entre sa demande et le langage. Dès lors, le discours du Maître est celui qui met le sujet en rapport, par son signifiant, avec l'ensemble des autres signifiants, et qui entérine l'absence de lien direct du sujet avec cet objet perdu¹⁰³⁹. Ce faisant, il lui assigne également une place, du fait de l'inscription dans le symbolique par le jeu du signifiant qui est le sien¹⁰⁴⁰.

Ce discours, descriptif de l'aliénation, n'est pas spécifique à la vie infantile. Il est également matrice de toute l'aliénation politique, c'est-à-dire de l'opération par laquelle un individu se soumet à l'énoncé d'une parole de commandement. C'est en ce sens que l'on a pu dire plus haut qu'il est discours de la Loi, du gouvernement.

851. Or, la spécificité du discours capitaliste¹⁰⁴¹, dans cette perspective, est que le sujet ne se crée pas dans l'écart qui existe entre le signifiant qui le représente et l'ensemble du savoir, donc tous les autres signifiants. Il n'existe qu'en tant que signifiant mis directement en rapport avec l'objet perdu, au travers de la dimension de consommation-jouissance comme venant combler, se substituer à cette perte originelle. C'est pourquoi l'on peut dire de ce discours qu'il est antagoniste de la castration, donc de la limite et de l'interdit. Dès lors, le centrage de l'ensemble de la vie autour de la thématique de la consommation, de ce fétichisme d'objet, aboutit à enfermer le sujet dans une boucle, celle de la recherche d'une satisfaction immédiate et permanente. Mais loin de le rendre plus heureux, ces ersatz « d'objet a » ne font que confronter, sans cesse, le sujet à son propre manque, sans lui permettre de s'en extraire. C'est

¹⁰³⁷ C'est-à-dire le fait d'être par la parole, état commun à toute l'espèce humaine en tant qu'espèce parlante.

¹⁰³⁸ R. Chemama, B. Vandermersch, *Dictionnaire de la psychanalyse*, éd. Larousse, coll. In extenso, 2003, p. 110.

¹⁰³⁹ Dans la formulation lacanienne, cela s'écrit : « Un signifiant (S1) se définit de représenter un sujet (S barré) pour un autre signifiant (S2).

¹⁰⁴⁰ On mesure donc bien ici le rapport très étroit existant entre le discours du Maître, et le Nom-Du-Père en tant que fonction paternelle. Pour de plus amples développements, cf. E. Pamart-Ribereau, *De l'autorité paternelle au discours du maître, Champs lacanien*, version électronique.

¹⁰⁴¹ Dont on pourra trouver un descriptif ainsi qu'une formalisation mathématique dans la Conférence à l'université de Milan, donnée le 12 mai 1972, par Jacques Lacan, et qui permet d'illustrer la proximité de cette conception avec la dialectique du maître et de l'esclave chez Hegel, c'est-à-dire la problématique de la reconnaissance.

en ce sens que Valérie Blanco peut dire que « paradoxalement, plus on consomme, plus on rencontre l'insatisfaction; le trop-plein de consommation n'ouvre que sur le vide de notre incurable manque. Cette rencontre répétitive de l'insatisfaction et du vide peut être désespérante. C'est le risque de notre société actuelle : qu'elle fabrique autant de désespoir que d'objet [...] »¹⁰⁴².

852. Cette lecture critique de la modernité s'observe également dans la vigilance et la suspicion que la communauté analytique manifeste à l'égard des législations entourant la question de la parenté, du mariage, et de la filiation. Ceci s'est vu très précisément concrétisé au travers des controverses entourant l'arrêt Perruche rendu par la Cour de cassation le 17 novembre 2000 en Assemblée Plénière¹⁰⁴³. Selon certains auteurs, dans la lignée des travaux de Pierre Legendre, cette décision serait le symbole d'une attaque contre les fondements et la fonction anthropologique première du droit¹⁰⁴⁴. Or, sur la base des mêmes références théoriques, Denys de Béchillon a pu montrer, dans un article fameux¹⁰⁴⁵, en quoi ceux-ci pouvaient venir non pas nécessairement légitimer, mais en tous les cas donner une lecture de l'arrêt concerné qui ne confine pas au scandale. Dès lors, la psychanalyse elle-même aux problèmes spécifiques posée par l'interprétation.

853. Ceci précisé, il est possible de faire retour sur le seul consentement que Martine Ménès considère comme nécessaire, à savoir celui par lequel le sujet « dit oui à l'ordre symbolique du discours qui fait la spécificité de l'humain ». Ce qui revient à dire, en somme, qu'il s'agit de consentir à l'entrée dans la perte, dans le manque, autrement dit dans la castration. C'est en ce sens que l'on peut dire, selon elle, qu'il n'y a pas vraiment de choix libre, idée déjà présente chez Lacan dans son séminaire sur la logique du fantasme. Dans le même ordre d'idée, si l'assentiment ou non du patient à la cure est évoqué, celui-ci ne peut se mesurer, selon cette perspective, qu'en fonction du consentement premier opéré par le sujet à l'égard de ce monde des signifiants.

¹⁰⁴² V. Blanco, *Dits de divan*, précité, p. 55.

¹⁰⁴³ Cass. Ass. Plén. 17 nov. 2000, n°99-13701.

¹⁰⁴⁴ Pour un exemple, cf. A. Supiot, « La fonction anthropologique du droit », *Revue Esprit*, Février 2001, p. 151-174.

¹⁰⁴⁵ D. De Béchillon, « Porter atteinte aux catégories anthropologique fondamentales ? Réflexions, à propos de la controverse Perruche, sur une figure contemporaine de la rhétorique universitaire », *RTD civ.*, 2002, n°1.

B / Psychanalyse et droit : une redéfinition des contours du sujet juridique

854. Fort de la psychanalyse, le sujet se trouve grandi pour être enfin appréhendé comme individu singulier, à la hauteur de sa dignité (1). Toutefois, cette vision nouvelle pose également question, en ce qu'elle aboutit à devoir reconsidérer certaines notions précédemment admises, comme l'exemple de la santé mentale permettra de l'illustrer (2).

1 / Psychanalyse et droit : la question de la subjectivisation juridique

855. L'utilisation de la psychanalyse dans le domaine qui nous intéresse permet d'enrichir la compréhension tant du sujet de droit, que du processus du consentement en lui-même (a). Toutefois, le fait d'accepter le principe de l'inconscient ne signifie en aucune façon que ce dernier puisse jouer le rôle d'un principe déresponsabilisant dans toutes les circonstances (b).

a / L'apport de la psychanalyse à la compréhension de la subjectivité juridique et du consentement

856. Aussi, à la lecture de ces différentes propositions, l'apport de la psychanalyse à la question du consentement peut se trouver en différents domaines. Le premier, probablement le plus important, porte sur la relativisation de l'homme pensé comme pure machine calculante, à même d'effectuer tous les arbitrages nécessaires à la prise d'une décision qui soit la plus à même de servir ses intérêts. De ce point de vue, cette démarche semble tout à fait salutaire, car si le droit est influencé par des représentations, il contribue également à en véhiculer lui-même. Il ne s'agit pas ici de trancher la question toujours délicate de l'antériorité au droit depuis 1804 de cette certaine image de la rationalité, mais plutôt de constater que, dans sa forme actuelle, il paraît correspondre à *l'homo oeconomicus*, dans un lien de dépendance sans cesse plus marqué entre les deux. La difficulté qui se dévoile alors porte justement sur le caractère absolument central du dispositif contemporain articulé au consentement. Cette centralité est telle que la discuter revient déjà à menacer les colonnes du temple juridique.

857. Pourtant, cette discussion est bien essentielle, tant il est vrai que le droit n'est jamais que le support, le réceptacle dans lequel les individus viennent verser, consciemment ou non, la problématique de leur désir. Ce désir justement, le droit l'ignore, indifférent à la motivation

en dehors des cas identifiés socialement comme pathologiques, et pour lesquels il se charge d'apporter l'équivalent d'une sanction. Il se fait donc machine, entretenu dans un mouvement perpétuel qui viendrait effacer les traces de son origine, de ce qui l'a mis en branle. Les individus se présentent à lui, et par le biais de cette forme de transsubstantiation qu'impose le passage dans le champ juridique, deviennent en quelque sorte immuables et inchangés dans leur appartenance à leur catégorie. Il n'y a, de manière potentielle, rien qui ressemble plus à un enfant, dans la sphère juridique, qu'un autre enfant, et il en va de même pour toutes les catégories. Celles-ci justement, prises dans un mouvement contradictoire, désespèrent de voir reconnus leur singularité, désespoir qu'elles conjuguent ensemble par l'action du consentir. C'est pourquoi elles semblent apparemment en bute à une logique contraire qui anime l'ensemble, qui tend à l'Un, c'est-à-dire à consacrer le modèle abstrait d'un être qui à lui seul pourrait représenter toute la diversité des êtres. Cette division, d'un point de vue conceptuel, n'est pas nouvelle, et on peut probablement en voir une trace dans la grande séparation romaine du monde entre les choses et les personnes. Quelle place laisser alors pour une parole subjective dans ce vaste ensemble d'ordonnement ?

858. Il n'y a pas à proprement parler de réponse à cette question, et cette interrogation doit subsister comme telle, comme la marque justement d'un manque qui ne cesse de se rappeler à nous dans la diversité des constructions humaines. Il faut bien habiter l'abîme, ainsi que le disait Pierre Legendre¹⁰⁴⁶, et de ce point de vue là, le droit n'est qu'une construction humaine comme les autres. Sa spécificité, elle, s'origine dans ce qu'il représente pour ceux qui le vivent dans notre cadre contemporain, à savoir un champ d'expression d'une singularité, l'enregistrement social d'un être désirant. C'est en ce sens que l'on peut comprendre l'hostilité manifestée par Pierre Legendre à l'égard de la gestion, cette machine à compter qui broie et épuise le monde dans ses catégories. Comme il le dit magnifiquement, à partir d'un exemple apparemment trivial : « Autre exemple : les accidents de la route; aucune statistique ne livrera jamais le secret des actes manqués, des passages à l'acte, des assassinats ou des suicides réussis sur la route; l'automobile n'est pas étiquetée comme service public de l'amour ou de la violence.[...] La gestion fait semblant de gérer des corps simples, dont on aurait rogné la partie

¹⁰⁴⁶ P. Legendre, *La fabrique de l'homme occidental*, Edition Mille-et-une nuits, 2000, 55 pages.

inconsciente, c'est-à-dire des corps vidés et vides, pièces et morceaux dont l'histoire serait sans paroles »¹⁰⁴⁷.

859. C'est bien ici, à notre sens, toute la problématique du consentement qui s'exprime, et de la place que l'on a voulu lui donner. Ce rapport est ontologiquement destiné à l'incompréhension, justement du fait de l'absence d'un langage commun. Les deux membres de cette équation irrésolue appartiennent à des domaines de définition différents, à l'intersection incertaine. Si par le passé, le droit avait surtout à voir avec la fonction de l'interdit, en fixant les limites à un désir tout puissant¹⁰⁴⁸, il est de plus en plus perçu comme ce par quoi l'individu a le droit, si ce n'est le devoir, d'exprimer son désir. En somme, l'opération se résume à l'affirmation d'un consentement, qui parce qu'il serait voulu, devrait nécessairement produire des effets. Dès lors, c'est le droit qui se trouve devoir répondre à l'énigme individuelle des passions, lui qui en l'état n'est justement pas armé conceptuellement pour le faire. Tout se passe comme si, en quelque sorte et par le rôle qu'on lui fait jouer, le droit renvoyait aux justiciables un reflet tronqué qui ne serait à la fois pas eux-mêmes¹⁰⁴⁹, mais aussi qu'eux-mêmes, c'est à dire qui ne renverrait à rien d'autre. C'est pourquoi cet avatar contemporain du dialogue, puisqu'il s'agit avant tout de produire des effets à l'égard des autres, n'aboutit au final qu'à l'enfermement dans une boucle auto-référentielle. Il s'agit peut-être ici du tragique de cet arrangement, que de devoir déboucher sur un vide, et ainsi faire retour à la condition première.

860. Toutefois, il n'est en aucune façon question ici d'appeler à l'interdiction de cette expression désirante. Ceci serait bien impossible tant la conjugaison de ces deux éléments apparaît consubstantielle à l'être même du droit. De manière analogue, le propos ne vise pas à consacrer un « droit d'inconscience », en tout cas au sens strict. Il s'agit surtout de montrer comment, par le biais de l'élargissement constant des usages du consentement, et par la brèche que constitue celui-ci dans l'édifice normatif, il est à prévoir que ces problématiques, loin de se tarir, ne feront au contraire que se renforcer. De même, l'objectif visé est bien de mettre en évidence comment, à partir d'un même point de départ et d'une même difficulté, le point d'arrivée diffère profondément selon le domaine envisagé. En effet, si ce mystère des passions

¹⁰⁴⁷ P. Legendre, « Le malentendu », *Pouvoirs*, 1979, n°11, p. 5.

¹⁰⁴⁸ On pense ici aux interdictions d'inspiration décalogique, sans nécessairement qu'il y ait identité entre ces interdits et ceux prévalant dans tout type de société.

¹⁰⁴⁹ Du fait que le sujet de droit est toujours amputé de sa dimension inconsciente.

humaines constitue bien un point d'achoppement à la régularité d'application de la matière juridique, comment expliquer qu'il ne joue pas le même rôle dans toutes les occurrences ? Que certains désirs soient ainsi plus suspects, moins avouables que d'autres ? Quel est le lieu à partir duquel tracer une ligne de démarcation qui fasse sens, non pas de façon sectorielle, mais dans une logique de structure ?

b / Le refus d'une prise en compte uniquement désresponsabilisante de l'inconscient

861. Aussi, au regard des apports de la théorie analytique pour penser le consentement, la juriste est confrontée à un obstacle de taille, en la forme d'une nécessaire prise de position. En effet, si l'on considère comme un acquis cette dimension inconsciente, et les effets qu'elle produit par l'intermédiaire de tous les concepts étudiés, quelle place réserver alors à la volonté du sujet ? Faut-il remettre en cause chacune de ses actions, sous couvert d'une présomption d'inconscience ou d'irrationalité, ou bien admettre justement la validité de principe de ses actions ? C'est justement ici que se joue le nœud de la question du consentement en droit. L'alternative est simple dans sa formulation, mais grosse de conséquences considérables pour le devenir du sujet de droit. Car si l'on devait caractériser la situation actuelle, *l'homo juridicus* est atteint d'une forme de trouble dissociatif de la personnalité, qui se manifeste de deux façons.

862. La première, dans le champ économique, lui permet de conclure la plus grande majorité des contrats, au motif qu'il est parfaitement conscient de ses intérêts comme de ses objectifs¹⁰⁵⁰. La seconde, souvent lorsqu'elle engage directement son corps, qu'il s'agisse d'un acte rémunéré ou non, fait de lui une sorte d'incapable mental, d'indigent du consentement. Pourquoi et comment cette distinction s'est-elle opérée, la psychanalyse ne peut l'expliquer, ou en tout cas, pas directement. La responsabilité en revient probablement au politique, et ne fait que mettre en lumière la prépondérance de certaines valeurs.

863. Il est bien évidemment possible de s'interroger sur un risque majeur, à ainsi considérer l'ensemble des actes juridiques par le prisme de cette « psychologie des profondeurs » comme

¹⁰⁵⁰ La réticence des auteurs du Code civil à l'égard d'une utilisation trop fréquente de la mécanique de la lésion apparaît ici comme une démonstration évidente de cet état de fait.

Freud aimait à l'appeler. Ce risque, c'est celui d'une forme de déresponsabilisation de l'individu, qui parce qu'il est en quelque sorte mu par des motifs qui souvent lui échappent, ne pourrait donc être tenu pour responsable de ses actions. À charge alors pour l'État de rétablir la situation dans son équilibre. L'argument peut sembler valable sur le plan théorique, puisque c'est justement au regard de la liberté que peut être appréciée la responsabilité. Il ne s'agit pas non plus ici de faire la promotion de cette forme de savoir, et de sous-entendre par là même que l'ensemble des justiciables devrait se soumettre à une cure analytique. L'objectif recherché, en réalité, vise plutôt à mettre en lumière le montage de l'artifice, c'est-à-dire à révéler les soubassements masqués de l'architecture juridique, et mesurer ainsi à quel point la liberté est, dans le domaine juridique, affaire de parole bien plus que de ressentis. Par là il faut entendre qu'à la question de savoir si l'on peut forcer un individu à être libre, la réponse apportée par le droit, dans sa rédaction la plus contemporaine, est positive : l'individu est construit comme tel au moment même où il est énoncé ainsi, paré de cette qualité. La liberté apparaît donc, sous cet angle, comme un effet de langage.

864. Ce faisant, redoublant la théorie psychanalytique dans ses fondements, un écart se crée là encore, un reste produit de la différence entre ce qui est énoncé, et la perception intime qu'en ont les sujets. De ce fait, si le sujet de droit n'est pas le sujet de la psychanalyse, il n'est également pas l'individu dans sa définition première, à savoir ce qui ne peut être divisé (*individuum*). Ce n'est donc qu'amputé d'une part de lui-même qu'il est appelé à consentir. *De sensibus non curat jus* pourrait-on dire, en forçant quelque peu le trait. On retrouve donc ici parfaitement la césure entre le consentement pensé exclusivement en termes d'accord, et le consentement comme sentir-avec.

2 / Psychanalyse et droit : la délicate définition de la santé mentale

865. Ceci apparaît d'autant plus frappant si l'on veut bien considérer une situation limite. En effet, il existe actuellement plusieurs hypothèses dans lesquelles une place est laissée à une prise en compte de la dimension psychique. À côté des mécanismes assez classiques de la protection judiciaire réservée aux incapables, et de l'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental¹⁰⁵¹, existe désormais depuis la loi du 5 mars 2007¹⁰⁵², un article dans le Code

¹⁰⁵¹ C. Pén., art. 122-1, alinéa 1: « N'est pas responsable la personne qui était atteinte, au moment des faits, d'un

civil qui dispose que « pour faire un acte valable, il faut être sain d'esprit. C'est à ceux qui agissent en nullité pour cette cause de prouver l'existence d'un trouble mental au moment de l'acte »¹⁰⁵³. Cette rédaction, à bien y regarder, est susceptible de rendre perplexe le lecteur.

Ainsi, la santé est définie de façon purement tautologique (est sain d'esprit celui qui est sain d'esprit), en opposition à un trouble mental. Ce dernier, de jurisprudence constante¹⁰⁵⁴, est laissé à l'entière appréciation du juge. La lecture des travaux préparatoires indique qu'à aucun moment cet article n'a fait l'objet d'un débat, ni même suscité le moindre début de question. Les quelques lignes qui lui sont consacrées dans le rapport¹⁰⁵⁵ de l'Assemblée nationale ne visent qu'à rappeler le régime existant en la matière. Dès lors, ce qu'il faut supposer ici, c'est que le trouble auquel il est ici fait référence doit s'entendre d'un trouble mental au sens psychiatrique, c'est-à-dire à un trouble répertorié au sein du Manuel diagnostique et statistique des troubles mentaux¹⁰⁵⁶ (DSM), qui est aujourd'hui dominant dans les hôpitaux psychiatriques¹⁰⁵⁷.

Cette approche repose exclusivement sur une taxinomie des symptômes, sans aucune référence à une structure. L'idée sous-jacente est donc de trouver dans la liste fournie le ou les symptômes recherchés pour ainsi déterminer les psychotropes à prescrire avec la posologie correspondante. Il est patent, lorsque l'on parcourt celui-ci, de constater à quel point l'ouvrage s'appuie sur une certaine conception de la normalité, à partir de laquelle s'établit le trouble, ce qui a fait dire à un certain nombre de praticiens que ce manuel visait à normaliser, uniformiser les comportements. Sans rentrer davantage dans la controverse, on peut simplement souligner que la différence d'approche entre ce type de classification, et une perspective analytique, repose le primat à partir duquel s'articule la réflexion. Pour le DSM, il s'agit des facteurs biologiques et neurobiologiques (ce qui permet la prescription de psychotropes), tandis que

trouble psychique ou neuropsychique ayant aboli son discernement ou le contrôle de ses actes ».

¹⁰⁵² Loi n°2007-308 du 5 mars 2007 portant réforme de la protection juridique des majeurs, JORF 7 mars 2007 p. 4325, article 7, entrée en vigueur le 1er janv. 2009. Cette loi a fait l'objet d'une censure partielle du Conseil Constitutionnel en raison de la présence de cavaliers législatifs. cf. Cons. const., déc. n°2007-552 DC du 1^{er} mars 2007.

¹⁰⁵³ Code civil, Livre 1er, titre XI, chapitre 1er, Section, article 414-1. L'article 414-2 prolonge celui-ci par des dispositions concernant la transmission de l'action en nullité aux héritiers dans les cas ouverts par la loi.

¹⁰⁵⁴ Cass. civ. 1^{ère}, 2 déc. 1992, n° 91-11428.

¹⁰⁵⁵ Rapport n°3557 sur le projet de loi n°3462 portant réforme de la protection juridique des majeurs, déposé par le député Emile Blessig, au nom de la commission des lois.

¹⁰⁵⁶ Également appelé DSM-IV, du fait qu'il s'agit de la 4^{ème} édition. cf. *DSM-IV-TR*, American Psychiatric Associat, Masson, 2003, 1064 pages.

¹⁰⁵⁷ Il est à noter que celui-ci évoque également l'absence de définition du trouble mental : [...] il faut reconnaître qu'aucune définition ne spécifie de façon adéquate les limites précises du concept de « trouble mental ». Pour ce concept, comme pour bien d'autres en médecine et en sciences, il n'existe pas de définition opérationnelle cohérente qui s'appliquerait à toutes les situations », in *DSM-IV*, précité, p 29.

pour la psychanalyse, il s'agit des facteurs psychologiques¹⁰⁵⁸, renvoyant ainsi à l'hostilité de longue date de la communauté psychanalytique pour la médication¹⁰⁵⁹.

866. Cette conception pose une difficulté majeure au regard du consentement. Il nous faut en effet constater que le consentement n'a guère à voir avec le biologique, en tout cas tel qu'il est entendu ici. Si le sentir-avec que nous évoquons est nécessairement justiciable d'une théorie de l'incarnation, puisque c'est toujours par un corps que la perception se reçoit, il ne dispose justement que de peu de lien avec une simple manifestation biologique. De la même façon, à notre sens, il ne saurait être résumé à une manifestation de volonté au travers de l'accord. Il nécessite d'être exprimé, au travers d'un discours qui permet d'en révéler les motivations, peut-être comme une forme antique de contemplation d'inspiration stoïcienne.

867. Certes, cette approche a pour elle le mérite de l'efficacité, puisqu'en permettant de diagnostiquer rapidement un certain nombre de pathologies fortement handicapantes, elle produit des conséquences presque immédiates sur le plan juridique. Ainsi une personne diagnostiquée comme présentant un retard mental grave, et/ou un trouble autistique a toutes les chances de voir l'action en nullité de l'article 414-1 du Code civil aboutir. Mais, ce faisant, ce prisme de vision a pour conséquence de tracer une ligne trop restreinte entre ce qui relève ou non du pathologique, et ainsi contribuer à l'idée que sauf ces exceptions qui n'avancent guère masquées, chacun est bien totalement maître de lui-même. En somme, là où la psychanalyse aboutit à faire pénétrer le doute dans le champ du questionnement juridique, le recours à cette seule forme de diagnostic le fait disparaître presque intégralement. Pour autant, les opposer de manière si schématique ne fait que contribuer à oublier les liens qu'elles peuvent avoir entre elles¹⁰⁶⁰.

868. Aussi, la psychanalyse peut servir le droit, non pas en tant que telle, mais dans la position de tiers qu'elle assume, et qui permet un éclairage différent des pratiques juridiques. Car la matière juridique est toujours insérée dans un contexte social particulier, et mise en mouvement par des individus situés. Certes, il fait par la suite œuvre d'abstraction, par le

¹⁰⁵⁸ Il convient de préciser, quitte à devoir schématiser quelque peu, que la querelle provient surtout d'une controverse opposant un certain statut scientifique (DSM) à une conception dite humaniste (psychanalyse).

¹⁰⁵⁹ Du moins, telle qu'elle est pratiquée aujourd'hui.

¹⁰⁶⁰ On pense ici au champ ouvert par le développement de la neuropsychanalyse par exemple.

dépouillement que chacun subit par son introduction dans ce domaine. Mais, sauf à penser le droit comme un système clos, dépourvu de tout lien avec les aspirations de la conscience collective, une meilleure compréhension de son acteur principal ne peut, à notre sens, que le conduire à un fonctionnement qui prend appui sur l'humanité telle qu'elle est, et non telle que l'on voudrait qu'elle soit.

869. Face à cette épineuse question des rapports entre consentement et liberté, et plus particulièrement entre consentement et libre-arbitre, que nous apprennent la philosophie et les auteurs étudiés ?

870. Premièrement, la comparaison entre Kant et Mill a pour effet de souligner là encore à quel point la dimension émotionnelle ou sensitive ne peut être occultée dans la compréhension des enjeux de la question.

De manière étonnante quoique prévisible, c'est surtout chez Kant que cette problématique du sentiment est particulièrement puissante, ne serait-ce qu'au regard de son concept d'insociable sociabilité. Étrange donc d'observer que celui qui sera retenu comme l'auteur majeur dans la réflexion juridique contemporaine en lien avec le consentement, est justement celui qui manifeste avec le plus d'évidence le substrat émotionnel qui innerve tout l'agir humain.

Ceci s'explique mieux si l'on se souvient que Kant entend bien désamorcer les difficultés liées aux passions au travers du principe d'universalisation. Pour autant, des problèmes subsistent, ce que les critiques adressées à la définition donnée à l'action désintéressée n'ont pas manqué de soulever.

871. À cet égard, l'apport de la psychanalyse est patent, en même temps que double. D'un côté, la psychanalyse met elle aussi l'accent sur la dimension émotive, pulsionnelle de l'existence et de la manière dont celle-ci structure notre perception, et plus largement, définit les contours de cette possible subjectivité.

De l'autre côté, elle permet d'introduire un questionnement, de faire émerger un doute face à la certitude de notre compréhension immédiate et spontanée de ce qui nous arrive et de la manière dont nous agissons. Dès lors, c'est l'idée même d'une transparence accomplie de soi à soi qui est remise en cause. Ceci ne peut que nous inviter à réfléchir sur la possibilité même d'un consentement authentiquement libre.

872. Pourtant, il existe bien une liberté qui subsiste, irréductible à elle-même, ne serait-ce que dans le fait de prendre conscience de cet ensemble d'éléments, et de parvenir à vivre avec, comme nous y invitaient déjà les Stoïciens mais aussi Hobbes.

Conclusion Partie I

873. Le consentement est définitivement inscrit dans la philosophie, et mis au monde en quelque sorte dans l'antiquité grecque. On retrouve ici parfaitement le lien avec la perspective historique adoptée plus tôt, puisque le consentement apparaît bien dans ces deux champs de la connaissance, au même endroit, et dans un temps relativement proche. Il se confirme ainsi un lien immédiat entre le consentement juridique et le consentement philosophique. À ceux qui prétendraient que le consentement philosophique n'a rien à enseigner à l'histoire juridique du concept, nous pensons avoir montré qu'il n'en est rien, et que faute de cet éclairage, c'est toute la portée opératoire du concept, sa potentialité de sens qui fait retour aujourd'hui, que l'on s'interdit de comprendre.

874. À cet égard, à la différence du droit et comme dans une forme de prémonition, le consentement en philosophie est immédiatement associé à l'individu, comme dans la perspective stoïcienne où il paraît rejoindre ce que Romain Rolland, dans sa correspondance avec Freud, appelait le « sentiment océanique ». Il est ce par quoi il est possible de nous relier au monde, qu'il s'agisse d'un ensemble plus vaste ou de notre semblable dans une perspective plus immanente. Ce à quoi nous invite le consentement comme sentir-avec, est bien une communion qui dépasse la seule forme sèche de l'accord, pour embrasser également une dimension sensible, qui nous fait partager ainsi l'étrangeté de notre condition d'une façon que le langage rend délicat à exprimer. Qu'il y ait une vie humaine dans l'au-delà des mots, et du bruit dans le silence, voilà selon nous un des apports du concept.

875. De même, il est tout à fait singulier de constater, au regard des éléments proposés sur les principaux théoriciens du contrat social, à quel point la référence qui en est faite dans le cursus juridique les expurge de tous leurs éléments potentiellement révolutionnaires. Ainsi, on enseigne bien les principales théories du contrat social, on mobilise le consentement comme l'acte créateur de la modernité politique. Et pourtant, l'absence de définition du consentement, dans le droit lui-même, ne semble pas poser davantage de problèmes. De même, la concordance entre le consentement au contrat social, et le consentement au titre de la théorie des obligations, n'interroge pas. On aurait pu penser qu'un juriste se saisirait de cette question,

et entreprendrait de vérifier si par exemple, chez les auteurs évoqués, le consentement est bien libre et éclairé par la raison.

876. Il n'en reste pas moins que, dans toutes les théorisations proposées, on retrouve l'importance de la sensibilité, du ressenti, de l'émotion, au travers de la thématique des passions différemment traitée suivant les auteurs. Que celles-ci soient menaçantes ou non, et elles le sont souvent, elles sont néanmoins décrites comme consubstantielles à l'agir humain, à un point tel que la mécanique du contrat social vise justement à les juguler, dans une intensité variable. C'est parce que l'être humain est également modelé par ses ressentis que le consentement pose tant de questions dans son application pratique. Cette dimension, que le droit a préféré occulter en majeure partie se manifeste partout dans la littérature philosophique correspondante.

877. Sur le plan de l'histoire juridique du concept, nous avons pu constater à quel point le consentement se prête à des formulations diverses, suivant les époques. Faute d'une définition rigoureuse de ce dernier au sein des principales théorisations proposées, le consentement est mobilisé de façon très différente. Toutefois, au-delà de ses variations, une utilisation commune est perceptible, qui vise à faire de ce dernier un principe justificatif permettant l'intégration de l'idée de liberté au sein du droit. Mais, sous cette apparence, le concept joue en réalité un rôle souvent bien moindre, du fait qu'il est trop souvent associé à l'idée d'un accord abstrait, déconnecté du sujet qui en est l'émetteur. Ce faisant, le consentement participe également d'une opération à caractère idéologique, qui manifeste ainsi la déconnexion entre l'importance qui lui est reconnue, en raison de la place qu'il a au sein du grand mythe de l'autonomie de la volonté, et les utilisations que le droit consacre.

878. Pour préciser cette dernière idée, on va donc désormais observer comment la modernité a reçu le concept de consentement, en étudiant le régime juridique qui est le sien aujourd'hui. Ce faisant, on pourra apprécier s'il existe une forme de continuité ou de rupture avec les usages anciens, du fait que la pensée dominante aujourd'hui tend à placer le sujet au cœur de ses préoccupations.

PARTIE II : LE RÉGIME JURIDIQUE DU CONSENTEMENT : UNE SUBJECTIVITÉ D'IMPORTANCE VARIABLE

879. Après avoir étudié le consentement dans une perspective plutôt conceptuelle, qui s'inspire tant de l'histoire de la notion que de sa dimension philosophique, on peut désormais passer à l'autre dimension majeure de cette recherche, à savoir son régime juridique.

880. Du fait que l'utilisation du concept s'est propagée à un point tel qu'il se retrouve aujourd'hui dans presque toutes les branches du droit, l'étude entreprise ne pourra en aucune façon prétendre à l'exhaustivité. Nous avons plutôt pris le parti de considérer quelques situations particulières, qui nous permettront d'illustrer chacune une utilisation singulière ou non du concept. Ce faisant, si l'ensemble peut parfois donner l'impression d'une répétition, cela tient à ce que nous utiliserons les mêmes circonstances d'évocation du consentement, mais appréhendées par un prisme différent. Par exemple, la question du vote sera abordée au regard de la capacité, puis de la possibilité d'un consentement représenté, mais aussi au titre de la temporalité, et enfin du caractère libre et éclairé du consentement. Autant de regards donc, qui permettront chaque fois de faire émerger un point spécifique intéressant notre recherche.

881. Pour ce faire, et dans une forme de mimétisme logique avec la manière dont le concept opère en droit, on procédera en deux temps. Dans le premier, on essaiera de caractériser, au sens du droit, quel sujet est ou non pourvu de la capacité de consentir, que ce soit lui-même ou un tiers supposé le représenter. De manière analogue, on étudiera ici comment le droit articule la dimension temporelle spécifique de l'engagement avec le principe du consentement. En effet, ce dernier entretient une relation très particulière au temps, puisqu'au travers de ses manifestations, on pourra observer que selon les domaines du droit qui le mobilisent, la durée de validité du consentement se transforme, évolue, pour répondre aux nécessités qui le déterminent (Titre I).

882. Puis, une fois cela effectué, c'est vers le consentement lui-même, en lien avec le sujet qui en est l'auteur que l'attention se portera. En effet, l'importance reconnue au concept de

consentement justifie que des mécanismes spécifiques de protection lui soient accolés, comme le souligne déjà l'appel répété à un « consentement libre et éclairé ». Toutefois, là encore, les conditions de validité varient suivant la partie du droit considérée, sans que les motivations pour justifier de telles évolutions soient toujours pertinentes et justifiées au regard de la cohérence globale du concept. Surtout, à la différence de ce que nous avons évoqué précédemment, le consentement est aujourd'hui mobilisé dans des domaines tout à fait particuliers, très fortement imbriqués dans la problématique de la subjectivité, et qui constituent une part non négligeable de la spécificité du consentement contemporain. À ce titre, la question de sa place et de son rôle au sien de l'appréhension juridique de la sexualité est topique, ce qui justifie qu'on lui accorde une place conséquente. Cet intérêt se trouve renforcé si l'on veut bien considérer que la dimension sexuelle permet d'introduire la thématique de la corporéité, et de l'utilisation juridique qu'il est possible de faire du corps. Or, c'est bien sur ce dernier point que les débats les plus récents à l'égard du consentement se sont focalisés, et dont il nous faudra rendre compte. Enfin, afin d'apprécier l'ensemble des propositions émises au cours de cette investigation, on comparera la liberté accordée au justiciable lorsqu'il met en œuvre le consentement par un acte positif et engageant son corps, avec celle qui lui est reconnue sur le plan psychique, au travers de deux exemples illustratifs (Titre II).

TITRE I : LA SUBJECTIVITÉ A L'AUNE DE L'ENGAGEMENT : QUI S'ENGAGE, ET POUR QUELLE DURÉE ?

883. Pour commencer l'étude du régime juridique du consentement, et la manière dont celui-ci nous renseigne sur la compréhension de la subjectivité juridique, il nous faut désigner, de manière quelque peu arbitraire, un point d'entrée dans le raisonnement. Pour ce faire, et afin de coller au plus près à la réalité de la subjectivité vécue concrètement, l'observation se fera dans un mouvement qui partira du sujet, dans sa composante la plus intime, avant de tenter d'apercevoir comment celle-ci s'étend par capillarité au monde qui l'entoure.

884. Par cette référence à l'intimité, on cherche ici à montrer ce qui constitue le ressort profond de la capacité du consentir, appréhendée cette fois sous l'angle du droit, et non plus sur le plan philosophique ou historique. En effet, la philosophie fait reposer ce pouvoir de se lier et d'investir un acte ou une action sur des déterminants qui diffèrent suivant les époques et les auteurs : il s'agit soit d'une faculté intellectuelle, soit d'une faculté sensible, soit il est le produit et la marque de l'appartenance à l'espèce. Or, si le droit n'est pas toujours aussi attaché à trouver un fondement unique à ses solutions, en ce qu'il s'agit souvent davantage d'une systématisation doctrinale postérieure, il ne peut néanmoins évacuer complètement ce type de raisonnements.

885. En écho à cette proximité plus ou moins grande avec la subjectivité concrète, il a fallu que le droit trouve un appui dans le corps pour assurer ses fondations. Celles-ci vont alors se manifester sous la forme de la capacité, cette notion juridico-biologique qui vise à expliquer en raison de quoi on peut dire un individu capable. Cette question est tout sauf théorique, et ne vise pas simplement à assurer la cohérence d'un système dans son ensemble. L'intérêt est tout autre : ce n'est qu'en établissant ce critère de l'ordre du nécessaire que l'on pourra espérer par la suite pouvoir discriminer entre les individus capables et ceux qui ne le sont pas. Autrement dit, c'est grâce à celui-ci que l'on pourra à la fois priver un justiciable de sa capacité de consentir, mais également apprécier de manière critique la validité de cette amputation symbolique.

886. Or, la toile de fond de cette interrogation est bien la subjectivité, et la possibilité de l'exprimer concrètement. Si déjà le lien est distendu lorsque le consentement est possible, et la capacité entérinée, qu'en est-il lorsque le justiciable évoqué ne dispose plus de son consentement ? Pour le dire autrement, que reste-t-il de la subjectivité concrète lorsque l'on est privé du consentir dans la sphère du droit ?

887. C'est pour tenter de répondre à cette question, absolument fondamentale dans notre réflexion, que l'on évoquera avec quelques détails la thématique de la capacité, qui transcende allègrement la dichotomie droit public/ droit privé. À ce titre, on pourra apprécier la pertinence du consentement comme sentir-avec, et mesurer ainsi la valeur des changements qu'une telle proposition induit (Chapitre 1).

888. L'autre versant de la réflexion se portera, quant à lui, sur les conséquences à tirer du principe de l'engagement. Selon que l'on associe celui-ci à une fixité indépassable, ou que l'on admet des modulations en fonction de l'écoulement du temps, les résultats produits ne sont pas les mêmes. De la même manière que la notion même de capacité est susceptible d'être bouleversée au cours de la vie du justiciable, passant ainsi de période d'incapacité à leur contrepartie positive et réciproquement, alors le consentement qui en est l'émanation doit s'attendre à subir le même processus. Pourtant, on le verra, le droit ne se montre guère tolérant à l'endroit de ces changements d'importance, ce qui ne fait qu'accentuer l'écart entre la subjectivité juridique et la subjectivité concrète (Chapitre 2).

CHAPITRE 1 : CONSENTEMENT ET CAPACITÉ A CONSENTIR : UN DÉPASSEMENT DU SUJET
--

889. Jusqu'à présent, la lecture que nous avons donnée du consentement à travers les époques mettait principalement en évidence un acteur isolé en la personne du sujet de droit. C'est lui qui met en action les règles juridiques qui encadrent son agir, et qui ce faisant, est bien à la fois objet et sujet d'un pouvoir. Mais, l'évocation du consentement, et de la manière dont il s'intègre dans le schème d'une époque, ne permettent pas de discerner avec suffisamment de précision le sujet qui en sera ensuite porteur. Ainsi, la seule référence utilisée jusqu'ici visait un sujet posé en quelque sorte comme une abstraction, sans corps, sans sexe,

sans qualités particulières à dire vrai, si ce n'est celle d'être reconnu comme apte à faire usage du droit et de sa protection.

890. Il peut paraître étrange, dans une recherche qui vise justement à faire une place à une subjectivité vécue comme intégrant la dimension sensible et rationnelle, que le sujet décrit ait pu l'être dans la seule perspective d'une vision objective de la subjectivité juridique. Ceci s'explique en réalité aisément si l'on veut bien considérer qu'il s'agissait, avant toute chose, d'identifier le sens qui était confié au consentement, afin de pouvoir apprécier tant les revendications actuelles, que le concept en lui-même, dans sa fragilité historique. Il n'y aurait ainsi pas de sens particulier à envisager le consentement dans son lien éventuel à la subjectivité, sans savoir au préalable ce que le concept vise à intégrer en son sein.

Une fois ceci précisé, on peut alors s'avancer vers le second moment de la réflexion, qui concerne cette fois le sujet en lui-même.

891. Toutefois, plusieurs niveaux sont à distinguer, qui n'engagent pas les mêmes acteurs, et qui ne poursuivent pas les mêmes fins. Dans un premier temps, on peut identifier le consentement dans un rapport au sujet lui-même, et aux conditions par lesquelles il peut recevoir ce titre au sens du droit. Ce faisant, c'est bien la notion de capacité qui se trouve dévoilée (Section 1). Mais, le sujet peut également mettre son consentement en œuvre dans un autre domaine, plus immédiatement socialisé, et qui ne vise plus directement la seule satisfaction de ses intérêts personnels, pour embrasser cette fois ce qui est bon pour le corps social dans son ensemble. Cette situation est bien celle que recouvre le processus de la votation (Section 2).

892. Enfin, dans le dernier temps de la réflexion, nous envisagerons la possibilité de coexistence entre deux subjectivités, qui bien que distinctes, peuvent en même temps être considérées comme à ce point similaires que l'une recouvre l'autre, dans un calque juridique puissant mais limité à certaines opérations ou certains secteurs particuliers. Au travers de la théorie de la représentation (Section 3), c'est l'existence et la place du tiers qui sont interrogées, ainsi que la manière dont ce dernier peut valablement prétendre incarner celui qui a consenti à cette transformation juridique.

SECTION 1 : CONSENTEMENT INDIVIDUEL ET CAPACITÉ : ÉTUDE ET REDÉFINITION

893. À la différence de l'appréhension philosophique du consentement, la version juridique de ce dernier subordonne sa validité à la reconnaissance d'une autre faculté dont il découle, à savoir la capacité. Ce n'est que parce que l'on est juridiquement capable que l'on peut valablement consentir au sens du droit. Cette liaison n'est pas nouvelle, puisque l'on peut en trouver des traces dès le droit romain. Il n'en reste pas moins que pour qu'un sujet soit reconnu comme capable ou incapable, il est nécessaire de déterminer le ou les critères à partir desquels on pourra valablement juger du cas soumis.

894. Cette question est d'importance, puisque la privation de la capacité de consentir produit des effets tout à fait déterminants, en ce que le consentement ne se limite pas simplement à la sphère contractuelle, mais irrigue en réalité l'ensemble du droit. Dès lors, l'importance quantitative des incapables majeurs ne doit pas être sous-estimée, puisque le rapport du sénat sur la loi portant réforme de la protection juridique des majeurs du 5 mars 2007 relève qu'en 2004, « 636 877 personnes faisaient l'objet d'une mesure de protection prévue par le Code civil (sauvegarde de justice, curatelle, tutelle) »¹⁰⁶¹. De fait, cette problématique intéresse donc un nombre conséquent de justiciables.

895. Or, cette notion de capacité illustre bien le lien qui existe entre le consentement et la subjectivité. En effet, un justiciable à qui serait refusé la reconnaissance de sa capacité juridique n'en resterait pas moins un individu doté d'une unicité indépassable. C'est donc par le biais de ce procédé dont il nous faudra rendre compte que l'écart se crée. Toutefois, la conception ancienne de la capacité se caractérisait par sa forte fixité, de telle sorte que celui jugé incapable le devenait pour tous les actes du commerce juridique (§1). Sur ce point, la conception défendue dans cette recherche, selon laquelle la subjectivité juridique doit également intégrer une composante émotionnelle et sensible, permet de repenser les termes de la question, afin qu'une place subsiste pour le sujet concret derrière son habillage juridique (§2).

¹⁰⁶¹ Rapport n°212 (2006-2007) de M. Henri de Richemont, fait au nom de la Commission des lois, déposé le 7 février 2007, version électronique.

§1 : Consentement et capacité : essai de redéfinition du support juridique du sujet

896. La notion de capacité juridique est absolument fondamentale dans le régime juridique du consentement, et dans la compréhension de celui-ci, particulièrement lorsqu'on l'envisage dans son lien avec la subjectivité. En effet, celui qui n'est pas capable au sens du droit ne se sent pas nécessairement ainsi dans son vécu personnel. Dès lors, l'incapacité illustre tout à fait l'idée d'une césure entre la subjectivité vécue et la subjectivité juridique. Pour autant, cela ne signifie pas que le principe même de l'incapacité doit être remis en cause, puisque celle-ci constitue également une forme de protection des justiciables auxquels elle se destine. Aussi, pour les besoins de la démonstration, nous évoquerons de manière principale la situation de tutelle, en ce que cette dernière se caractérise par la plus grande privation du pouvoir de consentir, au nom justement d'une protection conséquente.

Toutefois, cette protection peut parfois davantage asservir le justiciable, en le privant de l'exercice d'un ensemble de droits. Si l'intention est louable, tout dépend alors des situations qui justifient le prononcé de l'incapacité. Or, sur ce point, la notion trahit son caractère daté, que l'on tentera de démontrer au travers de sa caractérisation (A), afin de la comparer à la manière dont on tend aujourd'hui à considérer l'incapacité (B). Pour bien comprendre ce dont il est question, on illustrera le raisonnement par un exemple simple : celui de l'expérimentation médicale lorsqu'elle est effectuée sur des incapables (C).

A / Éléments de caractérisation du concept de capacité dans la sphère juridique

897. Afin de saisir à quel point la compréhension actuelle de la capacité est tributaire d'une certaine perception de la subjectivité juridique, on essaiera de déterminer avec précision ce que recouvre le terme (1), éclairé en cela par une perspective historique (2).

1 / Première approche de la capacité en droit

898. Lorsque l'on se penche sur l'étude des titulaires de la capacité de consentir, le juriste se trouve immédiatement confronté à la problématique de la capacité¹⁰⁶². En effet, pour pouvoir

¹⁰⁶² Un auteur a toutefois proposé une rupture du lien entre consentement et capacité, permettant ainsi aux incapables de pouvoir émettre une sorte de consentement spécial. Sur ce point, cf. L. Attuel-Mendès, *Consentement et actes juridiques*, thèse précitée, p. 215-233.

légalement consentir à un acte juridique, il est nécessaire de disposer de la capacité légale pour le faire, ainsi qu'en dispose le Code civil¹⁰⁶³. Il convient dès à présent de préciser que sous le vocable unifié de capacité se retrouvent, en pratique, deux types de capacité, une de jouissance¹⁰⁶⁴ qui s'entend du fait d'être titulaire d'un ou plusieurs droits, et une d'exercice¹⁰⁶⁵ qui comme son nom l'indique, vise la possibilité de mettre en œuvre soi-même ses droits, sans devoir passer par la médiation d'un tiers. Il est ainsi envisageable de disposer de l'une sans nécessairement être pourvu de l'autre. Ainsi le mineur non émancipé bénéficie de la capacité de jouissance sans avoir la capacité d'exercice, et ce jusqu'à ses 18 ans.

899. Cette capacité d'exercice n'est pas l'apanage de tous les sujets de droits, et le Code civil indique¹⁰⁶⁶ qu'en sont privés les mineurs non émancipés, ainsi que les majeurs protégés au sens de l'article 488.

Pour autant, il est aisé de constater que la définition de la capacité fournie par le Code n'en est pas une, en ce sens qu'elle ne fait que renvoyer à la loi. Ce faisant, il est certes possible de dire qui est incapable, mais assez ardu de dire pourquoi cette personne est incapable, quel est le critère sur lequel repose cette classification des individus.

900. Sur ce point, les manuels de droit civil ne sont guère bavards, comme si la réponse allait de soi, ou que le concept ne faisait pas problème. La définition varie donc entre « l'aptitude d'une personne à être titulaire de droits et à les exercer »¹⁰⁶⁷, « la possibilité de se livrer au commerce juridique »¹⁰⁶⁸ ou encore « l'aptitude à être sujets de droits et d'obligations et à les exercer »¹⁰⁶⁹.

Étymologiquement, le mot renvoie à *capacitas*, qui s'entend de « capacité, étendue, aptitude », ou chez Cicéron, « grandeur, courage, étude de l'esprit »¹⁰⁷⁰. Un autre auteur

¹⁰⁶³ L'article 1123 du Code Civil dispose ainsi : « Toute personne peut contracter si elle n'en est pas déclarée incapable par la loi ». Cette règle se retrouve également en matière de vente (article 1594), et de libéralités (article 902).

¹⁰⁶⁴ Visée aux articles 1116 à 1116-5 du Code Civil.

¹⁰⁶⁵ C. civ., art. 1117 à 1118-4.

¹⁰⁶⁶ C. civ., art. 1124.

¹⁰⁶⁷ F. Terré, *Introduction générale au droit*, Précis Dalloz, 5e édition, 2000, p. 314.

¹⁰⁶⁸ P. Malaurie, L. Aynès, *Droit civil – introduction générale*, édition 1994/1995, p. 60. La définition proposée est négative, puisqu'elle se fait au travers de l'incapacité. Nous nous sommes donc permis d'en donner une formulation positive qui ne méconnaît pas, à notre sens, la vision de l'auteur.

¹⁰⁶⁹ P. Malaurie, Laurent Aynès, *Les personnes – les incapacités*, Defrénois, 3e édition, 2007, p. 214.

¹⁰⁷⁰ J. Boudot, *Dictionarium universale latino-gallicum*, éd. Barbon, 1765, Université de Lausanne, version électronique, p. 186.

propose « portée de l'esprit, faculté », ou « savoir, érudition »¹⁰⁷¹. Plus généralement, on admet que le mot dérive de *capere* (tenir, contenir) et qu'il désigne donc la faculté de contenir. Ces définitions ont en commun qu'elle propose une pluralité de sens, mais sans jamais vraiment définir ce que serait cette capacité, ce qui doit être contenu, ou ce qui doit être su.

901. Un auteur a proposé une définition plus large, revenant à un stade antérieur au juridique par le biais de la capacité naturelle, dont la capacité juridique ne serait qu'un dérivé. La capacité naturelle devrait donc s'entendre de « l'aptitude à comprendre la portée de ses actes »¹⁰⁷², ainsi que « la maturité suffisante pour « prendre des décisions conformes à ses intérêts et aux règles de conduite en société » »¹⁰⁷³. Une autre définition proposée par le même auteur consiste à dire que la capacité naturelle est « la capacité non décidée par la loi mais résultant des aptitudes naturelles de chaque être humain »¹⁰⁷⁴. Cette dernière, plus précise, ne vise néanmoins pas le concept plus restrictif de capacité juridique. Cela signifie donc, implicitement, que dans la sphère du droit, la capacité nécessite moins que la faculté même de saisir le sens de ses actions.

902. Le professeur Malaurie va, par l'effet inverse, tenter de caractériser l'incapacité afin de peut-être espérer voir, comme en négatif, les contours de la capacité se dessiner. C'est ainsi qu'il déclare : « Derrière le mot d'incapacité se profile la faiblesse humaine avec toutes ses facettes : l'enfant, le vieillard, le malade, l'handicapé, l'idiot, le pauvre type, le fou, l'exclu social, le clochard, l'alcoolique, le drogué, etc. »¹⁰⁷⁵. Dans cette liste qui n'a rien à envier à la Cour des Miracles, le point commun qui paraît unir tous ces archétypes est la faiblesse, réelle ou supposée, mais sans que soit davantage précisé s'il est ici fait référence au domaine physique ou psychique. La dominante semble bien-être la partie psychologique, mais rien ne permet pour autant d'être catégorique. Ainsi, en quoi l'exclu social témoigne-t-il une forme de faiblesse ? D'avoir refusé la socialisation ? Et s'il s'agit de faiblesse intellectuelle, peut-on dire

¹⁰⁷¹ F. Noël, *Nouveau dictionnaire français latin*, 1824, version électronique, p. 189.

¹⁰⁷² In F. Bétaillolle-Gonthier, *La Capacité naturelle*, Thèse pour le doctorat en droit, Université Bordeaux IV, 1999, p. 16, cité in L. Francoz-Terminal, *La capacité de l'enfant dans les droits français, anglais et écossais*, Thèse de l'Université Jean-Moulin Lyon 3, 2007, version électronique, p. 4. Cf. également L. Attuel-Mendès, thèse précitée, qui évoque également cette notion p. 216-220, en lien avec l'idée de conscience atténuée dans la capacité naturelle.

¹⁰⁷³ F. Bétaillolle-Gonthier, Thèse précitée, p. 224, cité in L. Francoz-Terminal, thèse précitée, p. 4.

¹⁰⁷⁴ F. Bétaillolle-Gonthier, Thèse précitée, p. 1, cité in L. Attuel-Mendès, thèse précitée, p. 217.

¹⁰⁷⁵ P. Malaurie, *Les personnes – les incapacités*, précité, p. 213.

que Henry-David Thoreau¹⁰⁷⁶, anarchiste célèbre et auteur reconnu, aurait dû être considéré comme incapable ? De même pour Diogène Laërce ?

903. On voit poindre ici la question des marges, des franges de la société et de ceux qui y sont rejetés, dans ce que Michel Foucault appelait des hétérotopies¹⁰⁷⁷, renouvelant ainsi la formule ancienne mettant en garde l'individu contre sa solitude, comme dans les sociétés inuites ou le même mot sert à désigner celui qui est mis à l'écart, et le suicide¹⁰⁷⁸. Si nous revenons en effet à l'une des premières définitions proposées, l'incapable est celui qui ne peut se livrer au commerce juridique, et donc, s'intégrer pleinement dans le champ économique et social.

2 / Définition historique de la capacité

904. Cette proposition peut se retrouver explicitée si l'on fait retour à la législation préexistante en ce domaine. Dans la Rome antique, la capacité n'est confiée qu'à un petit nombre d'individus, qui doivent, s'agissant de la capacité de jouissance, réunir trois conditions ayant trait à la *libertas*, la *civitas*, et la *familia*. Comme l'indique le professeur Gilbert Hanard, il faut donc « être libre (*status libertatis*), être citoyen romain (*status ciuitatis*) et être *sui juris*, c'est-à-dire ne pas être soumis à la *patria potestas*, à la *manus*, ni au *manicinium* d'autrui (*status familiae*) »¹⁰⁷⁹.

Néanmoins, s'agissant du consentement, l'intérêt doit davantage se porter sur la capacité d'exercice, puisqu'il s'agit avant tout d'une faculté personnelle. Sur ce versant, en droit romain, 4 critères apparaissent comme essentiels¹⁰⁸⁰ : l'âge, le sexe (exclusivement masculin), la manière de gérer son patrimoine (différenciant ainsi le prodigue du non prodigue), et enfin, l'état mental, c'est-à-dire le fait d'être sain d'esprit ou non.

¹⁰⁷⁶ Il est ici fait référence à l'auteur américain célèbre pour avoir rejeter la société pour aller vivre dans une cabane dans les bois, même si cette version quelque peu hagiographique est discutée. cf. Henry-David Thoreau, *La désobéissance civile*, éd. Mille et une nuits, 1997, 63 pages.

¹⁰⁷⁷ Pour de plus amples développements sur ce point, cf. M. Foucault, « Des espaces autres », in *Architecture, Mouvement, continuité*, n°5, oct. 1984, p. 46-49.

¹⁰⁷⁸ N. Rouland, *L'anthropologie juridique*, P.U.F. Que-sais-je, 1995, p. 3. Ceci n'est guère différent du droit romain qui fonde l'essentiel des droits sur l'appartenance à la Cité.

¹⁰⁷⁹ In G. Hanard, *Droit romain Tome 1- notions de base : concept de droit, sujets de droit*, Publication des facultés universitaires Saint-Louis Bruxelles, 1997, p. 114.

¹⁰⁸⁰ G. Hanard, précité, p. 167.

905. Sur ce dernier point, une différence doit ici être établie entre le fou et le dément. En effet, le fou n'est pas frappé d'une incapacité totale d'exercice, tandis que le second peut l'être. Déjà à l'époque, le droit romain distingue, au sein de la catégorie des fous, entre le *furiosus*, qui possède des intervalles de lucidité, et le *démens* qui est supposé fou de manière continue¹⁰⁸¹. Pour ce dernier, l'incapacité est totale. Puis, pendant les premiers temps du Moyen-Âge¹⁰⁸², le retour du droit coutumier abolit ce régime ancien, et occasionne une absence de réglementation spécifique les concernant. À charge pour leur famille de prendre soin d'eux, et d'en être responsable. Ce n'est qu'à compter de la redécouverte par la scolastique du droit romain que le régime de la curatelle, et donc de l'interdiction, va faire retour au travers d'une interdiction permanente. L'idée d'une protection, qui ne serait plus seulement le fait d'une interdiction, n'apparaît, quant à elle, qu'à la fin du Moyen-Âge, par la substitution progressive de la charité à l'assistance publique. Néanmoins, celle-ci ne se réalisera bien souvent que par le biais de l'internement, ce que Michel Foucault a décrit avec beaucoup de brio dans son ouvrage célèbre, qui traduit le passage du fou comme personne socialement intégrée, disposant d'une forme de vision singulière, à la figure du fou comme malade inquiétant, amenant à ce « grand renferment »¹⁰⁸³. Ce qui est véritablement nouveau ici n'est pas le fait que les fous disposent d'endroits particuliers, mais plutôt « le moment où la folie est perçue sur l'horizon social de la pauvreté, de l'incapacité au travail, de l'impossibilité de s'intégrer au groupe [...] »¹⁰⁸⁴.

906. Toutefois, la notion d'incapacité ne vise pas exclusivement, à ce moment de l'histoire, le seul fou et le prodige. Le mineur, et la femme sont toujours, par exemple, considérés comme des incapables au regard du droit, et cela jusqu'à la Révolution. De même, comme le note le professeur Malaurie, « la capacité des individus dans cette société inégalitaire dépendait aussi de leur condition qui était inégale : prêtre, moine, juif, protestant, bâtard, serf et lépreux avaient, à des degrés divers, leur capacité diminuée »¹⁰⁸⁵. De fait, c'est bien le Code

¹⁰⁸¹ H. Chino, « Deux perspectives historiques de l'organisation des tutelles : du droit romain à la common law », Communication au colloque Les mesures de protection des majeurs : entre contrainte et liberté, vers une réforme programmée, Centre Hospitalier Paul Guiraud Villejuif, version électronique.

¹⁰⁸² Les développements suivants s'appuient sur *l'Histoire de la protection des inaptes dans le monde, de l'antiquité à nos jours*, de S. Stapinsky, en partenariat avec l'encyclopédie de l'agora, version électronique.

¹⁰⁸³ Cf. M. Foucault, *Histoire de la folie à l'âge classique*, Gallimard, éd. 2007, Chapitre II, p. 67-109, mais l'ensemble de l'ouvrage est passionnant. On lira également avec profit C. Quétel, *Histoire de la folie : De l'Antiquité à nos jours*, Tallandier- Approches, 2009, 620 pages.

¹⁰⁸⁴ M. Foucault, *Histoire...*, précité, p. 108.

¹⁰⁸⁵ P. Malaurie, *Les personnes – les incapacités*, précité, p. 214.

civil qui va permettre un développement de la législation en la matière, au travers de « l'incapacité du fait de l'altération des capacités intellectuelles »¹⁰⁸⁶. Celui-ci prévoit deux régimes, l'interdiction pour ceux se trouvant « dans un état habituel « d'imbécilité, de démence, ou de fureur » (article 489 de l'ancien Code civil) »¹⁰⁸⁷, et la dation d'un conseil judiciaire qui portait surtout sur la protection des biens. Comme l'indique le docteur Quezede, « on voit que le Code civil de 1804 s'est soucié bien plus de la protection du patrimoine que de celles des personnes »¹⁰⁸⁸.

B / La redécouverte contemporaine des capacités de l'incapable

907. Ce très bref historique vise à souligner certains traits déterminants de la qualification d'incapable, et à en tirer ainsi des liens avec le concept de consentement. Ainsi, de manière particulièrement claire, il semble bien que l'incapable ait toujours à voir avec deux dimensions : la première est celle de l'exclusion sociale, ou plus précisément, concerne celui qui ne peut prendre la même part à la vie sociale. On retrouve ici la formule utilisée par le professeur de psychiatrie Ernest Dupré pour caractériser l'aliéné, à savoir « celui qui, par sa pensée, ses actes, sa conduite, se montre *autre* que ceux qui l'entourent »¹⁰⁸⁹.

La seconde, elle, tient au fait qu'il est toujours question de patrimoine. Ce qui menace l'incapable, et qui le rapproche en cela du prodigue, c'est la ruine financière, la dilapidation de son capital, et par extension, celle de sa famille et de ses héritiers. De ce fait, par le biais des mécanismes de protection judiciaire, il est protégé contre tout acte, et particulièrement de disposition, qui ferait ainsi sortir des éléments de son patrimoine. Ceci présente donc un intérêt à la fois familial, mais aussi social en ce que le système permet de ne pas peser de manière trop importante sur les finances publiques, au travers de l'assistance publique. Ce que le professeur Malaurie précisait déjà dans le quatrième de couverture de son ouvrage sur les incapacités : « Ce n'est pas un droit irénique. Elle (l'incapacité) est liée aux biens et au

¹⁰⁸⁶ S. Stapinsky, précité.

¹⁰⁸⁷ E. Quezede, *La protection des incapables majeurs. Son histoire et ses perspectives d'évolution*, Thèse pour le doctorat en médecine, Faculté de médecine d'Angers, 2003, p. 5.

¹⁰⁸⁸ E. Quezede, *ibid.*

¹⁰⁸⁹ E. Dupré, « Définition médico-légale de l'aliéné – leçon d'ouverture du Cours de Psychiatrie médico-légale », extrait du *Bulletin médical* du 17 févr. 1904, version électronique de la Bibliothèque nationale de France, p. 8. L'étymologie même du terme renvoie à *alienus*, qui signifie étranger, en l'occurrence ici, étranger à ce qui est désigné comme normalité.

commerce »¹⁰⁹⁰.

908. Pourtant, ce qui frappe à la lecture des mécanismes actuels de protection, c'est que dans l'hypothèse la plus restrictive de libertés pour le majeur, son incapacité est totale puisqu'il lui appartient d'être représenté, de manière continue, dans l'ensemble des actes de la vie civile¹⁰⁹¹. Il est certes prévu, dans l'alinéa 2 de l'article 473, que le juge peut préciser, à l'ouverture de la tutelle ou au cours de celle-ci, quelques actes que le majeur protégé pourra néanmoins exécuter. Le principe reste toutefois bien l'interdiction générale, et la capacité ponctuelle l'exception. Ce qui revient à admettre, de manière implicite, qu'il ne subsiste plus une once de santé chez la personne considérée.

909. Or, comme le relevait déjà un conseiller à la Cour de cassation, « depuis plusieurs décennies, tout un mouvement de la pensée juridique entend souligner ou redécouvrir que, en la personne de l'incapable majeur, l'être humain qui cohabite avec le titulaire d'un patrimoine appelle, autant qu'il s'avère possible, une attention effective portée à sa volonté propre »¹⁰⁹². De même, le professeur Malaurie de préciser, dans un rapport précédent, que « la personne qui doit parler pour l'incapable, c'est d'abord le majeur protégé lui-même, s'il le peut »¹⁰⁹³. En effet, les avancées dans la connaissance du fonctionnement de l'esprit, comme de ses dysfonctionnements, permettent aujourd'hui de considérer qu'une personne présentant une pathologie mentale identifiée n'est pas complètement coupée de ses ressentis, de sa mémoire, ni même à certains moments, de son intelligence. Il y a des épisodes aigus pendant lesquels la personne décompense, ainsi que le désigne la psychiatrie, et peut manifester un épisode particulièrement intense de sa maladie. Dès lors, au regard du consentement, il convient peut être de considérer qu'il ne s'agit pas d'une incapacité générale de le formuler, lorsqu'il est pensé sur le registre de l'accord, mais plutôt une alternance de périodes allant du délire à une forme d'accessibilité à la raison.

Ceci pose assurément une difficulté majeure s'agissant de son application pratique,

¹⁰⁹⁰ P. Malaurie, *Les personnes...*, précité. Plus loin, il précise : « Le droit des incapacités doit établir un difficile équilibre entre la protection des faibles et la sécurité du commerce : selon la conjecture, il penche d'un côté ou d'un autre », p. 214.

¹⁰⁹¹ C. civ., art. 473 et art. 474.

¹⁰⁹² M. J.-P. Gridel, « L'acte éminemment personnel et la volonté propre du majeur en tutelle », in *Rapport annuel de la Cour de cassation, 2000*, version électronique.

¹⁰⁹³ P. Malaurie, « La Cour de cassation au XXème siècle », *Rapport annuel de la Cour de cassation 1999*, p. 18, cité in Jean-Pierre Gridel, précité.

puisqu'il devient nécessaire, ce faisant, d'examiner plus régulièrement, et avec l'assistance d'un spécialiste, la capacité d'une personne à être audible sur ce registre d'expression.

910. L'obstacle qui se présente à nous ici concerne la manière d'articuler la définition communément admise de la capacité, avec le consentement considéré comme sentir-avec. Il est toujours très délicat de poser un diagnostic, enchaîné aux critères du vrai et du faux, sur la capacité d'un individu à ressentir lorsque celui s'exprime. Mais que dire alors de l'éventuelle prouesse qui viserait à établir, de manière catégorique, un tel avis concernant des individus submergés par eux-mêmes ? Il nous paraît toutefois envisageable d'émettre une hypothèse : les individus touchés par une mesure de protection ne souffrent pas d'une absence de capacité de sentir-avec, mais au contraire, d'une version exacerbée de celle-ci. C'est justement parce qu'ils ressentent trop, de manière trop intense et trop singulière, qu'il est délicat pour un autre de se retrouver sur la même modalité d'expression. De fait, l'incapable illustre probablement ce que la théorie du sentir-avec, poussée à son paroxysme, produirait comme résultat : lorsqu'elle est non inhibée par la raison, l'émotivité pure engendre des effets qui se situent dans un en-dehors du langage, et qui reste de ce fait souvent imperméable à ceux qui ne partagent pas cet état émotionnel.

911. Dès lors, il est possible de faire retour sur la manière dont est pensée la capacité en droit. Les éléments évoqués plus haut illustrent tout à fait, à notre sens, en quoi le consentement tel qu'il est formulé actuellement ne doit s'entendre que comme activité de la raison, mais d'une raison qui justement se distingue du sentiment. Car, si celui-ci incluait une composante affective, la disqualification portée par le biais de l'incapacité ne pourrait être générale. Le consentement n'est donc pas constitué uniquement d'un rapport au sensible, mais éventuellement d'un amalgame entre la raison et le sentiment.

Toutefois, ce mélange est à l'avantage de la raison, puisque si l'un des deux vient à manquer, la raison seule est suffisante à permettre de contracter. Ce qui empêche un mineur d'être considéré comme capable, ce n'est justement pas sa capacité à éprouver ou ressentir, mais plutôt la suspicion portée sur cette activité si celle-ci n'est pas suffisamment soumise à la rationalité. De ce point de vue, on peut émettre l'idée que l'incapacité n'est que la démonstration, l'acquiescement par le droit du fait que le sentiment a désormais supplanté la raison. Car c'est bien ce qui paraît réunir toutes les figures que nous avons évoquées, chacune

présentant à des degrés divers une raison impuissante à juguler ses sentiments. Nous pourrions alors définir la capacité comme la présomption de domestication des facultés sensibles.

912. Le CCNE ne semble pas dire autre chose lorsqu'il cherche à définir l'incapacité : « On distingue la capacité de droit (juridique) et la capacité de fait (mentale) ou « compétence » (angl. 'compétence'). L'acte de consentir suppose une double compétence (ou aptitude, ou capacité) : il faut pouvoir comprendre (clarté de l'entendement ou intellect), et pouvoir se déterminer librement (autonomie de la volonté). Sont tenues pour inaptes à donner un consentement de bonne qualité les personnes dont la capacité de compréhension est faible ou troublée (ex. sujets confus ou obnubilés), et celles dont la liberté de choix n'est pas entière (ex. sujets en état de dépendance, comme les pensionnaires des asiles ou des prisons).

Établir l'incompétence (relative) d'une personne, c'est établir son inaptitude à comprendre une information, ou son inaptitude à prendre une décision rationnelle touchant son propre bien, ou les deux. Tester la compétence suppose des critères permettant de tester la capacité de compréhension, et des critères permettant de tester la rationalité du vouloir »¹⁰⁹⁴.

Il apparaît donc que le critère déterminant pour juger de cette capacité est bien l'intelligence, et la rationalité, ce qui laisse peu de place à la sensibilité.

913. Ceci est d'autant plus pertinent si l'on veut bien envisager, sous un angle différent, une situation dans laquelle le consentement est dénié, mais qui se situe cette fois dans une relation purement personnelle, un soi à soi. S'il est fait échec au consentement, il paraît légitimement possible d'envisager qu'il s'agit d'un cas circonstancié d'incapacité. La situation évoquée ici concerne la soumission par l'incapable à un protocole expérimental, et ce contre sa volonté¹⁰⁹⁵.

C / Illustration des conséquences de l'incapacité au travers du régime de l'expérimentation médicale et de la stérilisation forcée

914. Afin d'apprécier les conséquences qu'une telle appréhension de la capacité, vidée de son substrat émotionnel produit, on s'intéressera à deux hypothèses : d'un côté, le régime de l'expérimentation médicale en ce domaine (1), et de l'autre, l'hypothèse de la stérilisation forcée (2).

¹⁰⁹⁴ CCNE, Avis n° 58 du 12 juin 1998, p. 18.

¹⁰⁹⁵ L'étude du rapport entre l'incapacité et le consentement au soin sera abordée plus loin. cf. *infra*.

1/ Le régime dérogatoire de l'expérimentation sur les incapables : témoignage d'une attention distante à l'égard de la sensibilité

915. S'agissant des protocoles expérimentaux, le Code de la santé publique aménage des règles spécifiques pour toutes les catégories de personnes, qu'il s'agisse du mineur¹⁰⁹⁶, du majeur incapable¹⁰⁹⁷, et des personnes faisant l'objet de soins psychiatriques contraints¹⁰⁹⁸. Le régime est commun pour tous, à savoir qu'ils ne peuvent participer à ce type de recherche que dans deux hypothèses : dans la première, le bénéfice personnel attendu est plus important que les risques encourus; dans la seconde, le bénéfice attendu pour les personnes se trouvant dans la même situation doit être important, le risque minimum, et ces expérimentations ne doivent pas pouvoir se pratiquer sur une autre catégorie de la population.

À ceci s'ajoutent les règles spécifiques relatives au consentement, qui imposent de rechercher systématiquement celui-ci lorsque la personne « est apte à exprimer sa volonté et à participer à la décision ». De la même manière, si le refus du tuteur ou de l'autorité parentale aboutit à faire courir un risque grave, le médecin « délivre les soins indispensables »¹⁰⁹⁹. Ce sont néanmoins les représentants légaux qui décident, si le consentement de l'incapable ne peut être obtenu¹¹⁰⁰.

916. Cela aboutit à créer une situation assez étonnante pour la personne du tuteur. Celui-ci est donc investi du pouvoir de décider, mais il ne peut fondamentalement, que décider en faveur de la poursuite des soins, puisque si par son refus il fait courir un risque grave au majeur incapable, le médecin prodigue néanmoins les soins. Il s'agit donc en réalité d'une situation de double-incapacité, puisqu'à l'incapacité première du malade, s'ajoute l'incapacité du représentant légal à pouvoir formuler un consentement. De ce fait, dans cette hypothèse, le seul consentement qui existe est celui du médecin à prodiguer les soins.

¹⁰⁹⁶ C. santé publ., art. L.1121-7.

¹⁰⁹⁷ C. santé publ., art. L. 1121-8.

¹⁰⁹⁸ C. santé publ., art. L. 1121-6.

¹⁰⁹⁹ C. santé publ., art. L. 1111-4.

¹¹⁰⁰ C. santé publ., art. L. 1111-2, al. 5 : « Les droits des mineurs ou des majeurs sous tutelles mentionnés au présent article sont exercés, selon les cas, par les titulaires de l'autorité parentale ou par le tuteur. Ceux-ci reçoivent l'information prévue par le présent article, sous réserve des dispositions de l'article L. 1111-5. Les intéressés ont le droit de recevoir eux-mêmes une information et de participer à la prise de décision les concernant, d'une manière adaptée soit à leur degré de maturité s'agissant des mineurs, soit à leurs facultés de discernement s'agissant des majeurs sous tutelle ».

Ceci est d'autant plus surprenant que rien n'assure que par la décision qu'il prend, le tuteur ne fait pas que respecter la volonté du patient qui ne peut l'exprimer lui-même. À cela s'ajoute que le tuteur est, par définition, capable au sens du droit, c'est-à-dire à même d'exprimer un consentement acceptable au regard du Code de la santé publique. Or, l'article L. 1114-4, dans son alinéa 2 et 3 dispose bien que « le médecin doit respecter la volonté du patient », même si cela peut mettre la vie du patient en danger, et qu'aucun « acte médical ni aucun traitement ne peut être pratiqué sans le consentement libre et éclairé de la personne et ce consentement peut être retiré à tout moment »¹¹⁰¹. De même, l'article L. 1111-10, concernant les maladies graves et incurables, prévoit l'obligation pour le médecin de « respecter la volonté » du patient.

917. Comment alors expliquer qu'un incapable, placé dans chacune de ces situations, ne puisse pas se voir reconnaître les mêmes droits, au travers de la personne de son représentant légal ? Pourquoi l'article L. 1111-13 prévoit-il un régime spécial s'agissant des personnes incapables d'exprimer leur volonté qui réserve ce seul droit¹¹⁰² au médecin¹¹⁰³, en précisant encore davantage le type de traitement susceptible d'être interrompu¹¹⁰⁴ ? Il est probable que la réponse à cette question se trouve dans la méfiance à l'endroit du représentant, dont on ne sait jamais vraiment bien quelles sont ses motivations. Toujours est-il que la différence de régime existe, et est difficilement compréhensible du point de vue de la logique du consentement.

918. Ceci est d'autant plus surprenant si l'on veut bien comparer la situation à celle existant pour la recherche expérimentale. Dans ce domaine, aux conditions évoquées plus avant, le tuteur ou représentant légal est capable d'engager des expérimentations par son seul consentement, et ce pour un motif qui n'est plus simplement personnel, mais qui touche à la situation des personnes touchées par le même type de pathologies. Il subsiste un élément qui reste une énigme, puisque dans un cas, en ce qui concerne la santé du majeur incapable, dans

¹¹⁰¹ (C'est nous qui soulignons).

¹¹⁰² Le mot droit est employé ici dans le sens où l'article visé n'évoque que la nécessité de consulter la personne de confiance, les parents, etc. ce qui souligne la non-impérativité de leurs éventuelles revendications.

¹¹⁰³ Alors que par exemple au Québec, l'article 16 du Code Civil du Québec dispose que « L'autorisation du tribunal est nécessaire en cas d'empêchement ou de refus injustifié de celui qui peut consentir à des soins requis par l'état de santé d'un mineur ou d'un majeur inapte à donner son consentement; elle l'est également si le majeur inapte à consentir refuse catégoriquement de recevoir les soins, à moins qu'il ne s'agisse de soins d'hygiène ou d'un cas d'urgence. ».

¹¹⁰⁴ L'article L. 1111-13 du Code de la santé publique dispose ainsi qu'il doit s'agir d'un traitement « inutile, disproportionné, ou n'ayant d'autre objet que la seule prolongation artificielle de la vie de cette personne », ce qui n'est pas mentionné pour le majeur capable d'exprimer sa volonté.

son rapport avec son être-même, le consentement des profanes est mis en échec par le corps médical. Mais, lorsqu'il s'agit d'offrir ce même corps à des recherches qui ne concernent même pas directement celui qui s'y soumet, dans cette situation, le consentement du tiers à l'opération est posé comme valide.

Une objection pourrait être formulée contre cette assertion, en relevant que dans l'hypothèse de l'expérimentation, il est fait obligation que « les risques prévisibles et les contraintes » présentent « un caractère minimal »¹¹⁰⁵. Au-delà du fait que la formule même de risque prévisible nous apparaît comme un oxymore, particulièrement en matière médicale¹¹⁰⁶, on peine à imaginer ce en quoi peut consister un risque prévisible qui serait en plus un risque minimal ? En effet, pourquoi s'entourer de telles précautions si le seul risque prévisible à même de survenir est, de toutes les façons, bénin ?

919. Ces quelques exemples illustrent bien, à notre sens, à quel point la capacité est bien envisagée d'un point de vue qui tend à minimiser, si ce n'est exclure, ce qui relève des conditions et déterminations de la sensibilité. En effet, dans l'expérimentation médicale, aucune intention manifeste n'est portée à l'égard de cette composante. Il s'agit toujours d'une aptitude à formuler une volonté, qui devrait trouver son chemin au travers des éléments d'information fournis par le médecin et des risques de voir sa santé affectée. Mais, la question du lien entre ce qui est ressenti, et ce qu'il est possible de faire sur la base de ce ressenti semble être écartée pour ceux à qui l'on ne reconnaît pas la capacité de parler dans la langue du droit. Car sinon, le simple fait de pouvoir soumettre un individu à des expérimentations qui peuvent être source de désagréments divers et variés, de souffrance, et ce sans qu'à aucun moment il n'ait pu être entendu pour ce qu'il a à dire¹¹⁰⁷, apparaîtrait comme insupportable, comme caractérisant la cruauté même. Il faut en effet tenter de s'imaginer ce que peut ressentir une personne, inaccessible à l'information telle qu'elle est articulée, réfugiée dans sa propre réalité, qui se verrait soumise d'une manière qui lui resterait irrémédiablement étrangère et inexplicable, à des expérimentations médicales¹¹⁰⁸.

¹¹⁰⁵ C. santé publ., art. L. 1121-8.

¹¹⁰⁶ Pour de plus amples développements sur ce point, cf. P. Peretti-Watel, J.-P. Moatti, *Le principe de prévention: le culte de la santé et ses dérives*, précité.

¹¹⁰⁷ Dans une forme qui lui serait personnelle, et donc non nécessairement conforme aux exigences du droit.

¹¹⁰⁸ CCNE, avis n°58 du 12 juin 1998, p.31 : « Il est par ailleurs aussi injuste de vouer à la recherche des personnes sans défense. Lorsque le recueil du consentement est rendu impossible, la possibilité de désigner un « représentant » ou « mandataire » serait une avancée positive ». Il reste alors à définir comment est-ce que ce représentant pourrait être au fait de ce que désire une personne qui justement ne peut être entendue, i.e. dont le

2 / Incapacité et stérilisation forcée : la subjectivité au carrefour de l'animalité et de l'humanité

920. Cette situation se trouve particulièrement mise en lumière au regard de la pratique de la stérilisation. Si celle-ci est désormais possible¹¹⁰⁹ pour les personnes majeures capables depuis 2001¹¹¹⁰, la situation est plus complexe pour les personnes handicapées. En effet, l'article 16-3 du Code civil dispose dans son alinéa 2 que, pour les interventions sur le corps humain, « le consentement de l'intéressé doit être recueilli préalablement hors le cas où son état rend nécessaire une intervention thérapeutique à laquelle il n'est pas à même de consentir ». De fait, comment s'assurer du consentement lorsque la personne n'est justement pas considérée comme apte à consentir par le droit ? De même, comment entendre la nécessité thérapeutique ?

921. Le Comité Consultatif National d'Éthique interrogé sur le sujet avait déjà déclaré que « la justification thérapeutique d'une intervention envisagée essentiellement dans un but contraceptif paraît hautement discutable; en tout état de cause, la déficience mentale ne saurait à elle seule fournir cette justification »¹¹¹¹. La loi sur l'IVG et la contraception de 2001 a donc créé un article L. 2123-2¹¹¹² qui concerne spécifiquement les personnes incapables. Outre le fait qu'elle n'est envisageable que si aucune autre méthode n'est possible, cet article permet, après avis du juge, de procéder à la stérilisation. Certes, il est fait mention du fait qu'il n'est pas possible de passer outre le refus ou le retrait du consentement. Mais cela suppose qu'en premier lieu, la personne ait été considérée justement apte à consentir, que son consentement, dans sa version négative comme positive, puisse être entendu. Ce régime implique donc, *de facto*, la possibilité dans certains cas de pratiquer une stérilisation, éventuellement forcée¹¹¹³, en se substituant complètement à l'incapable majeur.

consentement est rendu impossible ?

¹¹⁰⁹ C. santé publ., art. L. 2123-1.

¹¹¹⁰ Loi n°2001-588 du 4 juill. 2001 relative à l'interruption volontaire de grossesse et à la contraception, JORF 7 juillet 2001, p. 10823.

¹¹¹¹ CCNE, Avis sur la contraception chez les personnes handicapées mentales. Rapport. N° 49 – 3 avr. 1996, p. 4. De manière plus générale, le CCNE déclarait, dans son avis n°58 du 12 juin 1998 que « les malades dits incapables ont souvent des capacités de compréhension qui justifient leur information et légitiment la recherche d'un consentement aux soins qui ne doit pas être présumé, p. 30.

¹¹¹² C. santé publ., art. L. 2123-2.

¹¹¹³ Pour une illustration de ce cas, cf. *infra*.

922. C'est pourquoi ces situations nous semblent être celles, sur le plan des principes, des animaux de laboratoire, pour lesquels le droit prévoit que la souffrance ou les désagréments infligés doivent être les plus faibles possible¹¹¹⁴. Or, ce qui caractérise justement l'animal, par différence avec l'humain, c'est bien non pas les facultés sensibles, mais la présence ou l'absence de la raison, souvent associée à l'intelligence. Ainsi s'explique le trouble occasionné par les primates qui, étant capables d'opération complexe telle une forme primitive de langage ou du calcul, interrogent sans cesse la frontière à partir de laquelle se déclare l'humanité. Ceci apparaît d'autant plus vrai lorsque l'on constate, dans un rapport du ministère de la Justice récent¹¹¹⁵, la volonté manifestée de proposer un nouveau régime juridique pour l'animal, qui passerait par la création d'un nouveau titre dans le Code civil, spécifiquement dédié à l'animal. Celui-ci s'articulerait surtout autour de la notion de sensibilité de l'animal, qui aboutit à le faire sortir de la catégorie des biens¹¹¹⁶. Aussi est-il proposé l'idée « d'insérer dans le Code civil un nouveau concept de l'animal-être sensible »¹¹¹⁷. Il apparaît donc de manière évidente que l'animal comme l'homme partagent, dans cet esprit, le fait d'être doués de sensibilité¹¹¹⁸.

923. Ce faisant, par un mouvement circulaire, on retrouve bien l'idée développée dès le début, à savoir que la capacité, et par extension le consentement, ne sont pas envisagés à l'aune de la sensibilité, mais bien au regard d'une raison qui fait peu de cas des affects. Ceci implique une conséquence sur le strict plan de la structure logique du système, à savoir que les majeurs

¹¹¹⁴ Article 6 de la convention européenne sur la protection des animaux vertébrés utilisés à des fins expérimentales ou à d'autres fins, publié au Journal Officiel par le décret n°2001-486 du 6 juin 2001. Le parallèle est d'autant plus troublant que l'on verra par la suite que, comme les animaux, certaines personnes handicapées ont pu être soumises à une procédure de stérilisation forcée.

¹¹¹⁵ *Rapport sur le régime juridique de l'animal*, rédigé par Mme. Suzanne Antoine, Ministère de la justice, 10 mai 2005.

¹¹¹⁶ Ainsi, il est indiqué que « l'animal est le seul bien qui soit un être vivant et sensible [...] », puis « qu'il existe une contradiction entre protection de la sensibilité animale et droit de propriété », in Suzanne Antoine, rapport précité, p. 27. De même, l'ensemble des intervenants interrogés pour le rapport souligne la dimension sensible, « psycho-affective », etc., p.30-35.

¹¹¹⁷ S. Antoine, rapport précité, p. 39. L'article ainsi inséré serait rédigé ainsi : « Article 515-9 : les animaux sont des êtres vivants doués de sensibilité. En toutes circonstances, ils doivent bénéficier de conditions conformes aux impératifs biologiques de leur espèce et assurant leur bien-être », p. 45. Dans le même sens, cf. Art. L. 214-1 du Code rural, qui dispose : « Tout animal étant un être sensible doit être placé par son propriétaire dans des conditions compatibles avec les impératifs biologiques de son espèce ».

¹¹¹⁸ Cette idée s'est trouvée confirmée lors de l'examen du projet de loi n°1808, relatif à la modernisation et à la simplification du droit et des procédures dans les domaines de la justice et des affaires intérieures. Un amendement, déposé et accepté vise à transformer la rédaction du Code civil, de telle façon que l'animal est désormais désigné comme « être vivant doué de sensibilité ». Toutefois, de l'avis même de Mme Colette Capdevielle, rapporteure, « C'est un amendement de cohérence avec le Code rural et le Code pénal. Cet amendement n'entraîne aucune conséquence juridique, aucun effet juridique non maîtrisé », cité in http://www.liberation.fr/societe/2014/04/15/le-statut-des-animaux-progresse-dans-le-code-civil_997893.

incapables d'exprimer une volonté s'apparentent à un en dehors de l'humanité, c'est-à-dire à une forme d'animalité. Une idée semblable est développée par Giorgio Agamben dans son analyse de l'*homo sacer*¹¹¹⁹, à savoir celui qui dans l'antiquité romaine pouvait être mis à mort sans que cela soit considéré comme un homicide¹¹²⁰.

924. Marcela Iacub a travaillé sur cette question, mais avec un angle d'approche différent¹¹²¹. C'est à la suite d'une étude sur la condamnation d'un homme ayant eu des rapports sexuels avec son poney, qu'elle en vient à s'interroger sur ce paradoxe : de quelle manière le droit peut-il considérer comme équivalent la violence faite aux animaux, voire autoriser leur mise à mort, et en même temps interdire à une personne d'avoir des relations intimes avec son animal, sans contrainte ni violence ? Est-il préférable pour l'animal d'être abattu pour être consommé, plutôt que de rester en vie et de devoir subir des relations d'ordre sexuel avec un être humain ? Ce faisant, c'est bien la place faite par le droit à la notion d'être sensible qui se trouve discutée.

925. Certes, il n'est pas ici question de dire que le statut du majeur incapable d'exprimer son consentement est rigoureusement identique à celui de l'animal, puisque par le fait même qu'il est humain, il bénéficie d'un régime différent de celui de l'animal. Le meurtre d'un majeur incapable sera puni au titre des articles 221-1 à 221-5-4 du Code pénal, au sein du titre II intitulé « des atteintes à la personne humaine », et non sous le couvert des articles L. 521-1, et R655-1 du Code pénal, qui concernent spécifiquement la vie animale, marquant par la même l'appartenance non équivoque à l'espèce humaine. Néanmoins, le but visé dans cette démonstration est plutôt de faire apparaître à quel point ce statut questionne la limite entre les deux. Ce faisant, on ne peut faire l'économie d'une véritable réflexion sur ce que recouvre la catégorie juridique d'humain¹¹²². Le recours à une définition purement généalogique, ou génétique, qui s'articulerait sur le fait qu'est humain celui qui est né d'une union d'humains est insuffisante. En réalité, c'est bien la question de la congruence, voire de l'intersection entre les notions d'humain, de personne, d'être humain qui est interrogée.

¹¹¹⁹ G. Agamben, *Homo Sacer...*, précité, p.115-122.

¹¹²⁰ Il ne s'agit évidemment pas de dire qu'il en va de même s'agissant des incapables dans notre droit civil ! La référence vise à montrer que l'on trouve également, dans la liste des incapables, le marginal, l'exclu social, etc.

¹¹²¹ M. Iacub, *Confession d'une mangeuse de viande*, Fayard Essais, 2011, 162 pages.

¹¹²² Et ceci particulièrement depuis sa reconnaissance au travers de la constitutionnalisation du préambule de la Constitution de 1946 au travers des décisions du Conseil Constitutionnel du 16 juin 1970, ainsi que du 16 juillet 1971. L'appellation a depuis fait florès.

§2 : La conception renouvelée de la capacité : une ouverture aux émotions et à la sensibilité

926. Comme on l'a vu, la définition classique de l'incapacité se comprend comme le fait de ne pas avoir accès de manière suffisante à la raison. Elle incarne donc une forme de constat juridique d'une dépréciation des facultés intellectuelles. Pour autant, le sujet ainsi déclaré incapable n'en reste pas moins capable de ressentir, d'éprouver des émotions, d'une façon telle qu'il peut ainsi être affecté directement dans sa sensibilité par des actes juridiques pour lesquels il ne pourra consentir, étant privé de sa capacité.

Aussi, une redéfinition des contours de la capacité apparaît nécessaire. Elle découle logiquement de la compréhension du consentement comme sentir-avec, qui implique une prise en compte de la dimension sensible. Pour bien en saisir les fondements, il faut faire retour au lien existant entre personne et capacité (A), pour tenter de caractériser juridiquement l'incapable par rapport au sentir-avec (B). Ce faisant, on observera que les changements proposés s'accordent avec les mouvements les plus contemporains du droit positif (C).

A / Étude des liens entre le concept juridique de personne et la capacité

927. Toute la compréhension de la capacité juridique est immédiatement associée à celle de la personne au sens du droit, qui en constitue le support (1). Dès lors, l'étude de la façon dont la personne est également entendue nécessite d'être menée (2).

1 / La personne comme support de la capacité

928. En l'état actuel du droit public, il semble bien, à la suite de la thèse remarquable de Xavier Bioy, que l'être humain s'apprécie de manière *in abstracto*, c'est-à-dire indépendamment des qualités spécifiques que l'on attache aux réalisations singulières et caractéristiques de ce dernier. Celui-ci énonce ainsi : « Il s'agit d'une qualité générique attachée à la qualité d'humain. La perte de la conscience ou de la liberté (pour ceux qui l'attachent à la dignité humaine et non à la dignité personnelle) ou d'éléments corporels

n'entraîne pas une diminution statutaire »¹¹²³. De même, le professeur Philips-Nootens déclare que « la dignité de l'être humain survit à la disparition de la possibilité d'exercer cette liberté, lui-même ou par l'intermédiaire d'une autre personne, elle survit à la disparition de la conscience de soi, de la capacité de relation »¹¹²⁴. Ceci exprime donc bien que l'appartenance à la catégorie de l'humanité est indépendante de la possibilité de mettre effectivement en œuvre une forme de volonté ordonnée.

C'est peut-être en ce sens que le professeur Bioy peut dire que « la personne demeure « quelque chose » de plus que l'être humain »¹¹²⁵.

929. Pourtant, il est assez frappant de constater que dans l'ensemble de l'étude qu'il consacre à cette notion, il n'est pas fait allusion à la personne de l'incapable, et à la relation que celui-ci peut entretenir avec le concept de personne humaine. Il faut probablement y voir l'idée que tous les individus sont nécessairement des personnes humaines pour le droit, en dehors éventuellement de l'embryon ou du défunt¹¹²⁶. Néanmoins, les définitions proposées ne permettent justement pas d'y inclure l'incapable majeur. Ainsi, après avoir relevé que « du point de vue de la personne, l'être humain est premier, la relation seconde mais nécessaire »¹¹²⁷, l'auteur entend examiner la distinction entre personne physique juridique et personne humaine juridique. C'est à cette occasion qu'il écrit : « Ainsi, à la personne correspondent le droit au consentement, la volonté et l'autonomie; à l'être humain, la protection objective des pouvoirs publics »¹¹²⁸, avant de souligner que « la personne humaine se dévoile dans ses emplois juridiques comme étant un être humain devant être intégré dans la société des personnes »¹¹²⁹. Ce faisant, on remarque bien que les éléments cités sont exactement ceux qui font défaut à l'individu frappé d'incapacité par le droit. Son consentement est réduit à la portion congrue, comme sa volonté et son autonomie au regard de l'altération de ses facultés. Quant à son intégration dans la société des personnes, elle est pour le moins

¹¹²³ X. Bioy, *Le concept de personne humaine en droit public...*, thèse précitée, p. 159.

¹¹²⁴ S. Philips-Nootens, « La bioéthique, une menace pour les droits de l'homme ? Du discours à la réalité, in *Dignité humaine et hiérarchie des valeurs : les limites irréductibles* », *Actes du colloque du 16 oct. 1998 - Centre des droits de l'homme de l'Université catholique de Louvain*, Marcus Helmons Silvio Bruxelles Academia-Bruylant : 1999; 33-55, cité in X. Bioy, *ibid.*

¹¹²⁵ X. Bioy, thèse précitée, p. 151.

¹¹²⁶ Une autre explication possible est que la thèse portant sur la personne en droit public, l'auteur n'a pas souhaité se pencher sur la question de la capacité. Néanmoins, il lui arrive fréquemment de faire des retours au droit privé, sauf apparemment sur ce point.

¹¹²⁷ X. Bioy, thèse précitée, p. 193.

¹¹²⁸ X. Bioy, thèse précitée, p. 208.

¹¹²⁹ X. Bioy, *ibid.*

problématique : soit il s'agit de s'intégrer au titre de personne-apte-à-consentir, ce qui lui est par définition impossible; soit il s'agit de faire partie de cette société, mais sans être une personne pour autant, ce qui pose alors la question de la nature de cette intégration.

930. On trouve un écho équivalent chez Mme Guylène Nicolas, qui déclare : « l'étude des différents statuts que peut acquérir l'homme : être humain, individu, être social, personne humaine puis juridique, sujet de droit... auront permis de montrer que ceux-ci correspondent à des stades différents de son développement. L'amas de cellules devient être humain avant d'être un individu, puis de non-personne passe à personne potentielle en fonction de sa maturation (et notamment celle de son cerveau). Elle devient une personne juridique avec la naissance, sous réserve qu'elle soit vivante et viable, pour ne devenir une personne humaine que quelques mois plus tard, lorsque personne raisonnable elle peut véritablement entretenir des relations avec ses congénères »¹¹³⁰.

L'attention portée au critère du raisonnable ne peut que faire écho à la situation de l'incapable, à qui justement cette faculté fait défaut.

931. Ce qui est interrogé ici est bien la question du statut de l'incapable, en tant qu'il s'intègre ou non à la catégorie de la personne à laquelle s'accroche le concept de capacité. Il est donc établi qu'il est bien une personne humaine, du fait même de son appartenance à l'espèce. Mais cette affirmation n'épuise pas, la recherche de sa spécificité s'agissant de la personnalité juridique. L'histoire du concept de personne permettra de mettre en lumière cette singularité.

2 / Bref retour historique sur le concept de personne

932. Premièrement, il convient de souligner que le concept de personne en droit romain trouve son origine dans celui de *prosôpon* en grec, qui renvoie à la déesse Perséphone, cette dernière portant un masque. Néanmoins, leur sens varie grandement. Selon le professeur Bioy, « *prosôpon* désigne plutôt le visage individuel, spécifique à chaque individu, au sens d'intériorité, de caractère. Ce que le latin traduit plutôt par *adspectus* (ce qui regarde à travers), « l'aspect ». D'où le passage, en quelque sorte, « de l'autre côté du masque » puisque *prosôpon* opposé en latin à *persona* désigne certes d'une certaine façon l'apparence, l'aspect, mais

¹¹³⁰ G. Nicolas, *Le droit constitutionnel du commencement de la vie*, thèse pour le doctorat en droit, Université d'Aix-Marseille, 2000, p. 288, cité in X. Bioy, thèse précitée, p. 217-218.

spécifiquement ce qui est « personnel », spécifique à chacun (le visage) et non pas le rôle standardisé de la *persona* de théâtre »¹¹³¹, tandis que « la *persona* latine s'abstrait de tout lien avec la réalité physique »¹¹³².

933. En effet, le rôle que la *persona* assure dans le système juridique romain est, ainsi que l'énonce Jean-François Niort, « avant tout déterminé par des considérations patrimoniales »¹¹³³, ce qui fera dire à Jean-Marc Trigeaud « qu'être personne selon le droit, ce sera bénéficiaire de *iura* en fonction de ses avoirs patrimoniaux »¹¹³⁴. Aussi, dans la Rome antique, la personne en tant que prise isolément, individuellement, disposant d'une personnalité propre n'existe pas¹¹³⁵. Comme le dit Jean-François Niort, « l'être humain n'existe qu'à travers sa position sociale, son statut social, auquel est attaché et duquel est déduit son statut juridique »¹¹³⁶.

Ceci se retrouve parfaitement en droit romain au travers de la distinction déjà évoquée entre *persona sui juris* et *persona alieni juris*, que l'on peut définir comme « celui qui se trouvait sous la puissance d'autrui, peu importe qu'il fût libre ou non »¹¹³⁷. C'est-à-dire qu'il n'est personne que par l'entremise d'un autre, comme s'il empruntait sa personnalité. Il est donc bien être humain, tout comme l'esclave, mais il n'a pas d'existence juridique propre car celle-ci « ne dépend jamais de sa seule qualité d'homme »¹¹³⁸.

Dès lors, la qualité de personne juridique apparaît bien comme une qualité que l'on ne saurait simplement inférer de la nature d'être humain. C'est dire que le sujet de droit, en tant que point d'imputation d'un ensemble de droits et d'obligations, est bien une institution juridique qui ne recoupe pas ce que nous entendons aujourd'hui par le vocable de personne.

¹¹³¹ X. Bioy, thèse précitée, p. 225.

¹¹³² X. Bioy, *ibid.*

¹¹³³ J.-F. Niort, « Personne et discrimination : approche historique et critique », in « Personne et discrimination. Perspectives historiques et comparées », acte du Colloque de Paris, *Dalloz*, Coll. Thèmes et commentaires, 2006, pp. 15-50, version électronique, p.5.

¹¹³⁴ J.-M. Trigeaud, « Persona ou la justice au double visage », Genova, *Studio editoriale di cultura*, Bibliotheca di filosofia oggi, 1990, p. 51, cité in Jean-François Niort, *ibid.*

¹¹³⁵ Le Dictionnaire français-latin Gaffiot cite ainsi un usage du mot personne par Cicéron : « *sine personis atque temporibus de universo genere quaeritur* », traduit par « on s'occupe d'une thèse générale sans détermination de personnes et de circonstances ».

¹¹³⁶ J.-F. Niort, *ibid.*

¹¹³⁷ In Dr. F. Mackeldey, *Manuel de droit romain contenant la théorie des institutes*, éd. Wahlen et Cie, 1837, p. 83 (version électronique).

¹¹³⁸ D. Deroussin, « Personnes, choses, corps », in *Le corps et ses représentations*, dir. E. Dockès et G. Lhuillier, *Credimi, Litec*, Vol. 1, 2001, p. 81, note 5, cité in Jean-François Niort, précité, p. 6.

934. La conception moderne, visant à associer ces deux éléments, va être le fait principalement de l'extension du christianisme, portant la valeur individuelle de chaque être du fait de *l'imgo dei*¹¹³⁹. Elle aboutira, dans un mouvement historique lent mais profond, à ce que soient progressivement supprimés, au nom de l'universalité et de l'égalité de la personne humaine, les régimes distinctifs pesant sur des catégories particulières d'individu, qu'il s'agisse des esclaves, des femmes mariées, ou des condamnés¹¹⁴⁰.

Toutefois, malgré le souffle révolutionnaire, ces discriminations ne vont disparaître que tardivement, manifestant par la même « les résistances de la conception « institutionnaliste » (et traditionaliste) de la personne juridique en tant que fonction sociale associée à la dimension patrimoniale »¹¹⁴¹.

B / Caractérisation de l'incapable et redéfinition de l'incapacité en lien avec le consentement comme sentir-avec

935. Au regard de la façon dont la personne et la capacité s'articulent, le statut de l'incapable, c'est-à-dire celui qui est privé de la capacité partiellement ou totalement, amène à s'interroger sur le point de savoir s'il est bien une personne au sens du droit (1). Ce faisant, on pourra observer les changements introduits par la nouvelle appréhension de la capacité, en lien avec le consentement comme sentir-avec (2).

1 / L'incapable est-il une personne juridique ?

936. Ces rappels sont particulièrement intéressants concernant ce qui nous préoccupe ici, du fait qu'ils mettent en exergue que dès son origine, le droit s'est construit sur un artifice, une fiction visant à permettre la circulation des biens pour le commerce juridique. C'est dans ce contexte qu'apparaît la personnalité, qui permet d'avoir un point d'ancrage pour un ou plusieurs biens, afin de pouvoir en disposer comme on l'entend. Mais, ainsi que le révélait déjà le doyen Carbonnier, être pourvu de personnalité juridique, mais être incapable ou presque d'en faire

¹¹³⁹ On retrouve ainsi dans la somme théologique de Saint-Thomas l'idée que « tout homme est une personne », in Somme théologique, Troisième partie, question 16, article XII, version électronique. Ceci constitue une reprise de Saint-Augustin : « *una persona id est singulis quisque homo* », cité in J.-F. Niort, précité, p.8. Pour de plus amples développements sur ce point, on lira avec profit P. Cormier, « La fondation augustinienne de la personne », *Les Études philosophiques*, n°81, 2007, 144 pages.

¹¹⁴⁰ Qui sont chacun reconnus comme être humain, mais qui pour autant ne disposent pas d'une vraie personnalité juridique.

¹¹⁴¹ J.-F. Niort, précité, p. 10.

usage, telle la femme mariée dans l'Ancien Régime, n'est-ce pas en fait ne pas avoir de personnalité juridique¹¹⁴² ? Cette comparaison avec la femme mariée est d'autant plus pertinente que, comme le révèle Jean-François Niort, la différence de régime réservée aux femmes tient à une différence de nature et se présente « comme un mécanisme de protection d'un être faible, à l'instar des enfants mineurs et des prodiges »¹¹⁴³.

C'est donc peut-être une différence de nature, fondée cette fois sur la raison qui permet de faire du majeur incapable, placé sous tutelle, un être humain ne disposant pas en pratique de personnalité juridique. Or, puisque le consentement est fonction de la capacité, c'est donc bien que celui qui est privé du consentement n'est pas une personne juridique.

937. Or, le problème posé par la généralisation de la conception universaliste de la personne se trouve explicitement démontré dans le domaine des discriminations. La revendication de toutes les demandes émanant en ce sens, parmi lesquelles se distingue des thématiques qui touchent spécifiquement le consentement, trouve son appui sur le fait qu'étant une personne au même titre que n'importe quelle autre, celle-ci ne saurait se voir opposer des restrictions qui lui sont en quelque sorte spécifiques, et qui ce faisant, dénie l'universalisation. Ainsi que le relève Jean-François Niort avec beaucoup de pertinence, cette conception aboutit à ce que « toute personne humaine a droit à la reconnaissance de sa personnalité juridique complète; a droit à revendiquer l'ensemble des « attributs de la personne humaine », ce qui implique un droit de participer à tous les rôles sociaux institués par le système juridique, lui-même soumis au respect des « droits de l'homme », comment justifier durablement, en théorie du moins, une discrimination, une différence de traitement relative à certains de ces rôles sociaux [...] ? »¹¹⁴⁴.

938. Mais, si l'incapable majeur est bien un être humain, mais pas une personne juridique en tant que telle, qu'est-il donc au regard du droit ? Son statut doit-il être rapproché de celui de l'embryon, humain tout comme lui, mais non encore personne au sens du droit ? Est-il la forme moderne de l'esclave antique, ou de celui frappé de mort civile ? La question peut paraître, au premier abord, purement théorique, alors qu'elle est tout l'inverse. En effet, si

¹¹⁴² J. Carbonnier, « Être ou ne pas être. Sur les traces du non-sujet de droit », *Flexible droit*, 10e édition, 2001, p.234., cité in J.-F. Niort, précité, p. 3.

¹¹⁴³ J.-F. Niort, précité, p. 18.

¹¹⁴⁴ J.-F. Niort, précité, p. 24.

l'incapable majeur, suivant la gradation de sa protection, aboutit à n'être plus une personne, alors il pourra faire l'objet de discriminations sans que cela soit juridiquement inacceptable.

939. Ces problèmes de définition illustrent bien la situation délicate dans laquelle se trouve le droit dans sa formulation actuelle, partagée entre des conceptions issues d'époques et de représentations différentes. Comment dès lors s'étonner de cet écart entre la personne telle qu'elle est considérée par le droit, et la personne en tant qu'entité individuelle ? Sauf à faire l'impasse sur l'aspect fonctionnel à l'origine du droit romain, c'est-à-dire un *ars* de gestion des biens entre patrimoines, la réalité juridique du statut de l'incapable est incompréhensible. Ceci engendre un mélange « des registres, passant, au gré des circonstances, du réel au construit, du juridique au psychologique et au social[...] »¹¹⁴⁵. Sinon, comment expliquer qu'il existe encore en droit des personnes juridiques composées de plusieurs personnes humaines, et des personnes humaines sans personnalité juridique¹¹⁴⁶ ? Ou que des individus n'existant pas encore en soient pourvus¹¹⁴⁷, que d'autres, déjà morts, l'aient toujours ? C'est pourquoi on ne peut que suivre Yan Thomas lorsqu'il déclare « Telle qu'elle est constituée en droit, la personne est une fonction abstraite, un contenant qui se prête à toutes sortes de contenus »¹¹⁴⁸, et que son caractère d'artefact « tient à ce qu'un être humain singulier est institué comme entité juridique abstraite et universelle »¹¹⁴⁹.

940. De ce fait, le problème n'est pas tant que la catégorisation du majeur incapable soit si difficile, ce qui est plutôt une question d'ordre axiologique, mais davantage dans le fait que la conception moderne de la personne prend un chemin qui ne peut que la condamner à se singulariser profondément par rapport aux conceptions anciennes qui déterminent toujours la logique générale du système juridique, sans pour autant répondre nécessairement aux aspirations de la collectivité. C'est bien par l'inflation considérable de la catégorie des droits de l'homme que se trouve remise en question la conception moderne de la personne.

En effet, les droits reconnus le sont toujours au regard d'une conception de plus en plus universaliste de la personne, en ce que celle-ci n'est désormais ni jeune ni âgée, ni homme

¹¹⁴⁵ Y. Thomas, « Le Sujet de droit, la personne et la nature – sur la critique contemporaine du sujet de droit », *Gallimard Le débat*, n°100, 1998, pp. 85 à 107, ici p. 97.

¹¹⁴⁶ Comme dans l'hypothèse de la disparition ou de la déclaration d'absence, mais aussi dans l'hypothèse de la mort civile.

¹¹⁴⁷ On pense ici à l'adage *Infans conceptus pro jam nato habetur quoties de commodis ejus agitur*.

¹¹⁴⁸ Y. Thomas, précité, p. 98.

¹¹⁴⁹ Y. Thomas, précité, p. 103.

in femme, ni handicapé ni bien-portant. De là, cette figure tend de plus en plus à s'écarter de l'identité entre personne juridique et personne concrète, individuelle.

2 / La nouvelle définition de l'incapacité au regard de la Convention des Nations-Unies relative aux droits des personnes handicapées.

941. Cet enracinement dans l'abstrait produit deux conséquences apparemment contradictoires : sur un premier versant, elle peut permettre effectivement des discriminations, au regard du fait que le modèle objectif est suffisamment imprécis pour que l'on ne puisse toujours l'utiliser comme étalon de mesure. De l'autre, elle aboutit à interdire toute forme de discrimination, eu égard à cette référence, ce qui donc peut produire des conséquences tendant à alléger le régime de contrainte propre aux majeurs incapables¹¹⁵⁰. On va tenter d'apprécier cela au travers de l'étude d'une Convention internationale récente sur le sujet (a), qui produira à n'en pas douter des conséquences sur le régime juridique français applicable (b).

a / Étude des principales dispositions en lien avec le consentement et la capacité

942. Sur ce point précis, la Convention des Nations-Unies relative aux droits des personnes handicapées illustre parfaitement cette idée¹¹⁵¹. Dès son article premier, il est indiqué que la convention a « pour objet de promouvoir, protéger et assurer la pleine et égale jouissance de tous les droits de l'homme et de toutes les libertés fondamentales par les personnes handicapées [...] »¹¹⁵². L'article 2 qui entend apporter les définitions des termes du premier ne fait qu'accentuer cette idée, en précisant qu'il s'agit bien de « tous les droits de l'homme et de toutes les libertés fondamentales dans les domaines politique, économique, social, culturel civil ou autres ». L'atténuation est apportée par le concept « d'aménagement raisonnable »¹¹⁵³ à l'alinéa 4, mais qui lui aussi rappelle « l'égalité avec les autres ». Puis, l'article 3 qui traite des principes généraux évoque au titre de la dignité reconnue à la personne handicapée

¹¹⁵⁰ Cf. Art. 20, 21 de la Charte européenne des droits fondamentaux qui reprend le terme de personne, et dans son article 21 alinéa 1, use du terme « handicap » sans spécifier davantage. De même, l'article 3 de la même charte qui vise spécifiquement le droit au « consentement libre et éclairé ».

¹¹⁵¹ Convention signée par la France le 30 mars 2007, et ratifiée le 18 février 2010, date de dépôt des éléments de ratification auprès de l'ONU. Il est à noter qu'un protocole facultatif a également été signé le 23 sept. 2008.

¹¹⁵² Convention des Nations-Unies relative aux droits des personnes handicapées, adoptée le 13 déc. 2006, article 1er. (c'est nous qui soulignons).

¹¹⁵³ Convention précitée, art. 2.

« l'autonomie individuelle y compris la liberté de faire ses propres choix, et de l'indépendance des personnes »¹¹⁵⁴, avant d'évoquer l'interdiction de discrimination, ainsi que, de manière plus surprenante encore, « la participation et l'intégration pleines et effectives à la société »¹¹⁵⁵. Enfin, l'article 5 qui porte sur l'égalité et la non-discrimination reconnaît lui encore l'égalité des bénéficiaires devant la loi ainsi que l'interdiction des discriminations sauf dans le sens d'une accélération de l'égalisation effective de leurs conditions.

Dès lors, ce qui se profile ici est une prise en compte de plus en plus importante de la spécificité de chaque type de handicap, et donc la marginalisation progressive des interdictions générales de capacité. Par la référence explicite à l'autonomie individuelle, au fait de pouvoir faire ses propres choix, c'est donc bien le consentement qui se distingue.

943. En effet, l'article 15 de cette même convention touche à la question des expérimentations médicales, et la rédaction proposée est beaucoup plus sévère que celle du Code de la Santé publique, puisqu'il est déclaré qu'« il est interdit de soumettre une personne sans son libre consentement à une expérience médicale ou scientifique »¹¹⁵⁶. De ce fait, la référence à un tiers est exclue, à la différence du régime français en la matière. De manière analogue, l'article 25 « exige » des personnels de santé « qu'ils obtiennent le consentement libre et éclairé » des personnes handicapées¹¹⁵⁷, ce qui nous paraît là encore être une formulation sensiblement plus restrictive que celle prévalant dans le droit français. De même, l'importance du consentement se retrouve également dans l'article 23 dont la formulation de l'alinéa 1er laisse perplexe quant à son applicabilité : « Soit reconnu à toutes les personnes handicapées, à partir de l'âge nubile, le droit de se marier et de fonder une famille sur la base du libre et plein consentement des futurs époux ».

Plusieurs éléments paraissent ici déroutants. Ainsi se trouve créée par ce biais une nouvelle forme de consentement, qui en plus d'être libre, doit aussi être « plein », ce qui sous-entend donc qu'il doit exister des consentements partiels¹¹⁵⁸. Mais qu'est-ce qu'un tel consentement ? Comment doit-il être rempli ? La convention n'éclaire en rien sur ce point.

¹¹⁵⁴ (c'est nous qui soulignons).

¹¹⁵⁵ Convention précitée, art. 3.

¹¹⁵⁶ Convention précitée, art. 15.

¹¹⁵⁷ Convention précitée, art. 25.

¹¹⁵⁸ Cette possibilité sera évoquée lors de l'étude du consentement en rapport avec la théorie générale des obligations. cf. *infra*. Partie II, Titre II, Chapitre 1, Section 1.

944. Mais surtout, l'élément le plus important de cette convention se trouve à l'article 12¹¹⁵⁹, qui touche spécifiquement la question de la reconnaissance de la personnalité juridique des personnes handicapées. Celui-ci marque véritablement une révolution dans l'affirmation des principes qui le sous-tendent. Ainsi, dès le premier alinéa, il est fait mention d'une « reconnaissance en tous lieux de leur personnalité juridique », puis au second alinéa, la formulation est encore plus explicite : « Les États parties reconnaissent que les personnes handicapées jouissent de la capacité juridique dans tous les domaines, sur la base de l'égalité avec les autres »¹¹⁶⁰. Ensuite, l'alinéa 3 du même article ne fait mention que « d'un accompagnement dont elles peuvent avoir besoin pour exercer leur capacité juridique », et donc ne fait aucune référence à une substitution dans la capacité de consentir. L'alinéa 4 spécifie davantage la nature des garanties qui doivent être conférées à ces personnes, qui là encore tranche de manière assez radicale avec le dispositif législatif français : celles-ci « doivent garantir que les mesures relatives à l'exercice de la capacité juridique respectent les droits, la volonté et les préférences de la personne concernée, soient exemptes de tout conflit d'intérêts et ne donnent lieu à aucun biais d'influence, soient proportionnées et adaptées à la situation de la personne concernée, s'appliquent pendant la période la plus brève possible et soient soumises à un contrôle périodique effectué par un organe compétent, indépendant et impartial ou une instance judiciaire »¹¹⁶¹. Une fois encore, l'accent est mis sur le respect et la primauté de la volonté de la personne affectée d'un handicap, bien loin de l'incapacité générale de principe, caractéristique du régime de la tutelle.

945. L'alinéa 5 poursuit sur la même thématique, mais concerne davantage la situation patrimoniale de l'individu considéré, puisque ceux-ci se voient désormais reconnaître un droit à « contrôler leurs finances » et même « d'avoir accès aux mêmes conditions que les autres personnes aux prêts bancaires, hypothèques et autres formes de crédit financier ». Autant dire qu'il s'agit davantage d'une révolution que d'un simple aménagement du régime existant. Néanmoins, la portée pratique de ce dernier alinéa laisse songeur, tant au regard de la pratique existante en la matière en droit français¹¹⁶², que sur la possibilité pour un incapable de se voir accorder une quelconque forme de crédit de la part d'un établissement bancaire.

¹¹⁵⁹ Convention précitée, Art. 12.

¹¹⁶⁰ (c'est nous qui soulignons).

¹¹⁶¹ (c'est nous qui soulignons).

¹¹⁶² Pour une illustration concrète du cas d'un majeur incapable souhaitant disposer plus personnellement de sa fortune personnelle, et de la lourdeur de la procédure afférente, cf. B. Eyraud, Pierre A. Vidal-Naquet,

b / Une modification très substantielle en faveur de la prise en compte de la subjectivité des incapables

946. Aussi, l'importance de cette Convention ne doit pas être minimisée, en ce qu'elle constitue un bouleversement considérable de l'appréhension juridique des capacités des personnes handicapées, bouleversement d'autant plus évident qu'il rompt avec la logique présidant cette matière depuis 1804. Or, tout ce qui touche à la capacité, dans son lien avec la personnalité juridique, touche nécessairement au consentement qui est en l'émanation juridique. Aussi, c'est bien toute la place réservée à ce dernier qui se trouve redéfinie, et qui souligne son caractère primordial. Envisagée ainsi, cette évolution n'a pu être effectuée qu'au regard d'un référent abstrait, ainsi que nous l'avions évoqué auparavant, à savoir l'Homme des droits de l'homme, dépourvu de toute qualité singulière, mais surtout de tout handicap.

De ce fait, à rebours de l'opinion dominante, c'est bien par la distanciation entre l'appréhension de la personne réelle et la personne telle que le droit la conçoit que ces nouveautés peuvent émerger. Certes, ces changements de perspectives s'expliquent également par le fait que d'un point de vue matériel, dans la vie sociale et dans les représentations qu'elle véhicule, une plus grande attention est portée au corps charnel, et à la situation personnelle des individus considérés. Néanmoins, et d'un point de vue juridique, c'est par le creusement de l'écart entre ces deux appréhensions que des résultats concrets peuvent être observés. Toutefois, au-delà de l'apparente transformation, il subsiste des interrogations quant à son champ d'application, et à sa possibilité d'enfanter des changements importants.

947. Ainsi, il semble nécessaire de relever que la Convention ne définit pas en elle-même ce que recouvre le vocable de « personnes handicapées »¹¹⁶³. Dès lors, la question de savoir si cet ensemble de droits reconnus peut l'être également pour le malade dit mental se pose avec

« Consentir sous tutelle - La place du consentement chez les majeurs placés sous mesures de protection », in « Consentir : domination, consentement, déni », *Tracés*, n° 14, 2008, p. 103.

¹¹⁶³ Pour une définition en droit français, cf. CASF, art. L. 114 : « toute limitation d'activité ou restriction de participation à la vie en société subie dans son environnement par une personne en raison d'une altération substantielle, durable ou définitive d'une ou plusieurs fonctions physiques, sensorielles, mentales, cognitives ou psychiques, d'un polyhandicap ou d'un trouble de santé invalidant ».

d'autant plus d'acuité. Sur ce plan, et puisque le droit ne les définit pas, il appartient donc de recourir à des définitions issues du champ de la médecine.

Or, sur ce point, il n'existe pas de délimitations claires. De manière générale, les médecins ont tendance à dire que le handicap mental a une assise plus biologique, tandis que la maladie mentale elle est plutôt d'ordre psychique. Néanmoins, la réalité est comme toujours plus complexe puisque, ainsi que le montre le schéma dit de Wood, la pathologie conduit à une déficience, qui elle-même aboutit dans un constat d'incapacité qui caractérise *in fine* le handicap. C'est ainsi que le neuropsychiatre Romain Liberman peut proposer cette définition : «Maladie mentale et handicap mental ne sont pas des concepts antinomiques mais complémentaires et interdépendants. *Ce sont deux états d'un même sujet.*[...] le handicapé mental est un sujet qui, en raison d'une déficience pathologique, présente une incapacité fonctionnelle d'insertion dans le circuit social ordinaire. Le handicapé mental est avant tout un malade mental qui supporte un désavantage social permanent »¹¹⁶⁴. Aussi, l'étendue exacte des dispositions nouvelles demeure incertaine.

C / Une redéfinition en accord avec les mouvements contemporains du droit

948. La nouvelle définition proposée ici, qui vise à intégrer la composante émotionnelle à la définition de la capacité, peut s'observer de manière latente dans des décisions récentes de jurisprudence (1) qui paraissent consacrer l'importance du consentement comme sentir-avec (2).

1 / Illustration jurisprudentielle de la nouvelle définition de l'incapable au regard du consentement

949. L'attention accrue portée à l'égard des capacités concrètes de l'incapable se laisse découvrir au travers de quelques arrêts récents de la CourEDH (a). À ce titre, il est à prévoir, au vu des informations disponibles, que le régime juridique français sera amené à évoluer de manière conséquente (b).

¹¹⁶⁴ R. Liberman, *Handicap et maladie mentale*, P.U.F. Que-sais-je, édition 2011, 128 pages, p. 122-123.

a / Un mouvement jurisprudentiel en concordance avec la nouvelle perception de l'incapacité

950. S'agissant du versant pratique, la CEDH a eu très récemment l'occasion de servir de références à plusieurs litiges dont avait à traiter la CourEDH. Dans toutes ces occasions, le juge lui a fait produire des effets tout à fait remarquables, et qui augurent de changements profonds dans un temps encore indéterminé, mais néanmoins proche. En effet, l'Union européenne a ratifié cette convention le 5 janvier 2011, devenant pour la première fois partie à un Traité touchant au domaine des droits de l'homme. Mais, même avant cette date, plusieurs décisions donnaient déjà une tendance de ce que l'on pouvait attendre des effets produits.

951. Ainsi la CourEDH a-t-elle déjà eu l'occasion de marquer son opposition à des discriminations trop larges sur la personne placée sous tutelle, et ce sur la base de cette Convention. L'affaire concernait l'État hongrois qui dans sa législation privait de droit de vote toute personne placée sous le régime de la tutelle. Or, dans l'arrêt rendu qui condamne la Hongrie, la juridiction énonce dans son considérant quarante-deux que « si une restriction des droits fondamentaux s'applique à un groupe particulièrement vulnérable dans une société, qui a souffert par le passé de discriminations considérables, tel que les handicapés mentaux, alors la marge d'appréciation des États est substantiellement restreinte, et il doit exister de très lourds motifs pour justifier les restrictions en question »¹¹⁶⁵. Quelques lignes plus haut, elle précise « qu'elle ne peut admettre que l'imposition à toute personne placée sous curatelle d'une interdiction absolue de voter, indépendamment de ses facultés réelles, relève d'une marge d'appréciation acceptable »¹¹⁶⁶, avant d'ajouter « qu'elle juge en outre discutable la pratique consistant à traiter comme un groupe homogène l'ensemble des personnes souffrant de troubles mentaux ou intellectuels. Les éventuelles restrictions ainsi apportées aux droits de ces personnes doivent faire l'objet d'un contrôle strict »¹¹⁶⁷.

La Convention étudiée, visée directement par la Cour¹¹⁶⁸, produit donc des conséquences dans un domaine qui touche ici spécifiquement au consentement. En effet, le

¹¹⁶⁵ CourEDH, 2e Sect. 20 mai 2010, Alajos Kiss C. Hongrie, Req. N°38832/06.

¹¹⁶⁶ Ibid.

¹¹⁶⁷ CourEDH, 2e Sect, 20 mai 2010, précité, considérant 44. Plus loin, elle note que ce contrôle strict doit s'entendre d'une «évaluation judiciaire individualisée de la situation des intéressés ».

¹¹⁶⁸ CourEDH, 2e Sect, 20 mai 2010, précité, considérant 14 et considérant 44.

droit de vote n'est jamais que la traduction constitutionnelle du consentement articulé à la capacité.

952. Puis, dans une espèce extrêmement récente, la Cour a entendu étudier le régime réservé par le droit français aux personnes handicapées par le Code de la Santé publique s'agissant spécifiquement de la stérilisation. En effet, comme on l'a vu, l'article L. 2123-2 permet une forme de stérilisation forcée, et ce indépendamment du consentement du patient lorsque celui-ci est frappé de troubles mentaux.

Dans l'espèce étudiée par la Cour, cinq femmes handicapées mentales, placées sous curatelle renforcée, ont subi entre 1995 et 1998 une ligature des trompes, c'est-à-dire une stérilisation à visée contraceptive. Or, comme le rappelle la Cour dans l'exposé des faits, « leur consentement ne fut pas requis pour ces interventions et les jeunes femmes ne furent pas informées de la nature de celles-ci ».

À la suite de cela, une association de défense des handicapées déposa une plainte avec constitution de partie civile auprès du tribunal de grande instance compétent, et ce en raison de la stérilisation forcée, mais également sur le fondement d'une non-dénonciation de crimes puisque ni la DDASS ni l'association sous la responsabilité de laquelle étaient placées ces jeunes femmes n'avaient agi, alors qu'elles étaient pourtant toutes deux informées de cette situation. Cette constitution de partie civile fut déclarée irrecevable¹¹⁶⁹, en première instance comme en appel, jugement confirmé par la Cour de cassation.

Puis, les requérantes demandent la désignation d'un administrateur ad hoc¹¹⁷⁰ pour pouvoir se constituer elles-mêmes partie civile. Après un premier refus, la demande est accordée et l'administrateur désigné.

La juridiction de première instance rend alors une ordonnance de non-lieu au motif que l'opération en elle-même n'est pas illicite, et que l'absence de consentement ne change pas la qualification pénale de l'opération. Les parties interjettent alors appel. La chambre de l'instruction de la Cour d'appel de Paris confirme le jugement de première instance, par le biais d'une argumentation tout à fait saisissante.

¹¹⁶⁹ Au motif que « (...) les infractions dénoncées ne sont pas celles prévues par l'article 2-8 du Code de procédure pénale et pour lesquelles une association ayant vocation à défendre ou à assister les malades ou handicapés peut exercer les droits reconnus par la partie civile ».

¹¹⁷⁰ Leur administrateur jusque-là reconnu ayant été lui-même mis en cause dans cette affaire.

953. Ainsi, du fait que l'opération était réversible, elle n'est pas constitutive d'une mutilation ou d'une infirmité permanente¹¹⁷¹; de même, puisqu'une grossesse aurait exposé l'enfant à naître à de sérieuses difficultés du fait de la diminution des capacités de sa mère, l'intérêt thérapeutique est confirmé. Dès lors, l'infraction prévue aux articles 222-9 et 222-10 du Code pénal n'est pas retenue. Par un effet de cascade, la non-dénonciation de crime n'est également pas retenue, puisque l'infraction n'est pas constituée. Les parties civiles décident alors de se pourvoir en cassation. La Cour de cassation déclare alors leur pourvoi irrecevable au sens de l'article 575 du Code de procédure pénale.

Les voies de droit interne étant épuisées, un recours est porté devant la CourEDH. L'affaire n'a pas encore été jugée, mais dans l'état de son instruction, une tierce-intervention a été apportée par le Groupe européen des « institutions nationales de promotion et de protection des droits de l'homme »¹¹⁷². C'est cette intervention qui va se révéler ici la plus riche d'enseignements quant aux changements à prévoir dans ce domaine particulier.

b / Des changements conséquents à prévoir dans le statut juridique de l'incapable en droit français

954. En effet, celle-ci, sur la base des différents standards internationaux, éclaire de manière remarquable le sens à donner à la Convention relative aux droits des handicapés. Ainsi, l'étude commence par une analyse du concept de capacité légale, tel qu'il doit être entendu. Après avoir considéré qu'elle doit permettre aux personnes de « prendre en charge leur propre vie »¹¹⁷³ et que cette capacité s'étend à « tous les aspects de la vie », en tant que reconnaissance et moyen d'accéder à la dignité, le Groupe écrit dans le point 11¹¹⁷⁴ que « bien qu'il puisse y avoir discussion autour du fait que l'article 12 de la Convention laisse une place à une décision prise au nom de la personne handicapée, et il semble bien que ce ne soit pas le cas, il est évident après analyse des standards relatifs aux droits humains qu'il existe certaines

¹¹⁷¹ Mais comment demander la levée de cette mesure dite temporaire, lorsque les requérants n'étaient même pas informés de l'existence de cette opération ? La Cour ne fournira pas de réponse sur ce point.

¹¹⁷² Ce groupe, comme l'indique son rapport, « *is a representative group of thirty five (35) National Human Rights Institutions (« NHRIs ») within the Council of Europe, of whom, twenty two (22) are deemed to be fully compliant with the United Nation (« UN ») « Paris Principles »* », in Amicus Brief in the European court of human rights, Application no. 61521/08, written by EGNHRI pursuant to article 36 §2 of the European convention on human rights and rule 44§3 of the rules of the European court of human rights, 16 august 2011, point 2, p. 1.

¹¹⁷³ La tierce-intervention étant rédigée en anglais, nous nous sommes permis de traduire les éléments évoqués afin de faciliter la lecture.

¹¹⁷⁴ In Amicus Brief, précité, p. 2, point 11.

décisions qui sont tellement fondamentales pour la personne qu'elles sont protégées par le droit des droits de l'homme de manière absolue. Quelle que soit la forme de la décision prise par un tiers, qu'il s'agisse du représentant, ou d'une institution (comme une cour de justice), ou d'une combinaison des deux qui viserait à passer outre la volonté de la personne concernée ou à se substituer à l'absence de consentement libre et éclairé dans ce type de cas, celle-ci est absolument interdite par la Convention relative aux droits des handicapés, et cette interdiction ne peut faire l'objet d'aucune restriction »¹¹⁷⁵.

955. Si l'on décompose les différents éléments évoqués, ce qui interpelle d'emblée le lecteur, c'est bien la mention du fait que l'article 12 ne paraît pas réserver, dans son principe même, la possibilité qu'une personne se substitue à l'incapable afin de prendre une décision. La Convention n'avait de cesse de parler d'assistance à la décision, mais il apparaît clair désormais que c'est l'incapacité même qui se trouve fortement remise en cause. Cette assertion, on le devine, est plus que considérable au regard du régime français existant. Elle implique un changement radical de la manière dont on se représente l'incapable, mais aussi de tout le dispositif d'assistance. Certes, l'opinion émise n'est pas celle de la Cour, mais elle est néanmoins représentative d'un nombre important d'associations européennes de défense des droits des handicapés. Ce faisant, elle indique la direction que ces associations vont suivre au travers des litiges à venir.

Or, comme on l'a vu précédemment, la Cour de Strasbourg a déjà commencé à aller dans le sens d'une interdiction des incapacités générales. Depuis que l'Union Européenne est partie à cette Convention, il est à prévoir que le nombre de recours va s'intensifier, mais surtout, que la Cour de justice de l'Union européenne va devoir, aussi bien sur la base de la jurisprudence de la Cour EDH que pour donner effet utile au traité, s'y référer sans cesse davantage. Ceci expose donc l'État français à des condamnations tant l'écart est important.

Ce faisant, c'est bien la place du consentement qui se trouve être remise en lumière, puisque par le biais de la capacité, il est surtout question de la faculté laissée à chaque individu de déterminer la manière dont il entend suivre sa vie.

956. De ce point de vue, il n'est guère surprenant que la question abordée immédiatement après celle de la capacité dans cette tierce-intervention soit celle du consentement libre et

¹¹⁷⁵ (c'est nous qui soulignons).

éclairé. Reprenant les principales dispositions conventionnelles applicables en la matière, et particulièrement la Convention européenne sur les droits de l'Homme et de la biomédecine¹¹⁷⁶, le groupe européen met en exergue l'importance du consentement dans la sphère médicale. Celui-ci avait déjà été consacré au travers de l'article 3 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, qui dans son 2ème alinéa oblige au respect « du consentement libre et éclairé de la personne concernée, selon les modalités définies par la loi ». Poursuivant sur cette lancée, le rapport précise que les difficultés d'obtention d'un consentement, lorsque la personne présente un handicap, ne peuvent justifier « qu'une loi ou une pratique se substitue au consentement libre et éclairé de la personne concernée »¹¹⁷⁷. Enfin, le rapport expose ce que devraient être les règles applicables, de manière succincte, s'agissant du consentement libre et éclairé dans la sphère médicale : celui-ci ne doit pas être contraint par des membres de la famille ou toute autre partie intéressée, l'information présentée doit être accessible et compréhensible par la personne présentant le handicap¹¹⁷⁸; enfin, l'absence de prise en compte du consentement ne peut être le fait d'une incapacité légale consacrée par la loi¹¹⁷⁹. Dès lors, et de manière logique, le rapport conclut à l'absence de consentement des personnes dans l'espèce considérée, et ce au regard du standard que constitue la Convention des Nations-Unies pour les droits des personnes handicapées.

2 / Une redéfinition qui consacre le consentement comme sentir-avec

957. Il est donc possible de remarquer, à la suite de l'ensemble de ces éléments, qu'un mouvement profond touche actuellement les droits des personnes handicapées, et qui participe de la logique générale à l'œuvre concernant le consentement. Ce mouvement est bien celui visant à renforcer le principe même du consentement, en tant que faculté d'autodétermination, en tant que sentir-avec. Précipité de plusieurs siècles d'imprégnation de la pensée par les

¹¹⁷⁶ Convention pour la protection des Droits de l'Homme et de la dignité de l'être humain à l'égard des applications de la biologie et de la médecine : Convention sur les droits de l'Homme et de la biomédecine du Conseil de l'Europe, signée le 4/4/1997 et entrée en vigueur 1/12/1999. Il est à noter que la France n'a pas ratifié cette convention. Néanmoins, le Chapitre II de cette convention, qui traite spécifiquement du consentement aux travers des articles 5 à 9, correspond presque en tout point à la législation française applicable.

¹¹⁷⁷ Amicus Brief, précité, p. 4, point 19.

¹¹⁷⁸ Ceci se retrouve déjà depuis plusieurs années en droit français. cf. C.E, 1er avr. 2005, D., qui porte sur les hospitalisations d'office. Le Conseil rappelle « qu'une fois la décision prise, il faut informer le plus rapidement possible de ces motifs la personne intéressée d'une manière appropriée à son état ».

¹¹⁷⁹ Amicus Brief, précité, p. 4-5, point 23-24.

principes de l'autonomie, de la liberté individuelle, de la capacité d'être à soi-même le meilleur juge de ses comportements comme de ses envies, le consentement s'exprime avec une force tout à fait singulière dans le registre de l'incapacité. Car, c'est bien par contrepoint avec le statut légal qui leur était imposé jusqu'à présent que la manifestation concrète des effets de la faculté de consentir se manifeste avec tant d'éclat.

958. Surtout, cette mutation illustre bien à notre sens à quel point le consentement reconnu est bien celui que l'on peut tirer du consentement pensé comme sentir-avec. En effet, si l'on persiste à concevoir la capacité de consentir comme une pure modalité de l'accord dont la raison serait le seul interprète autorisé, les changements à l'œuvre ne se laissent pas lire dans toute leur complexité. Car comment justifier par la raison le fait que des individus dont on a pourtant admis qu'ils se caractérisent justement par le fait qu'ils en manquent, puissent se voir ainsi reconnaître des facultés étendues ? Les incapables majeurs d'aujourd'hui ne disposent pas nécessairement de plus de facultés de décision qu'ils n'en avaient autrefois. Certes, les progrès de la pharmacopée permettent d'atténuer de nombreux symptômes, et d'offrir des intervalles lucides à certains patients. Pour autant, la capacité reconnue par les conventions internationales les plus récentes touche l'ensemble des incapables, quelles que soient leurs facultés concrètes. Nous pensons possible de dire que c'est bien le caractère d'être sensible, la faculté de ressentir qui explique ce changement de perspective. C'est bien parce que certains actes touchent à des choses si fondamentales, mais d'une fundamentalité qui ne demande pas à s'apprécier à l'aune de la raison¹¹⁸⁰, que le consentement doit être consacré. Dès lors, ce qui nous paraît protégé et affirmé, c'est bien la faculté de se sentir en adéquation, sans pouvoir nécessairement l'expliquer à soi-même ou aux autres, avec un comportement ou un choix.

959. C'est donc, par un processus qui affleure au poétique et par la pointe parfois la plus fragile de l'humanité que l'humain en tant que tel se trouve consacré. Par cette transformation qui confine à une transsubstantiation juridique, le morcelé retrouve alors une forme d'unité dans une figure éthérée.

960. De même, le registre de l'incapacité apparaît particulièrement éclairant sur un point qui peut sembler antinomique du consentement, et qui nous occupera plus tard dans l'étude. En

¹¹⁸⁰ Sans quoi elle ne pourrait, par définition, se communiquer, aussi bien de la part de ceux qui en manquent, que de ceux qui au regard du droit en sont pourvus. La communicabilité repose donc ici sur une communauté de sentiments qui ne nécessite pas directement la raison, ou le langage.

effet, au travers des conditions énoncées pour garantir un consentement libre et éclairé, et ce particulièrement en face d'un individu présentant un handicap, se dévoile la nécessité accrue de la présence du tiers. Le consentement est bien personnel, et revient *in fine* au sujet. Mais, pour pouvoir l'articuler au sein de la sphère juridique, la présence d'un tiers est absolument indispensable, pour délivrer l'information en cause, dans un langage accessible à l'individu. Le tiers fait donc ici le relais, l'intermédiaire entre la personne concrète et la personne juridique, en jouant le rôle d'un appui sur lequel viendrait s'enclôser le consentement. Mais cela signifie-t-il pour autant que le tiers peut intégralement se substituer à celui qu'il représente, voire même, à choisir contre son gré ? Ce sont là des questionnements essentiels qu'engage la problématique du consentement.

961. Toutefois, l'extension du principe à laquelle nous assistons n'est pas sans poser quelques difficultés d'application. L'obligation latente d'interroger régulièrement la personne incapable afin de déterminer de manière plus précise, mais surtout évolutive, l'étendue de son handicap va nécessiter un recours accru au juge. Or, vu l'importance de la part de la population touchée par ce type d'incapacité, les délais d'attente risquent d'être tout à fait en dehors des critères du « délai raisonnable » tels que posés par la jurisprudence. De même, si nous ne pouvons que saluer la meilleure perception de la situation personnelle de chaque incapable majeur, il ne nous semble pas pour autant possible de considérer que tout risque est désormais écarté, ainsi que l'illustrera l'étude des différentes facettes de l'incapacité, et particulièrement, celle touchant au rapport à la santé.

962. Il s'agit désormais d'observer comment cette capacité se décline suivant les matières juridiques qui mobilisent l'usage du consentement. Pour cela nous allons aborder dès à présent le cas spécifique du droit constitutionnel, au travers du vote.

SECTION 2 : CONSENTEMENT INDIVIDUEL À VISÉE COLLECTIVE : LA SUBJECTIVITÉ CITOYENNE

963. Le consentement n'est pas mobilisé seulement dans le but de régler le commerce de biens juridiques, mais trouve également une utilisation plus directement sociale, sous la forme de la votation. Le vocabulaire témoigne lui-même de cet état de fait, puisque l'on parle volontiers de consentement populaire lors des opérations référendaires, et plus généralement, lorsque l'on étudie la problématique du fondement et de la légitimité du pouvoir en science politique. Ce serait donc par un consentement pluriel, addition des consentements individuels de chaque citoyen, que l'ordre politique est amené à voir le jour. Pour autant, cette première description n'est pas sans poser question : si l'opération du vote relève bien de la logique consensuelle, dans quelle mesure cette dernière se rapproche-t-elle du fonctionnement habituellement associé au contrat ? Pour le dire autrement, le principe de l'effet relatif des conventions, appliqué à la votation, aurait pour conséquence que ceux n'ayant pas donné leur consentement à l'opération électorale en seraient *de facto* exclus. Ils conserveraient alors leur statut de citoyen, mais seraient en position de tiers par rapport aux autres citoyens. On le voit, une telle situation est impossible sur le plan pratique sans menacer la société tout entière.

964. Aussi, cela témoigne déjà du fait que le consentement électoral, qui s'incarne dans le vote, n'est pas immédiatement identique au consentement contractuel. Certaines règles peuvent être similaires, mais d'autres doivent nécessairement différer. Pour tenter d'apprécier la portée de ces amodiations par rapport au principe, nous allons donc reprendre les éléments considérés comme essentiels dans le droit civil, en commençant par essayer de comprendre comment fonctionne la notion de capacité, que l'on a déjà abordée, sur le plan du droit constitutionnel (§1).

965. Mais, c'est surtout sur le versant des effets que le consentement en droit constitutionnel va se singulariser le plus. À la différence du contrat, dans lequel le mouvement même du consentir repose sur la liberté et la volonté de s'engager sous l'auspice du droit, la votation repose elle sur un bref espace au cours duquel il est possible de faire valoir ce droit à consentir, et partant, sa subjectivité. Le vote répond en quelque sorte à une invite faite par la

structure en charge du procédé électoral. Il n'est donc pas assimilable à un mouvement spontané, manifestant par la même la crainte de la subjectivité dont il constitue l'écho (§2).

§1 : La capacité en droit constitutionnel : consentement et vote

966. Fidèle à sa logique juridique, le consentement prend appui, pour être réputé valide, sur la notion de capacité. Dès lors, il n'est guère étonnant de constater que cette même notion se retrouve au sein du droit constitutionnel, du fait que ce dernier mobilise bien, lui aussi le consentement qu'il inscrit sous le signe du vote. Pour autant, cette apparente similitude doit elle se comprendre comme une transposition fidèle, sans aménagements, de la notion d'origine civiliste de la capacité ? Du fait que les enjeux ne sont pas les mêmes, puisque dans le consentir en matière contractuelle, on engage que soi et son cocontractant, et qu'ici, c'est potentiellement la société tout entière qui s'en trouve métamorphosée, on peut légitimement penser que des différences doivent exister entre les deux capacités.

967. Si les deux notions partagent en effet des traits communs, qu'il conviendra d'évoquer (A), elles présentent néanmoins des différences marquées. Ainsi, il est possible de priver par une condamnation un individu de sa capacité électorale, c'est-à-dire par une sanction, à la différence du droit civil (B). Enfin, le droit constitutionnel se singularise aussi par le fait qu'il existe des incapables de fait, et non seulement de droit (C).

A / La détermination de la qualité d'électeur au sens du Code électoral

968. Le droit constitutionnel est le domaine d'élection du consentement, du fait de la centralité de la votation dans celui-ci¹¹⁸¹. En effet, la production législative est soit le fait des citoyens directement, par le référendum, soit le résultat du travail de ses représentants, au travers de l'activité gouvernementale¹¹⁸² ou des travaux effectués au sein du Parlement. De ce fait, le vote envisagé comme consentement constitutionnel apparaît primordial.

¹¹⁸¹ Sur la question de l'élection en elle-même, et l'importance de celle-ci au regard du relatif désintérêt dont elle fait l'objet, cf. B. Daugeron, *La notion d'élection en droit constitutionnel. Contribution à une théorie de l'élection à partir du droit public français*, Thèse pour le doctorat en droit, Univ. Paris Ouest-Nanterre, 2009, publiée chez Dalloz, in Nouvelle Bibliothèque de Thèses, n°103, 2011, 1298 pages.

¹¹⁸² Étant entendu que le gouvernement n'est pas directement élu, mais le président de la république si. Or, la situation stable du fait majoritaire depuis 1962 incite à penser que la composition résulte, au mieux, d'une

969. La fundamentalité de ce droit n'est plus à démontrer, puisqu'il figure aussi bien, dans l'ordre international, au sein de la déclaration universelle des droits de l'homme¹¹⁸³, du Pacte international relatif aux droits civils et politiques¹¹⁸⁴, du Premier Protocole à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme¹¹⁸⁵, dans l'ordre communautaire, au sein de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne¹¹⁸⁶, et dans l'ordre interne, au sein de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen¹¹⁸⁷ ainsi que dans la constitution¹¹⁸⁸. Toutefois, pour prétendre à la qualité d'électeur, plusieurs conditions sont nécessaires. C'est donc par la personne de l'électeur qu'il convient de commencer l'étude.

Celui-ci peut se définir comme « la personne qui dispose de la possibilité de choisir entre plusieurs candidats pour l'attribution d'un mandat ou d'une fonction. L'électeur est donc celui qui dispose d'un droit qu'il peut parfois exercer ou ne pas exercer »¹¹⁸⁹, ou comme « individu juridiquement autorisé à voter »¹¹⁹⁰. On peut également proposer une définition par la catégorie du corps électoral, c'est-à-dire « comme l'ensemble des personnes qui bénéficient juridiquement du droit de vote, c'est-à-dire du droit de participer aux élections à la fois au plan national et au plan local »¹¹⁹¹. Cette autorisation juridique repose sur trois conditions posées par l'article 3 de la Constitution, à savoir la nationalité, l'âge ainsi que la capacité légale¹¹⁹².

970. Concernant la nationalité, la solution est désormais bien établie, puisqu'il s'agit de différencier entre les scrutins locaux et nationaux¹¹⁹³. Plus précisément, le principe de la nationalité s'applique sans restriction pour les élections présidentielles, législatives,

concertation avec le président de la république.

¹¹⁸³ DUDH, art. 21.

¹¹⁸⁴ PIRDCEP, art. 25.

¹¹⁸⁵ CEDH, Premier Protocole, art. 3.

¹¹⁸⁶ CDFUE, art. 39 et 40.

¹¹⁸⁷ DDHC, art. 6.

¹¹⁸⁸ Constitution du 4 oct. 1958, article 3.

¹¹⁸⁹ L. Favoreu, P. Gaïa, R. Ghévantian, J.-L. Mestre, O. Pfersmann, A. Roux, G. Scoffoni, *Droit Constitutionnel*, précité, p. 542.

¹¹⁹⁰ F. Haegel, « L'électeur », in « La nouvelle Ve République », *Pouvoirs*, 2001, n°99, p. 151

¹¹⁹¹ F. Hamon, M. Troper, *Droit Constitutionnel*, L.G.D.J. Manuel, 30e édition, 2007, p. 527-528. Néanmoins, cette définition s'avère plus problématique en ce que le corps électoral n'est pas constant entre les élections locales et nationales.

¹¹⁹² C. élect., art. L. 2.

¹¹⁹³ En réalité, le principe de nationalité s'applique pour toutes les élections qui mettent en jeu la souveraineté nationale, c'est-à-dire toutes les élections présentant un caractère « politique » au sens du Conseil Constitutionnel. Cf. Cons. const., déc. n°82-146 DC du 10 nov. 1982 Loi modifiant le Code électoral et le Code des communes et relative à l'élection des conseillers municipaux et aux conditions d'inscription des Français établis hors de France sur les listes électorales : Rec. Cons. const. p. 66.

sénatoriales, régionales, départementales, ainsi que pour les référendums¹¹⁹⁴. Toutefois, s'agissant des élections municipales, la révision constitutionnelle du 25 juin 1992 introduit un article 88-3 à la Constitution qui permet aux citoyens de l'Union résidant en France depuis au moins 5 ans d'avoir la qualité d'électeur pour cette élection précise. Plus qu'une permission, il s'agit en réalité d'un véritable droit qui leur est conféré¹¹⁹⁵.

S'agissant de la seconde condition, à savoir l'âge, la loi du 5 juillet 1974¹¹⁹⁶ l'a fixé à 18 ans. Celui-ci est resté inchangé depuis cette date, même si périodiquement, des propositions sont déposées afin que celui-ci soit abaissé afin de permettre une meilleure intégration de la jeunesse dans le corps politique.

971. Enfin, le dernier critère nécessaire à la reconnaissance de la qualité d'électeur concerne « la jouissance des droits civils et politiques »¹¹⁹⁷. Le principe est, comme on l'a vu, que tout citoyen français atteignant l'âge de 18 ans dispose de cette capacité. Elle peut lui être retirée soit en raison de ses facultés, soit en raison d'une condamnation. La première hypothèse visée est celle des incapables majeurs placés sous le régime de la tutelle¹¹⁹⁸, pour lesquels il appartient au juge, à l'occasion de l'ouverture du jugement de tutelle, de décider si en raison de ses facultés, le majeur peut ou non conserver son droit de vote. Toutefois, comme le remarque Francis Hamon et Michel Troper, « cette pratique n'est usitée que dans les classes aisées, de sorte que la plupart des faibles d'esprit échappent à l'incapacité électorale »¹¹⁹⁹. La seconde interdiction vise une condamnation judiciaire à la suite de laquelle le condamné se voit privé de ce droit. Initialement, cette privation était automatique pour tous les crimes¹²⁰⁰ ainsi que pour certains délits¹²⁰¹. Il en allait de même pour les faillis non réhabilités¹²⁰². Ce régime a été abrogé avec l'entrée en vigueur du Nouveau Code pénal. Désormais, en vertu de l'article 132-21 alinéa 1 du Code pénal, « l'interdiction de tout ou partie des droits civiques, civils et de famille mentionnés à l'article 131-26 ne peut, nonobstant toute disposition contraire, résulter

¹¹⁹⁴ Il faut toutefois nuancer ce point, puisque les citoyens de l'Union européenne peuvent participer aux consultations communales du type référendum décisionnel local. cf. M. Verpeaux, « le référendum local et la Constitution », Cahiers du Conseil Constitutionnel, n° 12, mai 2002, version électronique, p.5.

¹¹⁹⁵ Cons. const., déc. n° 92-312 DC du 2 sept. 1992.

¹¹⁹⁶ Loi n°74-631 du 5 juill. 1974 fixant à dix-huit ans l'âge de la majorité, JORF 7 juillet 1974, p. 7099.

¹¹⁹⁷ Art. 3 al. 3 de la Constitution du 4 oct. 1958.

¹¹⁹⁸ C. élect., art. L. 5. Ce qui signifie à contrario que les majeurs placés sous curatelle ou sauvegarde de justice ne sont pas privés de leur droit de vote.

¹¹⁹⁹ F. Hamon, M. Troper, précité, p. 530.

¹²⁰⁰ C. élect., art. L.5 alinéa 1, dans sa rédaction antérieure à 1992.

¹²⁰¹ C. élect., art. L.5 alinéas 2, 3 et 4, dans sa rédaction antérieure à 1992.

¹²⁰² C. élect., art. L. 5 alinéa 5, dans sa rédaction ancienne.

de plein droit d'une condamnation pénale ». De plus, l'alinéa 2 du même article permet au juge, lorsque la loi prévoit une interdiction de plein droit, de moduler celle-ci, dans son existence, son étendue comme sa durée¹²⁰³. Il existait toutefois un doute sur la conciliation de cet article avec l'article L. 7 du Code électoral, créé par une loi de 1995¹²⁰⁴, qui prévoyait une interdiction d'inscription électorale automatique en cas de condamnation au titre des infractions mentionnées par celui-ci¹²⁰⁵. Cette ambiguïté a été levée de manière définitive par le Conseil constitutionnel, qui a déclaré l'article L.7 du Code électoral contraire à la constitution, et l'a abrogé¹²⁰⁶.

972. À ces trois conditions légales s'en ajoute une autre, plus factuelle, et qui réside dans l'obligation d'inscription sur une liste électorale. Celle-ci est de droit pour tous les citoyens présentant les prérequis énoncés avant, mais non automatique. Il faut en effet justifier d'un lien de rattachement particulier avec la commune considérée¹²⁰⁷.

Néanmoins, la réalité de l'application de ce régime découvre un paysage différent de celui décrit par les textes, et qui se trouve en lien directement avec la problématique du consentement. En effet, si l'inscription sur les listes est obligatoire pour pouvoir voter¹²⁰⁸, elle n'est pas obligatoire en tant que telle. Cela signifie que pour celui qui ne désire pas voter, il n'y a pas d'obligation à le faire. De ce fait, un nombre important d'électeurs ne s'inscrivent pas. Comme le note Jean-Louis Hérin, « la fourchette d'estimation des non-inscrits se situe entre 5 et 10%, soit entre 2 et 4 millions d'électeurs potentiels, le nombre d'inscrits dans le cadre de la révision de 2006 étant de 42585310. Le taux d'inscription peut varier selon l'âge : il dépasse 90% aux alentours de 35 ans et redescend au-delà de 75 ans jusqu'aux environs de 80% dans la mesure où les personnes de grand âge, soit deviennent incapables, soit omettent de s'inscrire

¹²⁰³ Pouvoir de modulation également évoquée à l'article 131-26 du Code pénal.

¹²⁰⁴ Loi n°95-65 du 19 janv. 1995 relative au financement de la vie politique, JORF 21 janvier 1995, p. 1105, dans son article 10.

¹²⁰⁵ Il s'agissait de punir plus sévèrement les faits commis par des dépositaires de l'autorité publique, ou investis d'un mandat électif public, etc.

¹²⁰⁶ Cons. const., déc. n°2010-6/7 QPC du 11 juin 2010, mais ceci avait déjà été annoncé s'agissant du faillis dans la décision n° 99-410 DC du 15 mars 1999, considérant 40 à 42. Il est à noter que le Conseil D'État avait conclu à la conventionnalité de cet article avec l'article 6§1 de la convention européenne des droits de l'homme. Cf. C.E., section du contentieux, 1er juill. 2005, publié au recueil Lebon. La Cour de Cassation en avait fait de même: cf. C. Cass, Civ. 2ème, 18 déc. 2003, mais en se basant cette fois-ci sur la notion de tribunal libre et impartial.

¹²⁰⁷ C. élect., art. L. 11.

¹²⁰⁸ L'article L. 11 dispose que « l'inscription sur les listes électorales est obligatoire ». Toutefois, en l'absence de sanction, cette règle en devient facultative. Comme le disait le professeur Hovasse, « une règle de droit sans sanction, ce n'est pas du droit, c'est de la littérature ».

au lieu de leur résidence de retraite »¹²⁰⁹.

973. Si l'on se réfère aux chiffres fournis concernant le nombre d'incapables majeurs en France, c'est déjà une part importante du corps électoral qui peut avoir des difficultés à accéder au vote. À cela il convient d'ajouter que le retrait, ou le maintien du droit de vote par le juge des tutelles est susceptible d'évolution, puisque la logique de la loi de 2007 sur la protection des incapables est bien de se tenir au plus près des capacités concrètes de celui-ci¹²¹⁰. Dès lors, à quelle fréquence, s'agissant du vote, le juge sera-t-il amené à se prononcer sur le maintien des droits jusque-là acquis ?

Du fait du travail déjà considérable qui est le sien, il est à prévoir ainsi que le soulignaient déjà Francis Hamon et Michel Troper, que des majeurs ne disposant pas de la capacité réelle d'exercer leur vote pourront néanmoins le faire.

B / La privation du droit de vote : une interdiction nécessairement circonscrite du consentement électoral

974. Puis, concernant l'interdiction du vote à la suite d'une condamnation pénale, la situation semble être désormais claire en droit français : la modulation de cette privation appartient au juge, et ce quelle que soit l'incrimination au principal. Ceci place la France en conformité avec la jurisprudence de la CourEDH en la matière. En effet, cette dernière a entamé depuis quelques années une jurisprudence visant à mettre fin à ces interdictions automatiques, sans considération de la qualité de celui qui la subit. Ainsi elle a pu récemment réaffirmer à l'occasion d'une affaire mettant en cause un citoyen roumain privé de son droit de vote à la suite d'une condamnation, pénale, qu'au « regard de la proportionnalité de l'ingérence (...)une interdiction globale du droit de vote de tous les détenus condamnés purgeant leur peine, qui s'applique automatiquement à eux, quelle que soit la durée de leur peine et indépendamment de la nature ou de la gravité de l'infraction qu'ils ont commise et de leur situation personnelle,

¹²⁰⁹ J.-L. Héryn, « Les exclus du droit de vote », in « Voter », *Pouvoirs*, 2007, n°120, pp. 95 à 107, p. 3. Les chiffres fournis par le ministère de l'intérieur pour l'élection présidentielle de 2007 sont de 44 500 000 inscrits, soit 4.1 % de plus qu'en 2006.

¹²¹⁰ Ph. Malaurie, *Les personnes- les incapacités*, précité, p. 327. Ce faisant, la loi de 2007 introduit une véritable innovation, qui va dans le sens d'une prise en compte accrue de la subjectivité, puisque jusqu'alors, la mise sous tutelle aboutissait *de facto* à priver l'incapable de l'exercice de son droit de vote. On retrouve cette idée à l'alinéa 2 de l'article 428 du C. Civ : « La mesure est proportionnée et individualisée en fonction du degré d'altération des facultés personnelles de l'intéressé ». Ceci tend à démontrer le lien entre capacité et consentement sur le plan du droit constitutionnel, ici incarné par le vote.

outrepasse une marge d'appréciation acceptable, aussi large soit-elle, et est incompatible avec l'article 3 du protocole n°1 »¹²¹¹. La Cour ne fait en réalité que reprendre un argument déjà évoqué quelques années plus tôt, dans l'arrêt *Hirst c. Royaume-Uni*¹²¹². Ce dernier a eu un impact retentissant, puisque le gouvernement britannique avait refusé d'exécuter l'arrêt rendu. La juridiction avait donc rendu un arrêt intimant au gouvernement britannique de modifier sa législation dans les 6 mois à compter de la date à laquelle l'arrêt rendu serait devenu définitif, et ce dans une espèce parfaitement semblable¹²¹³. Le gouvernement britannique a alors demandé, en vertu de l'article 43 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme, le renvoi de l'arrêt devant la Grande Chambre. Le collège de 5 juges de la Grande Chambre a rejeté le renvoi le 11 avril 2011¹²¹⁴, rendant ainsi définitif l'arrêt *Greens et M.T. Nicolas Hervieu*, dans la lettre d'actualité droits-libertés¹²¹⁵ du Centre de Recherches et d'Études sur les Droits Fondamentaux, relève également une intervention du Commissaire aux droits de l'homme dans laquelle celui-ci déclare que « les détenus devraient avoir le droit de vote », se référant à la Cour Constitutionnelle de l'Afrique du Sud qui en 1999 avait déclaré que « le vote de chacun et de tout citoyen est un attribut de dignité et de la personnalité. De façon exacte, littéralement chaque personne compte »¹²¹⁶, ainsi que l'énonçait une jurisprudence de la Cour suprême du Canada¹²¹⁷.

975. Toutefois, comme le souligne Nicolas Hervieu¹²¹⁸, un rapport récent du Ministère de la Justice britannique évoque cette jurisprudence¹²¹⁹, et témoigne de la volonté du gouvernement britannique de maintenir sa position. À cette fin, il est prévu qu'il intervienne à l'occasion de l'examen du renvoi en Grande Chambre d'un litige concernant le régime italien dans une

¹²¹¹ CourEDH, *Calmanovici c. Roumanie*, 1er juill. 2008, Req. N° 42250/02, § 151.

¹²¹² CourEDH, *Hirst c. Royaume-Uni*, 6 oct. 2005 (n°2), Req. N° 74025/01, § 82.

¹²¹³ CourEDH, *Greens et M.T. c. Royaume-Uni*, 23 nov. 2010, Req. N° 60041/08 et 60054/08.

¹²¹⁴ Communiqué de presse du Greffier de la Cour, n° 328, du 12 avr. 2011, intitulé « l'arrêt de la Cour concernant le retrait systématique du droit de vote aux détenus au Royaume-Uni devient définitif ».

¹²¹⁵ Actualités Droits-Libertés du 13 avr. 2011, version électronique.

¹²¹⁶ *August v. Independent Electoral Commission*, 1999 (3) SA 1, cité in Marthe Fatin-rouge Stéfani, « Le droit de vote des détenus en droits canadien, sud-africain et conventionnel européen », *R.I.D.C* 3-2007, pp. 617-643, p. 628.

¹²¹⁷ Cour Suprême du Canada, *Sauvé c. Canada (directeur général des élections)*, 2002 CSC 68, [2002] 3 R.C.S 519.

¹²¹⁸ Actualités Droits-Libertés du 10 Sept. 2001, éditée par le CREDOF, version électronique.

¹²¹⁹ Ministry of Justice, *Responding to human rights judgments – Report of the Joint Committee on Human Rights on the Government's response to human rights judgments*, 2010-2011, September 2011, version électronique, 48 pages, p. 18.

hypothèse similaire¹²²⁰. La Cour a d'ores et déjà annoncé qu'elle étendait de six mois encore la période pendant laquelle il appartenait au gouvernement britannique de modifier sa législation. La matière n'est donc pas figée, et augure de décisions tout à fait intéressantes au regard de la valeur du consentement.

976. Dès lors, ce qui est ici en jeu n'est pas l'interdiction en tant que telle, que son caractère automatique, voire perpétuel. En effet, l'automatisme de la privation de ce droit, ainsi que l'a déclaré la Cour suprême d'Israël, « portait davantage atteinte à la démocratie elle-même qu'à l'individu qu'elle chercherait ainsi à sanctionner »¹²²¹. Pour ce qui est de la contrainte temporelle, l'appréciation se fait *in concreto*. La Cour a ainsi pu juger qu'une interdiction de trois ans n'était pas contrainte à l'article 3 du Protocole n°1¹²²². Le Comité des droits de l'homme a lui décidé « qu'une privation du droit de vote subie par un individu pendant quinze ans après l'accomplissement de sa peine » constituait une violation du Pacte¹²²³.

977. Ce qui se montre au travers de ces prohibitions est bien l'importance du consentement en matière électorale, en tant que celui-ci est à la fois un droit fondamental de l'individu, mais également un outil de réalisation de la démocratie et d'intégration des citoyens dans la sphère sociale. On observe donc en quelque sorte, par ce biais, le pendant électoral de l'incapacité civile attachée à l'incapable et dont on a vu à quel point elle est désormais battue en brèche. Ceci ne fait que confirmer que le consentement est bien fondamental, même s'il n'est pas reconnu en tant que tel, dans son principe. C'est par ces applications ponctuelles, ici en l'occurrence, la capacité électorale, qu'il se trouve consacré. Cette importance est telle qu'elle prime les éventuelles sensibilités nationales, tant il est vrai que dans l'exemple anglais, une majorité de la population est favorable au retrait du droit de vote aux détenus. C'est ainsi que la CourEDH déclare qu'il « n'y a pas non plus de place, dans le système de la Convention, qui reconnaît la tolérance et l'ouverture d'esprit comme les caractéristiques d'une société

¹²²⁰ CourEDH, 2e Sect., 19 janv. 2011, Scoppola c. Italie (n°3), Req. N°126/05.

¹²²¹ In H.C 2757/96, Hilla Alrai v. Minister of Interior et a., 50(2) P.D. 18 (1996) §§24 et s., cité in M. Eudes, « Vers l'abolition des dernières restrictions au droit de vote ? Étude des frontières du corps électoral », *RTDH*, n° 67/2006, pp. 575-595, p. 583. L'auteur relève avec pertinence que « cette affirmation est d'autant plus forte qu'elle joue en l'espèce en faveur du meurtrier d'Yitzhak Rabin », Marina Eudes, précité, p. 583, notes 29.

¹²²² CourEDH, M.D.U c. Italie, 28 janv. 2003, Req. N°58540/00, cité In Marina Eudes, précité p. 587.

¹²²³ Décision du 15 août 1979 dans l'affaire Luis Maria Bazzano Ambrosino c. Uruguay, communication n°5/1977, cité in Marina Eudes, *ibid.*

démocratique, pour une privation du droit de vote se fondant uniquement sur ce qui pourrait heurter l'opinion publique »¹²²⁴.

C / L'exclusion de fait de la capacité à consentir en matière électorale

978. À ces exclus par le droit s'ajoutent également des exclus par le fait, c'est-à-dire des personnes qui bien que réunissant les trois conditions fixées par la Constitution ainsi que le Code électoral, trouvent néanmoins des difficultés à exercer ce droit. Or, la fondamentale de celui-ci, au regard du consentement, impose que l'on étudie davantage ces situations d'exclusion¹²²⁵ du consentement politique. De manière classique, un premier obstacle va se présenter au travers de la notion de résidence. Celle-ci exclut *de facto* les populations nomades, ainsi que les personnes ne disposant pas de domicile telles les personnes en situation de grande précarité.

979. Pour les premières, la loi du 3 janvier 1969 prévoit ainsi qu'un rattachement à une commune peut être demandé pour une durée minimale de 2 ans¹²²⁶. Néanmoins, celui-ci ne peut intervenir que si le nombre de personnes déjà rattachées à cette commune ne dépasse pas 3% de la population municipale, la valeur de référence étant celle du dernier recensement¹²²⁷. Dans le cas contraire, la personne est invitée à trouver une autre commune. Un arrêté de 2007 précise, quant à lui, que l'inscription sur la liste électorale est subordonnée à la présentation d'un « livret ou carnet de circulation en cours de validité, délivré en application de la loi du 3 janvier 1969 susvisée, attestant un rattachement ininterrompu dans la même commune depuis au moins trois ans au moment de la prochaine clôture des listes électorales »¹²²⁸. Ceci signifie donc que la condition de rattachement est bien de trois ans, par opposition aux 6 mois pour les citoyens non soumis au régime du titre de circulation.

Cette différence de traitement avait déjà été mise en évidence et critiquée à l'occasion

¹²²⁴ CourEDH, *Hirst c. Royaume-Uni*, précité, considérant 70, cité in M. Fatin-Rouge Stéfani, précité, p. 637.

¹²²⁵ Pour ce faire, nous nous appuyons sur J.-L. Hérin, « Les exclus du droit de vote », précité.

¹²²⁶ Loi n°69-3 du 3 janv. 1969 relative à l'exercice des activités ambulantes et au régime applicable aux personnes circulant en France sans domicile ni résidence fixe, JORF 5 janvier 1969, p. 195, article 9. Certaines des dispositions de cette loi ont été modifiées par une décision QPC, cf. Cons. const., Décision n°2012-279 QPC du 5 octobre 2012, M. Jean-Claude P.

¹²²⁷ Loi n°69-3, article 8 al. 1. Des dérogations peuvent toutefois être accordées par le préfet, cf. article 8 al. 3.

¹²²⁸ Arrêté du 19 déc. 2007 pris en application des articles R.5 et R. 60 du Code électoral, JORF 23 déc. 2007, art. 6 alinéa 5.

du Rapport au Premier Ministre par M. Arsène Delamon¹²²⁹. La Haute Autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité (HALDE) s'est alors saisie de la question. Par une première délibération¹²³⁰, elle avait entendu souligner le caractère proprement discriminatoire du régime en place, tant au regard de la constitution que des engagements internationaux, ce qui portait selon elle atteinte à « l'un des droits élémentaires du citoyen »¹²³¹, et ce d'autant plus au regard de la législation applicable aux personnes sans domiciles fixes. Devant l'absence de réponse du gouvernement, la HALDE a voté une seconde délibération¹²³², dans laquelle elle reprend l'essentiel de ces arguments, et appelle à une réaction rapide du gouvernement. La situation persiste alors, obligeant la Haute Autorité à prendre une troisième délibération¹²³³ à laquelle elle accole un rapport rappelant sa position ainsi que l'inaction du gouvernement.

Depuis cette date, la commission des lois de l'Assemblée nationale a décidé la création d'une mission d'information « sur le bilan et l'adaptation de la législation relative à l'accueil et l'adaptation des gens du voyage », qui a donné lieu au dépôt d'un rapport d'information¹²³⁴, dans lequel il est proposé un alignement général sur le régime prévu pour les sans domiciles fixes. Par là il faut entendre que depuis la loi créant le droit au logement opposable, les gens du voyage peuvent bénéficier du régime de l'article L.15-1 à la condition qu'ils ne se soient pas déjà conformés au dispositif de la loi de 1969¹²³⁵.

980. Le régime de l'article L.15-1¹²³⁶ est en fait une création de la loi du 29 juillet 1998¹²³⁷, et permet aux sans domiciles fixes d'être rattachés à la commune où se situe leur organisme d'accueil, à la condition que l'adresse de celui-ci figure depuis au moins six mois sur leur carte nationale d'identité, et qu'une attestation leur ait été remise qui prouve ce rattachement de 6

¹²²⁹ A. Delamon, *La situation des « Gens du voyage » et les mesures pour l'améliorer*, Rapport de mission au Premier Ministre, 3 juillet 1990, version électronique, http://fnasat.centredoc.fr/opac/doc_num.php?explnum_id=194, 103 pages.

¹²³⁰ HALDE, délibération n°2007-372 du 17 déc. 2007.

¹²³¹ HALDE, délibération n°2007-372 précité, p. 4, § 25.

¹²³² HALDE, délibération n°2009-143 du 6 avr. 2009.

¹²³³ HALDE, délibération n°2009-316 du 14 sept. 2009, J.O.R.F du 17 oct. 2009.

¹²³⁴ Rapport d'information n°3212, enregistrée à la présidence de l'Assemblée nationale le 9 mars 2011, et déposé par M. Didier Quentin, 125 pages. Une proposition de loi (n°597) a également été enregistrée au Sénat le 9 juin 2011.

¹²³⁵ Loi n°2007-290 du 5 mars 2007 instituant le droit au logement opposable et portant diverses mesures en faveur de la cohésion sociale, JORF 6 mars 2007, p. 4190, art. 51.

¹²³⁶ C. élect., art. L.15-1.

¹²³⁷ Loi n°98-657 du 29 juill. 1998 d'orientation relative à la lutte contre les exclusions, JORF 31 juillet 1998, p. 11679, art. 81.

mois¹²³⁸. Toutefois, selon une enquête effectuée par le ministère de l'Intérieur, au 29 février 2000, il n'y avait que 640 sans domiciles fixes inscrits sur les listes électorales. Ceci représente moins de 1 % de la population totale privée de logement personnel selon l'INSEE¹²³⁹.

981. Puis dans cette grande masse des exclus involontaires, il demeure une catégorie au moins dont l'exclusion est le fait de leur propre incapacité. Par là il faut entendre les personnes présentant un handicap (psychique ou moteur) sans être pour autant placées dans un régime de protection judiciaire, ainsi que les personnes âgées, lorsqu'elles ne sont pas sous tutelle ou curatelle. Pour les premiers, le Code électoral prévoit explicitement que l'accessibilité du bureau de vote doit être garantie, et ce quelle que soit la nature du handicap¹²⁴⁰. De même, si la personne ne peut matériellement exercer son vote elle-même, et par dérogation au principe du secret du vote, il est possible qu'un autre électeur l'accompagne dans l'isoloir et dépose par la suite le bulletin à sa place¹²⁴¹. Un autre handicap, non physique mais qui peut toutefois être aussi préjudiciable dans cette hypothèse, est l'analphabétisme. Le Conseil D'État a ainsi jugé que « la constatation d'un vote par apposition d'une croix sur la liste d'émargement ne peut être regardée comme garantissant l'authenticité de ce vote »¹²⁴². Ceci se comprend d'autant mieux au regard du Code électoral, puisqu'une disposition spécifique vise cette situation, résolue par la signature d'un autre électeur suivie de la mention « l'électeur ne peut signer lui-même »¹²⁴³.

982. Tous les éléments évoqués permettent de souligner, chacun à leur façon, le caractère essentiel du vote et ce particulièrement dans une société démocratique. Ce faisant, c'est bien le consentement dans sa forme politique qui se trouve reconnu dans son importance, au moins sur le plan du principe¹²⁴⁴. Cette volonté d'intégration sans cesse plus étroite de l'ensemble des citoyens, et de plus en plus, de toute la population, traduit le caractère essentiel du consentement dans le fonctionnement de notre régime politique. Qui plus est, les liens avec le

¹²³⁸ CASF, art. L.264-2, al. 2.

¹²³⁹ Selon l'INSEE, le chiffre est de 250 000 personnes. Cité in La France compte 3 millions de mal-logés selon l'INSEE, dépêche AFP du 6 janv. 2011.

¹²⁴⁰ C. élect., art. L. 62-2.

¹²⁴¹ C. élect., art. L. 64 al. 1.

¹²⁴² C.E, 8ème et 3ème sous-sections réunies, 23 sept. 2005, n°274402, considérant 2. Sur ce point, cf. I. De Lamberterie, « La valeur juridique de la signature, perspective de longue durée », *Hypothèses*, - Publications de la Sorbonne, 2005/1, pp. 361 à 370; cf. également B. Maligner, « Une liste d'émargement ne peut pas être seulement signée d'une croix », *AJDA*, n°10, 2006, pp. 559-561.

¹²⁴³ C. élect., art. L. 64 al. 2.

¹²⁴⁴ Nous verrons par la suite qu'au regard de la dimension temporelle, le constat à dresser est singulièrement différent. Sur ce point, cf. *infra*. Partie II, Titre I, Chapitre 2, Section 1, §1.

consentement en tant que sentir-avec ne sont pas absents. Ainsi Condorcet « émettait l'idée d'après laquelle les droits politiques sont des droits de nature qui dérivent essentiellement de la qualité « d'être sensible » des hommes »¹²⁴⁵.

§2 : Consentement populaire et vote : une subjectivité redoutée

983. Malgré l'importance de principe conférée au vote, le consentement électoral dans son régime paraît traduire une certaine défiance à l'égard du sujet-citoyen. En effet, tandis que l'on fait du peuple la source du pouvoir constituant originaire, et que l'ensemble des théories du contrat social sur lesquels le droit constitutionnel prend appui ne cesse d'encenser le caractère individuel et subjectif du processus de création de l'ordre social, le droit, lui, paraît plus réservé à son égard.

984. Cette différence d'appréciation se manifeste différemment. Ainsi, la votation prend déjà appui sur l'idée que tous les citoyens seraient égaux dans l'acte de voter, manifestant par là une forme d'égalitarisation de la subjectivité (A). Toutefois, cette position se trouve infirmée à la lecture des mécanismes propres au consentement non médiatisé : ces derniers traduisent, à notre sens, à quel point celle-ci est redoutée, dans sa variabilité, de telle sorte que ce sont le fondement du pouvoir, ainsi que son détenteur, qui se trouvent interrogés (B).

A / Subjectivité et pouvoir de consentir : la figure de l'électeur

985. Si le vote peut s'assimiler à un consentement direct de chaque citoyen, alors il convient de s'intéresser à la figure de l'électeur, transposition du contractant privé dans la sphère publique. Pour cela, on essaiera de déterminer si toutes les subjectivités se valent (1), et si le consentement dans le vote est un pouvoir ou un devoir (2).

1 / Le vote : le principe d'un consentement égal de chaque citoyen

986. En plus des éléments évoqués, le vote, c'est-à-dire le consentement, doit également présenter trois qualités pour être reconnu comme valide. Il doit être secret¹²⁴⁶, ce que nous

¹²⁴⁵ W. Benessiano, « Le vote obligatoire », *Revue française de droit constitutionnel*, P.U.F, 2005/1 – n°61, pp. 73-115, p. 78.

avons déjà évoqué au travers de l'autorisation exceptionnelle accordée aux personnes handicapées. Il est également personnel, sauf hypothèse de la procuration¹²⁴⁷, ce qui cadre parfaitement avec le consentement comme faculté d'autonomie. Puis, en application du principe même de l'égalité, ainsi que du suffrage universel, l'ensemble des citoyens est supposé posséder le même poids dans le processus de vote.

987. Sur ce point, en raison du découpage de la carte électorale, ce principe n'est pas assuré parfaitement en pratique¹²⁴⁸. Michel Balinski cite ainsi en exemple « le cas de la 2e circonscription de la Lozère (34 374 habitants) et de la 2e circonscription du Val-d'Oise (188 200), « c'est-à-dire que deux habitants de la première de ces circonscriptions pèsent autant que onze habitants de la seconde, ou que l'inégalité entre leurs habitants correspond à un incroyable 447,51% »¹²⁴⁹. Un nouveau découpage a été proposé et soumis au contrôle du Conseil Constitutionnel, qui a déclaré la loi¹²⁵⁰ conforme à la Constitution, tout en reconnaissant, dans la lignée de sa jurisprudence, que son contrôle ne pouvait être que restreint¹²⁵¹. Toutefois, même si des inégalités peuvent persister, il s'agit plutôt, ainsi que le relève justement Pierre Avril d'un malentendu, « d'une confusion sur la nature des élections législatives en régime parlementaire; leur finalité n'est pas de refléter exactement l'arc-en-ciel des opinions, elle est de manifester une volonté majoritaire [...] Le principe « un homme, une voix » concerne l'expression de la volonté, par la composition de l'Assemblée nationale »¹²⁵².

988. Si cette assertion semble bien véridique au regard de la logique du système, il n'en reste pas moins que du point de vue individuel, cette explication ne suffit pas. Certes, comme le souligne l'auteur « le principe représentatif est historiquement et conceptuellement distinct du principe démocratique, et tous deux entretiennent des relations ambiguës dont témoigne la distinction des citoyens actifs et citoyens passifs à l'époque révolutionnaire »¹²⁵³. Il n'en reste pas moins que l'enracinement historique de cette confusion ne la fait pas être plus raisonnable,

¹²⁴⁶ Art. 3 de la Constitution.

¹²⁴⁷ C. élect., art L. 71.

¹²⁴⁸ S'agissant des élections législatives. Pour les élections présidentielles, le problème ne se pose pas puisque l'ensemble du territoire de la république forme une seule circonscription.

¹²⁴⁹ M. Balinski, « Lois électorales. Le vote à la découpe », commentaire, n°110, été 2005, p. 446, cité in P. Avril « Un homme, une voix ? », in « Voter », *Pouvoirs*, n°120, 2007, pp. 123-132, p. 127.

¹²⁵⁰ Loi n° 2010-165 du 23 février 2010 ratifiant l'ordonnance n° 2009-935 du 29 juillet 2009 portant répartition des sièges et délimitation des circonscriptions pour l'élection des députés, JORF 24 février 2010, p. 3385.

¹²⁵¹ Cons. const., déc. n°2010-602 DC, 18 févr. 2010, Rec. Cons. const. p. 64, et particulièrement le considérant 20.

¹²⁵² P. Avril, « Un homme, une voix ? », précité, p. 131.

¹²⁵³ P. Avril, « Un homme... », précité, p. 123.

ou plus évidente. De fait, c'est la représentativité elle-même qui permet ces écarts, du fait du temps important qui sépare chaque recensement, et qui en raison des mouvements de population, produit nécessairement ces écarts. Il faut donc bien souligner ici, de manière évidente, que du point de vue de l'importance donnée au consentement, celui est plus marginalisé dans l'hypothèse d'une démocratie indirecte que dans une démocratie directe.

989. L'idée d'un lien nécessaire et immuable entre le consentement imputé à chaque citoyen, et l'effet produit au travers de la désignation du représentant, paraît devoir nécessairement être condamnée à l'échec. L'effet même du principe majoritaire dans la sélection du représentant aboutit *de facto* à ce qu'un candidat qui n'a pas recueilli l'ensemble des consentements citoyens soit élu, et qu'ainsi, ces citoyens se voient contraints par des choix qui ne sont pas les leurs. Condorcet avait déjà montré en 1785 que la somme des choix individuels dans un processus majoritaire conduisait à un résultat non rationnel du point de vue individuel. Surtout, on doit à Kenneth Arrow, en 1951, d'avoir radicalisé cette affirmation en montrant au travers du théorème d'impossibilité, qu'il n'existe pas de système simple hormis dictatorial, qui permette d'assurer une cohérence entre les choix individuels agrégés¹²⁵⁴.

2 / Vote et consentement en matière électorale : faculté subjective ou devoir ?

990. Il nous reste alors à caractériser la nature du droit de vote, et la pertinence d'en faire un devoir pour le sujet de droit (a). Ce n'est, à notre sens, qu'en tant que faculté qu'il permet de comprendre comment s'articule la liberté individuelle avec la vie en société (b).

a / Critique du droit de vote comme devoir : pour une liberté du consentement en matière électorale

991. On aboutit ici au point peut-être le plus déterminant s'agissant des liens entre consentement et droit de vote. En effet, jusqu'à présent, nous avons toujours défini le consentement comme faculté, c'est-à-dire comme un droit qui peut être utilisé, ou non. Cette description correspond au régime actuel du droit de vote en droit français, puisqu'il n'existe

¹²⁵⁴ Ce théorème suppose trois conditions : 1. si un état réalisable est préféré à un autre par tous les membres de la société, alors il l'est aussi selon la relation de préférence collective; 2. le classement selon la relation de préférence collective de deux états réalisables quelconque ne dépend que du classement de ces deux états par chaque individu (« indépendance des alternatives non pertinentes »); 3. absence de dictateur, cité in B. Guerrien, *Dictionnaire d'analyse économique*, éd. La découverte, coll. Repères, 2002, p. 58.

pas de sanction, de quelque forme que ce soit, lorsqu'un électeur n'use pas de son droit de voter¹²⁵⁵, à la différence d'autres pays tels la Belgique¹²⁵⁶, mais la liste est longue¹²⁵⁷. Des propositions visant à le rendre obligatoire ont été faites en très grand nombre puisqu'il y en a eu 52 de 1871 à 2005¹²⁵⁸. Divers arguments ont été avancés pour justifier le fait de le rendre obligatoire¹²⁵⁹, parmi lesquels celui de rendre plus légitimes les représentants élus et ainsi de lutter contre l'abstentionnisme croissant. Ceci suppose bien sûr que soit instaurée une sanction, afin de rendre effective la nouvelle obligation. Sur ce point, les avis divergent, allant d'une sanction pécuniaire jusqu'à l'affichage public des noms des citoyens non vertueux, voire la privation temporaire de leur droit en cas de récidive¹²⁶⁰.

992. Toutefois, ces propositions méconnaissent à notre avis le sens profond du vote, et donc de sa non réalisation. S'il est si important, c'est justement par le fait qu'il peut ne pas être utilisé, car même ainsi, il est toujours porteur de sens¹²⁶¹. Montesquieu de ce point de vue se trompait lorsqu'il déclarait que « la liberté ne peut consister qu'à pouvoir faire ce que l'on doit vouloir, et à n'être point contraint de faire ce que l'on ne doit pas vouloir »¹²⁶². Il n'y a aucun mérite à faire ce que la loi oblige, à agir que parce que l'on est contraint. On pourra certes alléguer des vertus éducatrices de ce type de démarche, semblant par là signifier que l'on apprend plus sous le poids du bâton que par le développement de l'esprit et du sens civique. Pour que le vote soit vote, c'est-à-dire qu'il exprime une préférence subjective, dans un premier temps, pour ensuite tenter d'appréhender ce qui peut être nécessaire pour le bien de tous, alors il ne doit pas être intéressé par la peur de la sanction.

¹²⁵⁵ Il existe toutefois une exception, visée par l'article L. 318 du Code électoral, qui punit de 100 euros tout membre du collège électoral qui n'aurait pas pris part au scrutin sans cause légitime pour les élections sénatoriales.

¹²⁵⁶ Article 62 al. 3 de la Constitution belge.

¹²⁵⁷ W. Benessiano cite ainsi, entre autres, dans son article : le Mexique, la République du Salvador, la Russie, le Danemark, la Bulgarie, le Honduras, l'Espagne et la Tchécoslovaquie, in « Le vote obligatoire », précité, p. 106.

¹²⁵⁸ Chiffre cité in W. Benessiano, le vote..., précité, p. 89. L'auteur ajoute qu'en 1958, le Comité consultatif constitutionnel s'est saisi de la question, mais n'a pas jugé souhaitable d'inscrire le principe dans la Constitution.

¹²⁵⁹ Il est à noter que la Commission européenne des droits de l'homme, consultée sur ce sujet, a décidé à deux reprises que cette pratique n'était pas contraire à la liberté de conscience : Commission EDH, X c. l'Autriche, 22 avr. 1965, req. n°1718/62 et X. c. l'Autriche, 22 mars 1972, req. 4982/71, cité in W. Benessiano, le vote obligatoire, précité, note 31, p. 85.

¹²⁶⁰ Exemple citée in W. Benessiano, « Le vote... », précité, p. 110-114.

¹²⁶¹ À cela s'ajoute un problème supplémentaire, posé par le lien entre la liberté et le vote. En effet, si le consentement constitue bien ce par quoi l'individu accède à la société constituée à la sortie de l'état de nature, alors comment comprendre que l'on puisse l'obliger à voter et qu'en même temps, on ne le force pas à demeurer dans la société constituée ? Sur la question du lien entre consentement et contrat social, cf. *supra*. Partie I, Titre II, Chapitre 1, Section 2 et 3.

¹²⁶² Montesquieu, *De l'esprit des lois*, Tome 1, Livre XI, chapitre 3, p. 290.

Rousseau, pour déterminer la volonté générale, avait eu besoin comme on l'a vu, de marquer la dualité entre l'homme et le citoyen, le premier se séparant de ses intérêts particuliers lorsqu'il venait à discuter de la loi, afin de pouvoir former la volonté générale. Cette séparation, à notre sens, ne peut se faire simplement par le recours à la sanction, qui viendrait ainsi dompter les paresse des citoyens manquant de vertu civique. Ce serait justement là l'exact opposé de ce que Kant qualifie d'action désintéressée. En effet, respecter la loi (légalité, ou conformité à la loi dans la version allemande) peut se faire pour des motifs totalement intéressés : par crainte de la punition correspondante, ou pour espérer quelque chose en retour de la part d'autrui; mais l'action morale, elle, consiste justement à agir, en accord avec la loi, mais tout en étant totalement désintéressée. Elle est donc supérieure lorsqu'elle ne s'appuie pas directement sur un commandement.

993. Il y a donc quelques paradoxes, selon nous, à vouloir opérer dans un sens exactement inverse s'agissant du vote. C'est à proprement parler se rendre sourd au message que l'abstention porte avec elle que de vouloir tout simplement y substituer une contrainte. Car le problème n'est pas fondamentalement celui de savoir si les citoyens votent, ou ne votent pas, mais bien davantage de savoir les raisons, la cause de cette absence d'engagement. Or, envisagée ainsi, la réponse à apporter n'est plus nécessairement juridique, mais relève plutôt de la sphère politique. Car parmi tous ces votants, combien déposeront un vote blanc¹²⁶³ ? Pourquoi y aurait-il nécessairement une relation d'identité entre l'accroissement de la masse des votants, et le fait que ceux-ci se déterminent exclusivement au regard des candidats proposés ? Est-il nécessaire de rappeler que la Commission européenne des droits de l'homme a considéré que le vote ne pouvait être regardé comme libre qu'à la condition que l'électeur puisse ne pas prendre parti¹²⁶⁴ ?

994. Il nous semble donc que rendre le vote obligatoire serait préjudiciable à plus d'un titre. Cela irait dans un mouvement parfaitement inverse à l'idée même du consentement, qui est avant tout un instrument d'expression et de conquête de sa liberté. On pourrait objecter à cela

¹²⁶³ Il est à noter que ce dernier a fait l'objet d'une réforme récente, au travers de la Loi n°2014-172 du 21 févr. 2014 visant à reconnaître le vote blanc aux élections, JORF n°45 du 22 févr. 2014, p. 3138. Toutefois, le régime reste assez défavorable au vote blanc. Pour une perspective critique, cf. C.-E. Sénac, « La loi « reconnaissant » le vote blanc : l'art de prendre les électeurs pour des pions », *Revue générale du droit*, Février 2014, n° 14748, version électronique disponible à l'adresse suivante : www.revuegeneraledudroit.eu/?p=14748.

¹²⁶⁴ Cité in W. Benessiano, *le vote...*, précité, p. 96.

que le consentement en lui-même ne serait pas atteint puisqu'il serait encore loisible aux votants de désigner de manière parfaitement libre leur candidat. L'explication n'apparaît pas satisfaisante, et ce particulièrement au regard des présupposés philosophiques de la vie en société. En effet, une des victoires du passage de la doctrine hobbesienne à la vision rousseauiste réside bien dans la possibilité de sortir du pacte. Consentir à être en société donc, mais également pouvoir consentir à ne pas y demeurer. Dès lors, le consentement, dès l'origine, apparaît comme inextricablement lié à la possibilité même du refus. Pourquoi cela devrait-il être fondamentalement différent s'agissant du droit de vote, dont il constitue en quelque sorte le prolongement logique au sein du corps social institué ?

995. Comme le souligne Pascal Perrineau, « le vote est de moins en moins un devoir et de plus en plus un droit dont on décide librement l'usage. Comme bien d'autres pratiques politiques, le vote est devenu l'acte individualiste par excellence, un acte politique dont la nécessité se mesure à l'efficacité qu'on peut en attendre et qui est utilisé comme un moyen parmi d'autres au sein d'un répertoire d'actions de plus en plus diversifié »¹²⁶⁵.

996. L'affirmation nous paraît devoir être nuancée. Le vote n'est pas devenu un acte individualiste, puisqu'il l'a toujours été du moins lorsqu'il s'accolle au suffrage universel¹²⁶⁶. Certes, il appartient aux individus votants d'essayer, à la manière de la position transcendantale kantienne, de s'abstraire de leurs déterminations particulières. Mais, même dans cette hypothèse, il est toujours le fruit d'un individu, que celui-ci vote pour lui-même ou en tant que représentant d'un groupe. Vouloir ainsi essentialiser le vote en faisant une pure détermination objective, qui méconnaîtrait toujours la particularité d'une subjectivité est selon nous une erreur. On peut à cet égard s'appuyer sur l'exemple fécond de la Grèce antique. Si le vote n'était pas individualiste, comment alors expliquer que celui-ci était distribué à chacun des citoyens, à charge pour eux d'investir le champ des affaires de la cité ?

997. La disqualification contemporaine viserait donc à souligner que ce qui prédomine désormais, c'est l'utilité personnelle attachée aux résultats attendus de la désignation de tel ou

¹²⁶⁵ P. Perrineau, « Les usages contemporains du vote », in « Voter », *Pouvoirs*, n°120, 2007, pp. 29-41, p. 40.

¹²⁶⁶ L'ensemble des références juridiques précitées se rapporte toujours à un homme à qui est confié le droit de vote. Ainsi la DDHC de 1789 précise-t-elle dans son article 6 que les « citoyens ont droit de concourir personnellement, ou par leur Représentants, à sa formation ».

tel candidat. Là encore, ceci est selon nous incorrect. Non pas que ceci n'existe pas, mais plutôt qu'à notre sens, il en a toujours été ainsi. Simplement, historiquement, ce mouvement premier était parfois conjugué à un second qui le liait aux aspirations de la collectivité. Mais, prétendre à une nature radicalement différente de celui-ci auparavant ne rend pas service à la compréhension de la situation contemporaine. Lorsque le vote était le fait non d'individus à proprement parler, mais de corps intermédiaires, entend-on dire que ceux-ci n'œuvraient pas à défendre leurs propres intérêts avant ceux des autres corps ? On peut certes le regretter, et espérer un jour atteindre ce point de renonciation qui permettrait à l'ensemble du genre humain de parvenir au stade de la moralité kantienne. Mais la projection d'aspirations, aussi louables soient-elles, ne peut conduire à une réécriture de l'histoire.

998. Il est clair qu'il s'agit aussi de s'insérer dans la critique contemporaine de l'utilitarisme, qui aurait substitué à notre ancienne morale fondée sur des valeurs, une pure rationalité procédurale fondée sur l'utilité. Là encore, ceci ne nous paraît pas être équitable avec la situation actuelle. Premièrement, le fait d'attendre des résultats d'un vote est la condition *sine qua non* de celui-ci, sans quoi il ne serait qu'un simple rituel, c'est-à-dire un ensemble codifié qui vise à perpétuer l'existant, mais non à produire du futur. Ensuite, s'il s'agit de pointer ainsi que le critère de référence par le biais duquel est évalué le vote se rapporte encore à des intérêts personnels, les commentaires déjà formulés répondent à cette objection. Car même s'il s'agit d'apprécier ce qui peut être considéré comme bon du point de vue de la collectivité, le choix est toujours enraciné dans une subjectivité qui, elle, soupèse, au regard de sa propre conception de l'intérêt commun, ce qui lui paraît être le plus judicieux.

b / Le droit de vote comme faculté : outil d'articulation entre liberté individuelle et vie sociale

999. En réalité, au regard du consentement, la problématique du vote trouve l'un de ses ancrages les plus déterminants. Il permet de faire le lien, de manière non artificielle, entre la dimension individuelle et collective. Il rend également possible le fait de tirer les conséquences du fait que l'on reconnaît à l'individu le pouvoir de déterminer le sens à donner à ses conduites, et partant, à sa vie tout entière. Le vote n'est que l'expression de ce désir dont on peut véritablement se demander s'il est en réalité véritablement adressé aux candidats, ou plutôt au reste de la collectivité. Vouloir ainsi opposer de manière trop arbitraire et

schématique la dimension individuelle et pluri-individuelle ne permet pas de penser de manière adéquate le lien qui unit les deux. Il ne s'agit pas ici de se faire l'apôtre de la vulgate ambiante, qui détournant la main invisible smithienne dans le champ politique, voudrait que par la recherche son propre intérêt, l'ensemble des décisions individuelles s'harmonise¹²⁶⁷.

1000. En effet, il semble difficile de ne pas voir que la question du consentement dans la sphère publique, au travers du vote, n'est jamais une question neutre. Car, lorsqu'il s'agit de rendre ce dernier obligatoire, l'attente est toujours accompagnée d'un espoir de voir le vote prendre la forme d'un choix raisonné en direction de la personne du candidat raisonnable. Si le nouveau contingent de voix obtenues devait aller à ceux considérés sur la scène politique comme extrémistes, il se trouverait à coup sûr autant de partisans d'hier aujourd'hui convaincus qu'il faudrait nécessairement revenir sur cette obligation. Peut-être donc le reproche fait à cette attitude abstentionniste témoigne d'un soupçon porté, qui peut s'expliquer de deux façons. Soit ces individus marquent ainsi leur volonté de ne pas prendre part à la vie sociale, à se marginaliser¹²⁶⁸, ce qui tend à inquiéter le corps social dans son ensemble ; soit en ne s'exprimant pas, on redoute qu'ils puissent être des partisans de tels partis ou idées inavouables.

1001. Dès lors, le recours au droit se manifeste comme une volonté de catalyser une réaction, une angoisse proprement politique, et qui par définition n'est pas du domaine du droit. Ce faisant, on retrouve tout à fait l'idée ici qui traverse toute la problématique du consentement, à savoir la possibilité de consentir à ne pas consentir, mais toujours appréciée à partir d'une position qui ne se situe plus dans le droit proprement dit.

Ceci peut s'illustrer par un exemple tout à fait évident : les sujets de droit sont dotés par le système juridique d'un ensemble de droits et d'obligations, l'usage en étant libre. Ainsi, nulle critique ne vient jamais s'entendre sur le fait qu'un justiciable, qui dispose du droit de contracter, n'utilise pas, ou trop peu celui-ci au cours de son existence; de manière analogue, le

¹²⁶⁷ Encore qu'il y aurait beaucoup à dire sur les dévoiements contemporains des idées d'Adam Smith, qui n'a jamais été partisan d'une non intervention totale, ni un défenseur de l'égoïsme. Il suffit pour cela de relire son ouvrage le plus fameux pour s'en apercevoir. Cf. A. Smith, *Recherches sur la nature et les causes de la richesse des nations*, Economica, 2000, 414 pages. De même, son œuvre économique doit être lue à la lumière de sa philosophie morale, telle qu'il l'exprime dans sa *Théorie des sentiments moraux*. Pour une vision d'ensemble mais plutôt d'ordre économique, cf. F. Vergara, *Les fondements philosophiques du libéralisme*, La Découverte, 2002, 176 pages.

¹²⁶⁸ Or, on a vu le lien étroit qui peut parfois exister entre le marginal et l'incapable dans le droit.

Code civil permet, après paiement d'un prix, de devenir propriétaire d'un bien, avec tous les avantages que cela suppose. Pourtant, certains font le choix de demeurer locataires, indépendamment de leur possibilité d'être propriétaire, ou de manière analogue, tel propriétaire choisit de donner son bien plutôt que de le vendre, ou d'en offrir l'usage sans contrepartie financière. Autant de situations où le droit propose, et où l'individu dispose selon ses choix.

1002. Est-ce à dire que le vote, du point de vue du consentement, n'est rien d'autre qu'un contrat comme en connaît le commerce juridique ? Sur le strict plan juridique, et s'il est envisagé comme accord, dans sa définition traditionnelle, la réponse paraît devoir être positive¹²⁶⁹, tout en n'excluant pas sa dimension symbolique particulière. Si en revanche il se présente sous l'apparence du sentir-avec, il devient composite et par là même chargé d'un sens différent. Ce sens, c'est celui de la démonstration individuelle d'un ancrage dans un ensemble plus grand que figure la Société. De ce point de vue, il est probablement plus expressif lorsqu'il ne se présente pas, que lorsqu'il est formulé dans la seule grammaire autorisée par l'accord : oui ou non. En échappant à l'opposition binaire qui caractérise le système actuel, le fait de ne pas participer au vote produit un effet qui engendre une troisième voie, tout en restant dans le champ de la légalité. Revenir sur cet état, c'est fermer la possibilité d'une subversion légale de l'ordre politique. Or, la subversion illégale étant, à bon droit, interdite, si son versant légal l'est également, que reste-t-il du pouvoir du peuple de choisir lui-même, en tant que collectif, les conditions de son avenir ?

1003. Car, on peut ne pas vouloir, au-delà des candidats ou options présentés, le vote même tel qu'il est organisé, ce que peut justement exprimer une absence de participation au processus du vote. Certains peuvent préférer un vote à la majorité qualifiée, d'autres l'exercice d'une forme plus importante de démocratie directe, ou même plus trivialement, une sélection différente des candidats. Le vote en tant que faculté et droit de ne pas répondre à la question posée, nous paraît y satisfaire davantage lorsqu'il se déploie sous la forme d'une liberté de fournir un consentement authentiquement libre.

Au titre de cette liberté, on va désormais envisager comment le vote peut prendre forme lorsqu'il correspond à l'expression directe du corps social.

¹²⁶⁹ Il s'agit même d'un consentement plus faible encore que celui du droit civil, puisqu'ainsi que nous le verrons, il ne demande même pas à être éclairé. Cf. *infra*. Partie II, Titre II, Chapitre 1, Section 3, §2, B/.

B / Consentement, vote et expression directe de la subjectivité

1004. Cette expression directe, non médiatisée, du corps social et des individualités qui le composent, est à ce point encadrée dans son régime que l'on peut soupçonner une certaine crainte à son égard (1), qui interroge directement les liens entre consentement populaire et légitimité du pouvoir ainsi constitué (2).

1 / Le soupçon porté sur le consentement non médiatisé du corps social : la crainte de la subjectivité

1005. En cette matière, la création du référendum d'initiative populaire a pu laisser croire qu'une plus grande place était laissée désormais au consentement populaire (a). Toutefois, l'analyse de son régime juridique tend à donner l'impression inverse (b), si bien qu'au regard du droit constitutionnel, le peuple apparaît comme un acteur redouté sur le plan politique (c).

a / L'introduction du référendum d'initiative minoritaire : une consécration du consentement populaire ?

1006. Un dernier point permettra d'illustrer cette méfiance traditionnelle du pouvoir politique à l'égard du vote citoyen, de sa nature, et des conséquences qu'il peut produire. La réforme constitutionnelle du 23 juillet 2008 a introduit¹²⁷⁰, entre autres, un nouvel alinéa à l'article 11 de la Constitution, qui crée ce que l'on a appelé le référendum d'initiative populaire. En vertu de cette disposition, « un référendum portant sur un objet mentionné au premier alinéa peut être organisé à l'initiative d'un cinquième des membres du Parlement, soutenue par un dixième des électeurs inscrits sur les listes électorales. Cette initiative prend la forme d'une proposition de loi et ne peut avoir pour objet l'abrogation d'une disposition législative promulguée depuis moins d'un an »¹²⁷¹.

1007. On a cru voir dans ce dispositif la consécration de la puissance du consentement dans l'ordre constitutionnel et politique. Pourtant, force est de constater que le terme même est

¹²⁷⁰ Loi constitutionnelle n°2008-724 du 23 juill. 2008 de modernisation des institutions de la Vème république, JORF 24 juillet 2008, p. 11890, art. 4.

¹²⁷¹ Art. 11 al. 3 de la Constitution du 4 oct. 1958.

impropre, ce qu'un bref retour sur sa définition permettra de comprendre. Le professeur Hamon distingue deux types de référendum: « le référendum d'en haut, déclenché à l'initiative des pouvoirs publics, comme cela est actuellement le cas en France pour le référendum de l'article 11 et celui de l'article 89, et le référendum d'en bas, déclenché à l'initiative des citoyens par le biais d'une initiative populaire »¹²⁷². Or, comme le souligne Mme Fatin-Rouge Stéfanini, « lorsque la proposition déposée a pour seul effet d'obliger les représentants à examiner cette demande, sans obligatoirement conduire à l'organisation d'un référendum, l'initiative populaire est dite « indirecte ». Au sens large, l'initiative populaire n'a pas qu'un but proposif, elle désigne le fait pour un certain nombre de citoyens de demander le déclenchement d'une procédure conduisant au référendum »¹²⁷³. C'est pourquoi de nombreux auteurs ont entendu critiquer la pertinence de cette dénomination.

Ainsi, Mme le professeur Roblot-Troizier déclare : « Difficile dans ces conditions, d'y voir un référendum d'initiative populaire (le rapport de la commission des lois du Sénat qualifie cette nouvelle procédure de « référendum d'initiative parlementaire et populaire », rapport n°387 [2007-2008] de M. Jean-Jacques Hiest, déposé le 11 juin 2008) »¹²⁷⁴. Stéphane Pinon, quant à lui, note que « la notion d'initiative « populaire » adoptée par le Comité Balladur n'est en rien justifiée s'agissant d'une initiative réservée aux parlementaires »¹²⁷⁵. Il évoque également la position de Guy Carcassonne, pour qui ce mécanisme signifie deux choses : « D'une part, que la minorité du corps électoral est juste invitée à « soutenir, non à promouvoir »; d'autre part, qu'en s'en remettant ainsi aux partis, on risque fort de colorer politiquement le vote et « d'amener à nouveau les électeurs à se prononcer moins en fonction de la question que de ceux qui la posent... » »¹²⁷⁶. De même, pour Francis Hamon, « ce « filtrage parlementaire n'est pas une simple technique d'encadrement permettant d'éviter certains abus »; il transforme la nature même de la procédure rangée par le Comité Balladur

¹²⁷² F. Hamon, *Le référendum : étude comparative*, L.G.D.J., 1995, p. 22, cité in M. Fatin-Rouge Stéfanini, « Le rôle du peuple est-il renforcé ? », *R.F.D.C.*, P.U.F, 2008/5 – HS n°2, pp. 133-148, p. 134.

¹²⁷³ M. Fatin-Rouge Stéfanini, précité, p. 134-135. Anne-Cécile Mercier ajoute : « À la différence en effet de ces techniques qui ne permettent que la ratification ou le rejet de projet déjà élaborés, l'initiative permet aux citoyens de *provoquer* la décision du législateur sur la matière de *son choix* (à la condition cependant que ce choix soit soutenu en amont par la signature d'un nombre déterminé d'électeur », in « Le référendum d'initiative populaire : un trait méconnu du génie de Condorcet », *R.F.D.C.*, P.U.F, 2003/3 – n°55, pp. 483-512, p. 486.

¹²⁷⁴ A. Roblot-Troizier, « L'impact de la révision constitutionnelle sur les droits et libertés », *AJDA*, 2008, p. 1866, version électronique, p. 6.

¹²⁷⁵ S. Pinon, « Improbable loi organique, impossible initiative populaire », *AJDA*, 2009, p. 2002, version électronique, p. 3.

¹²⁷⁶ G. Carcassonne, *La Constitution*, Points/Essais, 9e éd., 2009, p. 409, cité in Stéphane Pinon, précité, p. 3.

dans la rubrique des « droits nouveaux pour les citoyens »¹²⁷⁷. Robert Badinter lui évoquera, lors de son audition au Sénat, « une nouvelle forme d'initiative parlementaire : à côté de la proposition de loi classique apparaît une proposition de loi renforcée par une campagne de pétition »¹²⁷⁸. Stéphane Diemert pour sa part, écrit « qu'on écartera les expressions telles que référendum « d'initiative partagée » [...] ou, avec regret, celle de référendum « d'initiative populaire », dès lors que l'initiative des électeurs ne suffit pas, par elle-même, à déclencher le scrutin référendaire, comme cela est pourtant pratiqué dans un certain nombre de systèmes constitutionnels »¹²⁷⁹. Enfin, comme l'a souligné le professeur Olivier Duhamel, il faudrait plutôt qualifier le mécanisme de référendum d'initiative minoritaire, puisque le peuple seul ne peut rien, il lui faut obtenir l'aval d'1/5ème des membres du Parlement, soit 184 parlementaires.

Ce n'est donc pas au peuple que revient l'initiative du référendum, mais bien aux parlementaires. C'est en ce sens que la lecture de l'étude d'impact de la loi organique portant application de ce dispositif paraît particulièrement riche d'enseignements en terme d'erreur de qualification.

b / Le référendum d'initiative minoritaire : une place restreinte laissée à l'expression directe du consentement populaire

1008. Ainsi, il est précisé que ce nouveau type de référendum « vise à élargir le champ de la démocratie directe en offrant aux citoyens un droit d'initiative nouveau pouvant conduire à l'organisation d'un référendum national »¹²⁸⁰. Sauf à tordre le sens des mots et des concepts, une procédure de démocratie directe ne peut, par principe, être inféodée au recueil de l'assentiment des parlementaires. L'absence de rigueur juridique apparaît d'autant plus patente que quelques lignes plus loin, rappelant les propos du Comité Balladur à l'origine du mécanisme, l'étude cite : « Estimant par ailleurs qu'il y aurait quelque contradiction dans son propos s'il recommandait à la fois d'émanciper le Parlement et d'étendre de manière excessive

¹²⁷⁷ F. Hamon, « La nouvelle procédure de l'article 11 : un vrai faux référendum d'initiative populaire », *L.P.A.*, 19 déc. 2008, p. 18, Cité in S. Pinon, *ibid.*

¹²⁷⁸ Sénat, séance publique du 19 juin 2008, cité in P.-H. Prélot, « L'initiative parlementaire-citoyenne de l'article 11 de la Constitution – Analyse du projet de loi organique n°3072 portant application de l'article 11 de la Constitution déposé à l'Assemblée nationale le 22 déc. 2010 », *Constitutions*, 2011, n° 2, p. 175, p. 5.

¹²⁷⁹ S. Diemert, « La référendum législatif d'initiative minoritaire dans l'article 11, révisé, de la constitution », *R.F.D.C.*, 2009/1 – n°77, pp. 55 à 97, p. 3.

¹²⁸⁰ Étude d'impact n° 3072 du projet de loi organique portant application de l'article 11 de la Constitution, enregistrée en déc. 2010, version électronique, 32 pages, p. 4.

le champ de la démocratie directe, il lui est apparu indispensable d'associer les parlementaires, dès son origine, à une procédure nouvelle ».

Sauf à penser que le rapport Balladur prétend à l'humour, la logique la plus élémentaire impose de considérer que la contradiction qui est évoquée est justement celle qui a été retenue, mais déplacée sur la personne du peuple. Il s'agit donc au plus, d'une forme bâtarde de référendum, d'un référendum semi-direct, mais en aucune façon, et en toute rigueur, il n'est possible de qualifier ce dispositif de démocratie directe¹²⁸¹. Si celle-ci se définit bien comme l'exercice direct du pouvoir par le peuple, alors cette qualification ne peut être attribuée à ce référendum.

1009. Ceci est d'autant plus évident que l'alinéa 5 de l'article 11, qui évoque les modalités d'adoption du projet de loi organique, censé représenter le désir populaire, dispose que « si la proposition de loi n'a pas été examinée par les deux assemblées dans un délai fixé par la loi organique, le Président de la République la soumet au référendum ».

Cela signifie donc que la procédure normale d'adoption ou de rejet du texte est exclusivement le fait du Parlement, et que ce n'est donc que dans l'hypothèse où il s'abstient de le faire, que la loi va pouvoir être soumise à l'approbation populaire. Ce référendum serait donc, à en croire ces conceptions, un mécanisme de démocratie directe qui aurait la spécificité que sa création ne pourrait être le fait du peuple seulement (les membres du parlement peuvent y faire obstacle)¹²⁸², et que son adoption ne le concernerait que dans les cas les plus exceptionnels (puisque les parlementaires peuvent examiner la loi et la rejeter, et qu'un simple examen suffit que pour le Président n'ait pas à organiser le référendum) ! Nous ne voyons donc pas comment une telle idée a pu prospérer juridiquement, et surtout, comment il a été possible d'y voir une expression du consentement populaire des gouvernés. À notre sens, il ne saurait y avoir plus profond désaveu de la mécanique même du consentement populaire, et de la capacité du peuple à se déterminer en tant qu'ensemble. Comme le constate Pierre-Henri Prélôt, « il est beaucoup plus problématique encore de parler de référendum, ou d'initiative référendaire, dans la mesure où les chances de voir un jour organiser un référendum sur la base

¹²⁸¹ Pierre-Henri Prélôt propose ainsi de parler, à la suite de Robert Badinter « d'initiative parlementaire renforcée, ou d'initiative parlementaire et citoyenne, ou d'initiative parlementaire-populaire ou encore d'initiative législative mixte ... », in P.-H. Prélôt, précité, p.5.

¹²⁸² Pour être encore plus précis, on peut noter que dans le déroulement même de la procédure, l'initiative est parlementaire, puis, si elle est déclarée conforme par le Conseil Constitutionnel, peut alors commencer la phase de recueil des soutiens populaires.

de cet article sont quasiment nulles »¹²⁸³, avant d'ajouter plus loin qu'il faut se garder « de toute référence à ce miroir aux alouettes du référendum ». Stéphane Pinon lui note que « tout est réuni là pour rendre le référendum hautement improbable »¹²⁸⁴.

1010. Il serait possible, pour appuyer ce constat, de relever que le choix du sujet du référendum n'est pas entièrement libre, ce qui ne fait que confirmer dans la grammaire juridique moderne, l'hostilité ou la méfiance de principe à l'égard des décisions populaires¹²⁸⁵. Néanmoins, ce principe même n'est pas spécifique au régime français, puisqu'on le retrouve également dans la procédure italienne au travers du fait que seule l'abrogation est permise, et non la proposition d'une loi nouvelle¹²⁸⁶. Toutefois, une spécificité mérite d'être évoquée ici, en ce qu'elle traduit à quel point le consentement populaire, exprimé de façon directe, est tenu pour hautement dangereux.

c. / Le référendum en droit constitutionnel : le peuple redouté

1011. Du fait de l'introduction de ce mécanisme au sein de l'article 11, ce dernier propose désormais deux types de référendum législatif. Lorsque celui-ci est le fait du chef de l'État, en vertu de sa jurisprudence désormais établie, le Conseil Constitutionnel ne s'autorise qu'à contrôler les actes préparatoires à l'organisation de celui-ci, et non le texte en lui-même¹²⁸⁷. Dans la seconde hypothèse, celle de l'initiative parlementaire-citoyenne, le contrôle est double, et considérablement renforcé. En effet, en vertu du projet de loi organique proposé, l'initiative débute par le dépôt, par un cinquième au moins des parlementaires, du projet au Conseil constitutionnel aux fins de contrôle. Le Conseil devrait alors vérifier le soutien d'un cinquième des membres du parlement, que l'objet est conforme au champ fixé par l'article 11 alinéa 1, qu'il ne s'agit pas de l'abrogation d'une disposition législative promulguée depuis moins d'un an, et que le sujet n'est pas celui d'une précédente proposition rejetée par référendum dans les

¹²⁸³ P.-H. Prétot, précité, p. 4-5.

¹²⁸⁴ S. Pinon, précité, p.4.

¹²⁸⁵ L'étude d'impact cite ainsi le rapport du Comité Balladur : « Le comité a mis l'accent sur la nécessité de concilier le droit d'initiative des citoyens et « les garanties indispensables dont il convient de l'entourer pour pallier les inconvénients qui pourraient résulter de certains sujets de société », in Étude d'impact, ibid.

¹²⁸⁶ Art. 75 de la Constitution italienne du 27 déc. 1947, qui précise dans son alinéa 2 que le référendum ne peut concerner « les lois fiscales et budgétaires, d'amnistie et de remise de peine, d'autorisation de ratifier les traités internationaux ».

¹²⁸⁷ Cons. const., déc. n°2000-21 REF, 25 juill. 2000 sur une requête présentée par M. Stéphane Hauchemaille, Rec. Cons. const. p. 117, et déc. n°2005-31 REF, 24 mars 2005 sur des requêtes présentées par Monsieur Stéphane Hauchemaille et par Monsieur Alain Meyet, Rec. Cons. const. p. 56.

deux années antérieures¹²⁸⁸. Surtout, et c'est là le point déterminant, il est indiqué « qu'outre la vérification de ces conditions, le Conseil constitutionnel vérifie la conformité de la proposition de loi à l'ensemble des dispositions de la Constitution »¹²⁸⁹. Une fois ce premier barrage passé, le Conseil se prononce une seconde fois sur la recevabilité de la proposition après que la procédure de récupération des soutiens s'est achevée.

Comment expliquer une telle différence entre ces deux types de référendum, si ce n'est par l'aveu d'une crainte à l'égard du consentement populaire, jugé suffisant, comme le disait Montesquieu, à choisir ses représentants, mais pas à se prononcer en propre sur ce qu'il juge le meilleur ?

On ne peut que souscrire à ce qu'évoque Stéphane Pinon, lorsqu'il affirme qu'on « savait le peuple accompagné de tuteurs avec les parlementaires, on le découvre maintenant affublé de contrôleurs », avant d'ajouter plus loin, dans une formule saisissante que « pour plagier Sieyès, on pourrait dire que dans notre système, la lumière vient d'en haut et les éléments de trouble viennent d'en bas »¹²⁹⁰.

1012. Cette volonté d'encadrer, si ce n'est bloquer, l'expression du consentement populaire se retrouve également au regard des conditions de nombre permettant la mise en œuvre de ce régime. Dans la Constitution italienne, il est nécessaire que 500 000 citoyens aient signé la pétition¹²⁹¹. Dans le droit suisse, le droit d'initiative populaire¹²⁹² nécessite lui la signature de 100 000 citoyens. Dans le premier cas, ceci représente environ 0.84% de la population totale¹²⁹³, dans le second, 2% de la population électorale¹²⁹⁴. Dans la version française, en plus de nécessiter 184 parlementaires, il faut recueillir également les signatures d'au moins un dixième des électeurs inscrits, c'est-à-dire au moins 10 %. Ceci représente pas moins de 4500 000 électeurs inscrits. Pour justifier cette différence, l'étude d'impact évoque dans le cas suisse le fait que « la conception très libérale et participative de la démocratie ainsi que des traditions suisses faisant une large place à l'initiative individuelle et collective, ce modèle diffère beaucoup des conceptions politiques françaises. Faisant largement confiance à l'électeur tant

¹²⁸⁸ Projet de loi organique n°3072, article 1er qui modifie l'ordonnance n°58-1067 du 7 nov. 1958.

¹²⁸⁹ (c'est nous qui soulignons).

¹²⁹⁰ S. Pinon, précité, p. 5.

¹²⁹¹ Art. 75 de la Constitution italienne.

¹²⁹² Régi par les articles 138 et s. de la Constitution fédérale.

¹²⁹³ Le chiffre de référence pris ici est de 60 000 000 habitants pour l'Italie.

¹²⁹⁴ La population électorale suisse est estimée à 5 000 000 d'électeurs. Le chiffre est cité dans l'étude d'impact sur le projet de loi organique n°3072.

dans le respect des règles que dans sa faculté à s'organiser pour défendre ses conceptions politiques, le système suisse limite au maximum le nombre d'échelons intermédiaires pouvant s'intercaler entre le citoyen et le pouvoir fédéral. Il est ainsi particulièrement adapté à un pays de petite taille démographique »¹²⁹⁵.

1013. Outre l'image très particulière que cette description tend à donner du peuple français, mais aussi de ses gouvernants¹²⁹⁶, l'argument peine à convaincre quand on le compare au régime italien, puisque la France et l'Italie n'ont que peu de différences de populations. Sur ce point, l'étude reste muette, se bornant à observer que dans l'exemple italien, « la procédure de contrôle s'avère complexe et lourde pour les partis et les électeurs », et qu'elle est « éclatée entre de nombreux acteurs »¹²⁹⁷. Enfin, et de manière presque ironique, il est mentionné que « la phase de recueil des signatures étant peu contrôlée, la procédure italienne n'offre pas toutes les garanties requises »¹²⁹⁸.

Or, le projet de loi organique a finalement retenu comme méthode pour comptabiliser les signatures citoyennes le vote sur Internet, sur une interface sécurisée. Pourtant, de l'avis même d'un des membres du Comité Balladur, l'initiative législative véritablement populaire a été écartée en raison notamment du fait « qu'il est assez facile de faire signer des pétitions en masse à l'âge d'Internet, et d'obtenir des centaines de milliers de signatures en peu de temps »¹²⁹⁹. Étrange contradiction, qui prouve sans la dire la gêne que suscite l'idée même d'une participation populaire trop importante, et donc du consentement dans cette matière lorsqu'il est rendu à sa forme première, c'est-à-dire presque une volonté normatrice.

1014. On ne peut donc que suivre Stéphane Pinon lorsqu'il déclare que le chiffre de 4,5 millions d'électeurs nécessaire « sinon qu'il est exorbitant et sans doute même rédhibitoire »¹³⁰⁰, et que « l'aspect démesuré du chiffre réclamé par notre article 11 est d'ailleurs corroboré par l'Institut européen sur l'initiative et le référendum (I.E.I.R.) qui considère qu'un pourcentage de signatures de l'ordre de 5% des électeurs inscrits rend

¹²⁹⁵ Étude d'impact..., précité, p. 15.

¹²⁹⁶ Puisqu'une lecture à contrario de cette affirmation aboutit à dire que l'électeur français ne respecte pas les règles, et que le pouvoir ne fait « pas confiance » à ses propres électeurs.

¹²⁹⁷ Étude d'impact..., précité, p. 12.

¹²⁹⁸ Ibid.

¹²⁹⁹ Propos tenu par D. de Béchillon, à l'occasion du débat suivant la présentation fait par Mme Marthe Fatin-Rouge Stéfani, in M. Fatin-Rouge Stéfani, « Le rôle du peuple... », précité, p. 143.

¹³⁰⁰ S. Pinon, « Improbable loi organique... », précité, p. 3.

l'exercice du droit d'initiative extrêmement difficile pour la plupart des individus et des organisations, et qu'un pourcentage de l'ordre de 10% le rendrait pratiquement impossible »¹³⁰¹. Et constater que la loi organique d'application n'a été adoptée que le 6 décembre 2013¹³⁰², soit plus de cinq ans après la réforme¹³⁰³.

2 / Consentement populaire et légitimité du pouvoir

1015. L'ensemble de ces éléments traduit donc bien, à notre sens, le fait que le consentement en droit constitutionnel possède une importance non négligeable, mais qui n'est pas tant juridique, que philosophique. En effet, le pouvoir pour asseoir sa légitimité et prétendre à l'exclusion de tout arbitraire a besoin d'une assise populaire, d'un socle sur lequel s'appuyer. Le consentement joue son rôle, en tant qu'il sert de point de départ à l'exercice du pouvoir, qui une fois advenu, ne se retourne vers ses origines que lorsqu'à l'occasion d'un temps dont il n'est pas maître, il lui faut renouveler son droit à exister. Il serait donc parfaitement erroné de prétendre à l'existence concrète, matérielle du consentement en droit constitutionnel en dehors de ce temps électoral. Ce faisant, nous sommes effectivement confrontés à « cette ambiguïté fondatrice de notre droit public : la facilité à proclamer le principe de la souveraineté du peuple et la crainte de lui accorder en pratique les mécanismes d'intervention directe »¹³⁰⁴. L'équité impose de reconnaître que cette situation n'est pas seulement le fait du seul pouvoir politique, mais aussi de nombreux membres de la doctrine, ancienne comme contemporaine¹³⁰⁵. Il s'établit donc une forme de consensus, visant à opposer dans des termes qui empruntent parfois à la caricature, une masse presque toujours ontologiquement frustrée¹³⁰⁶, et encore à éduquer, à une communauté d'individus éclairés à même de juger et gérer les

¹³⁰¹ Information donnée par F. Hamon in « La nouvelle procédure de l'article 11... », précité, cité in Stéphane Pinon, précité, p. 4.

¹³⁰² Loi organique n° 2013-1114 du 6 déc. 2013 portant application de l'article 11 de la Constitution, JORF n°284 du 7 déc. 2013, p.19937.

¹³⁰³ Cf. S. Brondel, « Deux projets de loi relancent enfin le référendum d'initiative populaire », *AJDA*, 2010, p. 2458, qui critique dès 2010 l'absence de cette loi organique.

¹³⁰⁴ S. Pinon, improbable loi..., précité, p. 1.

¹³⁰⁵ M. Fatin-Rouge Stéfanini déclare ainsi dans son article : « Ces propositions a minima manifestent la recherche d'une solution consensuelle entre les aspirations correspondant à la fiction d'un peuple idéal et mature et les réalités, dont celle des difficultés inhérentes au gouvernement d'un pays », in « Le rôle du peuple est-il renforcé ? », précité, p. 134.

¹³⁰⁶ Ce qui n'est pas sans lien avec la description désormais classique de la psychologie des foules, que Freud reprendra par la suite. Cf. G. Le Bon, *Psychologie des foules*, édition Félix Alcan, 9e éd., 1905, 192 pages, version électronique de l'université du Québec de Chicoutimi. De même, les descriptions empruntent parfois au discours du XIX^e siècle qui visait à décrire la classe ouvrière.

difficultés qu'une telle charge impose, et ce dans une perspective inévitablement désintéressée¹³⁰⁷. La proximité avec les conceptions platoniciennes du mérite de l'aristocratie¹³⁰⁸, et la mystique de la pastorale, est évidente à qui veut bien la voir.

1016. Il n'est pas question ici d'éluder la difficulté pratique que peut représenter la conduite d'enjeux d'intérêts nationaux, au regard d'une vision idéalisée ou naïve de la population accompagnée d'une appréhension extatique du consentement. Tout le monde n'est effectivement pas capable de faire n'importe quoi, et la DDHC ne dit pas autre chose lorsque dans son article 6, elle prévoit une distinction suivant les capacités, les vertus et les talents. Néanmoins, la cohérence impose que des conséquences soient tirées de l'attribution à tout individu de la possibilité d'émettre un choix qui reste avant tout égal à celui de n'importe quel autre citoyen. Comment le considérer à la fois apte à voter, mais inapte se prononcer plus précisément que cela ? S'agit-il donc d'une forme de minorité perpétuelle qui permet de se prononcer sur des éléments simples, mais qui nécessite le recours à un majeur capable, c'est-à-dire à un représentant pour le reste ?

1017. Que dire alors de la situation survenue à l'occasion du référendum du 29 mai 2005, au cours de laquelle le peuple directement interrogé, a choisi de répondre par la négative à la question posée ? C'est-à-dire, à exprimer un consentement dont on peut penser qu'il était à la fois libre, mais aussi éclairé au regard de l'ensemble de la propagande électorale précédant l'événement¹³⁰⁹. Pourtant, cette décision populaire a été méconnue puisque le traité en question a finalement été adopté par voie parlementaire, certes dans une forme remaniée, mais qui constitue toutefois un désaveu flagrant des résultats du référendum. S'ajoute donc à la réticence à interroger directement le corps social¹³¹⁰, le fait de ne pas prendre en considération son opinion quand il l'exprime¹³¹¹.

¹³⁰⁷ Pour une illustration très profonde de cette idée, cf. P. Legendre, *Jouir du Pouvoir...*, précité.

¹³⁰⁸ Platon, *La République*, Livre VII.

¹³⁰⁹ Même si l'on peut douter du caractère libre et éclairé du consentement ainsi délivré, au regard du document fourni aux électeurs.

¹³¹⁰ Nous faisons ici référence à l'hostilité de principe manifestée à l'égard de la pratique référendaire, que ce soit au niveau national, mais également au niveau local au travers du mécanisme de l'initiative populaire locale visé par l'article 72-1 alinéa 1 et 2 de la Constitution.

¹³¹¹ Pour une illustration des rapports entre démocratie et droit à l'autodétermination interne des peuples, dans une perspective internationaliste, cf. M. V. Métangmo, *L'autodétermination interne des peuples : une règle internationale constitutive de l'État ?*, Mémoire pour l'obtention du Master recherche mention droit international, Université de Lille II, 2003-2004, 121 pages, et spécialement la conclusion.

1018. Il s'agit probablement ici d'un des points d'achoppement les plus importants du consentement, au regard des pratiques actuelles. La croissance que subit l'utilisation du concept, et l'écho que celui-ci suscite au sein des justiciables, ne peuvent que provoquer une demande d'implication toujours plus concrète des citoyens dans la sphère politique. Ce faisant, ce sont bien les mécanismes du droit qui vont se trouver directement interrogés, et sont appelés à évoluer. Le professeur Dominique Rousseau disait que « la Démocratie cherche encore sa constitution ». Il semble qu'elle ne la trouvera, dans le contexte actuel, que par le biais du consentement, pensé de manière absolument nouvelle. Ceci n'est pas simplement le fait du droit, qui n'a fait qu'entériner un certain nombre de pratiques considérées jusqu'alors comme valides. C'est bien d'un mouvement dont il s'agit, qui prenant pour acquis l'éclosion de la raison à la suite des Lumières, de l'égalité, aboutit à faire de chaque individu un souverain en puissance. Et, puisque le droit tend à laisser une place de plus en plus importante à la décision individuelle, il serait étonnant que cela ne se retrouve pas également en droit constitutionnel.

SECTION 3 : CONSENTEMENT DU TIERS ET SUBJECTIVITÉ : IDENTITÉ ET DIFFÉRENCE DANS LA REPRÉSENTATION

1019. Nous avons jusqu'à présent envisagé le consentement du point de vue du sujet qui l'émet, et à qui l'on peut donc imputer l'origine de cette action. Dès lors, il s'agissait de savoir qui, et comment il était possible, dans une première approche, de répondre aux conditions posées par le droit pour cette action. De cette façon, la seule situation que nous avons effectivement envisagée est celle de l'existence d'un lien direct, non médiatisé, entre le consentement et l'individu qui en est à l'origine.

1020. Pourtant, il existe également une autre situation, qu'il nous faut envisager désormais, dans laquelle ce lien direct se trouve rompu. Nous faisons référence ici à la représentation en droit, c'est-à-dire le procédé juridique par lequel il est possible d'investir un autre justiciable, sous certaines conditions, pour que celui-ci soit réputé pouvoir engager directement celui qui lui a confié ce pouvoir. Il faut ici observer la fiction à l'œuvre, incompréhensible autrement que par le recours à des données extra-juridiques, par laquelle on devient effectivement étranger à soi-même. La formule peut paraître inadéquate, car trop excessive, mais par le jeu

de la représentation se produit un effet tout à fait saisissant : pour les actes qui sont compris dans le mandat, l'individu est privé du pouvoir de consentir. Ceci signifie donc que, dans les situations évoquées, un autre que lui-même est considéré comme lui-même dans le regard du droit. Il y a donc à la fois une dépossession de l'identité propre, mais également une mystique de l'incarnation, ou une forme de substance passerait ainsi d'un justiciable à un autre, manifestant ainsi l'empreinte romano-canonique.

1021. Une fois encore, des différences existent sur le versant du régime, entre le droit privé et public, et particulièrement le droit constitutionnel qui paraît obéir à une logique propre. Ceci s'explique en lien avec ce que nous avons déjà évoqué, à savoir le fait que les intérêts en jeu ne sont pas les mêmes, et que le mandat électoral est à la fois plus étroit et plus large que la version proposée dans les autres branches du droit. Plus étroit, car il ne couvre que la question électorale, qui est potentiellement moins engageante pour le patrimoine. Plus large également, car dans sa durée et dans son principe, il aboutit à dépouiller le sujet de ce qui constitue l'un des aspects les plus fondamentaux de son pouvoir : celui de conférer une assise à une autorité en quête de sujets aptes à la fonder dogmatiquement.

1022. C'est ce que nous essayerons de caractériser dans un premier temps (§1), avant d'envisager la liberté laissée candidats à la représentation, ainsi qu'à ceux qui seront effectivement élus (§2).

§1 : Consentement du tiers en droit constitutionnel : mécanique de la représentation

1023. S'il est un domaine dans lequel la désignation d'un tiers investi du pouvoir de consentir à la place de celui ou ceux qui l'ont désigné comme tel joue un rôle capital, c'est bien le droit constitutionnel au travers du processus électoral. En effet, s'il existe bien dans d'autres branches du droit des mécanismes similaires, au travers de la théorie du mandat, il n'en reste pas moins que les effets les plus puissants se laissent percevoir au sein de cette application particulière du consentement.

1024. Aussi, en raison de l'importance toute particulière que revêt ici cette désignation, il est essentiel de chercher à comprendre comment il est possible de se porter candidat ou non à la représentation. En effet, si l'on suit l'idée selon laquelle le consentement a vocation à

représenter la subjectivité, alors on peut attendre de l'élection qu'elle laisse une large place à la liberté de candidature, afin que chacun puisse espérer trouver un réceptacle approprié pour son consentement (A). A ce titre, on pourra observer par l'examen du régime spécifique à l'élection présidentielle à quel point le consentement en matière électorale est néanmoins entravé par un ensemble de mécanismes (B).

A / Propos général sur le tiers représentant en droit constitutionnel

1025. Quel est donc celui qui en vertu du droit, peut prétendre sur la scène politique, à représenter le consentement d'un ou plusieurs autres ?

Sur le strict plan de la personne physique, les règles en la matière sont assez simples. Le Code électoral dispose ainsi que « tout français et toute française ayant la qualité d'électeur peut faire acte de candidature, sous réserve des cas d'incapacité ou d'inéligibilité prévus par la loi »¹³¹². Cette disposition générale comporte bien sûr des exceptions, visées par l'article L. 45-1 du même Code. Celle-ci concerne principalement l'inéligibilité prononcée par le juge administratif à la suite de manquements aux obligations financières du Code électoral (fraude, non dépôt des comptes de campagne ou irrégularités dans ceux-ci)¹³¹³, ou les incompatibilités résultant des fonctions de militaires¹³¹⁴ ou de l'interdiction de cumul de mandats¹³¹⁵. À ces cas s'ajoutent les éventuelles condamnations pénales prononcées par le juge comme accessoires d'une peine principale.

1026. Ceci permet donc de remarquer que l'incapacité légale trouve ici encore un terrain d'application, puisque le majeur sous tutelle, dont on a vu qu'il ne pouvait voter dans la grande majorité des cas, ne peut pas plus se présenter comme candidat. Ceci peut paraître cohérent, du fait de l'importance des responsabilités conférées par le vote, traduisant l'idée d'une hiérarchie implicite entre le vote et l'élection. En effet, le candidat élu ne dispose plus simplement de son seul consentement, mais par le jeu de la représentation, incarne une partie de la multitude. Dès lors, au regard de la responsabilité de ses choix, c'est une partie de la population qu'il engage sur le plan symbolique. Aussi, l'idée d'un candidat ne disposant pas nécessairement de ses

¹³¹² C. élect., art. L. 44.

¹³¹³ C. élect., art. L. 118-3.

¹³¹⁴ C. élect., art. L. 46.

¹³¹⁵ C. élect., art. L. 46-1 et L. 46-2.

facultés, et qui devrait se prononcer en lieu et place de tous ces individus est apparue trop inquiétante au législateur. Il semble pourtant que cette inquiétude, qui paraît relever du sens commun, ne se soit pas manifestée avec la même acuité partout.

1027. Ainsi, l'Italie permet aux incapables d'exercer leur droit de vote, mais aussi d'être élus¹³¹⁶. Ce qui paraît ici le plus troublant est bien la forme de défiance que cela traduit à l'égard d'une population dont les choix restent toujours incertains. Car il y a en effet, dans cette situation, deux possibilités si l'on admet que le majeur incapable peut être candidat : soit, conscient des risques que cela pourrait faire courir pour le pays, la population choisit de s'en remettre à un candidat qu'elle juge meilleur pour la conduite des affaires; dans cette hypothèse, il n'y a donc aucune difficulté particulière à ce que le majeur incapable puisse être candidat. La seconde possibilité elle, consiste à penser que malgré ce handicap, le corps social décide de se choisir pour représentant cet individu différent. Dans ce cas de figure, le fait même que l'incapable ne peut se présenter pose une difficulté sérieuse au principe du gouvernement par le peuple, c'est-à-dire à l'idée même de démocratie. En principe, cela revient en effet à affirmer que la démocratie est le régime dans lequel le peuple est libre de voter pour les candidats qu'un tiers dont la légitimité reste incertaine a entendu désigner comme capables.

1028. Si l'on envisage le consentement comme pur accord, alors le principe même n'est pas irrémédiablement problématique, puisqu'il s'agit avant tout de formuler une réponse à des choix proposés. L'éventail du choix est restreint, mais la possibilité de l'accord reste entière. Mais, si l'on envisage le consentement comme sentir-avec en plus d'être un accord, c'est-à-dire dans sa dimension composite, alors la question apparemment anecdotique de la candidature du majeur incapable prend tout son sens. Le choix du candidat n'obéit en effet pas, dans cette perspective, à la seule police de la raison, mais impose également que soit prise en compte la dimension sensible de l'échange. Or, cette dernière n'est pas régie par les mêmes règles, et peut donc aboutir à ce que le choix se porte sur celui que l'on pourrait penser le moins apte à exercer cette fonction.

De la même manière, une incertitude supplémentaire subsiste à l'égard du majeur sous tutelle. Si celui-ci est effet capable, en vertu d'une décision judiciaire, de voter, cela signifie-t-il également qu'il est justement pareillement apte à pourvoir être candidat ? Il paraît bien n'en

¹³¹⁶ J.-L. Héryn, « Les exclus du droit de vote », précité, p. 100.

être pas ainsi puisque la loi de 2007 réformant la protection juridique des incapables n'a pas entendu toucher à la rédaction des articles qui interdisent cette candidature s'agissant des élections législatives¹³¹⁷, des élections régionales¹³¹⁸, des élections municipales¹³¹⁹, ainsi que des élections sénatoriales¹³²⁰. Dès lors, il semble bien que le majeur sous tutelle soit quasi systématiquement exclu de tout type de candidature, comme le laissait suggérer son incapacité légale de principe. Néanmoins, s'agissant des élections que nous avons évoquées, ce sort est partagé par le majeur placé sous curatelle, ce qui implique ici une distinction entre la capacité à être électeur, et la capacité à être éligible.

1029. Cette différence ne peut manquer de laisser perplexe le juriste. En effet, si la personne envisagée est supposée être suffisamment capable pour pouvoir former un vote qui soit reçu comme aussi valide que ceux des autres citoyens, comment justifier que celle-ci ne puisse prétendre à une identité de traitement ? Cela conduit soit à considérer, ainsi que nous l'évoquions, que le risque est accru du fait que le candidat concentre en lui le consentement d'une masse et non d'un seul individu. Mais ce faisant, c'est bien la portée du vote individuel qui se trouve remise en cause. En effet, celui-ci est si peu signifiant qu'il peut être octroyé à quelqu'un que l'on considère suffisamment divisé par son symptôme pour ne pas pouvoir prétendre représenter un autre que lui-même. Quel que soit le sens que l'on retient du consentement, comme pur accord, ou comme amalgame, celui-ci ne sort guère grandi de cette situation, et aucun des deux ne parvient à justifier cette différence. Il n'est dès lors guère surprenant de constater qu'une proposition de loi a été déposée à l'assemblée¹³²¹, afin de consacrer l'exercice général du vote pour les incapables, mais aussi pour les rendre éligibles.

1030. En dehors de ces hypothèses, toute personne peut potentiellement être candidate. Néanmoins, il faut ici établir une distinction supplémentaire entre les élections fonctionnant sur la base de scrutin de liste, et celles présentant un candidat unique. En effet, dans la première hypothèse, aussi bien le candidat que l'électeur ne peuvent choisir les autres membres de la liste. Ainsi, un vote attribué n'est pas nominatif, mais revient à l'ensemble des individus

¹³¹⁷ C. élect., art. LO 129.

¹³¹⁸ C. élect., art. L. 200.

¹³¹⁹ C. élect., art. L. 230 al. 2.

¹³²⁰ C. élect., art. LO 296 al. 2.

¹³²¹ Proposition de loi n°3169 relative aux droits civiques des handicapés mentaux, déposée par Germinal PEIRO, enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 15 février 2011.

figurant sur la liste. Il n'est en aucune façon possible de discriminer ou d'établir une préférence. De même, depuis l'inscription dans la Constitution de l'objectif de parité¹³²², et le renforcement de cette obligation par diverses lois¹³²³, les listes présentées doivent désormais comprendre alternativement un représentant de chaque sexe, sous la contrainte de sanctions financières toujours plus importantes. Cela signifie donc que le choix même des candidats est normé au sein des partis politiques concourant à l'élection. Toutefois, cela ne relève qu'indirectement du consentement du citoyen puisque de manière classique, son choix a toujours été de se déterminer parmi les options qui lui étaient proposées, et non de pouvoir choisir n'importe quelle personne réunissant les qualités pour être éligible¹³²⁴.

1031. Il n'y a donc que dans l'hypothèse de l'élection présidentielle qu'il s'agit de désigner directement une personne, et où donc le choix est tout entier entre les mains des votants¹³²⁵.

B/ L'élection présidentielle en droit constitutionnel : la médiation du consentement

L'élection présidentielle présente une caractéristique singulière qui intéresse notre propos. D'un côté, elle permet l'expression directe du consentement des sujets-citoyens. De l'autre, elle est entravée par le choix des candidats sur lesquels elle peut se prononcer (1). Cette ambivalence s'est manifestée à nouveau par la tentative d'instauration d'un filtre supplémentaire dans ce processus électoral (2).

1 / Consentement, liberté de choix et égalité des prétendants à la représentation

1032. À cette première dimension s'en ajoute une autre, directement rattachée à la précédente, et qui concerne le fait de savoir si tous les candidats peuvent vraiment être considérés comme égaux, de telle sorte que le consentement obtenu ne l'a pas été d'une manière indue. À ce titre,

¹³²² Loi constitutionnelle n°99-569 du 8 juill. 1999 relative à l'égalité entre les femmes et les hommes, JORF 9 juillet 1999, p. 10175, qui dans son article premier insère un nouvel alinéa à l'article 3 de la Constitution.

¹³²³ Loi n°2000-493 du 6 juin 2000 tendant à favoriser l'égal accès des femmes et des hommes aux mandats électoraux et fonctions électives, JORF 7 juin 2000, p. 8560; Loi n°2000-641 du 10 juill. 2000 relative à l'élection des sénateurs, JORF 11 juillet 2000, p. 10472; Loi n°2003-327 du 11 avr. 2003 relative à l'élection des conseillers régionaux et des représentants au Parlement européen ainsi qu'à l'aide publique aux partis politiques, JORF 12 avril 2003, p. 6488; Loi n°2007-128 du 31 janvier 2007 tendant à promouvoir l'égal accès des femmes et des hommes aux mandats électoraux et fonctions électives, JORF 1 février 2007 p. 1941; Loi n° 2013-403 du 17 mai 2013 relative à l'élection des conseillers départementaux, des conseillers municipaux et des conseillers communautaires, et modifiant le calendrier électoral, JORF n°114 du 18 mai 2013, p. 8242.

¹³²⁴ Exception faite des communes de moins de 1000 habitants pour les élections municipales, et cela depuis la loi n°2013-403 du 17 avr. 2013, précité. ; dans cette circonstance, c'est la règle du panachage qui prévaut.

¹³²⁵ Encore que l'impétrant à la fonction présidentielle doit au préalable recueillir les 500 parrainages pour ce faire.

et dans un premier temps, l'élection présidentielle présente un intérêt tout particulier au travers de la procédure de présélection que constitue le recueil des signatures.

En effet, en vertu de l'article 3 de la loi du 6 novembre 1962, la liste des candidats publiée par le Conseil constitutionnel repose sur la présentation par chacun d'eux « des présentations qui lui sont adressées par au moins cinq cents citoyens membres du Parlement, des conseils régionaux, de l'Assemblée de Corse, des conseils généraux des départements, de Mayotte, des conseils territoriaux de Saint-Barthélemy, de Saint-Martin et de Saint-Pierre-et-Miquelon, du Conseil de Paris, de l'assemblée de la Polynésie française, du congrès et des assemblées de province de la Nouvelle-Calédonie, de l'assemblée territoriale des îles Wallis-et-Futuna, maires, maires délégués des communes associées, maires des arrondissements de Lyon et de Marseille ou membres élus de l'Assemblée des Français de l'étranger »¹³²⁶.

Dès lors s'établit une forme de filtrage implicite, puisque les seuls candidats appelés à poursuivre la procédure sont ceux ayant pu recueillir un premier assentiment. Toutefois, appliquer un filtre ne dit rien de la nature des membres qui vont le composer. De ce fait, on aurait tout à fait pu envisager, dans un premier temps, une forme de filtre citoyen afin de s'assurer que les candidats recevaient un soutien populaire suffisant. Le système retenu, lui, privilégie une fois encore les élus de la république, c'est-à-dire ceux déjà investis par le vote, qu'il ait été direct ou indirect. Se renouvelle donc l'idée qu'il faut un tiers entre le citoyen et son vote, comme un incapable et son tuteur, afin de s'assurer que le choix fait reste dans l'ordre de ce qui est considéré, par ces tiers, comme relevant du raisonnable. Aussi, et de ce point de vue, il ne nous paraît pas envisageable de dire qu'il s'agit ici de l'expression d'un consentement authentiquement libre, puisqu'il est nécessairement contraint par cette procédure de présélection.

1033. À ce propos, il est possible de remarquer, ainsi que le fait Mme Lamouroux, que « l'obligation de présentation est en rupture par rapport à la tradition républicaine. En effet, aucune condition d'éligibilité à la présidence de la République n'existe sous la Seconde République; et les deux Républiques suivantes, excepté la restriction faite aux membres des familles ayant régné sur la France et l'impossibilité sous la Quatrième République d'accomplir plus de deux mandats, ne posent aucune condition particulière à la candidature pour l'élection

¹³²⁶ Loi n°62-1292 du 6 nov. 1962 relative à l'élection du Président de la République au suffrage universel, JORF 7 novembre 1962 p. 10762, article 3, I, alinéa 2.

présidentielle »¹³²⁷. De même, le chiffre de 500 résulte d'une loi de 1976¹³²⁸, puisqu'il était initialement de cent. Selon l'auteur, cette restriction trouve son origine dans la volonté de « décourager les candidatures fantaisistes ou dangereuses »¹³²⁹. Or, du fait de l'augmentation constante du nombre de candidats à chaque élection, il a été jugé préférable de rendre les exigences plus importantes.

Le véritable danger serait donc ici l'avance financière consentie aux candidats déclarés éligibles, ainsi que la notoriété médiatique dont ils seraient immédiatement bénéficiaires. Pour reprendre les mots de Sophie Lamouroux, « dès lors, la recherche de candidats sérieux, représentatifs de courants politiques affirmés, disposant d'une solide assise géographique et revêtant tous les attributs dignes de figurer parmi les prétendants sont autant de raisons ayant conduit à l'introduction d'un mécanisme de filtrage. Le processus électoral doit en outre être clair et parfaitement intelligible pour les élections qui *in fine* choisissent. Or, force est de constater que la multiplication des candidatures ne peut qu'apporter de la confusion dans les esprits alors que l'enjeu réclame au contraire une offre politique claire »¹³³⁰.

1034. On mesure bien à la lecture de cette proposition à quel point la démocratie n'existe avant tout que comme scandale, comme irruption sur la scène politique du peuple, mais surtout aussi comme gouvernement du Hasard¹³³¹, ce qui nous renvoie là encore à la critique de la démocratie par Platon. Afin d'échapper au risque du choix d'une masse d'incapables, il est nécessaire de définir à l'avance le champ sémantique et axiologique du choix, de telle sorte que dans les bornes ainsi tracées, qui visent à organiser la confrontation d'idées et partis prétendument opposés, l'ensemble des possibles soit toujours en accord avec le raisonnable fixé antérieurement. Aussi, le choix du candidat n'est-il jamais tout à fait libre, puisque l'échantillon parmi lequel il s'effectue est en lui-même normé par une décision antérieure, qui elle n'a rien à voir avec le consentement populaire. Il n'est donc pas possible, selon nous, de dire qu'au regard de l'élection présidentielle, la candidature est parfaitement libre. Elle l'est très

¹³²⁷ S. Lamouroux, « De la présentation à la présélection des candidats à l'élection présidentielle : le filtrage comme fil d'Ariane », *R.F.D.C.*, P.U.F, 2008/5 – HS n°2, pp. 157-167, p. 159.

¹³²⁸ Loi organique n°76-528, modifiant la loi du 6 nov. 1962 relative à l'élection du Président de la République au suffrage universel, *JORF*, 19 juin 1976, p. 3676.

¹³²⁹ S. Lamouroux, *ibid.*

¹³³⁰ S. Lamouroux, *précité*, p. 161.

¹³³¹ Gouvernement à l'égard duquel on peut observer l'hostilité manifestée par le Conseil constitutionnel, puisque au cours de la séance du 15 mars 2007, il déclare que les élus ayant titré au sort le nom du candidat qu'ils ont « présenté à l'élection présidentielle en rendant public leur geste », a jugé « qu'une telle conduite était incompatible avec la dignité qui sied aux opérations concourant à toute élection », in *Cons. const.*, Communiqué de presse du 15 mars 2007.

probablement au niveau de l'abstraction du droit, mais non de manière concrète et située. La logique est donc ici inverse de celle concernant l'incapacité, qui du fait de son entrée dans la personne juridique, accédait à la plénitude par le biais de l'abstraction. Ici, c'est par le droit que le candidat perd la liberté qui était la sienne de prétendre à cette catégorie.

1035. Il serait possible d'objecter à cela que le nombre de signatures étant relativement faible au regard de la masse des élus aptes à signer ces présentations, il appartient à ces derniers de se prononcer en leur âme et conscience sur le candidat le plus apte selon eux à exercer ces fonctions. Néanmoins, ce serait oublier un ensemble de faits dont le droit, au travers de la jurisprudence, se fait l'écho. Comme le remarque Sophie Lamouroux, « en raison de la publication des noms des présentateurs, les maires, qui constituent 80% des élus concernés, ont été l'objet de multiples pressions, chantages, représailles post-électorales etc., si bien qu'on a pu assister à la mise aux enchères ou au tirage au sort de présentation de la part de maires excédés »¹³³².

Lors de l'élection présidentielle de 2007, devant la difficulté pour un candidat à l'extrême de l'échiquier politique à obtenir l'ensemble de ces signatures, un parti parmi les deux plus importants a ouvertement appelé ses représentants locaux à donner leur signature à ce candidat, afin qu'il puisse se présenter. Peut-on dès lors légitimement que le consentement ainsi fourni par les maires est réellement libre ? Et, par ricochet, cela ne rend-il pas également le vote des électeurs non libres ? Ce qui se joue ici, c'est bien la définition de la liberté, soit dans un sens procédural, soit en tant que valeur. Dans l'un des cas, le système la préserve, dans l'autre, il la méconnaît, au moins en partie.

2 / La tentative avortée d'instauration d'un filtre supplémentaire du consentement aux représentants.

1036. Il n'est dès lors guère surprenant que le Comité Balladur ait choisi de se pencher sur cette question, et ait envisagé deux pistes principales. La première reposait sur une un parrainage qui soit le fait de citoyens, et non plus seulement d'élus. Mais comme le souligne

¹³³² S. Lamouroux, précité, p. 161. Il est dit également, dans la note n°10, qu'une proposition de loi tendant à instaurer des sanctions pénales à l'encontre des personnes exerçant des pressions ou des représailles a posteriori sur les élus habilités à parrainer des candidats aux élections présidentielles a été déposée par le sénateur Jean-Louis Masson le 10 janvier 2007. Depuis lors, la situation est restée identique.

Mme Lamouroux, « les difficultés techniques autant que celles liées à sa mise en œuvre lors d'une élection anticipée sont invoquées afin de décliner cette proposition »¹³³³. La seconde visait à créer un collège électoral composé de cent mille élus, chacun votant à bulletin secret pour le candidat qu'il souhaite voir participer à l'élection présidentielle. Ceci passait par l'introduction au sein de l'article 7 de la Constitution de la notion de « candidats habilités », ce qui « constitutionnalise l'idée de filtrage présente depuis l'origine de la Vème République »¹³³⁴. On peut donc remarquer que « le rééquilibrage et la modernisation des institutions » ne passe pas par une plus forte implication citoyenne, puisque le rééquilibrage évoqué aurait pu être entendu également dans le sens d'une association plus importante du corps électoral.

Mais, c'est surtout au regard des principes invoqués par le Comité pour justifier cette proposition que des conséquences vont pouvoir être tirées au regard du consentement.

1037. Sur ce point, on peut en compter trois différents, qui chacun à sa manière permet de caractériser un peu plus le consentement dans la sphère constitutionnelle. Le premier est la dignité, dont on sait l'importance qu'elle entretient avec le consentement dans d'autres branches du droit¹³³⁵, ce qui revient *in fine* à considérer que le consentement doit, en plus de ses autres qualités, soit être digne en lui-même, auquel cas un besoin de définition se fait sentir, soit prendre place au sein d'une procédure elle-même digne, ce qui renverrait à la définition négative consacrée par la jurisprudence constitutionnelle.

1038. Le deuxième argument évoqué est celui de l'efficacité. Ainsi que le déclare l'auteur, « celle-ci implique que les candidats dûment habilités et proposés aux citoyens aient été désignés selon une procédure ne conservant que les « bons » candidats en nombre raisonnable (lequel ?) et sélectionnés selon les critères précis »¹³³⁶. Ceci aboutit donc à ce que le consentement, en plus d'être libre et éclairé, soit également efficace, cette dernière étant évaluée à l'aune de la désignation d'un candidat apte à assumer les fonctions présidentielles. De là provient probablement la relation ambivalente que le système politique entretient avec les votes blancs, en ce qu'ils sont jugés non efficaces.

¹³³³ S. Lamouroux, précité, p. 158.

¹³³⁴ S. Lamouroux, précité, p. 163.

¹³³⁵ Sur ce point, cf. *infra*. Partie II, Titre II, Chapitre 3, Section 1.

¹³³⁶ S. Lamouroux, précité, p. 166.

Pour appuyer les remarques faites précédemment, il apparaît nécessaire de s'interroger sur l'efficacité, au regard de ce à quoi elle est censée s'accoler. S'agit-il que la procédure soit efficace, ou bien s'agit-il, même implicitement, du consentement ? Pour ce qui est de la procédure, la nécessité de cette réforme, au regard de la seule efficacité, n'est nullement prouvée. En effet, depuis 1962, chaque élection présidentielle a permis la désignation du candidat, et donc fait la preuve de son efficacité en terme pratique. Si c'est le consentement qui est visé, alors le raisonnement à adopter est tout autre. Cela reviendrait en pratique à considérer que lorsqu'il n'est pas orienté au préalable par une rationalité supérieure à même de comprendre les enjeux, il se disperse dans l'inefficacité. Mais, la procédure proposée, au travers de son recours aux élus, aboutit *de facto* à confier le choix des candidats à des individus qui sont eux-mêmes, dans la très grande majorité des cas, représentants d'un parti en particulier. Ce faisant, c'est l'idée même d'une candidature hors-parti, ou émanant d'un parti encore peu implanté sur le territoire électoral, qui se trouve battue en brèche. Avec elle, c'est le consentement qui s'ampute d'une autre part de liberté.

1039. Enfin, le dernier principe vise lui la clarté de la campagne et du scrutin. Là encore, l'apport reste marginal, puisqu'à titre d'exemple, le lien entre l'abstention et le nombre de candidats n'est pas établi. Certes, les sondages effectués en 2007 tendaient à montrer que la population française jugeait, de manière générale, le nombre de candidats trop important¹³³⁷. Néanmoins, l'instauration d'un tour supplémentaire au travers de cette présélection ne semble pas de nature à rendre le scrutin plus lisible. Ainsi que le constate Sophie Lamouroux, « Dès lors, le principe de clarté peine à exister devant la sophistication du mécanisme de présélection et les questions relatives à sa réglementation et à son organisation éventuelles »¹³³⁸.

1040. Cette réforme n'a finalement pas été retenue dans le cadre de la révision constitutionnelle du 23 juillet 2008, mais elle traduit dans sa formulation la perception que les pouvoirs politiques, comme une partie de la doctrine, ont de l'élection et de la place que cette dernière doit accorder à l'électeur. Ce faisant, c'est le consentement lui-même qui se trouve assigné à une position qui traduit ici parfaitement sa dimension d'accord, mais qui occulte à notre sens quasi totalement, la plénitude de ce que pourrait être un consentement qui prendrait également en compte cette dimension du sentir-avec.

¹³³⁷ Baromètre LCI-Opinion Way-Le Figaro du 22 mars 2007.

¹³³⁸ S. Lamouroux, précité, p. 167.

§2 / Une large liberté laissée aux candidats à la représentation

1041. Transposition de l'égalité contractuelle, les candidats à la représentation jouissent, sur le plan du droit, d'une stricte égalité dans le processus de désignation (A), de la même façon qu'une grande liberté leur est laissée quant à la manière dont ils représentent effectivement leurs électeurs (2).

A / L'égalité de principe entre les candidats à la représentation du consentement en matière électorale

1042. Si le choix des candidats est donc restreint, il n'en reste pas moins que le principe en la matière est bien l'égalité entre ceux-ci. Ceci peut se comprendre au regard de la nécessité du consentement libre des électeurs, qui pourrait ainsi être faussé par le fait qu'un candidat bénéficie de plus de soutien (financier, médiatique, etc.) qu'un autre.

La candidature est donc personnelle, en ce sens qu'elle s'attache à une personne¹³³⁹, ce qui produit comme conséquence que chaque personne est considérée comme égale par le droit¹³⁴⁰.

1043. On peut remarquer que si l'on doit être capable en droit pour être candidat, on peut parfaitement être incapable en fait à exercer les fonctions. Il n'y a donc aucune obligation particulière de formation, d'expériences, et tout le monde peut véritablement prétendre à exercer les fonctions électives¹³⁴¹. Ce point est particulièrement révélateur au regard de ce que nous avons évoqué auparavant, et caractérise la dissymétrie du système : il est possible d'être candidat en n'ayant aucune aptitude particulière pour ce faire, mais, avec la même compétence potentielle, le peuple est jugé incapable de prendre lui-même des décisions par le biais du référendum. Tout se passe comme si, par l'effet même de l'intronisation dans la qualité d'élu,

¹³³⁹ De ce fait, le Conseil d'État a jugé que la candidature de la femme d'une personne déclarée inéligible ne méconnaît pas l'autorité de chose jugée. Cf. C.E., 3ème et 5ème sous-sections réunies, 19 juin 1998, n°189731 et 189732, Recueil Lebon 1998.

¹³⁴⁰ L'égalité est ici à entendre au sens de la DDHC, c'est-à-dire qu'elle ne méconnaît pas la possibilité d'une discrimination suivant les mérites et talents, ces derniers étant ici remplacés par les résultats obtenus lors des précédentes élections, le nombre d'élus, etc.

¹³⁴¹ Les seules règles existantes concernent ce que l'on ne peut être (hypothèse du cumul des mandats, du maintien d'une activité dans le secteur privée, etc.), mais jamais ce qu'il faut être.

l'individu se changeait et acquérait ainsi un ensemble de dispositions et facultés qu'il ne possédait pas auparavant. L'artifice est ici poussé à son terme.

1044. Ceci produit des conséquences tout à fait remarquables au regard du consentement. La première est qu'un élu ne peut être tenu pour responsable de ne pas être à la hauteur des enjeux. Ceci est d'autant plus vrai qu'il n'existe pas en droit constitutionnel français de possibilité de déposséder un élu de sa qualité, et ce avant le terme de son mandat, comme cela peut exister dans certains pays¹³⁴². De plus, s'agissant des parlementaires, l'article 26 alinéa 1 de la Constitution prévoit qu' « aucun membre du Parlement ne peut être poursuivi, recherché, arrêté, détenu ou jugé à l'occasion des opinions ou votes émis par lui dans l'exercice de ses fonctions ». Ce faisant, une éventuelle incompétence ou inaction peut lui être imputée d'un point de vue moral, mais non juridique¹³⁴³.

B / Mandat impératif et consentement en matière électorale.

1045. Pour conclure l'étude de cette représentation, il paraît nécessaire de souligner un dernier découplage s'agissant du consentement. Si la désignation de l'élu passe par le consentement, une fois investi, celui-ci s'en libère d'un certain point de vue. C'est ici toute la différence entre le mandat impératif et le mandat représentatif. La Constitution française, dans son article 27, dispose expressément que « tout mandat impératif est nul »¹³⁴⁴. Le mandat est donc nécessairement représentatif, ce qui signifie qu'il est à la fois général (le représentant incarne la nation tout entière, et non une fraction de celle-ci), libre (l'élu n'a pas à respecter nécessairement la volonté des électeurs), et enfin irrévocable.

Ceci aboutit en pratique à ce que le ou les représentants du corps électoral puissent voter dans un sens différent de celui de la population, ce qu'exprime là encore l'épisode récent de l'approbation parlementaire du Traité de Lisbonne. On retrouve donc bien ici les raisons de

¹³⁴² On pense ici par exemple aux États-Unis, et spécifiquement à l'État de Californie. La constitution de l'État de Californie, dans son article 2, prévoit aux sections 13 à 19 la procédure dite de recall, qui permet de mettre fin avant terme aux fonctions d'un représentant élu. Ceci s'est produit en 2003, avec la révocation du gouverneur démocrate Gray Davis, votée à 54% des voix.

¹³⁴³ Ce qui caractérise là encore la spécificité de cette fonction, même si cette irresponsabilité pénale et civile se retrouve également dans d'autres domaines, comme par exemple la magistrature. Par comparaison, l'ancien Premier Ministre Islandais, M. Geir Haarde, est actuellement poursuivi pour « grande négligence », et « violation des lois sur la responsabilité ministérielle », et ce en raison de la manière dont il a géré la crise économique et ses conséquences en 2008.

¹³⁴⁴ Art. 27 al. 1 de la Constitution française du 4 oct. 1958.

l'hostilité manifestée par Jean-Jacques Rousseau à l'égard du mandat représentatif¹³⁴⁵. Mais que reste-t-il alors, en pratique de la souveraineté populaire ?

1046. Carré de Malberg, dans un article célèbre, déclarait à ce sujet que « dès qu'il est constaté que le peuple est mis par la Constitution en possession de moyens qui lui permettent d'intervenir chaque fois qu'il le désire, notamment en ce qui concerne la législation, et qui, de plus, lui assurent, s'il intervient, la possibilité de faire prévaloir sa volonté, cela suffit pour que l'on doive affirmer que la Constitution l'a érigé en organe suprême, et même qu'elle le traite en souverain »¹³⁴⁶. Dès lors, comme le souligne le professeur Gounelle, si la dénomination de démocratie semi-directe est retenue pour caractériser le régime de la Vème République, et qui s'entend « d'un régime parlementaire agrémenté du référendum d'initiative présidentielle », on ne peut continuer à utiliser ce vocable « qu'à la condition de ne pas escamoter une réalité essentielle : la démocratie dite semi-directe est en France un régime politique qui fonctionne principalement sur la base du mandat représentatif, notamment parce que les référendums sont rares et largement maîtrisés par l'initiative exclusive du pouvoir exécutif ». Plus loin il poursuit : « C'est ainsi qu'en France la démocratie semi-directe n'est pas autre chose, telle qu'elle est aujourd'hui organisée, qu'une variante historique de la démocratie représentative »¹³⁴⁷.

1047. Aussi, concernant les rapports du consentement avec le choix des représentants, la désignation des candidats comme le processus en lui-même ne semblent pas pouvoir correspondre, dans leur rédaction actuelle, à la définition du consentement comme sentir-avec. Il ne s'agit pas de tomber ici dans la caricature, et de prétendre que le système est place est antinomique de l'idée même de liberté, mais plutôt de s'interroger sur le fait de savoir si les élections peuvent « garantir que les idées des représentants du peuple traduisent les évolutions fondamentales de l'opinion dominante »¹³⁴⁸. Néanmoins, ainsi que le souligne le professeur

¹³⁴⁵ J.-J. Rousseau, *Du contrat social*, précité, Livre III, Chapitre XV, p. 134 : « Ils ne peuvent rien conclure définitivement. Toute loi que le Peuple en personne n'a pas ratifiée est nulle; ce n'est point une loi ».

¹³⁴⁶ R. Carré de Malberg, « Considérations théoriques sur la question de la combinaison du référendum avec le parlementarisme », *Revue de droit public et de science politique*, 1931, pp. 225-244, cité in M. Gounelle, « Démocratiser le mandat représentatif », *Le débat*, 2006, n°141, p. 110, § 9.

¹³⁴⁷ M. Gounelle, « Démocratiser... », précité, §10.

¹³⁴⁸ Décision de la Commission des droits de l'homme du 11 sept. 1995, Jan Timke c/ Allemagne, DR 82-B, p. 158, citée in P. Wachsmann, « Participation, communication, pluralisme », *AJDA*, 1998, p. 165, version électronique, 22 pages, p. 12. L'auteur souligne que « dans sa décision du 8 oct. 1976, X. c/ Royaume-Uni, DR 7, p. 95, la Commission relève que l'actuelle rédaction[de l'article 3 du protocole n°1 à la CEDH] a été substituée à

Wachsmann, la conception de la démocratie retenue n'est pas substantielle, et s'appuie moins sur l'idée « que le corps législatif doit offrir une image, plus ou moins exacte, des tendances du corps électoral », mais davantage « sur la nécessité, pour le gouvernement en place, de tirer sa légitimité d'un soutien parlementaire qui traduise la ou les tendances dominantes de l'électorat »¹³⁴⁹.

une version initiale qui garantissait le droit à des élections libres « dans les conditions assurant que l'opinion du peuple sera représentée par le corps législatif », et ceci afin d'éviter le risque de remise en cause de certaines institutions, comme la Chambre des Lords, in P. Wachsmann, précité, note n°65. Sur la question de la représentativité, et de sa crise actuelle, cf. P. Mair, « Gouvernement représentatif v. Gouvernement responsable », *Revue internationale de politique comparée*, 2011, vol. 18, p. 169-164.

¹³⁴⁹ P. Wachsmann, « Participation, précité... », p. 12-13.

1048. Au regard du sujet qui doit effectivement mettre en œuvre le concept juridique de consentement, les éléments que nous avons évoqués ici sont riches d'enseignements.

1049. Ainsi, et sur le versant de la capacité, l'étude du dispositif réservé aux incapables témoigne de ce que le support juridique de la subjectivité fait peu de cas de la dimension émotionnelle. S'appuyant sur ses origines romaines, et sur la figure du chef de famille raisonnable, l'incapacité traduit bien la mise à distance de la thématique de la subjectivité. Avec une représentation du réel qui confine au schématisme, une césure s'installe pendant longtemps, entre d'un côté la grande masse des capables, et de l'autre leur image inversée. Or, c'est justement la redécouverte des facultés des incapables, qui, ne dépendant pas uniquement de la raison mais aussi de la dimension émotionnelle, a permis une prise en compte plus précise des contours de la subjectivité.

1050. Le versant constitutionnel de ce sujet méta-juridique, au sens où la thématique de la capacité transcende la division habituelle des matières dans ce domaine, est lui appréhendé différemment. Tandis que le sujet capable est encensé au regard de tout ce dont il est justement capable en tant qu'être raisonnable, la situation est en réalité quelque peu ambivalente : il est objet de louange, mais en même temps, objet de suspicion et de crainte. La raison, support de ses facultés, n'est donc pas si puissante qu'il y paraît.

1051. Cette idée se retrouve bien s'agissant du consentement du tiers, c'est-à-dire de celui qui est apte à représenter juridiquement le consentement d'un autre. Les mécanismes de filtrage existant en droit constitutionnel, associés à l'interdiction du mandat impératif, dessinent les bornes du consentement. Ce dernier doit en effet faire face à la difficile conciliation entre la liberté politique reconnue au sujet, et la crainte qui l'accompagne au regard de la stabilité de l'ordre politique.

1052. Comme nous allons le voir, cette ambivalence à l'égard du concept de consentement va se retrouver également dans l'examen de sa relation à la temporalité, que nous allons aborder maintenant.

CHAPITRE 2 : LA SUBJECTIVITÉ DE L'ENGAGEMENT AU REGARD DE LA TEMPORALITÉ SPÉCIFIQUE DU CONSENTEMENT

1053. Nous avons jusque-là identifié les principaux usagers du consentement, tant du point de vue du sujet qui en est l'auteur, que de celui à qui il se destine dans l'opération qui mène à la représentation. Ce faisant, nous avons pu observer à quel point le concept de consentement est utilisé de façon diverse et différenciée suivant la matière qui le mobilise. Ainsi, le consentement sur le plan du droit constitutionnel ne peut s'analyser et se comprendre de la même façon que le consentement en droit civil. Dès lors, c'est bien la détermination d'une logique d'ensemble, commune à toutes ces manifestations, qui se trouve remise en question.

1054. Pourtant, en raison du fait que c'est bien le même vocable qui est utilisé, vocable jamais véritablement défini au demeurant eu égard à sa spécificité dans chacune de ces matières, il n'y a, a priori, pas de raison de penser que le régime applicable ne soit pas également le même partout. Or, l'une des arêtes saillantes du consentement est son lien à la temporalité. Si l'on se réfère à la logique contractuelle, cette question n'est absolument pas nouvelle, et renvoie à l'interrogation fondamentale qui porte sur la durée de l'engagement. Celle-ci prend en réalité deux formes : la première vise le terme même du contrat, c'est-à-dire le fait de savoir si une durée est nécessaire, et si oui laquelle. La réponse ne paraît pas être d'une difficulté redoutable : soit le législateur a prévu une durée maximale, subordonnant ainsi la validité du consentement à son respect, soit il n'en est rien et en ce cas, il appartiendra aux parties de le faire pour les usages qui sont les leurs. La seconde, quant à elle, est plus problématique, et rejoint en partie la première. Elle vise à se demander si, indépendamment du terme, il est effectivement possible de retirer le consentement qui a été émis.

1055. Ce second questionnement est encore plus important que le premier en ce qu'il engage directement la problématique de la subjectivité. Cette dernière se caractérise en effet par un certain degré de variabilité, d'évolutivité qui, pour être pris en compte, nécessiterait que le consentement ainsi formulé puisse être retiré lorsque le désir qui présidait à son expression a disparu. On le voit, une telle conception heurte de manière frontale l'inamovibilité contractuelle, qui suppose qu'une fois le contrat conclu, celui-ci ne puisse plus, sauf exception particulière, être soumis au bon vouloir des parties.

1056. Mais, en raison du fait que le consentement n'est pas utilisé uniquement dans le droit des obligations classique, mais aussi dans le droit constitutionnel, dans le droit de la santé, et dans bien d'autres encore, les solutions qui pouvaient se justifier au regard du principe de sécurité juridique ne sont plus nécessairement si persuasives en dehors de ce champ. On prendra pour illustrer cette idée un exemple simple : face à la perspective d'une opération médicale, on peut dans un premier temps, accepter le principe de celle-ci. Puis, une fois au bloc opératoire, face à une angoisse profonde, ce qui semblait acceptable cesse de l'être : le patient souhaite alors retirer son consentement à l'intervention. Comment gérer juridiquement une telle prétention ? Le même raisonnement peut s'appliquer au regard du vote : le représentant, élu selon un programme précis, fait en réalité l'opposé de ce qu'il avait promis durant la campagne électorale. Est-il alors possible de lui retirer ce consentement ?

1057. Pour tenter d'apprécier les réponses possibles à ces questions, et dans une continuité logique avec ce que nous avons évoqué précédemment, on étudiera dans un premier temps la temporalité de l'engagement aussi bien dans le domaine du vote que plus généralement, face au sujet incarné (Section 1). Ensuite, nous verrons selon quelles modalités il est possible de s'extraire d'un engagement déjà constitué (Section 2).

SECTION 1 : CONSENTEMENT, NAISSANCE ET VIE DE L'ENGAGEMENT : UNE SUBJECTIVITÉ BORNÉE

1058. Puisque nous avons évoqué le rapport du consentement au vote, dans la sphère du droit constitutionnel, il paraît important de soumettre également à l'examen la question de l'intimité du lien que celui-ci entretient avec la temporalité. Du fait de la fundamentalité de ce droit, ainsi que du caractère tout aussi fondamental de liberté individuelle au regard de la capacité à s'engager dans la durée¹³⁵⁰, il semblerait logique, et judicieux, que le consentement sur le plan électoral soit lui aussi entouré de garanties propres à assurer sa protection et son effectivité.

1059. Or, il est frappant de constater que sur ce point, les études doctrinales sont particulièrement rares dans le domaine juridique. Il est possible de trouver une littérature plus

¹³⁵⁰ Sur ce point, cf. *infra*. Partie II, Titre I, Chapitre 2.

abondante dans le domaine de la sociologie politique, ou de la science politique¹³⁵¹. La doctrine française, elle, est souvent silencieuse. Cela signifie-t-il que l'étude d'un tel mécanisme relève pas du champ du droit constitutionnel, à partir du moment où il n'existe pas d'équivalent dans notre droit interne ? Pourtant, les études abondent qui explorent des législations spécifiques à certains pays, dans le but d'en tirer des enseignements sur notre propre système. Si le droit comparé n'a vocation qu'à mettre face à face des régimes similaires, alors son intérêt est tout relatif. Cette dimension ne peut donc suffire, et ce qui ne possède pas d'équivalent dans la stricte comparaison doit donc s'ajouter.

1060. Une autre possibilité à envisager est que la doctrine considère que cette question relève du champ du politique, et non du droit. Reprenant une conception trop radicale du positivisme, le seul champ d'étude serait alors le droit existant, et non le droit pouvant être. Cette approche souffre elle aussi d'une vision étroite de ce que l'étude du droit doit être, probablement du fait qu'elle infère de la prise de position¹³⁵² éventuelle accompagnant l'étude d'un mécanisme non encore advenu, une forme de subjectivisation de l'analyse qui l'éloignerait de la scientificité tant recherchée. L'idéologie jouerait donc ici à plein.

1061. Aussi, il est essentiel de s'arrêter quelques instants sur cette problématique de la temporalité en droit constitutionnel, au travers de plusieurs points. Le premier concerne la durée des mandats, dont la comparaison permettra peut-être de déceler une importance particulière qui justifierait une durée plus faible, tandis que si l'élu a vocation à traiter d'affaires de moindre importance, on peut s'attendre à ce que la durée soit plus longue (§1).

1062. Mais, cette question de la temporalité, loin d'être spécifique à l'opération électorale, est en réalité consubstantielle à l'usage même du consentement. Du fait de son origine contractuelle, le consentement est en effet le plus souvent pensé sous le registre de la fixité, manifestant ainsi sa proximité dans l'esprit de la doctrine avec l'accord. Aussi, l'étude de la

¹³⁵¹ À titre d'exemple, on lira avec profit : G. Marrel, R. Payre, « Temporalités électorales et temporalités décisionnelles. Du rapport au temps des élus à une sociologie des leaderships spatio-temporels », *Pôle Sud*, 2006, n° 25, pp. 71-88; B. Cautrès, A. Jadot, « L'(in)décision électorale et la temporalité du vote – Le moment du choix pour le premier tour de l'élection présidentielle », *R.F.S.P.*, 2007, n°3, pp. 293-314; Pour une version plus statistique, E Dupoirier et A.P. Frogner, « Les temporalités de la décision électorale : approche comparée de la France et de la Belgique », Congrès AFSP, table ronde Comment concevoir et saisir les temporalités du vote ? Pour une approche longitudinale de la décision électorale.

¹³⁵² On ne reviendra pas ici sur le fait que ne pas prendre position est déjà, justement, prendre position.

temporalité en lien avec le consentement, dans ce qu'elle nous révèle de l'appréhension de la subjectivité, sera poursuivie par l'évocation de différentes situations dans lesquelles cette question se montre sous un jour singulier, et qui concernent le rapport au corps ou à ses produits (§2).

§1 : Temporalité du consentement social : la subjectivité au prisme du vote

1063. Poursuivant dans l'étude du consentement en droit constitutionnel, au travers du vote, l'analyse nous invite désormais à nous attarder sur un trait particulier de celui-ci, à savoir sa temporalité spécifique. Sans pour autant considérer comme parfaitement assimilables le contrat et la représentation électorale, l'utilisation du terme de consentement autorise néanmoins, à notre sens, une comparaison entre les deux au titre de leurs éléments constitutifs.

1064. Or, dans cette perspective, le consentement électoral présente des particularités tout à fait saisissantes, qui justement, par certains côtés, tendent à le rapprocher du contrat. Pour apprécier dans le détail cette idée, il faudra dans un premier temps évoquer la durée spécifique des mandats électoraux en droit français (A), et ce que celle-ci peut nous apprendre sur la nature du consentement à l'œuvre dans l'opération électorale (B).

A / Étude de la durée des mandats électoraux en droit français : le consentement fugitif

1065. La tendance est, de ce point de vue, à un raccourcissement des mandats, plaçant ainsi la France dans la moyenne des pays européens¹³⁵³.

Cette réduction en elle-même mériterait d'être interrogée, afin de comprendre le sens qu'elle porte avec elle. S'agit-il de témoigner ainsi d'une volonté de voir le gouvernement en accord constant avec l'état de l'opinion politique, accord nécessairement battu en brèche le temps aidant ? Ou bien est-il question d'associer plus fréquemment les citoyens à leur propre

¹³⁵³Il est frappant de constater la très grande similarité sur ce point avec les principaux pays de l'Union européenne, tels l'Allemagne, l'Italie, l'Espagne, le Royaume-Uni, etc. La durée la plus brève paraît être de quatre ans, et la plus longue réside dans l'exception italienne des sénateurs nommés à vie, mais qui, comme le nom le suggère, n'est en rien le fruit d'une élection.

gouvernement, au travers d'une multiplication des occasions d'expression des préférences, pour reprendre un vocable économique ? Une troisième possibilité pourrait être, en lien avec la première proposition, que ce raccourcissement traduit la dégénérescence du politique, qui ne pouvant plus s'appuyer sur un socle, aurait désormais la nécessité de chercher à renouveler sa légitimité, dans un mouvement de justification perpétuel.

1066. Ces questionnements peuvent paraître de peu d'importance, mais sont en réalité absolument fondamentaux d'un point de vue juridique et politique. Car, dans ceux-ci, s'exprime la nature du régime que le droit structure. Il ne s'agit pas de dire ici qu'il y aurait des temporalités qui seraient démocratiques par elles-mêmes, puisque le temps n'épuise pas le champ des conditions de la démocratie. Néanmoins, il est clair que des durées trop importantes paraîtraient contrarier l'exercice du pouvoir par le peuple. Ceci est d'autant plus juste que, au regard de la République française, les élections évoquées constituent, peu ou prou, l'essentiel des occasions d'écoute directe de l'expression populaire. C'est donc, dans cette représentation qualifiée de démocratique, que se joue la justification empirico-logique de ce dernier terme. Si l'on retire ces quelques occasions, que reste-t-il en effet du gouvernement souverain du peuple ?

De fait, ceci interroge directement la question du consentement populaire, dont on a vu que le vote constitue une modalité d'expression. Dès lors, c'est également ici un consentement pensé comme accord, empruntant à la logique contractuelle, qui prévaut, et non un consentement composite. Une fois l'accord donné, le contrat s'exécute pour la durée fixée au moment de la conclusion, et il n'y a guère lieu d'y revenir d'une manière ou d'une autre. Or, si cette idée peut se comprendre à l'égard d'un contrat commercial, de la vente d'un bien, ou bien même d'un contrat de travail, il n'en va pas de même s'agissant de ce qui constitue le point le plus crucial de l'existence en commun pacifiée par le contrat social, c'est-à-dire le choix des règles communes du vivre ensemble.

B / Conséquences de la temporalité des élections sur la nature du consentement populaire

1067. Aussi, le recours quantitativement dérisoire au référendum¹³⁵⁴, et la ponctuation chronologique des élections témoignent de ce que le consentement donné est perdu, absorbé par une structure qu'il nourrit de sa légitimité, quitte pour ce faire à disparaître lui-même dans ce processus. Les raisons invoquées pour expliquer cela, qui tiennent toujours à des considérations purement matérielles, techniques, ne convainquent absolument pas. Il est assez patent de constater que les progrès technologiques considérables accomplis depuis la première Constitution française de 1791 auront permis des avancées dans presque tous les domaines de la vie, sauf précisément dans le champ de la politique¹³⁵⁵, et dans la possibilité de participation citoyenne. Il n'est pas question ici de prêter des intentions malveillantes à qui que ce soit, car les seuls gouvernants ne peuvent porter la responsabilité d'une telle inclination historique, tant elle relève d'une forme de consensus qui n'est pas le fait spécifique de la France.

1068. On ne peut qu'être stupéfait de constater, au surplus, que les mécanismes d'expression d'un goût, dans la sphère privée, mercantile ou non, ne cessent eux de gagner de l'importance, du fait de la virtualisation de l'espace social et des modes de vie. Il est désormais directement demandé aux individus de s'exprimer, au travers d'affirmations ou de questions. La médiasphère, pour reprendre un terme de Régis Debray, illustre de manière particulièrement évidente la dichotomie désormais opérée entre l'individu-consommateur et l'individu-citoyen. À charge pour le premier de s'exprimer sans cesse, quitte à ce que cette expression débouche sur un vide de sens, sur une « logique du vide »¹³⁵⁶. Mais cette hypercommunication est comme l'image inversée de l'absence d'expression sur le plan politique. En effet, celle-ci sature en quelque sorte tellement la sphère de la parole que le sentiment produit est que la communication est suffisante, voire déjà trop intense, tant sur le plan individuel que collectif. Il ne nous appartient pas ici de nous prononcer sur la valeur de cette communication, dans le registre privé, mais simplement de constater que sa contrepartie dans le champ des affaires de

¹³⁵⁴ Dix référendums seulement ont été organisés depuis 1958, ce qui représente environ un référendum tous les soixante-trois mois environ, soit tous les cinq ans. La temporalité de l'interrogation directe et optionnelle est donc la même que celle des élections organisées.

¹³⁵⁵ L'invention de la machine à voter, visé à l'article L. 53-1 du Code électoral, ne constitue pas une innovation d'un intérêt flagrant pour la participation citoyenne.

¹³⁵⁶ Il est ici fait allusion à G. Lipovetsky, *L'Ère du vide – Essais sur l'individualisme contemporain*, éd. Gallimard, coll. Folio Essais, 1989.

la cité est absente¹³⁵⁷. Tout se joue, d'une certaine manière, entre individus socialisés de manière abstraite, presque virtuelle et qui, à l'occasion d'une date dont la régularité fixe l'horizon de la croyance, doivent faire corps, et se surprendre à se trouver si semblables dans leur imaginaire qu'ils peuvent former un peuple et une nation.

1069. De fait, la temporalité des élections se présente comme un message réitéré qui inscrit l'individu dans un territoire du pouvoir, dont les contours participent de la clôture du sujet et de l'espérance de son désir. Ce message témoigne de ce que le pouvoir, distinct de la richesse, est un toujours-à-prendre perpétuel, mais qui se dérobe sans cesse. Par l'institution de cette chronologie spécifique, le sujet-citoyen fait l'expérience d'une fracture, d'un au-delà toujours vide, comme le disait Claude Lefort. Néanmoins, il s'agit ici de montrer que le pouvoir en tant que place vide ne provient pas de l'absence de justification du pouvoir, mais d'une ontologie du pouvoir politique qui dans sa forme contemporaine, est justement collectif en tant qu'il n'est partagé par personne. C'est bien parce que personne ne le possède, au sein du référent peuple identifié comme source du pouvoir, qu'il est vide, et en même temps, à tous.

1070. C'est en ce sens que l'on peut comprendre le lien intime qu'entretient le signifiant « démocratie » dans sa forme contemporaine avec l'idéologie. Peu importe, en somme, que le pouvoir soit ou non détenu par le peuple, ce qui compte, c'est que le système électoral fonctionne globalement, que l'on croit au mythe de la souveraineté populaire. S'ajoute à cela un point tout à fait essentiel, en lien avec le consentement comme capacité et pouvoir. Le système représentatif, et son fruit, la démocratie représentative, ont ceci de particulier qu'ils fonctionnent selon une mécanique bien spécifique : l'élection figure ainsi le moment où, déclaré détenteur d'un pouvoir, le peuple doit l'utiliser, mais surtout s'en défaire. C'est ici tout le paradoxe qu'introduit le découpage temporel de la votation, à savoir que c'est au moment où la communauté des citoyens prend conscience qu'elle a du pouvoir, et peut être le pouvoir, qu'elle doit s'en défaire pour le donner à ses représentants.

Étrange système donc, où le seul pouvoir reconnu au peuple est en somme de ne pas pouvoir en avoir. De fait, la souveraineté apparaît comme une fulgurance, comme quelque

¹³⁵⁷ Même si l'on peut relever le fait que la tendance au développement de ce que l'on désigne sous le vocable de « démocratie administrative » traduit peut-être une évolution dans le sens d'une prise en compte plus importante du consentement des administrés dans ce domaine. Sur ce point, cf. B. Dageron, « La « démocratie administrative » dans la théorie du droit public : retour sur la naissance d'un concept », *Revue française d'administration publique*, 2011/1, n°137-38 p. 21-37.

chose qui fait irruption, dans une chronologie très précise, et qui menace toujours de remettre en cause l'ensemble de l'édifice. Alors elle est contenue, enserrée dans un maillage qui permet d'aboutir à ce résultat étonnant que la souveraineté populaire n'existe qu'en tant qu'elle est délaissée, qu'elle n'apparaît que pour disparaître aussitôt. C'est, en quelque sorte, un mirage juridique¹³⁵⁸.

1071.Après avoir envisagé la dimension plus spécifiquement sociale du consentement, au travers du droit constitutionnel, on va essayer d'étudier maintenant ce qu'il est en s'agissant de relations qui intéressent moins directement l'ensemble du corps social, mais plus spécifiquement le sujet confronté à la recherche du respect de son consentement.

§2 : La temporalité du consentement face au sujet incarné

1072.Si le consentement doit bien être compris comme permettant l'expression d'une subjectivité incarnée, et non plus seulement abstraite, alors le régime juridique afférent doit refléter cet état de fait tout au long de la vie du sujet, et non pas seulement à un point précis de l'existence de ce dernier, sous peine de s'éloigner justement de cette concrétude.

1073.Aussi, en écho à cette incarnation, nous étudierons donc le consentement en suivant la temporalité propre à l'existant : il s'agira donc d'évoquer à la fois la vie du consentement, au travers des directives anticipées (A), son lien avec la mort lorsque nous étudierons la question du sort réservé à la dépouille (B), et enfin cet état indéterminé entre vie et mort, au travers de l'assistance médicale à la procréation post-mortem (C).

A / Les directives anticipées : le consentement face à la mort du sujet

1074.Les directives anticipées incarnent une prise en compte modernisée du consentement, puisque par le mécanisme de celle-ci, un consentement se trouve conservé dans son état, suspendu, jusqu'à ce que la condition nécessaire à son déclenchement soit réuni (1). Pour autant, il ne possède pas la même force que l'original, puisqu'il est dépourvu de force obligatoire à l'égard du personnel soignant (2).

¹³⁵⁸ Pour de plus amples développements sur ce point, cf. *infra*. Partie II, Titre I, Chapitre 2, Section 2, §1, A.

1 / L'émergence des directives anticipées ou l'apparition d'un consentement suspendu

1075. Ainsi, le premier cas évoqué est celui le plus simple des directives anticipées. Le point crucial ici est que ces directives viennent pallier la déficience ultérieure éventuelle de l'individu. Dès lors, c'est un consentement présent qui va ordonner un consentement futur. Introduites par le loi du 22 avril 2005¹³⁵⁹, on a pu parler à leur égard de véritable « testament biologique »¹³⁶⁰, voulant probablement signifier par là l'importance donnée à la volonté du malade de disposer de lui comme il l'entend.

Cette expression nous paraît extrêmement maladroite, en ce qu'elle induit une confusion sur le statut de celui qui rédige ces directives, et qui veut les voir appliquées à l'occasion de son inconscience. En effet, le testament, en droit successoral, désigne spécifiquement la mise en écrit des souhaits et volontés du testateur. Mais ceux-ci ne seront exécutés qu'à compter du moment où la personne sera déclarée décédée au sens du droit¹³⁶¹. Or, pour ce qui est des directives anticipées, celles-ci ne jouent, par définition, que tant que l'individu qui les a rédigées est toujours en vie, même s'il est inconscient. Aussi, l'expression de testament biologique, ou de testament de fin de vie est impropre, et le terme de directives anticipées doit être préféré. Ceci est d'autant plus juste au regard de l'histoire du concept de directives anticipées, qui commence en 1967 aux États-Unis sous la pratique de Luis Kutner, avocat à Chicago, et qui sera formalisée par l'État de Californie en 1976¹³⁶², sous le nom de « *living will* ».

1076. Les directives anticipées possèdent une temporalité spécifique, qui conditionne tant la possibilité de leur création, que la durée de leur effectivité. L'alinéa 2 de l'article L. 1111-11 du Code de la santé publique dispose qu' « À condition qu'elles aient été établies moins de trois

¹³⁵⁹ C. santé publ., art. L. 1111-11, introduit par les articles 7 et 10 de la loi n°2005-370 du 22 avr. 2005 relative aux droits des malades et à la fin de vie, JORF 23 avril 2005, p. 7089.

¹³⁶⁰ F. Melin, « Les directives anticipées : vers l'admission d'un testament biologique en droit français », *Deffrénois*, 2004, n°22, p. 1523.

¹³⁶¹ On entend ici le fait qu'il peut y avoir une non-coïncidence entre la mort biologique et la mort juridique, ce qu'illustre parfaitement toute la problématique du don d'organes.

¹³⁶² *California Natural Death Act*, inséré dans le California Health and Safety Code, art. 7185 et s., cité in V. San Julian Puig, « Les Directives anticipées en France et en Espagne », *R.D.S.S.*, 2007, n° 1, p. 86 et s. De même pour l'Allemagne, qui au travers de la notion de *patientenverfügung* n'évoque pas la morbidité.

ans avant l'état d'inconscience de la personne... ». Ceci signifie donc en pratique que les directives anticipées ont une durée de vie de 3 ans. Par là il faut entendre qu'elles doivent avoir été prises moins de 3 ans avant la survenue de l'inconscience, mais qu'une fois prises, elles ne sont considérées comme valides que pendant 3 ans. À charge alors pour le justiciable de renouveler tous les trois ans ces directives, afin de s'assurer qu'elles seront bien prises en compte.

Cette durée est extrêmement importante, du fait du domaine auquel elles sont rattachées. En effet, ces dernières visent à suppléer l'absence de volonté du malade s'agissant de sa relation au soin, et de sa relation à son corps et à sa vie. C'est par le biais de celles-ci qu'il peut refuser toute réanimation, toute médication trop importante¹³⁶³.

1077. Dès lors, ce délai de trois ans paraît traduire, pour le législateur et au moins s'agissant de la relation de l'individu à sa santé, le fait que le consentement est susceptible, dans le temps, de variations conséquentes, et qu'il importe dès lors de le réactualiser fréquemment afin de découvrir son sens. La logique est donc profondément différente de celle prévalant en droit des obligations et en droit constitutionnel, où, le principe est bien la fixité du consentement, sauf exceptions.

1078. De cette constatation, il faut tirer des conséquences sous forme d'hypothèses. Peut-être s'agit-il pour le législateur d'exprimer ainsi le fait que dans la relation au corps prédomine une forme d'incertitude que le consentement, attaché à des biens matériels, ignore ou parvient à dépasser. De fait, cette temporalité spécifique, s'agissant des directives anticipées, nous paraît bien traduire le passage, toujours progressif, du consentement comme accord au consentement comme sentir-avec. Il n'est ici plus question d'un simple accord formel, qui, en tant que tel, ignore potentiellement le moment dans lequel il est exprimé. Cette exigence de renouvellement, relativement fréquent au regard de la durée de vie moyenne, exprime donc le fait que le droit cherche à coller au plus près au ressenti, puisqu'il n'est probablement pas de relation plus intime que celle que nous entretenons avec notre corps. Véritable frontière ultime entre l'intimité et l'« extimité », le corps incarne donc une sorte de point limite à l'exercice d'un pouvoir extérieur, et le siège de la puissance reconnue à la volonté individuelle. Alors, on

¹³⁶³ Il faut toutefois préciser ici que les directives anticipées ont vocation à s'appliquer à une personne en fin de vie, et non simplement inconsciente. Elles sont ainsi rangées, au sein du Code de la santé publique, au sein d'une section intitulée « expression de la volonté des malades en fin de vie ».

peut certes s'interroger sur l'arbitraire de la durée fixée par le législateur, mais il n'en reste pas moins que celle-ci témoigne, de la manière la plus explicite qui soit, de l'importance reconnue au lien de chaque individu à sa corporéité, et de la variabilité de celui-ci au sein d'une vie. De ce point de vue, il n'est guère de démonstration plus éclatante que celle fournie par la fin de l'alinéa 1er du même article, qui précise bien que ces directives sont « révocables à tout moment ». S'établit donc ainsi, implicitement, une hiérarchie du pouvoir du consentement en droit selon son destinataire. Lorsqu'il est inséré dans une relation de soi à soi, et qu'il n'engage donc pas de tiers, il est le plus volatile, et de ce point de vue, le plus conforme à une subjectivité. Lorsqu'il se conjugue avec un tiers, il est cédé sur le plan symbolique: d'abord à la personne juridique abstraite, puis ensuite de celle-ci au droit en tant que tel.

1079. Il nous faut toutefois constater que si le principe est bien celui décrit, il est néanmoins aménagé, et pris en quelque sorte dans un réseau de pouvoir qui lui impose des sujétions. En effet, l'alinéa 2¹³⁶⁴ dispose qu'à « condition que les directives aient été établies moins de trois ans avant l'état d'inconscience de la personne, le médecin en tient compte pour toute décision d'investigation, d'intervention ou de traitement la concernant ». Dès lors, elles ne s'imposent pas au médecin, qui peut y trouver seulement un indice quant à la volonté du patient. Cette position se trouvait renforcée par l'article R. 4127-37 du Code de la Santé publique, qui reprenait cette formulation dans l'alinéa 3 du II., en disposant que la décision du médecin « prend en compte les souhaits que le patient aurait antérieurement exprimés, en particulier dans des directives anticipées s'il en a rédigé ... ». Néanmoins, un décret de 2010¹³⁶⁵ est venu modifier cette article. Dans sa rédaction nouvelle, le passage sur la prise en compte est conservé de manière identique. La principale innovation, pour cet article, réside dans l'obligation qui est faite au médecin d'engager une procédure collégiale au sujet des décisions de limiter ou d'arrêter les traitements dispensés lorsque les directives anticipées lui sont présentées.

¹³⁶⁴ C. santé publ., art. L. 1111-11, al. 2.

¹³⁶⁵ Décret n°2010-107 du 29 janvier 2010 relatif aux conditions de mise en œuvre des décisions de limitation ou d'arrêt de traitement, article 1er, JORF n°0025 du 30 janvier 2010, p. 1869, texte n°25.

2 / L'absence de caractère obligatoire des directives : le consentement mis en échec

1080. La volonté jusque-là maintenue de priver les directives anticipées d'un effet obligatoire à l'égard du médecin mérite d'être critiquée (a). On pourra alors envisager de proposer quelques conclusions sur la nature du consentement ainsi mis en œuvre, en lien avec cette temporalité spécifique (b).

a / Critique de l'absence de force obligatoire des directives anticipées dans l'ordre juridique français.

1081. Aussi, le seul pouvoir impératif des directives anticipées réside dans l'obligation qu'elles imposent au médecin d'engager la procédure collégiale. Elles sont toujours dénuées de force obligatoire. Comme l'indique le professeur San Julian Puig, « il n'existe pas de rapport d'obligation entre l'attitude du médecin et le consentement exprimé par le patient. Ce que les directives anticipées contiennent ne constitue donc pas une volonté juridique mais un simple indice de volonté, à titre informatif pour le médecin, qui peut donc « présumer » quelle est la volonté du patient »¹³⁶⁶. La doctrine française sur ce point semble partagée quant à la pertinence du dispositif, évoquant le fait que les rendre obligatoires serait « tout aussi contestable car les directives anticipées sont, dans la plupart des cas, rédigées à un moment où le signataire ne connaît pas les problèmes médicaux auxquels il pourrait être confronté »¹³⁶⁷.

Ce raisonnement nous paraît hautement critiquable, en ce qu'il ne tire pas les conséquences de ce qu'il avance.

1082. Premièrement, le principe même de disposer à l'avance de l'engagement, mais aussi de la promesse, consiste dans le fait que par le jeu de la volonté, la ligne du temps est courbée de telle sorte que le futur et le présent coïncident en un point unique, à l'égard duquel est formulée une décision. Aussi avancer le fait que la personne, ne saurait pas précisément quelles sont les circonstances qui vont l'amener à ne pas être en état de formuler sa volonté

¹³⁶⁶ V. San Julian Puig, « Les directives anticipées en France et en Espagne », précité, version électronique, p. 8.

¹³⁶⁷ F. Melin, « Les directives anticipées... », précité, version électronique, p. 5. Dans le même sens, mais de manière plus nuancée, cf. L. Cimar, « La situation juridique du patient en fin de vie », *R.D.S.S.*, 2006, n° 3, p. 470, version électronique, p. 6. À noter toutefois que cet auteur évoque le fait qu'interroger le patient sur sa volonté à l'occasion de l'événement mettant normalement en jeu les directives anticipées pourrait être contraire à sa liberté, puisqu'il serait en quelque sorte forcé par les circonstances, ou potentiellement déjà atteint par les symptômes de son mal. Dès lors, on ne voit guère comment sortir de l'impasse ainsi posée...

relève au mieux d'une lapalissade, au pire disqualifie toute la problématique de l'engagement en droit, la réservant aux seuls médiums et voyants.

1083. Ensuite, cette situation qui cristallise l'angoisse est déjà admise en droit, sans que l'on ne s'élève devant son iniquité. En effet, qu'est-ce donc qu'un testament, en droit successoral, si ce n'est un document par lequel un justiciable exprime sa volonté, dispose pour l'avenir, alors même qu'il ne sait pas exactement comment il va mourir, ni quelles sont les conditions intérieures et extérieures dans lesquelles cet événement va faire irruption. Or, personne ne songe à remettre en cause des dispositions testamentaires au motif que le testateur n'avait pas connaissance de la manière dont il allait décéder ni des relations qu'il entretiendrait avec les personnes figurant sur ce testament. Il est donc bien obligatoire, et la seule limite réside dans le fait qu'il doit respecter la loi et les bonnes mœurs¹³⁶⁸. Pourquoi alors cet état de fait serait-il si problématique au regard des traitements de fin de vie ?

1084. Ceci manifeste, à notre sens, à quel point chez certains auteurs la question du consentement est profondément liée la dimension informationnelle. Ce qui prédomine pour ces derniers, c'est bien le fait d'avoir pu choisir, en toute connaissance de cause, à un moment précis, reflétant par là l'ancrage de l'image du calculateur rationnel d'inspiration économique.

1085. Pourtant, dans d'autres systèmes juridiques, qui ne sont pas pour autant des barbaries ou des dictatures, la portée obligatoire est reconnue à ces mêmes textes. Il en va ainsi, dans une certaine mesure, en Espagne. Des praticiens canadiens déclarent, dans le même sens: « *A physician's discomfort in living with the consequences of a medical act that favours a patient's bona fide and legal rights over the physician's personal moral or religious principles does not appear to be an excessive price to pay for patients to feel confident that their reasonable wishes will have meaning at the end of their life* »¹³⁶⁹. En Allemagne, depuis 2009, le respect par le médecin des directives anticipées est obligatoire¹³⁷⁰. Ce dernier exemple est particulièrement intéressant pour notre étude, en ce qu'il dévoile de spécifique de la relation

¹³⁶⁸ C. civ., art. 6, et art. 900.

¹³⁶⁹ M. Gordon, D. Levitt, « Acting on a living will: physician's dilemma », *Canadian Medical Association Journal*, 1996, n° 155-7, p. 893.

¹³⁷⁰ Celles-ci doivent être précises, et décrire spécifiquement les conditions dans lesquelles le choix s'applique. cf. Gesetzentwurf der Abgeordneten Joachim Stünker, Michael Kauch, Dr. Lukrezia Jochimsen: Drittes Gesetz zur Änderung des Betreuungsrechts Drucksachen 16/8442 und 16/13314, adoptées le 18,06,2009.

patient-médecin en droit français, mais également du fait qu'il s'agit de l'Allemagne.

1086. En effet, cette dernière est souvent prise en exemple lorsqu'est évoquée la dignité de la personne humaine, consacrée par la loi fondamentale allemande comme structurant l'ensemble de l'ordre juridique allemand. Ce faisant, on oublie souvent qu'elle consacre également, avec une importance non moindre, la liberté individuelle. C'est donc au travers de la conciliation de ces deux principes, reconnus par le Conseil constitutionnel français, que le législateur allemand a cru pouvoir instaurer un régime permettant de lier le médecin lors de la survenance de l'événement déclencheur. À cela s'ajoute le fait qu'il n'existe pas à proprement parler de droit du médecin dans le système allemand, c'est-à-dire d'une forme de préséance qui lui serait reconnue et lui permettrait d'imposer ses décisions. Le point cardinal du régime est alors le consentement du patient, qui lui permet véritablement d'établir dans son lien à lui-même les limites de la liberté qu'il se reconnaît, et qu'il reconnaît aux autres à l'égard de sa propre vie et de son corps. C'est en ce sens qu'un auteur allemand a pu déclarer que le système juridique allemand consacrait « au patient le droit de prendre une décision même irraisonnable »¹³⁷¹.

b / Conclusions à l'égard de la temporalité spécifique des directives anticipées au regard du consentement

1087. Comment comprendre alors la différence entre ces deux pays, alors que ceux-ci se réclament pourtant des mêmes principes ? On ne peut exclure, sur ce point, la spécificité française de l'attachement au paternalisme médical. Le médecin est toujours supposé apte à décider, pour le mieux, et pour des raisons que le profane ignore. Ceci marque donc une fois encore, à notre sens, l'attachement à la thématique informationnelle, puisque ce dont il est ici question est bien l'ascendant procuré par un savoir spécifique, l'expertise dans un domaine opposé à une ignorance du profane. Le praticien est en quelque sorte celui qui a accès au mystère, qui reste autrement irrémédiablement hermétique pour le non-sachant.

1088. Aussi, au regard de la temporalité, les directives anticipées se révèlent tout à fait essentielles, en ce qu'elles permettent par un effet de loupe d'apercevoir qu'elles concentrent en elles les apories et l'impensé du consentement en droit, et dessinent une forme de

¹³⁷¹ Interview donnée au journal Libération par M. Christian Hick, médecin et chercheur à Cologne. Cf. *Libération*, 10 oct. 2011.

hiérarchisation de la fundamentalité des intérêts. Toutefois, celle-ci possède un pouvoir heuristique fondamental, celui de rendre visible l'écart qui peut se creuser entre la fundamentalité telle qu'elle est vécue et ressentie subjectivement, et la définition à vocation objective qui est fournie par le biais de la norme juridique. Ainsi, au sein même d'une liberté fondamentale, les contours de niveaux, de strates apparaissent, selon les intérêts considérés, et la protection afférente qui en découlent.

1089. Ceci implique donc en pratique une conséquence considérable pour la compréhension du phénomène juridique, à savoir le fait qu'il existe à la fois une hiérarchie, même implicite, entre droits fondamentaux, mais surtout, que se superpose à celle-ci une autre hiérarchie, cette fois au sein même de la liberté considérée. Il en va ainsi s'agissant de la liberté personnelle, qui est parfois soumise par le principe de dignité¹³⁷², mais qui en elle-même contient également une hiérarchie.

1090. Ainsi, elle permet de s'engager par un contrat pour une durée pouvant aller jusqu'à 99 ans, sans qu'elle ne soit méconnue; en même temps, elle ne rend pas possible le fait pour un individu de prendre des décisions sur la fin de sa vie qui pourraient avoir un effet impératif à l'égard de son soignant. Or, cette dernière restriction n'est absolument pas justifiée, ni dans le corps de la loi, ni dans la jurisprudence qui s'est bornée à affirmer que le praticien ne pouvait être tenu pour responsable d'avoir procuré des soins qui ont permis la continuation de la vie. Ceci traduit donc, à notre sens, une hiérarchie interne à la liberté, suivant les usages auxquels on la destine : par une sacralisation qui se voudrait laïque, le corps est maintenu dans une forme d'immatérialité aux contours évanescents qui le rend intouchable en tant que tel, car il est propriété d'un autre. Peu importe alors que l'on puisse, ce faisant, s'engager jusqu'à sa perte dans une convention qui, d'un simple point de vue temporel, enchaîne bien davantage l'individu pendant son vivant que ne le ferait le respect des directives anticipées au moment de sa fin de vie. Seul compte ici le maintien d'une distinction érigée en dichotomie, et qui aboutit, de manière tout à fait paradoxale, au résultat exactement inverse à celui escompté. En effet, cette dissociation entérine l'idée pourtant combattue selon laquelle, pour l'individu, ce corps n'est pas lui.

¹³⁷² Sur ce point, cf. *infra*. Partie II, Titre II, Chapitre 3, Section 1, §2.

1091. Poursuivons alors l'étude par l'appréhension du consentement à un autre moment que celui jusque-là évoqué, et qui visait la situation où le sujet de droit était encore vivant. Est-il possible alors que le droit reconnaisse un pouvoir au consentement qui dépasse le pur fait biologique de la vie, de telle sorte que le justiciable puisse effectivement conjuguer le futur au présent ?

B/ Consentement et image du cadavre : le consentement après la mort

1092. Une fois décédé, le corps du défunt est toujours l'objet d'obligations et de droits. C'est ainsi qu'il peut bénéficier de la protection de la dignité (1) qui ne peut toutefois faire l'objet d'une subjectivisation (3).

1 / La dignité comme paradigme de la protection de l'image du cadavre

1093. Une tendance récente a paré le cadavre d'un statut renforcé, au travers de la dignité qui lui est désormais reconnue, modifiant profondément son statut¹³⁷³. Ainsi, la loi de décembre 2008¹³⁷⁴ est-elle venue inscrire, sous l'article 16 du Code civil, un article 16-1-1 qui dispose dans son premier alinéa que « le respect dû au corps humain ne cesse pas avec la mort » et dans son second que « les restes des personnes décédées, y compris les cendres de celles dont le corps a donné lieu à crémation, doivent être traités avec respect, dignité et décence ». Cette dignité nouvelle entourant le corps décédé a été illustrée par la jurisprudence au travers d'affaires mettant en cause des reproductions d'image de la personne décédée. C'est par le biais de la publication de la photo du préfet Érignac décédé que ce mouvement va prendre naissance¹³⁷⁵, abandonnant définitivement le fondement du droit au respect de la vie privée du

¹³⁷³ G. Loiseau, « *Mortuorum corpus* : une loi pour le respect », *D.* 2009, n° 4, p. 236, dans lequel l'auteur évoque plutôt le respect de la nature humaine, et semble rejeter que le corps, considéré comme chose, puisse être pourvue de dignité, version électronique, p. 3.

¹³⁷⁴ Loi n°2008-1350 du 19 déc. 2008 relative à la législation funéraire, JORF 20 décembre 2008, p. 19538, art. 11.

¹³⁷⁵ Cass. civ. 1^{ère}, 20 déc. 2000, affaire Érignac, *D.* 2001. 885, 872, chron. J.-P. Gridel, et 1990, obs. A. Lepage ; *RTD civ.* 2001. 329, obs. J. Hauser. Voir aussi Civ. 1^{ère}, 12 déc. 2006, Bull. civ. I, n° 551, p. 491 ; *D.* 2007. 541, note E. Dreyer ; *JCP G* 2007. I. 182, obs. F. Sudre ; *JCP G* 2007. II. 10010, note B. de Lamy, pour la publication de clichés posthumes d'un des fondateurs de l'Ordre du temple solaire. Cf. également Cass. Civ. 1^{ère}, 22 oct. 2009, *D.* 2009. 2612 ; *RTD civ.* 2010. 79, obs. J. Hauser ; *RLDI* 2010/56. 1854, note E. Derieux ; *Dr. fam.* 2010. Comm. 106, note C. Assimopoulos, concernant la publication d'un livre consacré à la vie professionnelle et familiale d'un comédien décédé ; Cf. également Cass, civ, 1^{ère}, 1^{er} juill. 2010, Bulletin 2010, I, n° 151 , pour la publication d'un image d'une victime torturée qui décèdera à la suite de ses blessures, dans l'affaires dite du Gang des barbares.

cadavre¹³⁷⁶.

1094. Ce point est particulièrement intéressant au regard de la problématique du consentement, puisque l'individu étant mort, il est bien évident que la protection instituée est tout à fait étrangère à ce défunt, sauf à considérer, par une présomption qui n'est jamais évoquée, le fait que par nature, le sujet de droit serait hostile à ce que l'on diffuse des photos de son cadavre. Dès lors, c'est bien la famille du défunt qui est à l'origine de l'action, et qui vise donc plutôt à préserver une certaine mémoire. Ainsi que l'écrit un auteur, « a bien considéré les enjeux de la jurisprudence relative à l'image des morts, il apparaît que c'est, en réalité, le sort des proches, c'est-à-dire des vivants, qui doit importer. La jurisprudence a parfois su se montrer exemplaire de cette orientation qui, pour sanctionner la publication de l'image d'un mort, s'est fondée sur « la profonde atteinte au sentiment d'affliction » de ses proches, et, « partant, à l'intimité de leur vie privée »¹³⁷⁷. De même le professeur Cornu, qui déclarait que « ce sont les survivants que l'on meurtrit »¹³⁷⁸. Le professeur Hauser abonde dans le même sens lorsqu'il écrit qu'« il faut donc en conclure qu'il n'y a plus de droit à l'image quand on est décédé et que la protection de l'image post mortem passe par le droit à la protection de la mémoire et du respect des morts qui se trouve clairement dans le patrimoine des proches »¹³⁷⁹.

1095. De fait, la question qui se pose alors est celle de savoir si un individu peut prétendre faire assurer, par le biais du juge, la dignité d'un autre que lui-même, et ce indépendamment de la question de l'accord ou du consentement ? En effet, et c'est une des difficultés conceptuelles de cette jurisprudence, il est nécessaire de s'interroger sur le point de savoir s'il s'agit de défendre la dignité de l'individu décédé, ce qui consiste à admettre que l'on puisse doter un cadavre de droits subjectifs, et dès lors, que la volonté ne s'arrête pas avec la mort, mais se poursuit au-delà. Ou bien, dans l'autre hypothèse, c'est bien un droit qui est l'apanage des

¹³⁷⁶ Pour le rejet de l'application du respect de la vie privée, cf. : Cass. civ. 1^{ère}, 14 déc. 1999, *D.* 2000. 372, note B. Beignier, et 266, obs. C. Caron ; *RTD civ.* 2000. 342, obs. P. Jourdain, et 291, obs. J. Hauser. La solution avait été annoncée par Paris, 6 mai 1997, *D.* 1997. 596, note B. Beignier, et 1998. 87, obs. C. Bigot ; *RTD civ.* 1998. 71, obs. J. Hauser, et, depuis, a notamment été confirmée par Cass. civ. 2^{ème}, 20 nov. 2003, *Bull. civ.* II, n° 354, et 8 juill. 2004, *D.* 2004. 2088, et 2005. 2643, obs. A. Lepage, L. Marino et C. Bigot ; *RTD civ.* 2004. 714, obs. J. Hauser. Cité in P.-J. Delage, « Respect des morts, dignité des vivants », *D.* 2010, n° 29, p. 2044 ; cf. également, J.-P. Gridel, « L'individu juridiquement mort », *D.* 2000, n° 43, p. 266, version électronique, p. 11.

¹³⁷⁷ P.-J. Delage, précité, p. 2.

¹³⁷⁸ G. Cornu, *Droit civil – Les personnes*, éd. Montchrestien, coll. Précis Domat, 2007, cité in P.-J. Delage, *ibid.*

¹³⁷⁹ J. Hauser, « La protection de l'image des morts », note sous Cass. civ., 1^{ère}, 22 oct. 2009, *RTD civ.*, 2010, p. 70.

descendants qui est ici en question, ce qui ne fait pas cesser les interrogations : s'il s'agit d'un droit subjectif, alors on peut admettre qu'il est loisible à ces descendants de faire respecter ou non cette dignité, ce qui signifie alors que la détermination du respect nécessaire revient, au moins en partie, aux descendants; d'autre part, cela implique également une forme d'absolu de la représentation qui serait le fait de la famille, et qui découle indirectement de l'argument évoqué précédemment, à savoir que la famille est, dans tous les sens du terme, propriétaire de l'image du défunt. Cette difficulté est renforcée par le fait que la jurisprudence utilise volontiers le terme de « proche », se calquant ainsi sur le Code de la propriété intellectuelle, qui est généralement considéré comme plus large que celui de famille. Comment trancher alors entre des avis divergents au sein des mêmes proches ? Le défunt peut-il également, par le biais de son consentement, moduler cette possibilité, et prévoir explicitement que des photos de son cadavre pourront être publiées, nonobstant l'avis de ses proches ? On le voit, la réponse à apporter est différente selon que le cadavre possède ou non une dignité, qui du fait de son caractère absolu, dépasse les éventuelles contradictions, et revient en fait à une appréciation du juge, ou qu'il s'agit d'un droit reconnu aux seuls proches.

2 / Les fondements incertains de la dignité du cadavre et l'impossible subjectivisation de sa dignité par le consentement

1096. La solution dégagée par la Cour de cassation a été soumise à la CourEDH, qui a semblé admettre la possibilité d'un rôle actif du consentement en la matière (a). Toutefois, en l'état actuel de la jurisprudence, l'incertitude demeure (b).

a / Une possibilité de modulation de la dignité du cadavre par le consentement dans la jurisprudence de la CourEDH

1097. L'arrêt rendu par la CourEDH sur l'affaire du Préfet Érignac apporte des éclairages intéressants¹³⁸⁰. On peut déjà remarquer qu'à aucun moment de son argumentaire, la Cour ne reprend l'argument de la dignité du cadavre, ce qui confère un caractère incertain à son applicabilité dans le champ de la CEDH. De plus, était invoquée par la société requérante une violation de l'article 10 de la convention, relatif à la liberté de la presse, par opposition à

¹³⁸⁰ CourEDH 1^{re} sect., 14 juin 2007, Hachette Filipacchi associés c/ France, *Gaz. Pal.* 2007, n° 248-249, p. 2-5, note L. François ; *JCP G* 2007. II. 10164 note E. Derieux.

l'article 8 de la même convention pour les défendeurs. La CourEDH va donner raison aux descendants du Préfet Érignac, en soulignant que la publication de la photo s'est faite alors que ceux-ci avaient expressément manifesté leur refus. Ce qui revient donc à dire, par une lecture a contrario, que si la famille ne s'y était pas opposée, le magazine Paris-Match aurait pu publier cette photo, désavouant par la même la solution rendue par la Cour de cassation pour qui la photo était, *per se*, attentatoire à la dignité humaine. Ceci n'a pas manqué d'alerter une partie de la doctrine, tel le professeur Hauser qui déclare « : Une telle « subjectivisation » du droit au respect de la vie privée, étendue à d'autres affaires et à d'autres protagonistes qu'une soudaine médiatisation peut pousser à un étalage un peu théâtral de leurs sentiments d'affection, est lourde de menaces pour le droit à la liberté d'expression qui est l'un des fondements essentiels d'une société démocratique »¹³⁸¹, avant de consacrer un long développement au fait que selon lui, la représentation de la mort est toujours problématique, avec ou sans famille pour s'émouvoir, et d'appeler ainsi au respect du corps et de l'intime, en raison du fait que « même pour ceux qui croient à l'au-delà, à la réincarnation ou à la résurrection, la mort est *a priori* une défaite subie ou consentie après une lutte plus ou moins longue, plus ou moins douloureuse, plus ou moins pathétique, et le visage d'un mort, même serein, est toujours le visage d'un vaincu »¹³⁸².

1098. Ces hésitations traduisent bien, à notre sens, l'embarras de notre époque, aussi bien à l'égard du corps que du consentement. En effet, ce que rejette ici le professeur Hauser est bien l'action du consentement de la famille en tant que levier permettant le dévoilement ou non, de ce spectacle qui lui semble si délicat à observer. Dès lors, pour échapper à cette subjectivisation presque toujours vécue comme problématique, on cherche à en appeler à des absolus, des référents insusceptibles d'appréciation particulière. Pour autant, probablement sensible aux effets symboliques que représente le fait de confier une dignité au cadavre, la doctrine tend également à rejeter cet appui¹³⁸³, en ayant recours à des théories diverses, comme la continuation de la personnalité juridique du défunt pour un temps limité afin de lui permettre de conserver un droit à l'image et un droit à l'honneur¹³⁸⁴, ou de doter la famille de la

¹³⁸¹ J. Hauser, « La liberté d'expression nécrophage », *RTD civ.*, 2007, p. 732, version électronique, p. 2.

¹³⁸² J. Hauser, *ibid.*

¹³⁸³ Sur ce point, cf. J. Hauser, « La liberté d'expression nécrophage », précité, p. 4-5; P.-J. Delage, « Respect des morts, dignité des vivants », précité, p. 2-3 : la dignité « doit demeurer l'exclusivité des vivants ».

¹³⁸⁴ J. Hauser, *ibid.*

personnalité morale afin qu'elle puisse défendre ses souvenirs¹³⁸⁵. Mais, quelle que soit la formulation proposée, elle reste toujours le témoignage d'une lutte contre le consentement en tant que modulateur des droits, et dont il conviendrait de circonscrire au maximum son effectivité.

b / Les incertitudes de la jurisprudence actuelle au regard du principe de dignité du cadavre

1099. Deux illustrations récentes sont susceptibles d'apporter un nouvel éclairage à ce débat. La chute du dictateur Lybien s'est accompagnée d'une vidéo prise par ses assaillants, le montrant dans un état de faiblesse extrême, avant que son corps sans vie ne soit lynché par la foule. Initialement uniquement disponibles sur Internet, ces images d'une violence rare ont été diffusées au journal télévisé français¹³⁸⁶. Dès lors, la question qui se poserait consisterait à savoir si un ressortissant français pourrait attaquer la chaîne ayant diffusé cette image, au titre d'une atteinte général à la dignité du cadavre, ou si un représentant de la famille de cet ancien chef d'État pourrait valablement tenter une action au titre de son patrimoine propre ? Il serait en effet quelque peu surprenant que seuls certains cadavres soient parés de dignité, et d'autres non.

1100. Pour pallier ces difficultés conceptuelles, et pour chasser le sentiment d'un trop grand arbitraire, la Cour de cassation a, à l'occasion d'une affaire ayant connu un retentissement certain et ce particulièrement dans la communauté juridique, décidé d'esquiver le problème par un stratagème qui paraît bien trop superficiel. En effet, à l'occasion de sa décision sur l'exposition « *Our body* », qui visait à mettre en scène des corps de défunts à des fins définies alternativement comme artistiques ou scientifiques, la Cour¹³⁸⁷ a jugé qu'une telle exposition était impossible, s'appuyant sur le récent article 16-1-1 du Code civil, qui impose que les

¹³⁸⁵ J. Hauser, « La protection de l'image des morts », précité, p. 3.

¹³⁸⁶ La situation est d'autant plus troublante que s'agissant de l'ancien président de l'Irak, Saddam Hussein, dont la pendaison avait été filmée par une personne dans la salle, les journaux télévisés français ont refusé, dans leur ensemble, de diffuser ces images.

¹³⁸⁷ Pour la première instance, cf. : TGI Paris, réf., 21 avr. 2009, n° 09/53100, *AJDA* 2009. 797 ; *D.* 2009. 1278 ; *JCP* 2009. Actu. 225 ; Pour l'appel, voir : Paris, 30 avr. 2009, n° 09/09315, *AJDA* 2009. 910 ; *D.* 2009. 2019, obs. C. Le Douaron et note B. Edelman, et 2010. 604, obs. J.-C. Galloux et H. Gaumont-Prat ; *Constitutions* 2010. 135, obs. X. Bioy ; *RTD civ.* 2009. 501, obs. J. Hauser ; G. Loiseau, Des cadavres mais des hommes, *JCP* 2009. II. 14340 ; X. Daverat, *LPA* 23 nov. 2009 ; Pour la cassation, voir : Civ. 1^{ère}, 1^{er} juill. 2010, n° 09-15.479, *D.* 2010. 2044, note P.-J. Delage ; *RTD civ.* 2010. 526, obs. J. Hauser.

restes soient traités avec « respect, dignité et décence ». Dès lors, ce n'est plus le cadavre à qui une dignité est conférée, mais simplement la manière dont il est traité qui elle doit être digne¹³⁸⁸. On voit bien ici l'esquive au travers d'une pirouette qui ne satisfait guère sur le plan des concepts comme de la logique du système, mais qui sur le plan pratique, produit des effets tout à fait facilitateurs pour le juge. Il n'en reste pas moins que le même problème d'indéfinition subsiste, puisqu'il s'agit encore de définir la dignité nécessaire à ce traitement. Toujours est-il que cette solution manifeste la volonté de la Cour d'apporter une solution à durée variable à la question de la subjectivation de ce droit, esquissée précédemment, et ce pour au moins deux raisons.

1101. Ainsi, la société alléguait pour sa défense que la Cour d'appel avait commis une erreur en droit en ce que « pour déterminer si les corps exposés avaient été traités avec respect, dignité et décence, la cour d'appel a recherché s'ils avaient une origine licite et, plus particulièrement, si les personnes intéressées avaient donné leur consentement de leur vivant à l'utilisation de leurs cadavres ; qu'en se fondant sur ces motifs inopérants, tout en refusant, comme il lui était demandé, d'examiner les conditions dans lesquelles les corps étaient présentés au public, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article 16-1-1 du Code civil ».

1102. Il est donc fait grief ici à la Cour d'appel de s'être appuyée sur le consentement, qui faisait ici nécessairement défaut, du fait que les cadavres avaient été momifiés à une époque bien antérieure à l'exposition projetée. C'est donc la société requérante qui elle-même exclut le consentement, en se basant sur la vision plus objective de la dignité qui permettrait selon elle de passer outre cette condition. Or, sur ce point, la Cour de cassation ne répond pas spécifiquement à cette question, et se borne à rappeler que les restes doivent être traités avec respect, dignité et décence. Faut-il y voir le fait que la Cour souhaite laisser cette porte ouverte, et donc permettre éventuellement une modulation au regard du consentement, dans l'hypothèse où la CourEDH confirmerait son orientation dans ce sens ?

La réponse paraît devoir rester à l'état de conjecture, ce que souligne la doctrine¹³⁸⁹. De

¹³⁸⁸ Étant entendu que dans l'espèce évoquée, la dignité est à mettre en lien avec le caractère commercial de l'exposition, qui apparaît déterminant dans le raisonnement adopté par la Cour de cassation.

¹³⁸⁹ Voir en ce sens, et avec une explication de l'arrêt qui se conclut par une pure appréciation personnelle qui en appelle à une lutte contre la marchandisation : B. Edelman, « Entre le corps – objet profane – et le cadavre – objet sacré », *D.* 2010, n° 39, p. 2754.

même, la référence à l'article 16-1-1 et à son caractère plus objectif, peut également laisser penser que la Cour va pouvoir ainsi effectuer un contrôle sur les prétentions des parties bien plus poussé que celui qui aurait eu lieu si le critère du consentement avait été retenu.

1103. De cette inquiétude à l'égard du consentement transparait un élément singulier, dans le lien qu'il entretient avec le concept de dignité. On peut ici remarquer à quel point l'usage qui est fait de cette dignité invoquée, vise à faire de celle-ci un concept barrière à l'étendue de la volonté. Elle est invoquée afin de mettre un terme aux prétentions des parties, pour limiter l'exercice d'un droit, mais pas en tant que faculté créatrice, c'est-à-dire en tant qu'ouvrant des possibilités nouvelles, du moins lorsqu'elle est mobilisée par le juge¹³⁹⁰. Étrange donc, de ne considérer cette dignité qu'à l'aune d'une fermeture de l'humain, et non comme capacité d'expansion, ce que confirme la jurisprudence la plus récente du Conseil Constitutionnel, qui confronté à une opposition entre le droit au logement et le droit de propriété, a fait prévaloir ce dernier¹³⁹¹, suivant en cela la jurisprudence de la Cour de cassation. On aurait tout à fait pu concevoir que dans cette espèce, le Conseil invoque le principe de dignité afin de limiter l'absolutisme des prétentions des parties, et ainsi ouvre la voie à une utilisation positive de ce dernier.

1104. Pour conclure sur ce point, et sans anticiper sur ce que l'étude spécifique du lien entre corps et consentement permettra de découvrir, on peut néanmoins affirmer, à ce stade, que le corps est déjà ici le symbole, voire le symptôme du droit tel qu'il est appréhendé par la doctrine majoritaire, ou par le juge. Cette fétichisation du corps, qui passe même par l'attribution d'une dignité à celui-ci lorsqu'il n'est plus l'enveloppe d'un esprit¹³⁹², lorsqu'il n'est plus que chose inerte, traduit à notre sens une sacralisation¹³⁹³ qui n'est pas nécessairement en lien avec la marchandisation, mais qui a plutôt à voir avec la nécessité de trouver un point d'accroche, un support auquel arrimer le pouvoir.

1105. Pour conclure sur les rapports entre le consentement et la temporalité, dans sa

¹³⁹⁰ Ce point se trouvera confirmé lorsque nous étudierons les autres hypothèses dans lesquelles la dignité est mobilisée, particulièrement lorsque le corps est en jeu.

¹³⁹¹ Cons. const., déc. n°2011-169 QPC du 30 sept. 2011, Consorts M. et autres.

¹³⁹² B. Edelman relève dans son commentaire le paradoxe qui fait que le corps mort est aujourd'hui davantage protégé que le corps vivant. Cf. B. Edelman, *entre le corps...*, précité, version électronique, p. 3 §9 et p. 5 § 14.

¹³⁹³ H. Popu, *La dépouille mortelle, chose sacrée : a la redécouverte d'une catégorie juridique oubliée*, Thèse pour le doctorat en droit, Univ. Lille 2, 2008, 628 pages.

dimension corporelle, il nous reste à envisager, de manière brève, un autre aspect de l'éventuelle durée de la volonté exprimée, au travers des inséminations post-mortem, et des possibilités de retrait lors des procédures de procréation médicalement assistée. Nous n'évoquerons donc pas ici la thématique du don d'organes¹³⁹⁴.

C/ Consentement et assistance médicale à la procréation post-mortem : le droit entre vie et mort

1106. En matière d'assistance médicale à la procréation, lorsque celle-ci se réalise de manière post-mortem, on peut distinguer majoritairement deux situations : la première concerne le transfert d'embryons congelés, c'est-à-dire où l'embryon s'est constitué au cours de la vie du donneur de gamètes (1). La seconde, quant à elle, vise cette fois l'insémination artificielle, c'est-à-dire que l'embryon n'est pas encore constitué (2). Au-delà de cette différence, les solutions, on le verra, sont relativement semblables dans les deux cas.

1 / Le transfert d'embryons congelés face au consentement : la protection du temps

1107. En matière biomédicale, le transfert d'embryons congelés après le décès d'un des membres à l'origine du projet parental est prohibé (a), et cela de manière constante malgré des évolutions sensibles tant du CCNE que du Conseil d'État (b).

¹³⁹⁴ Cf. sur ce point, S. Hennette-Vauchez, *Disposer de soi : une analyse du discours juridique sur les droits de la personne sur son corps*, éd. L'Harmattan, coll. Logiques Juridiques, 2004, 447 pages, p. 200-237. L'idée générale à retenir est que le législateur a posé une présomption de consentement du défunt aux dons d'organe, à moins qu'il ne soit fait inscrire sur une liste de refus du don. Le fondement de cette présomption est incertain sur le plan théorique, et son application pratique peut être contrariée par le médecin. En effet, l'auteur relève que dans la majorité des cas, et indépendamment du désir du défunt, le médecin ne fera pas de prélèvements d'organes si la famille s'y oppose. Il s'agit donc d'une translation de la capacité du consentement de son titulaire original vers la famille, ce qui témoigne d'un affaiblissement de la liberté personnelle.

a/ Le refus renouvelé d'un consentement apte à transcender la mort d'un des parents

1108. Concernant l'implantation d'embryons, une incertitude subsistait¹³⁹⁵, aidée en cela par un avis favorable à cette pratique du CCNE¹³⁹⁶. Le législateur a coupé court à ce dilemme par le biais des deux lois de juillet 1994¹³⁹⁷, insérant un article L. 152-2 dans le Code de la Santé publique, qui disposait dans son troisième alinéa, que le couple prétendant à une AMP devait être formé de deux membres de sexe opposé, tous deux vivants.

1109. C'est dans ce contexte que le premier arrêt majeur de la Cour de cassation a été rendu en 1996. Celui-ci mettait en cause une femme souhaitant, à la suite du décès de son conjoint et après maintes tentatives infructueuses, se faire implanter un embryon congelé. Devant le refus de l'hôpital, elle saisit le juge des référés qui la déboute de ses prétentions. La motivation utilisée mérite d'être relevée, tant elle semble témoigner de l'appréciation toute personnelle du juge, formulée avec une particulière emphase : ainsi celui déclare que cette insémination « constituerait une entreprise d'immortalité contraire à l'ordre public et aux règles fondamentales de la transmission de la vie... »¹³⁹⁸.

On pourrait objecter à cela que le rapport avec l'immortalité paraît plus que tenu, en ce sens que l'opération ne vise en aucune manière à permettre au défunt de prolonger sa vie, et que même s'il s'agit pour le juge de souligner le fait qu'une telle solution aboutirait à ce qu'un mort puisse engendrer une vie, ce serait oublier précisément qu'il s'agit ici d'un embryon déjà fécondé, et donc d'une vie en puissance. Il n'y a donc pas création à proprement parler, mais actualisation d'une potentialité. De plus, il est également des cas dans lesquels une telle expérience de dissociation entre la vie et la mort se produit : en effet, un enfant peut être extrait d'une mère déjà morte, ou bien cette dernière peut mourir en couche au cours de l'accouchement¹³⁹⁹, ce qui revient, sur le plan des principes, à un résultat analogue. Enfin,

¹³⁹⁵ Pour un accueil favorable : TGI Angers, 10 nov. 1992, *D.* 1994, Somm. 30, obs. Labbé ; *RTD. civ.* 1994, 579, obs. Hauser; Pour un rejet de cette prétention : TGI Rennes, 30 juin 1993, *JCP* 1994. II. 22250, note Claire Neyrinck, cité in J. Massip, « Procréation médicalement assistée et décès du donneur », *LPA*, 03 avr. 1996 n° 41, p. 11, version électronique, p. 3.

¹³⁹⁶ Avis n°40 du 17 déc. 1993 du CCNE.

¹³⁹⁷ Loi n°94-653 du 29 juill. 1994 relative au respect du corps humain, *JORF* 30 juillet 1994, p. 11056; loi n°94-654 du 29 juill. 1994 relative au don et à l'utilisation des éléments et produits du corps humain, à l'assistance médicale à la procréation et au diagnostic prénatal, *JORF* 30 juillet 1994, p. 11060.

¹³⁹⁸ Cité in J. Massip, *ibid.*

¹³⁹⁹ Ce qui représente, selon les chiffres disponibles, entre 7 et 13 cas pour 100 000 naissances. À noter également qu'un enfant est né d'une femme placée dans le coma pendant 22 semaines, et en état de mort cérébrale, à la suite

s'agissant des règles fondamentales de la transmission de la vie, il n'est pas besoin de relever à quel point l'expression est peu juridique, et se satisfait elle-même de son absence de définition.

1110. La femme du défunt interjette alors appel, et la Cour d'appel confirme le jugement rendu en première instance, en ordonnant également la destruction des embryons congelés restants. L'affaire est alors portée devant la Cour de cassation, qui déboute la requérante de toutes ses prétentions, en déclarant qu'« avant même l'entrée en vigueur de l'article L. 152-2 du Code de la santé publique issu de la loi du 29 juillet 1994, l'assistance médicale à la procréation ne pouvait avoir pour but légitime que de donner naissance à un enfant au sein d'une famille constituée, ce qui exclut le recours à un processus de fécondation in vitro ou sa poursuite lorsque le couple qui devait accueillir l'enfant a été dissous par la mort du mari avant que l'implantation des embryons, dernière étape de ce processus, ait été réalisée; »¹⁴⁰⁰. Cet arrêt semblait donc marquer de manière définitive la fin de cette pratique, et ce d'autant plus que la Cour se livrait à une interprétation qui semblait valoir avant même l'entrée en vigueur de la loi de 1994, manière de marquer que cette implantation avait toujours été profondément contraire au droit.

1111. Pourtant, dans la période séparant les lois de 1994 et celle de 2004 sur la bioéthique, le CCNE a confirmé sa position par deux fois, d'abord en 1998¹⁴⁰¹, puis en 2000¹⁴⁰². Le Conseil d'État, pour sa part, s'est montré favorable dans un premier temps, à la condition que le défunt y ait consenti de son vivant, et que la femme dispose d'un délai de réflexion approprié¹⁴⁰³. Dès lors, il n'est guère surprenant de constater que le projet de loi relative à la bioéthique, adoptée en première lecture à l'Assemblée nationale le 22 janvier 2002 reprenne cette disposition, à savoir la possibilité pour une femme de se faire implanter un embryon congelé, tout en rejetant l'insémination post-mortem, ainsi que la fécondation in-vitro post-mortem. C'était sans compter l'hostilité du Sénat, qui à l'occasion de l'examen du texte, va enterrer définitivement

d'une crise cardiaque. Un cas s'est également présenté en Virginie, où une femme en état de mort cérébrale depuis 3 mois, a mis au monde un enfant. Immédiatement après l'accouchement, les appareils la maintenant en vie artificielle ont été débranchés.

¹⁴⁰⁰ Civ. 1^{ère}, 9 janv. 1996, n° 94-15.998, *D.* 1996. 376, note F. Dreifuss-Netter ; *R.D.S.S.*, 1996. 623, note A. Terrasson de Fougères ; *RTD civ.* 1996. 359, obs. J. Hauser ; *JCP* 1996. II. 22666, note C. Neirinck ; *Deffrénois* 1996. 532, obs. J. Massip ; *Gaz. Pal.* 1996. 2. 400, note Th. Bonneau.

¹⁴⁰¹ Avis n°60 du 25 juin 1998 sur le réexamen des lois bioéthique.

¹⁴⁰² Avis n°67 du 27 janv. 2000 sur l'avant-projet des lois de bioéthique.

¹⁴⁰³ Rapport du CE, les lois de bioéthique : cinq ans après, du 25 nov. 1999, cité in P. Morin, « L'interdiction opportune de l'implantation post-mortem de l'embryon », *Deffrénois*, 15 mars 2004, n°5, p. 355, version électronique, p. 2.

cette possibilité. Ainsi que le note le rapporteur du projet, le sénateur F. Giraud : « le droit vient nous dire que cette situation ouvrirait la possibilité d'héritiers réservataires dans un congélateur, venant bouleverser de manière profonde tout le droit des successions et le droit patrimonial. Nous serions là, au-delà de ces problèmes, dans la transgression du temps ! Je ne suis pas sûr... qu'il nous faille au fond bouleverser notre droit au regard des quelques cas d'exception qui ont su se présenter au fil du temps. Il me semblerait beaucoup plus raisonnable d'informer impérativement le couple qu'en cas de dissociation de celui-ci, les embryons ne seront pas conservés, sinon, je ne vois pas comment, aux progrès biologiques, nous pourrions opposer l'affranchissement du temps »¹⁴⁰⁴. Aussi, la loi adoptée le 6 août 2004¹⁴⁰⁵ ajoute à l'article L. 2141-2 du Code de la santé publique un alinéa qui dispose : « font obstacle à l'insémination ou au transfert des embryons, le décès d'un des membres du couple, le dépôt d'une requête en divorce ... »¹⁴⁰⁶.

b / Le maintien de l'interdiction, en dépit des positions favorables du CCNE et du Conseil d'État

1112. Toutefois, la question a quelque peu évolué puisque désormais, tant le CCNE, que le Conseil d'État ainsi que la doctrine proposent d'encadrer ce transfert d'embryon, en faisant jouer un rôle considérable au consentement. Optant pour des « exceptions encadrées », le dispositif s'articulerait autour d'un axe central : le consentement. Il s'agirait en effet d'obtenir du vivant du géniteur un consentement exprès à ce que l'embryon puisse être implanté après son décès, ainsi qu'une limitation de validité du consentement pour une telle pratique. Au-delà, le transfert des embryons ne serait plus possible. Toutefois, le délai en question varie suivant les perspectives, certains proposant un délai de six mois calqué sur la pratique existant dans les pays étrangers¹⁴⁰⁷, tandis que le CCNE évoque une durée comprise entre trois mois et un an¹⁴⁰⁸.

Il faut également noter que le CCNE propose que soit respecté un délai minimum entre le décès et le transfert d'embryon, délai pendant lequel « un accompagnement devra lui être

¹⁴⁰⁴ Cité in P. Morin, précité, version électronique, p. 6.

¹⁴⁰⁵ Loi n° 2004-800 du 6 août 2004 relative à la bioéthique, JORF 7 août 2004, p. 14040.

¹⁴⁰⁶ C'est nous qui soulignons.

¹⁴⁰⁷ C. Chabault-Marx, « La frilosité du juge français face à l'insémination post-mortem », *D.* 2009, p. 2758, version électronique, p. 2.

¹⁴⁰⁸ CCNE, avis n°67 du 27 janv. 2000. L'Assemblée Nationale, pour sa part et à l'occasion de la révision des lois bioéthique, avait proposé en 2011 un délai compris entre 6 mois et 18 mois.

proposé pour lui permettre d'envisager tous les aspects psychologiques, juridiques, sociaux et médicaux de sa décision, tant pour elle-même que pour l'enfant qui naîtra »¹⁴⁰⁹. Ceci signifie donc que le consentement se trouve borné par un terme de début, qui ne coïncide pas avec le fait générateur du décès, et un terme de fin. La loi du 7 juillet 2011¹⁴¹⁰ a néanmoins réitéré cette impossibilité, puisque l'article L. 2441-2 du CSP, dans sa rédaction actuelle, dispose toujours que « font obstacle [...] au transfert d'embryons le décès d'un des membres du couple, le dépôt d'une requête en divorce ou en séparation de corps ou la cessation de la communauté de vie, ainsi que la révocation par écrit du consentement par l'homme ou la femme auprès du médecin chargé de mettre en œuvre l'assistance médicale à la procréation ».

1113. Quel sort est alors réservé à l'insémination artificielle post-mortem ? C'est ce que nous allons voir maintenant.

2 / L'insémination artificielle post-mortem : un consentement impuissant à transcender la mort

1114. S'agissant de l'insémination, la jurisprudence était divisée, alternant entre des solutions favorables¹⁴¹¹, et défavorables¹⁴¹². Pourtant, malgré la formule particulièrement claire de l'article L. 2141-2, la question s'est encore posée récemment devant la juridiction judiciaire¹⁴¹³.

1115. Cette hypothèse est toutefois différente de l'implantation d'embryon, en ce sens que s'agissant de l'insémination, « le désir d'enfant est resté au stade de son expression », tandis que dans l'autre hypothèse, « le désir d'enfant est alors au stade de sa réalisation »¹⁴¹⁴. Dans l'espèce considérée, une femme souhaitait que le sperme de son mari défunt lui fût inséminé. Or, son mari avait effectué des dépôts auprès du CECOS, se sachant atteint d'un cancer, et

¹⁴⁰⁹ CCNE, avis n°113 du 10 févr. 2011, version électronique, p. 17.

¹⁴¹⁰ Loi n°2011-814 du 7 juill. 2011 relative à la bioéthique, JORF du 8 juill. 2011, p. 11826.

¹⁴¹¹ TGI Créteil, 1er août 1984, *JCP* 1984. II. 20321, note Corone ; *Gaz. Pal.* 1984, 2, 560, concl. Lesec ; *RTD civ.* 1984, 703, obs. Rubellin-Devichi, cité in J. Massip, « Procréation médicalement assistée et décès du donneur », précité, p. 3.

¹⁴¹² TGI Toulouse, 26 mars 1991, *D.* 1992, somm. p. 61, note X. Labbé ; *JCP* 1992. II. 21807, note Pedrot ; *RTD civ.* 1991, 310, obs. Hauser ; *LPA*, n° 50, 26 avr. 1991, note Bergouniou, cité in J. Massip, *ibid.*

¹⁴¹³ TGI Rennes, ord. Réf., 15 oct. 2009.

¹⁴¹⁴ E. Pierroux, « Le sperme en héritage : un cadeau empoisonné ? À propos de TGI Rennes, ord. Réf., 15 oct. 2009 », *Gaz. Pal.*, 21 nov. 2009 n° 325, p. 10, version électronique, p. 3.

redoutant les effets de la chimiothérapie sur sa fertilité. Dès lors, pouvait-on supposer que par ce dépôt, il avait entendu consentir à son utilisation future par sa femme, aux fins de donner naissance à un enfant ?

Le juge n'a pas répondu à cet élément, même s'il note dans son ordonnance le fait que le défunt ne s'est pas exprimé sur ce point, laissant entendre que peut-être, l'expression d'un consentement pourrait jouer dans pareilles hypothèses. Il n'en reste pas moins que de manière très classique, et s'appuyant sur les articles L. 2141-1 et L. 2141-2 du Code de la santé publique, le juge des référés a débouté la plaignante.

1116. Dans les notes sur cette ordonnance, la doctrine apparaît divisée, même si en majorité elle se montre hostile à cette pratique. À cela s'ajoute qu'aussi bien le CCNE, que le Conseil d'État¹⁴¹⁵ ont, de manière constante, exprimé leur refus de cette idée. S'agissant de la doctrine, le professeur Hauser dans son commentaire sur cette ordonnance évoque un « droit à l'éternité » qui serait consacré si le législateur venait à autoriser cette pratique. Rejetant l'argument comparatiste selon lequel cette pratique est autorisée dans d'autres pays, au sein même de l'Union européenne, l'auteur témoigne de ce que, selon lui, le caractère de « progrès » de cette technique ne serait pas démontré¹⁴¹⁶. De même, selon lui, l'analyse en termes de « droits à... » se heurterait « au droit de l'enfant à ne pas naître orphelin autrement que par un événement naturel et non voulu. On peut douter que l'opération soit dans l'intérêt supérieur de l'enfant, que l'on invoque quand il arrange, puis que l'on oublie bien vite... ». Enfin, il conclut en affirmant « qu'il y a une cohérence philosophique simple : quand on est mort, on ne fait plus d'enfants parce que la fabrication des enfants n'est pas seulement faite pour consoler ceux qui les font. L'enfant, c'est un avenir, il ne se résume pas à un monument *in memoriam* ».

1117. Ces affirmations nous permettent de constater, une fois encore, à quel point l'appréciation critique des mécanismes liés à la bioéthique engage nécessairement une réflexion extrajuridique¹⁴¹⁷, et oblige donc à recourir à un système de valeurs dont la doctrine

¹⁴¹⁵ Rapport du Conseil d'État du 9 avr. 2009, la révision des lois bioéthiques, La documentation française, p. 50-51, version électronique, p. 51-52.

¹⁴¹⁶ J. Hauser, « Procréation post-mortem : un nouveau droit à..., le droit à l'éternité », *RTD civ.*, 2010, p. 93, version électronique, p. 1.

¹⁴¹⁷ Comme le note B. Feuillet à l'occasion d'un débat avec le professeur Jacques Testart sur la bioéthique, « Science et philosophie sont ici indissociables. Ainsi, pour répondre à votre question, je serai tenté de dire que

majoritaire entend pourtant se démarquer au travers du positivisme.

Ensuite, l'évocation de l'intérêt supérieur de l'enfant nous paraît relever des mêmes reproches que ceux que l'auteur adresse au reste de la doctrine, puisqu'il ne démontre pas en quoi cette pratique serait contraire à celui-ci. Enfin, le dernier argument avancé procède, à notre sens, d'une erreur de logique, mais également d'une perception erronée de l'architecture du système juridique. En effet, avancer un argument présenté comme philosophique pour justifier d'une règle du droit traduit une confusion entre la question du droit, et le registre de la vérité, qui au-delà des questions entourant son existence même, se définit bien davantage comme oscillation, quête, que comme parole d'autorité.

1118. Cette confusion aboutit à l'autre critique, qui touche à la perception faussée. En effet, une étude des origines romaines du droit a montré à quel point le droit n'est et n'a jamais été question de vérité, ou de corrélation immédiate avec la réalité. Comme on l'a vu, le droit est dès l'origine, artifice, qui n'a pas vocation à représenter fidèlement le réel. Dès lors, avancer cette méconnaissance comme traduisant l'impossibilité de l'insémination post-mortem, revient à disqualifier, de manière analogue, le principe de la personnalité morale, la transmission universelle du patrimoine, les droits incorporels, la maxime *infans conceptio pro nato habetur quoties de commodis ejus agitur*¹⁴¹⁸, ou le fait qu'un défunt peut encore se marier, etc.

1119. Toutefois, là encore, la loi adoptée en juillet 2011 a définitivement réitéré l'interdiction de principe de cette pratique¹⁴¹⁹, à la suite du rejet dès la première lecture par le Sénat de ce dispositif. À l'appui de cette interdiction, le rapport du Sénat note que cette pratique serait contraire à l'intérêt de l'enfant et « entraînerait la remise en cause de principes fondateurs du droit de la bioéthique, du droit de la famille et du droit des successions »¹⁴²⁰. Les débats

la question du maintien de l'intangibilité ou de la possibilité d'évolution des principes de protection ne peut se faire sans écoute des philosophes. On retombe alors sur la pluridisciplinarité de la bioéthique », in B. Feuillet, J. Testart, « Bioéthique : droits, valeurs, science », *Constitutions*, 2011, n° 2, p. 167, version électronique, p. 3.

¹⁴¹⁸ Maxime dont un auteur propose qu'elle joue justement s'agissant du transfert d'embryon post-mortem. cf. V. Depadt-Sebag, « La procréation post-mortem », *D.*, 2011, p. 2213, version électronique, p. 3.

¹⁴¹⁹ L'art. L. 2141-2 du Code de la santé publique dispose désormais, dans son second alinéa : « L'homme et la femme formant le couple doivent être vivants, en âge de procréer et consentir préalablement au transfert des embryons ou à l'insémination. Font obstacle à l'insémination ou au transfert des embryons le décès d'un des membres du couple, le dépôt d'une requête en divorce ou en séparation de corps ou la cessation de la communauté de vie, ainsi que la révocation par écrit du consentement par l'homme ou la femme auprès du médecin chargé de mettre en œuvre l'assistance médicale à la procréation ».

¹⁴²⁰ Rapport du Sénat n° 388 déposé par M. Alain Milon, et enregistré à la Présidence du Sénat, le 30 mars 2011, p. 85.

parlementaires, plus riches sur ce point, évoquent des arguments similaires, et le risque que l'enfant soit « désiré comme un remède au deuil »¹⁴²¹. Un auteur a ainsi pu parler de la « ligne très conservatrice »¹⁴²² de cette loi, tandis qu'une autre témoignait « d'un sentiment à tout le moins partagé. On y trouve, comme lors des précédentes révisions, tout et son contraire;... »¹⁴²³.

Aussi, il ne semble pas possible d'affirmer ici qu'il s'agit d'un rejet du principe du consentement, mais bien davantage d'un refus prenant place dans le cadre plus large d'une réflexion sur la structure familiale. Dès lors, le consentement, en tant qu'il permettrait de moduler cette dernière se trouve *de facto* rejeté. Ceci est à mettre en lien avec la problématique du désir, dont on sait qu'elle ne s'accommode pas nécessairement d'un carcan temporel, ce qui montre bien à notre sens la gêne du législateur à appréhender ces questions.

1120. Il semble donc établi que le consentement n'est pas tout puissant, et ne permet donc pas nécessairement de plier le temps à la volonté du sujet, de telle sorte qu'il puisse ainsi parfois prolonger sa volonté au-delà de sa vie. Mais, les hypothèses soulevées jusqu'à présent avaient ceci de commun qu'elles portaient sur un désir de continuation du consentement, de maintien de ce dernier.

Que se passe-t-il dans la situation inverse, c'est-à-dire lorsque le sujet de droit souhaite retirer son consentement ? C'est ce que nous allons voir maintenant.

¹⁴²¹ JO Sénat, séance du 7 avr. 2011. À noter toutefois que ce refus semble s'inscrire également dans la volonté que la famille au sens traditionnel soit préservée. En effet, admettre l'absence du père dans cette situation pourrait amener à s'interroger sur la possibilité de PMA pour des couples de même sexe. C'est ce que paraît évoquer le rapport n°3111 de l'Assemblée Nationale, du 26 janv. 2011, déposé par M. Jean Léonetti, Tome I, p. 59, qui rappelle le principe « un père, une mère, pas un de plus, pas un de moins ». De même, le rapporteur au Sénat évoque, à l'occasion de cette même séance le fait que « le but légitime de l'assistance médicale à la procréation est de donner naissance à l'enfant dans une famille constituée d'un père et d'une mère qui pourront l'élever » (c'est nous qui soulignons).

¹⁴²² A.-M. Leroyer, « Commentaire sur la Loi n° 2011-814 du 7 juill. 2011 relative à la bioéthique (JO 8 juill. 2011, p. 11826) », *RTD civ.*, 2011, p. 603, version électronique, p.2.

¹⁴²³ D. Vigneau, « Les dispositions de la loi "bioéthique" du 7 juill. 2011 relatives à l'embryon et au fœtus humain », *D.* 2011, n° 32, p.2224, version électronique, p. 8.

SECTION 2 : CONSENTEMENT ET RETRAIT DE L'ENGAGEMENT : UNE SUBJECTIVITÉ MALMENÉE

1121.Après avoir envisagé successivement les conditions d'émergence du consentement, ainsi que la manière dont sa vie juridique s'articule ou non avec le vécu biologique concret du sujet, nous pouvons donc conclure cette approche par l'examen des conditions dans lesquelles le consentement en vient à disparaître. Toutefois, cette seule formulation est encore trop large pour ce qui va nous occuper ici. En effet, cette disparition du consentement peut trouver des origines diverses : elle peut aussi bien être le fait de l'auteur du consentement, qui, pour une raison encore à déterminer, décide qu'il ne saurait plus consentir. Mais, une autre hypothèse est tout aussi envisageable, à savoir celle dans laquelle le consentement disparaît non pas du fait d'une variation de la volonté de l'auteur, mais parce que, suite aux agissements d'un autre, le consentement est suffisamment altéré dans sa substance pour être considéré comme atteint. Ceci fera l'objet d'un examen ultérieurement¹⁴²⁴.

1122.Or, cette thématique du retrait de l'engagement ne correspond pas simplement à une exigence juridique, mais fait au contraire partie du cœur même du concept. Comme on l'a montré, la temporalité est essentielle à la compréhension du consentement, en ce que ce dernier entretient des liens profonds avec la promesse et le serment, c'est-à-dire en somme des actes de langage par lesquels on entend plier le temps futur pour le rendre immédiatement présent. Ce que l'on assure ce faisant, c'est la continuité du point d'imputation, ce qui est loin d'être accessoire puisque cela engage en réalité la question de l'identité individuelle¹⁴²⁵. Ce faisant, si le lien entre le consentement et la subjectivité est établi, et que la seconde se dévoile par le premier, alors il est normal que le droit aménage un régime propre à garantir cette variabilité fondamentale de l'opinion comme du désir.

1123.Pour tenter d'en apprécier les contours, on va donc essayer de revenir aux situations et exemples déjà analysés précédemment, afin de les observer à nouveau, mais cette fois sous un prisme différent. Ce faisant, par l'examen de ces concrétisations diverses, nous pourrons

¹⁴²⁴ Sur ce point, cf. *infra*. Partie II, Titre II, Chapitre I, section I.

¹⁴²⁵ Les liens entre consentement et identité personnelle sont absolument essentiels, et mériteraient d'être étudiés en tant que tels. Néanmoins, dans l'espace nécessairement restreint de ce travail, il ne nous a pas été possible de rendre compte de cette recherche.

constater qu'il n'est pas possible de déduire un principe d'ensemble du consentement, qui dépasserait en quelque sorte ses avatars particuliers (§1). De manière analogue, l'étude de la manière dont des événements extérieurs aux parties peuvent affecter le consentement jusqu'à rendre possible son retrait nécessitera quelques développements (§2).

§1 : La révocation du consentement : l'impossibilité de déduire un principe d'ensemble

1124. Au titre de cette variabilité du consentement, on peut envisager une hypothèse principale : celle où, en raison d'un changement quelconque ou particulier, un justiciable qui a donné son consentement décide qu'il est temps pour lui de se désengager de la situation ainsi créée. En effet, si le consentement peut bien être considéré comme une émanation de la subjectivité, dont il doit rendre compte de la manière la plus précise possible, alors cette variation dans la volonté de s'engager devrait trouver un écho dans le régime juridique spécifique au retrait du consentement.

1125. Afin d'apprécier cette idée, nous allons évoquer différentes situations, reprises des développements précédents : la première portera sur la possibilité de retirer son vote, dans l'hypothèse du droit constitutionnel, de telle sorte que le représentant élu se trouve destitué de son mandat (A). La seconde, elle, touche aux engagements contractuels de manière large, suivant qu'un terme est ou non fixé au contrat (B). Puis, nous entreprendrons de confronter cette idée à une situation qui pose de redoutables difficultés pratiques dans le domaine biomédical, à savoir l'assistance médicale à la procréation (C).

A / L'impossibilité de la révocation en droit constitutionnel : illustration du mirage du pouvoir populaire

1126. Ici, nous souhaitons poursuivre le raisonnement commencé plus tôt, et qui portait sur le fait que le dispositif existant en droit constitutionnel a à voir avec un dessaisissement radical de cette particule du pouvoir supposée être la propriété du peuple. C'est en ce sens que l'on essaiera d'étudier la pertinence d'un droit au retrait de ce consentement (1), et ce que son absence peut signifier au regard de la logique du consentement populaire (2).

1 / Révocation du consentement et nature du consentement populaire

1127. Sur ce point, il semble que l'élection épuise, au sens littéral, l'exercice par le peuple de sa capacité à consentir, et ainsi le fantasme de sa puissance. Il ne dispose plus, dans l'ordre juridique français, de la capacité de récupérer ce qu'il a confié. En effet, le droit de révocation de ces élus est totalement absent de cette horlogerie institutionnelle. Une fois investis, les candidats sont temporairement inamovibles dans leur position, et donc garantis d'être (dans) le pouvoir¹⁴²⁶ au moins jusqu'à l'échéance de son renouvellement. Cette fixité des positions traduit bien la répétition du même qu'engendre le système électoral, où les mêmes acteurs jouent les mêmes rôles sur la scène sociale, où chacun connaît sa place comme les mouvements nécessaires à cette représentation.

Or, sur ce point, le droit reste muet car il n'a rien à dire : il n'est pas la démocratie, mais simplement un moyen disponible à l'expression de celle-ci. Sauf à trouver une définition juridique de la démocratie, qui en posant des conditions précises, permettrait d'établir un étalon, une norme à partir de laquelle considérer la validité empirique de l'existant, la démocratie peut donc n'être que représentative, professionnalisée, bien loin de sa version antique, et du « scandale », pour reprendre Jacques Rancière, que représente le gouvernement du peuple par lui-même.

1128. D'une certaine façon, cette impossibilité de révocation renvoie à la problématique constitutionnelle des limites du pouvoir constituant originaire par rapport au pouvoir constituant dérivé. L'essentiel de la controverse porte donc sur le fait de savoir si le peuple peut s'enchaîner par le biais d'une constitution, voire enchaîner ses descendants par le biais de celle-ci. La thématique de la supraconstitutionnalité vient ici logiquement prendre place, puisqu'elle figure cette barrière infranchissable pour le consentement populaire, mais qui, de manière paradoxale, proviendrait justement de ce même consentement initial. Il serait donc possible au peuple de former un consentement commun, qui le lie lui mais également les générations suivantes, et ce sans faculté de retrait.

1129. Cette conception nous paraît absolument critiquable à maints égards. Ainsi, il y a comme une incohérence au sein du système juridique si est reconnue cette capacité du peuple

¹⁴²⁶ Il s'agit ici d'une allusion à Pierre Legendre. Cf. Pierre Legendre, *Jouir du pouvoir...*, précité.

comme masse de s'asservir lui-même, mais que paradoxalement, d'un point de vue individuel, la même application de ce droit est déniée. En effet, à l'occasion des débats entourant les arrêts de la CourEDH portant sur les pratiques sadomasochistes, plusieurs auteurs ont invoqué à l'appui de leur refus d'une telle consécration le fait que la liberté ne saurait être utilisée pour se faire disparaître elle-même, c'est-à-dire que l'on ne saurait user de sa liberté pour se priver de sa liberté, renvoyant ainsi à l'interdiction des pratiques esclavagistes¹⁴²⁷.

1130. Or, n'y-a-t'il pas quelques paradoxes à observer que ce pouvoir serait à la disposition du peuple, tant à l'égard de lui-même, que des justiciables à venir, mais qu'il ne pourrait être mis en œuvre pour un individu, à l'égard de lui-même, dans le temps présent ?

C'est en ce sens qu'au regard de l'approche du consentement que nous défendons, il ne saurait y avoir une quelconque forme de supraconstitutionnalité, c'est-à-dire en somme d'impératif du consentement, puisque celui-ci, en tant que composite, comprend aussi les biens les aspirations et désirs de la collectivité désignée sous le nom de peuple, que, sur le plan de l'accord, l'expression de cette souveraineté tant proclamée. Il faut donc tirer les conséquences logiques de cette affirmation : soit on reconnaît la souveraineté du peuple de manière absolue, lui permettant de se dissoudre dans son acte constituant, ce qui pose alors la question de la détermination du véritable souverain, une fois le peuple défait; soit on reconnaît la souveraineté comme faculté inaliénable, c'est-à-dire que l'accord donné à un instant précis de la chronologie historique peut tout à fait être défait par les récipiendaires actuels de ce pouvoir de consentir.

1131. On pourrait ajouter à cela une comparaison assez illustrative des changements de logique et d'appréciation non justifiés sur le plan logique dans le passage d'une micro-perspective à une macro-perspective. En effet, s'agissant de la liberté individuelle, on verra que le Conseil constitutionnel prohibe tout engagement perpétuel comme contraire à celle-ci, et que cette interdiction prend la forme d'une faculté de résiliation unilatérale dans les contrats à durée indéterminée¹⁴²⁸. Et pourtant, il serait parfaitement compatible avec cette idée le fait

¹⁴²⁷ Il est à noter que l'on peut toutefois y renoncer, de façon temporaire, sans pour autant se soumettre à l'esclavage. Sur la question des pratiques sado-masochistes, cf. *infra*. Partie II, Titre II, Chapitre 3, Section 1, §1, B.

¹⁴²⁸ Sur ce point, cf. *infra*. Partie II, Titre I, Chapitre 2, Section 2, §1, B, 1. On pourrait même ici se risquer à une comparaison entre le droit de rétractation reconnu pour certains contrats dont l'importance paraît telle qu'il se justifie, et la faculté de révocation, donc de retrait du consentement, qui pourrait exister au sein de l'ordre

que le peuple, personne morale, puisse s'enchaîner ainsi, et même lier les générations futures ? Il nous semble donc y avoir ici une incongruité découlant d'une erreur de raisonnement.

1132. En fait, on peut dire qu'il y a bien une supraconstitutionnalité, mais pas telle qu'on l'entend habituellement sous ce terme. Il n'existe pas de principes contenus dans le corps de la constitution, et qui du fait d'une disposition particulière, seraient hors de portée d'une volonté de révision constitutionnelle. Néanmoins, il existe bien une supraconstitutionnalité, qui est en fait l'autre nom de la souveraineté populaire, toujours au-delà de l'acte dans lequel elle se manifeste, et qui peut donc toujours y revenir pour retrancher tel ou tel fragment du texte, voire ce dernier en entier. La supraconstitutionnalité est donc l'autre nom de la souveraineté du peuple des citoyens, en démocratie.

1133. Aussi, les propositions évoquées paraissent d'autant plus éloignées de la réalité de la pratique contemporaine, qu'en plus de ne prendre forme qu'à l'occasion de l'élection, le consentement ainsi exprimé lie véritablement le peuple, en ce qu'il ne lui est pas loisible de dessaisir ceux qu'il a désignés. L'absence de droit de « *recall*¹⁴²⁹ » constitue alors la dernière pierre de l'édifice de contrôle, et de domestication de cette souveraineté posée mais toujours redoutée. Le consentement constitutionnel est donc, pour la période considérée, intangible, inaccessible, matrice d'un pouvoir qui aurait échappé à ses créateurs. C'est en ce sens également que l'on peut comprendre différemment l'interrogation spécifiquement juridique sur la nécessité de contre-pouvoirs, ou, reprenant Montesquieu, que par certaines dispositions le pouvoir arrête le pouvoir.

1134. Ce questionnement est en effet quelque peu vide de sens si l'on admet que ce que le peuple a fait, il peut le défaire à volonté¹⁴³⁰. Ce faisant, cette technique de séparation n'a de

juridique constitutionnel français. Si le critère pertinent est bien celui de l'importance des conséquences du contrat, alors le parallèle peut-être établi. Il ne faut toutefois pas oublier que l'importance considérée dans le cadre du droit de rétractation réside essentiellement dans les conséquences patrimoniales, ce qui ici ne joue guère, et qui pourraient être ici plus graves en raison de la nature politique du champ considéré.

¹⁴²⁹ Que l'on trouve dans 18 États aux États-Unis, mais également dans la Colombie-Britannique. L'introduction du mécanisme au Royaume-Uni est actuellement discutée, avec des propositions venant du Labour, des Conservateurs et des Libéraux-démocrates.

¹⁴³⁰ On retrouve cette idée chez Schmitt, Rousseau, Paine dans sa controverse fameuse avec Burke, mais aussi chez le professeur Beaud. Sur ce point, cf. O. Beaud, *La puissance de l'État*, P.U.F. – Léviathan, 1994, 512 pages ; J.-Ph. Derosier, « Enquête sur la limite constitutionnelle : du concept à la notion », *R.F.D.C.*, 2008/4, n°

sens que relativement à un contexte politique dans lequel le peuple n'a pas de possibilité d'intervenir afin de mettre fin au débat ou conflit. Il ne s'agit pas ici de dire que le peuple devrait chaque fois intervenir, et qu'il n'est pas judicieux de prévoir, au sein du texte constitutionnel, un minimum de mécanismes permettant de dépasser les obstacles éventuels. Néanmoins, s'agissant de la séparation des pouvoirs comme secours théorique contre l'arbitraire du pouvoir, elle n'existe que dans l'absence du peuple-souverain. Elle est en elle-même l'expression d'une souveraineté incertaine, que les différents pouvoirs prétendent à être, sans véritablement y réussir.

C'est en ce sens que l'on ne peut que souscrire à cette affirmation de Georges Washington, dans une lettre à son neveu de 1787¹⁴³¹ : « *The power under the [federal] Constitution will always be in the People. It is entrusted for certain defined purposes, and for a certain limited period, to representatives of their own choosing; and whenever it is executed contrary to their Interest, or not agreeable to their wishes, their Servants can, and undoubtedly will be, recalled.* »

2 / Une méfiance prononcée à l'égard du consentement populaire et de son titulaire

1135. Cette forclusion du peuple témoigne de la méfiance dans laquelle sont tenues ses capacités. Apte à décider pour lui-même, et à s'engager, il ne le serait plus lorsque les enjeux considérés dépassent sa propre personne¹⁴³². Pourtant, cette affirmation souvent reprise demeure rarement explicitée. S'agit-il de désigner l'individu comme inapte à prendre des décisions engageant la collectivité, ou bien est-ce le peuple, en tant que masse, qui est disqualifié ? Suivant la réponse apportée à cette question, les conséquences varient grandement.

S'il s'agit de l'individu en tant que tel, qui en raison d'un manque d'éducation ou de connaissance dans les affaires considérées, ne peut prétendre à décider pour le plus grand nombre, comment expliquer que ce souci de la compétence ne se retrouve pas dans les conditions pour être éligibles ? Si le constituant avait entendu spécifier que seuls certains individus pouvaient prétendre à telle fonction, ne peut-on penser qu'il

76, p. 785-795 ; A. Le Pillouer, « « De la révision à l'abrogation de la constitution » : les termes du débat », *Jus Politicum*, n°3, 2009, version électronique, 20 pages.

¹⁴³¹ Cité in M. Kammen, *Sovereignty and Liberty: Constitutional Discourse in American Culture*, University of Wisconsin Press, 1989, p. 24.

¹⁴³² C'est en ce sens que l'on peut émettre l'hypothèse qu'il conserve bien le mythique droit de résistance à l'oppression, qui peut ne concerner que sa seule survie, et non directement le corps social en lui-même.

aurait inscrit cela dans le texte constitutionnel, ou qu'il aurait délégué cette tâche au législateur ? À suivre l'adage *ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus*, on en arrive à dire que puisque l'individu est suffisamment capable pour être élu, la somme de cette masse d'individus devrait également être considérée comme capable de se prononcer sur les questions qui lui sont posées, et donc pouvoir tant être consultée par référendum, que prendre elle-même l'initiative de la question ou de la révocation d'un élu.

De fait, la relation du consentement en matière constitutionnelle et de la temporalité permet d'illustrer et de caractériser de manière précise la place accordée cette fois à l'expression de la liberté collective. Le consentement apparaît donc comme ce qui permet de déclinier l'analyse de la capacité au plan individuel, à l'échelle de son agir propre, mais également sur le plan collectif au travers du vote. On mesure donc bien à quel point la métaphore du contrat social est aujourd'hui détournée de son sens. Ce dont il s'agit dans le cas de la votation est bien un simple accord, caricature de la logique contractuelle à laquelle il emprunte, et qui cette fois, ne souhaite surtout pas avoir à faire avec une prise en compte *in concreto*. C'est donc sous la forme d'un blanc-seing que s'illustre le consentement constitutionnel, d'un accord dont la portée paraîtrait, au plan purement individuel, presque impossible tant elle est potentiellement porteuse d'asservissement.

De ce point de vue, la crise financière qui a traversé les pays de l'Union européenne pendant l'année 2011 illustre parfaitement cet état de fait. L'émotion suscitée par le simple fait que le Premier Ministre grec souhaite interroger directement son peuple, à l'égard d'une décision qui concerne véritablement l'ensemble des Grecs, et qui ne pouvait en aucune façon être considérée comme prévisible au moment de la désignation de celui-ci, achève d'illustrer la réalité de la pratique du vote. En effet, à cette occasion, la quasi-intégralité de la classe politique européenne s'est violemment insurgée contre cette idée, et ce pour différentes raisons. La première invoquée consistait à dire que les chefs d'États européens avaient eux-mêmes, par leur décision individuelle, choisi d'engager l'ensemble de leur population, et d'assumer les conséquences de leur choix, sans avoir recours au référendum. Ce dernier n'était donc pas nécessaire; Le second argument invoqué portait sur la définition de la démocratie induite par cette volonté de référendum. Or, tant le premier argument que le second sont peu probants.

1136. Ainsi, le fait que les différents chefs d'État n'ont pas eux-mêmes pris le soin d'interroger leurs peuples ne disqualifie en rien l'idée qu'un autre puisse en décider autrement. Donc, à opposer ces deux modes de décision, on pourrait parfaitement arriver à la conclusion exactement inverse, à savoir que c'est bien le référendum qui est la solution adéquate, et qu'il faut donc en organiser également dans les autres pays concernés. Enfin, s'agissant de la définition du régime en place, on a pu voir des représentants politiques français énoncer ouvertement que la démocratie s'exprime tout entière lorsque le peuple vote lors des élections pour se choisir des représentants. Étrange conception donc, qui viserait à assimiler la démocratie représentative à la démocratie en tant que concept, manifestant ainsi une opération partisane et idéologique.

De fait, et à la suite de l'abandon du projet de référendum par le pays concerné, il est possible de préciser davantage ce en quoi consiste à la fois la démocratie, et donc la souveraineté populaire. Le rejet de la logique référendaire contribue ainsi à accentuer l'idée selon laquelle la temporalité du vote s'exprime de manière unique à l'occasion des élections. Il ne faut donc pas compter, ni sur une possibilité de remettre en cause le résultat des élections par le biais d'un droit de révocation des élus, ni même envisager que le peuple puisse être amené à prendre part, de manière plus directe, au gouvernement des affaires de la cité. Le fait que cette précision des contours concrets des concepts utilisés, et donc à notre sens du déni démocratique, est apparue dans le pays qui a vu naître la démocratie, est au mieux, un pied de nez de l'histoire, au pire d'une ironie cruelle pour tous ces souverains défaits.

La démocratie est donc, dans sa forme contemporaine, le régime caractérisé par l'organisation ponctuelle d'élections à l'occasion desquelles le peuple s'illusionne sur une souveraineté fantasmée qui disparaît dans le mouvement qui la constitue. On est donc bien en face de ce que le philosophe Sheldon Wolin a appelé « *managed democracy* », qu'il définit comme « *a political form in which governments are legitimated by elections that they have learned to control* »¹⁴³³.

1137. Qu'en est-il alors s'agissant cette fois des engagements contractuels au sens strict ? C'est ce que nous allons tenter d'observer.

¹⁴³³S. Wolin, *Democracy incorporated : Managed Democracy and the Specter of Inverted Totalitarianism*, éd. Princeton University Press, 2010, p. 47.

B / Consentement et résiliation face aux engagements contractuels

1138. S'agissant du consentement dans sa dimension temporelle, le droit des obligations propose un encadrement tout à fait spécifique : premièrement, afin de protéger son intégrité, il prohibe les engagements perpétuels (1), et permet le retrait du consentement lorsque le contrat conclu ne dispose pas d'un terme défini au contrat (2). Du côté du droit administratif, on trouve certes un mécanisme de résiliation unilatérale, mais il est le propre de l'administration partie au contrat, et donc, de peu de lien avec la subjectivité individuelle (3).

1 / Consentement et temporalité en droit des obligations : l'impossible consentement perpétuel

1139. La question de la temporalité¹⁴³⁴ dans la matière contractuelle est une question essentielle, mais qui se trouve souvent abordée selon des approches différentes. Ainsi, les travaux abondent s'agissant du moment de formation du contrat, au travers de la controverse devenue célèbre entre théorie de la réception et théorie de l'émission¹⁴³⁵. Mais le temps est également appréhendé au regard des conséquences qu'il produit sur la prestation objet du contrat, ce qui caractérise la théorie de l'imprévision. Cette césure à trois temps touche, dans sa dernière formulation, au terme du contrat¹⁴³⁶.

Dans ce domaine, le principe est relativement simple¹⁴³⁷ : soit un terme est prévu au

¹⁴³⁴ Pour une approche en terme général sur ce point, et dans la matière civiliste, cf. P. Hébraud, « Observations sur la notion de temps dans le droit civil », in *Études offertes à P. Kayser*, PUAM, 1979, Tome II, p. 1 et s.; A. Cabanis, « L'utilisation du temps par les rédacteurs du Code civil », in *Mélanges offertes à P. Hébraud*, Université des sciences sociales de Toulouse, 1981, p. 171 et s.; E. Putman, « Le temps et le droit », in *Dr. et patrimoine*, 2002, n° 78, p. 43 et s.; M. Bordeaux, « La grille du temps : approche lexicale du temps des lois (Code civil, 1804) », *Langages*, 12e année, n° 53, 1979, pp. 103-116; O. Camy, « Présence irréaliste du droit. À propos de la temporalisation du droit », *R.I.E.J.*, Bruxelles, 1998, n° 41, qui propose d'appliquer la mécanique quantique au temps du droit (!); Pour une étude très approfondie de la notion, cf. M. Cresp, *Le temps juridique en droit privé, essai d'une théorie générale*, Thèse pour le doctorat en droit, Univ. Montesquieu-Bordeaux IV, 2010, 547 pages.

¹⁴³⁵ Sur ce point, cf. par exemple S. Dumond, *La date et le contrat*, thèse pour le doctorat en droit privé, Université Jean-Moulin Lyon 3, 2003; Laurence Attuel-Mendès, thèse précitée, p. 62-68; Gwennhaël François, thèse précitée, p. 85-99.

¹⁴³⁶ Cf. à titre d'illustration : C. Bloud-Rey, *Le terme dans le contrat*, thèse pour le doctorat en droit, éd. PUAM, 2003, préf. Pierre-Yves Gautier; T. Bonneau, « La durée dans les contrats », *JurisClasseur Contrats et distributions*, 1990, fasc. 70; I. Pete, *La durée d'efficacité du contrat*, thèse pour le doctorat en droit, Université Montpellier I, 1984; Y. Al Suraihy, *La Fin du contrat de franchise*, thèse pour le doctorat en droit, Université de Poitiers, 2008, éd. Éditions universitaires, 2010, 462 pages.

¹⁴³⁷ Du fait du lien entre temps et consentement, nous n'étudierons pas ici la problématique de la condition

contrat, soit la durée n'est pas fixée.

Lorsque le terme est fixé, qu'il soit certain ou incertain¹⁴³⁸, sa réalisation emporte la résiliation du contrat lorsqu'il s'agit d'un terme extinctif. Toutefois, une question demeure, à savoir s'il est possible que le terme incertain puisse être fixé à la convenance d'une partie, c'est-à-dire que ce soit elle qui décide de la survenance du terme. De ce point de vue, on se rapproche de la condition potestative, prohibée en principe¹⁴³⁹. Il semble pourtant qu'en jurisprudence, cette condition est admise¹⁴⁴⁰, même si la fixation d'un point de référence indépendant des parties est quelquefois exigée¹⁴⁴¹.

La situation est radicalement différente lorsque le terme n'est pas prévu, ou qu'il est considéré comme excessif de la part du droit. En effet, le principe applicable en la matière est celui de la prohibition classique des engagements perpétuels¹⁴⁴². Cette prohibition¹⁴⁴³ concerne tout type de contrat, c'est-à-dire aussi bien les contrats de société¹⁴⁴⁴, que les contrats de bail, de prêt, etc. Ainsi, la durée maximum d'une convention, qu'il s'agisse d'un bail emphytéotique ou d'un contrat de société, est de 99 ans¹⁴⁴⁵. D'après certains auteurs, cette durée s'explique par le fait que les rédacteurs du Code auraient été hostiles à ce que l'on s'engage sur plus de trois générations.

Il n'en reste pas moins donc que le Code fixe ainsi un horizon temporel au consentement, c'est-à-dire une borne au-delà de laquelle il lui faut se renouveler pour pouvoir

suspensive ou résolutoire, en ce sens qu'une fois établie conventionnellement, le consentement des parties ne joue plus à cet égard.

¹⁴³⁸ La différence d'appréciation se situe dans la connaissance précise de la date à laquelle le terme va se réaliser. Sur ce point, cf. Y. Buffelan-Lanore, précité, § 508, p. 171; Ph. Malaurie, L. Aynès, Ph. Stoffel-Munck, précité, § 1218, p. 704.

¹⁴³⁹ C. civ. art. 1174 : « Toute obligation est nulle lorsqu'elle a été contractée sous une condition potestative de la part de celui qui s'oblige ».

¹⁴⁴⁰ Même si la jurisprudence n'est pas toujours constante. Cf. Cass. civ. 1^{ère}, 13 déc. 2005, bull. Civ. I, n°489, *RTD civ.* 2005.315, obs. J. Mestre et B. Fages, cité in Ph. Malaurie, L. Aynès, Ph. Stoffel-Munck, note n°7 p. 704.

¹⁴⁴¹ Ainsi, par exemple, l'article L. 1242-7 du Code du travail prévoit que le contrat peut dans certaines hypothèses ne pas contenir de terme précis lorsqu'il est conclu. Dans ces hypothèses là, le contrat a pour terme l'absence de la personne remplacée ou la réalisation de l'objet pour lequel il a été conclu, et le contrat doit avoir par ailleurs une durée minimale. Pour une illustration, cf. Cass. soc., 6 oct. 2010, n°09-65.346, dans lequel le juge exige, pour un contrat de vendanges, une durée minimale, la seule mention de « la fin des vendanges » ne remplissant pas cette condition.

¹⁴⁴² C. civ., art. 530, 619, 1709 et 1780 al. 1 ; cf. également J. Mestre, B. Fages, « La perpétuité est toujours prohibée », note sous Civ. 1^{ère}, 19 mars 2002, n° 99-21.209, *RJDA*, 2002, n° 589, *RTD civ.*, 2002, p. 510.

¹⁴⁴³ Ceci ne signifie pas pour autant que la perpétuité est interdite en tant que telle. Ainsi, il peut exister des obligations perpétuelles, comme les servitudes perpétuelles, attachées non à une personne, mais à un bien.

¹⁴⁴⁴ Sur ce point, cf. Rémy Libchaber, « Réflexions sur les engagements perpétuels et la durée des sociétés », *Rev. sociétés*, 1995, p. 437 et s., dans lequel l'auteur critique l'idée d'une prohibition générale de la perpétuité, ou d'une hostilité du droit français sur ce point.

¹⁴⁴⁵ C. civ., art. 1835 et 1838.

toujours prétendre à la validité. Ainsi à côté des contrats pour lesquels le droit prévoit une durée minimale¹⁴⁴⁶ ou maximale¹⁴⁴⁷ subsiste un indépassable de la volonté, au travers de ces 99 ans.

Cette interdiction de l'engagement perpétuel trouve sa source, selon la doctrine, dans la préservation de la liberté humaine, et particulièrement la liberté individuelle¹⁴⁴⁸. Pour d'autres auteurs, elle dérive également de la sauvegarde de la liberté de la concurrence¹⁴⁴⁹, qui se trouverait entravée si la durée du contrat était trop importante¹⁴⁵⁰.

1140. Cette position nous paraît pertinente au regard du consentement, puisque si l'on peut supposer ce dernier fixe sur une période relativement réduite, il nous paraît erroné d'évoquer le même principe pour une durée indéfinie et qui tendrait à la perpétuité. Toutefois, on peut dès à présent remarquer l'écart qui existe, a priori, entre ce chiffre de 99 ans, et la prétention à ce qu'il soit défini de telle sorte qu'il ne contrarie pas la liberté individuelle. Malgré l'augmentation de l'espérance de vie, il est à prévoir que peu sont ceux qui peuvent prétendre à exercer le commerce juridique pendant 99 ans. C'est pourquoi le droit a introduit un mécanisme spécifique¹⁴⁵¹ dans les contrats à durée indéterminée, au travers de la faculté de résiliation unilatérale.

1141. Celle-ci est jugée si essentielle qu'elle a été constitutionnalisée par le Conseil

¹⁴⁴⁶ Le bail rural ordinaire doit ainsi durer au moins 9 ans (C. rur. art. L.411-5), la concession immobilière vingt ans (L. n°67-1253 du 30 déc. 1967, art. 48, § 1er, D. 1968.58), etc., cité in Louis Boyer, « Contrats et conventions », *Rép. civ. Dalloz*, 1993, §321, p. 39. De manière analogue, le bail emphytéotique est conclu pour une durée minimale de 18 ans.

¹⁴⁴⁷ Pour la vente à réméré, cf. C. civ. art. 1660 al. 1, qui prévoit une durée maximale de 5 ans ; Le contrat de travail à durée déterminée est conclu pour une durée maximale de 18 mois, sauf cas particuliers prévus par le Code. cf. C. trav. art. L1242-8, etc.

¹⁴⁴⁸ H., L. et J. Mazeaud et F. Chabas, *Leçons de droit civil*, Tome 2 : « Obligations, Théorie générale », éd. Montchrestien, 1998, n° 728; Ph. Malaurie, L. Aynès, Ph. Stoffel-Munck, n°418, p. 209; F. Rizzo, « Regard sur la prohibition des engagements perpétuels », *Dr. et patrimoine*, 2000, n° 78, p. 60 et s., spécifiquement, p. 66.

¹⁴⁴⁹ F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, *Droit civil – Les obligations*, éd. Dalloz Sirey, coll. Précis Dalloz, 2009, §300 ; L. et J. Vogel, « Vers un retour des contrats perpétuels ? Évolution récente du droit de la distribution », CCC août-sept. 1991. 1), cité in Cécile Chabas, « Résolution – résiliation », *Rép. civ. Dalloz*, 2010, § 269, p. 37.

¹⁴⁵⁰ En effet, l'une des hypothèses de la concurrence pure sur marchés parfaits qui sert de référence théorique à l'économie actuelle consiste à la liberté d'entrée et de sortie des opérateurs sur le marché, et ce sans coût. Pour une radicalisation de cette position, on pourra se référer à la théorie des marchés contestables, élaborée par Baumol, Panzar et Willig en 1982.

¹⁴⁵¹ Même si la question d'une telle faculté en matière de contrat à durée déterminée est aujourd'hui envisageable au regard de la jurisprudence. Sur ce point, pour la résolution cf. C. Jamin, « L'admission d'un principe de résolution unilatérale du contrat indépendant de la durée », *D.* 2001, p. 1568 ; S. Amrani-Mekki, « La résiliation unilatérale des contrats à durée déterminée », *Defrénois*, 30 mars 2003, n°6, p. 369.

Constitutionnel¹⁴⁵² lors de son examen de la loi sur le PACS. Celui a en effet énoncé à cette occasion que « si le contrat est la loi commune des parties, la liberté qui découle de l'article 4 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 justifie qu'un contrat de droit privé à durée indéterminée puisse être rompu unilatéralement par l'un ou l'autre des contractants, l'information du cocontractant, ainsi que la réparation du préjudice éventuel résultant des conditions de la rupture, devant toutefois être garanties ».

Dès lors, lorsqu'un contrat est à durée indéterminée, les deux parties possèdent en principe la faculté de pouvoir résilier celui-ci à tout moment¹⁴⁵³. Toutefois, dans un souci évident de protection de la partie considérée comme vulnérable, ou plus faible que son cocontractant, de plus en plus de situations se caractérisent par une forme de non-réciprocité dans l'usage de cette faculté. Ainsi, s'agissant du contrat de travail à durée indéterminée, le salarié est libre de démissionner à tout moment, tandis que l'employeur doit justifier d'une cause réelle et sérieuse au licenciement. La même logique s'applique s'agissant du bail, qu'il soit à usage d'habitation ou commercial¹⁴⁵⁴.

Cette solution, profondément respectueuse du consentement, aboutit à ce paradoxe qu'au regard de celui-ci, il paraît plus opportun de ne pas préciser de terme dans la convention, afin de pouvoir se désengager quand on le souhaite, plutôt que de fixer un terme précis, qui peut-être soit trop court, soit trop long au regard des résultats escomptés. Cela est peut-être à mettre en lien avec le terme même de durée indéterminée, puisque comme on l'a vu, cette caractéristique constitue probablement la description la plus fidèle de la temporalité du consentement lorsqu'il se conjugue au futur.

2 / Consentement et résiliation des contrats à durée indéterminée : l'absence de contrôle des motifs

1142. Cette proposition se trouve encore renforcée lorsque l'on évoque la manière dont cette

¹⁴⁵²Cons. const.. déc. n° 99-419 DC du 9 nov. 1999, JO 16 nov., *RTD civ.* 2000.109, obs. J. Mestre et B. Fages.

¹⁴⁵³La jurisprudence sur ce point est abondante et constante : Civ. 1re, 13 mai 1997, n° 95-13.637, *RJDA* 1997, n° 871; Com. 26 janv. 2010, n° 09-65.086. – Civ. 1^{ère}, 21 févr. 2006, n° 02-21.240, *CCC* 2006. Comm. 99, obs. L. L.; *RLDC* 2006/26, obs. J. Mestre ; *RLDC* 2006/ 27, n° 2037 ; *JCP E* 2007. 1348, n° 5, obs. D. Mainguy. – 3 févr. 2004, n° 01-16.740. – 5 févr. 1985, *Bull. civ. I*, n° 54, p. 52, *RTD civ.* 1986. 505, obs. P. Rémy; *RTD civ.* 1986. 105, obs. J. Mestre.

¹⁴⁵⁴Étant entendu que ce dernier bénéficie également du droit au renouvellement, ce qui ne fait qu'accentuer la dissymétrie des parties au profit du locataire.

rupture doit s'effectuer¹⁴⁵⁵. En effet, la question principale ici est celle de l'éventuel contrôle des raisons, c'est-à-dire des motifs pour lesquels la résiliation serait effectuée. Sur ce point, et de jurisprudence constante, la Cour de cassation a définitivement tranché la question : il ne saurait être question d'un contrôle des motifs. Ainsi, la Chambre commerciale a-t-elle rappelé très récemment qu'« en l'absence de disposition légale particulière, toute partie à un contrat à durée indéterminée peut, sans avoir à motiver sa décision, mettre fin unilatéralement à celui-ci, sauf à engager sa responsabilité en cas d'abus »¹⁴⁵⁶. Quelque temps plus tôt, elle avait déjà déclaré que « celui qui use de son droit de résilier un contrat à durée indéterminée dans le respect des modalités prévues par celui-ci n'a pas à justifier d'un quelconque motif »¹⁴⁵⁷.

Toutefois, ce principe ne vaut que lorsque la loi n'est pas venue instituer un régime spécifique soulignant un éventuel déséquilibre contractuel, tel celui opposant le salarié à l'employeur. En effet, dans cette hypothèse, une des parties voit sa faculté contrôlée par le juge, justement au titre des motifs¹⁴⁵⁸. C'est pourquoi une partie de la doctrine¹⁴⁵⁹ est favorable à la reconnaissance d'une obligation de motivation de la résiliation lorsque les relations sont marquées par le déséquilibre¹⁴⁶⁰.

1143. Si cette proposition paraît intéressante, du point de vue du rétablissement d'une forme d'équilibre contractuel, elle est selon nous lacunaire sur au moins un point. Il reste en effet à définir comment un tel déséquilibre doit être entendu, pour ensuite dresser une liste qui se révélera nécessairement arbitraire dans le champ d'application qu'elle prévoit. Pourquoi réserver ceci au contrat de travail, et ne pas l'étendre aux contrats de consommation ? Le professeur Chabas précise la nécessité selon elle que ces contrats soient de longue durée, peut-

¹⁴⁵⁵ Voir par exemple, J. Mestre, Des conditions d'exercice de la résiliation unilatérale, *RTD civ.*, 1996, p. 904.

¹⁴⁵⁶ Cass. Com, 26 janv. 2010, n° 09-65.086. cf. D. Mazeaud, « Rupture unilatérale du contrat : encore le contrôle des motifs ! », *D.* 2010, p. 2178.

¹⁴⁵⁷ Cass. Com, 10 nov. 2009, n° 08-21.175, cité in C. Chabas, précité, § 306, p. 41.

¹⁴⁵⁸ C. trav., art. L. 1232-1 pour le licenciement pour motif personnel et C. trav., art. L. 1233- 2 pour le licenciement économique.

¹⁴⁵⁹ M. Fabre-Magnan, « Pour la reconnaissance d'une obligation de motiver la rupture des contrats de dépendance économique », *RDC*, 2004, p. 573. – T. Revet, « Les apports au droit des relations de dépendance », in *La Détermination du prix : nouveaux enjeux un an après les arrêts de l'assemblée plénière*, éd. Dalloz – Sirey, coll. Thèmes et Commentaires, 1997, et « L'obligation de motiver une décision contractuelle unilatérale, instrument de vérification de la prise en compte de l'intérêt de l'autre partie », *RDC*, 2004, 579, cité in C. Chabas, précité, § 309, p. 41. Cf. également, B. Le Bars, « La résiliation unilatérale du contrat pour cause d'intérêt légitime », *D.* 2002, p. 381.

¹⁴⁶⁰ On peut remarquer à cet égard le contrôle existant, en droit social, s'agissant de la prise d'acte. Celle-ci aboutit en effet à ce que le juge contrôle les motifs de cette dernière, qui s'ils sont avérés, aboutiront à un licenciement sans cause réelle et sérieuse. Dans le cas contraire, la prise d'acte produira les effets d'une démission à l'égard du salarié.

être afin de marquer encore davantage le déséquilibre en l'inscrivant dans le registre de la dépendance. On pourrait néanmoins rétorquer à cela qu'une entreprise est aussi dépendante des contrats pour la continuation de son activité, qu'elle l'est pour le démarrage de celle-ci, et que dès lors, la durée ne fait qu'accentuer cette position de dépendance. Il semble bien que ce qui est visé ici est l'abus d'un tel droit, c'est-à-dire le caractère purement discrétionnaire, indépendamment des conséquences sur le cocontractant. De ce point de vue, le contrôle des motifs ne constituerait qu'une forme élargie de la notion d'abus, dont la détermination reste parfois délicate¹⁴⁶¹. À cela s'ajoute le fait qu'un contrôle généralisé des motifs en droit des obligations produirait une conséquence d'ordre systémique, et non simplement circonstancielle. En effet, si les motifs menant à se désengager devenaient suffisamment importants pour devoir être examinés par le juge, ne faut-il pas prévoir également que par une forme de parallélisme, cette nouveauté contamine également le moment de la formation du contrat ?

1144. Mais, ce contrôle des motifs revient-il à confronter les raisons alléguées par la partie entendant procéder à la résiliation à un référent objectif, abstrait, en la forme du *bonus pater familias*, ou bien au sujet lui-même ? La question ici posée est donc bien celle de l'étalon à partir duquel s'établit la référence. Or, en la matière, le précédent donné par le droit du travail tend à orienter l'appréciation vers le versant objectif, puisque la cause du licenciement doit être objective¹⁴⁶², et non reposer simplement sur la perception de l'employeur.

1145. Présentée ainsi, l'opposition tend à devenir binaire, comme si subjectivité et contrôle s'opposaient nécessairement. Cela tient à notre sens au désir et à la volonté de systématisation qui animent la doctrine, et qui la poussent à vouloir déterminer un régime nécessairement commun entre des situations qui ne peuvent appeler que des solutions contrastées et différenciées. Il ne nous paraît dès lors pas opportun de choisir de manière définitive une approche plutôt qu'une autre, puisque tant l'objectivité que la subjectivité peuvent trouver chacune leur limite. Ainsi, si le contrat est effectivement déséquilibré, il importe que soit prise

¹⁴⁶¹ Ainsi des juridictions inférieures ont annulé des conventions au titre de l'abus de droit, au motif que la résiliation n'aurait pas été accompagnée de justes motifs, avant que cette solution soit annulée en cassation. cf. Cass. Com, 10 nov. 2009, n°08-21.175, et C. Chabas, précité, § 317, p. 42.

¹⁴⁶² Cass. Soc, 29 nov. 1990, qui déclare « qu'un licenciement pour une cause inhérente à la personne doit être fondé sur des éléments objectifs; que la perte de confiance alléguée par l'employeur ne constitue pas en soi un motif de licenciement ». Solution confirmée par Cass Soc, 16 juin 1993, et Cass. Soc, 29 mai 2001.

en compte cette disparité entre les contractants, pour éviter que l'un soit soumis à l'arbitraire de l'autre. Mais cette position est en elle-même une régression, puisqu'elle suppose que la caractéristique du déséquilibre sera évidente à qui voudra en juger. Or, là encore, s'agit-il d'apprécier celui-ci de manière objective ou subjective ?

1146. C'est en ce sens que l'on retrouve la fonction première du juge, ainsi que la thématise Gilles Deleuze, à savoir que faire du droit, c'est résoudre des cas. De fait, ce n'est que de cela dont il s'agit ici. Aussi, le contrôle des motifs de la résiliation paraît pertinent dans certaines occurrences, et préjudiciables dans d'autres. De ce point de vue, les grandes divisions opérées par le droit contemporain sont peut-être les tentatives les plus pertinentes de résolution de cette antinomie, au travers des présomptions posées. Ainsi, le consommateur est présumé plus ignorant que ne l'est le professionnel, le salarié plus dépendant que l'employeur, le producteur moins puissant que la centrale d'achat, etc. C'est donc par le biais d'une appréciation sans cesse renouvelée, d'une remise perpétuelle de l'étoffe juridique sur son métier à tisser que peut s'accomplir, à notre sens, cette prise en compte des situations singulières, et du gradient à partir duquel une protection s'impose ou non. Ce sont bien les formules générales qui ici pèchent par l'automatisme de leur application.

1147. On va pouvoir, à compter de maintenant, confronter les éléments relatés au régime existant au sein du droit administratif.

3 / Consentement et droit de résiliation unilatérale : la primauté administrative

1148. La situation en matière contractuelle est différente en droit administratif. Ceci s'explique aisément si l'on veut bien revenir à l'arrêt Blanco, qui inaugure la spécificité du droit administratif en raison des intérêts spécifiques dont l'administration a la charge. La verticalité inhérente au droit administratif, qui vise à assurer la primauté de l'intérêt général¹⁴⁶³, mais aussi de la souveraineté étatique, a toujours servi à instaurer un régime quasi-ontologiquement inégalitaire par rapport au droit privé.

¹⁴⁶³ Pour une étude récente sur ce thème, avec une vision critique de la nouvelle définition proposée par la jurisprudence de l'intérêt général du fait de l'influence du principe de concurrence : F. Gartner, « Des rapports entre contrats administratifs et intérêt général », *RFDA*, 2006, p. 19.

1149. Ainsi, dans le contrat administratif, il est de jurisprudence constante que « l'administration a toujours le droit de procéder à la résiliation unilatérale des contrats administratifs, indépendamment de toute faute de ses cocontractants »¹⁴⁶⁴. Cette capacité est souvent rattachée aussi bien à l'intérêt général, qu'il s'agit de préserver, qu'au principe de mutabilité de l'action administrative¹⁴⁶⁵, qui explique également le pouvoir de modification unilatérale reconnu à l'administration¹⁴⁶⁶. Posé par l'arrêt Distillerie Magnac-Laval¹⁴⁶⁷, ce principe n'a depuis lors presque jamais été démenti, tant par la doctrine majoritaire¹⁴⁶⁸ que par la jurisprudence¹⁴⁶⁹. Ce pouvoir se décompose en réalité en deux situations distinctes, selon que l'on envisage soit la résiliation-sanction, qui comme son nom le suggère vient à la suite d'un manquement du cocontractant, et la résiliation du contrat dans l'intérêt général qui nous intéresse davantage ici.

1150. Ce pouvoir est d'une telle importance que toute clause contraire est réputée non écrite par le juge administratif¹⁴⁷⁰. Toutefois le cocontractant n'est pas soumis ici à l'arbitraire le plus total de la part de l'administration, puisque d'une part, cette résiliation doit être motivée par l'intérêt général, et d'autre part elle ouvre droit pour lui à une indemnisation financière. Toutefois, jusqu'à très récemment, le juge administratif refusait par principe, sauf exceptions¹⁴⁷¹, de se reconnaître le pouvoir d'annuler les mesures prises par l'administration,

¹⁴⁶⁴ G. Lebreton, *Droit administratif général*, précité, §197, p. 305.

¹⁴⁶⁵ Pour un exemple : J.-P. Markus, « Le principe d'adaptabilité : de la mutabilité au devoir d'adaptation des services publics aux besoins des usagers », *RFDA*, 2001, p. 589; J.-F. Brisson, A. Rouyère, *Droit administratif*, éd. Montchrestien, coll. Pages d'amphi, 2004, p. 289 qui voit dans l'arrêt Compagnie nouvelle du Gaz de Déville-lès-Rouen une annonce de l'arrêt de 1958.

¹⁴⁶⁶ J. Waline, *Droit administratif*, Précis Dalloz, 22e éd., 2008, § 456, p. 440.

¹⁴⁶⁷ CE Ass., 2 mai 1958, Distillerie de Magnac-Laval, *Rec. Lebon* p. 246, concl. Kahn, *AJDA*, 1958, p. 282, *D.* 1958, p. 731, note A. de Laubadère.

¹⁴⁶⁸ Ce pouvoir a été contesté s'agissant des concessions de service public par J. Dufau, « Le pouvoir de modification unilatérale de l'Administration et les contrats de concession de service public », *AJDA*, 1955, n° 1, p. 65.

¹⁴⁶⁹ CE Ass, 2 Fév. 1987, Soc. TV6, n° 81131, 82432, 82437 et 82443, *Rec. Lebon* p. 29, *RFDA*, 1987, p. 29, concl. Fornacciari, *AJDA*, 1987, 314, chron. Azibert et de Boisdeffre ; CE, 22 avr. 1988, Soc. France 5 et Association des fournisseurs de la Cinq, n° 86241, 86242 et 88553, *Rec. Lebon* p. 157, *AJDA*, 1988, p. 540; CE, 21 déc. 2007, Région du Limousin, n° 293260, *Rec. Lebon* p. 534, *AJDA*, 2008, p. 481, note Dreyfus. À noter également que tant que le Conseil constitutionnel (Cons. const., déc. N° 84-185 DC du 18 janv. 1985) que la Cour européenne des droits de l'homme (CourEDH, 9 déc. 1994, Aff. Raffineries grecques Stran et Stratis Andreadis c/ Grèce) ont admis le fait que la stabilité contractuelle devait laisser le pas à l'intérêt général.

¹⁴⁷⁰ CE, 6 mai 1985, Association Eurolat, *Rec. Lebon* p. 141, concl. Genevois, *RFDA*, 1986, p. 21, *AJDA*, 1985, p. 620, Note Fatôme et Moreau.

¹⁴⁷¹ Telles par exemple les concessions de service public (CE, 8 fév. 1878, Pasquet, req. n°50726, *Rec. Lebon* p. 128), les conventions d'occupation du domaine public (CE sect. 13 juill. 1968, Société Établissements Serfati, req. n° 7316, *Rec. Lebon* p. 436) ou les autorisations d'émettre (CE 25 nov. 1998, Compagnie luxembourgeoise de télédiffusion, req. n° 172407, *Rec. Lebon* p.443, *AJDA* 1999. 54, concl. D. Chauvaux ; *D.* 1999 p.28), etc.

telle une résiliation pour motif d'intérêt général¹⁴⁷². Bénéficiant de ce qu'un membre du Conseil a qualifié « d'immunité juridictionnelle relative »¹⁴⁷³, depuis la décision Goguelat¹⁴⁷⁴, le juge ne pouvait jusqu'à présent que condamner l'administration au paiement d'une indemnité¹⁴⁷⁵. Depuis la décision dite Commune de Béziers II¹⁴⁷⁶, le juge du contrat, ou s'il s'agit d'une procédure d'urgence, le juge des référés, peuvent se prononcer sur le rétablissement du lien contractuel¹⁴⁷⁷.

1151. Au regard du consentement, la pratique administrative se manifeste comme différente du droit civil. Néanmoins, l'appréciation à porter sur cette différence est rendue nécessairement plus délicate par le fait que l'on n'a pas ici affaire à deux personnes privées physiques, mais à au moins une personne morale, en l'occurrence l'administration. Dès lors, l'artifice que suppose cette structure rend délicate toute appréhension en termes de sentir-avec. Sur le même registre, le fait que l'un des contractants puisse s'extraire de la relation contractuelle apparaît comme conforme à ce que le consentement envisagé comme sentir-avec pourrait produire comme conséquence. Toutefois, à la différence du droit civil, l'atteinte à la sécurité juridique est ici éclipsée par le bénéfice escompté au titre de l'intérêt général, qui fait office de principe justificatif. Dès lors, le changement récent apporté par la jurisprudence Commune de Béziers II apparaît comme paradoxal, puisqu'il permet à un contractant d'échapper à l'éventuel arbitraire de l'administration, mais ceci, par le sacrifice du consentement de la personne publique.

1152. Il semble donc y avoir un mouvement inverse à celui du droit privé. En effet, celui-ci tend à accorder une place de plus en plus grande au consentement des deux parties, au travers de l'obligation de renégociation qui peut ne pas aboutir, et ainsi entraîner la résiliation du contrat¹⁴⁷⁸. En droit administratif, de manière inverse, ce qui est recherché est bien la continuation du contrat, et ce alors même qu'une volonté contraire a été émise au travers de la

¹⁴⁷² G. Lebreton, précité, § 300, p. 463.

¹⁴⁷³ A. Lallet, « Résilier n'est pas jouer : l'action en reprise des relations contractuelles », *AJDA*, 2011, p. 670.

¹⁴⁷⁴ CE, 20 févr. 1868, Goguelat, *Rec. Lebon*, p. 198.

¹⁴⁷⁵ CE, 9 janv. 1972, Société des ateliers de nettoyage, teinture et apprêts de Fontainebleau, req. n°84054, *Rec. Lebon* p. 753. La solution a par la suite été étendue à l'ensemble de la matière contractuelle : C.E, 17 mars 1976, Leclert, req. N087204, *Rec. Lebon* p. 1008, cité in A. Lallet, précité, p. 1.

¹⁴⁷⁶ CE, 21 mars 2011, Béziers (Commune de), req. n° 304806, concl. E. Cortot-Boucher, *Rec. Lebon* p. 117 ; *AJDA* 2011 p. 591 ; *ibid.* p. 670, chron. A. Lallet ; D. 2011 p. 954, obs. M.-C. de Montecler ; *RDI* 2011 p. 270, obs. S. Braconnier ; *AJCT* 2011 p.291, obs. J.-D. Dreyfus.

¹⁴⁷⁷ Et ce, qu'il s'agisse d'une résiliation pour motif d'intérêt-général, que pour une résiliation-sanction.

¹⁴⁷⁸ Sur ce point, cf. *infra*. Partie II, Titre I, Chapitre 2, Section 2, §2.

résiliation antérieurement opérée par la personne publique¹⁴⁷⁹.

1153. Aussi, au regard du lien entre consentement et temporalité, le régime de la résiliation unilatérale en droit administratif témoigne d'une plus grande distance avec le concept de consentement, tenant peut-être au fait que ce dernier est davantage l'apanage de personne physique. Ce faisant, lorsqu'il est le fait de personne morale, il apparaît pour ce qu'il est en réalité, dans l'esprit du droit, à savoir un synonyme de l'accord, dépourvu de cette dimension sensible.

C / Consentement, assistance médicale à la procréation et révocation : la liberté de retrait du don de gamètes

1154. Cette question présente des enjeux pratiques tout à fait considérables, comme l'illustre bien l'affaire *Evans c. Royaume-Uni* (1), et plus généralement, l'appréhension qui est faite du consentement en matière biomédicale (2). Ces situations ont ceci de commun qu'elles témoignent du rejet de la perception contractuelle des rapports intersubjectifs dans le domaine biomédical (3).

1 / Illustration de la temporalité du consentement en matière médicale : l'affaire *Evans c. Royaume-Uni*

1155. Qu'en est-il lorsque, à la suite d'un désaccord entre les deux parties ayant commencé un projet de PMA, l'un des deux souhaite retirer son accord, et mettre fin à la procédure ? Il s'agit donc bien d'une hypothèse de retrait d'un accord, qualifié ici de consentement, et dont il s'agit d'apprécier si, à la manière de l'offre, il doit être maintenu dans un délai raisonnable, ou s'il peut être dissous à tout moment. La Cour européenne a apporté une réponse à cette question à l'occasion d'une affaire récente.

1156. Une femme, souffrant d'un cancer des ovaires, a fait procéder à la conservation

¹⁴⁷⁹Cette position est toutefois à nuancer puisque la continuation ne pourra pas être ordonnée si elle menace les intérêts des tiers ou l'intérêt général. Or, de l'avis d'un commentateur autorisé, cela sera le cas lorsqu'un nouveau contractant aura déjà été désigné, ou lorsque l'administration aura elle-même repris la gestion en régie. Cf. A. Lallet, précité, p. 5-6.

d'ovules par la suite fécondés par le sperme de son compagnon. Elle subit alors une ablation des ovaires, ce qui fait de ces embryons la seule possibilité pour elle d'avoir un jour un enfant. Le couple se sépare alors, et le conjoint de la requérante exprime son désir que les embryons soient détruits, ne souhaitant plus participer au projet parental ni être le père d'un éventuel enfant. Or, en vertu de la législation britannique, et du *Human Fertilisation and Embryology Act*, la conservation de ces embryons en vue d'une implantation est assujettie à la reconnaissance d'un droit à chaque futur parent de renoncer à ce projet, et ce tant que les embryons n'ont pas été implantés. Faisant application de cette disposition, les juridictions britanniques ont débouté la plaignante, qui décide alors de porter l'affaire devant la CourEDH, invoquant la violation du droit à la vie de l'embryon, protégé par l'article 2 de la CEDH, et de son droit à la vie privée consacré à l'article 8. La CourEDH, va une première fois¹⁴⁸⁰ rejeter les prétentions de Mme Evans, avant que ce jugement soit confirmé par la Grande Chambre¹⁴⁸¹, au motif que, premièrement, l'article 2 n'est pas applicable ici, et que s'agissant de l'applicabilité de l'article 8, il n'existe pas de consensus européen sur la pratique du retrait du consentement en matière de PMA. Enfin, la Cour note que la législation britannique a aménagé un juste équilibre entre les intérêts en présence, tant privés que publics.

1157. Cette décision est particulièrement importante en ce que la Cour a fait primer ici le consentement du géniteur potentiel au droit éventuel qu'aurait la mère sur l'embryon fécondé. Or, les opinions dissidentes annexées tant à l'arrêt rendu par la formation de Section¹⁴⁸², que par l'arrêt rendu par la Grande Chambre¹⁴⁸³ portent essentiellement sur la question du consentement, et son appréhension dans une vision purement contractuelle aux situations bioéthiques. En effet, la Cour dans les deux arrêts constate que la requérante, ayant été informée du fait que le consentement des parties pouvait être retiré à tout moment, a consenti en connaissance de cause à cette procédure. C'est donc une application particulièrement rigoureuse du consentement contractuel.

1158. Ceci est confirmé, lors de l'arrêt de Section, par les juges dissidents qui évoquent « une

¹⁴⁸⁰ CourEDH, 4ème section, 7 mars 2006, Evans c. Royaume-Uni.

¹⁴⁸¹ CourEDH, Grande Chambre, 10 avr. 2007, Evans c. Royaume-Uni.

¹⁴⁸² Opinion dissidente commune des juges Traja et Mijovic (n°1 ci-après).

¹⁴⁸³ Opinion dissidente commune aux juges Türmen, Tsatsa-Nikolovska, Spielman et Ziemele, annexée à l'arrêt de Grande Chambre du 10 avr. 2007 (n°2 ci-après).

mise en balance partielle et sommaire des intérêts respectifs des parties »¹⁴⁸⁴. En effet, il est fait grief à la Cour d'avoir insuffisamment évalué l'équilibre existant entre les parties, puisque la faculté ainsi conférée aboutit, en pratique, à priver totalement la requérante de la possibilité d'avoir un enfant, puisque ces embryons fécondés sont la seule chance qu'il lui reste d'être enceinte. C'est ainsi qu'ils déclarent « à notre avis, un régime juridique qui réduit à néant l'essence même du droit de l'intéressée ne peut se justifier au regard de la Convention »¹⁴⁸⁵. Ce faisant, c'est bien « la valeur absolue » conférée « à la révocation du consentement » qui est ici mise en cause. En réalité, le problème soulevé ici est bien celui de la balance, de l'équilibre dans la protection des droits, qui se trouve mis en défaut à chaque fois que l'on octroie de manière absolue un droit à un sujet, et le droit exactement inverse à un autre avec qui il est lié. Il en va ainsi par exemple s'agissant du droit reconnu à l'accouchement sous X, qu'il faut mettre en rapport avec le droit consacré pour l'enfant à connaître ses origines et son identité.

1159. Dans cette espèce, la situation est tout à fait similaire : la Cour entend protéger le droit pour l'homme de ne pas être père s'il ne le désire pas. Mais en même temps, le droit qu'a la mère à cette forme de procréation médicalement assistée¹⁴⁸⁶ doit lui aussi être respecté, et entre nécessairement en conflit avec le premier. Comme le signalent les juges, dans leur opinion dissidente, « l'ordre public est à double sens » et le seul moyen de sortir de cette opposition est de se livrer à l'analyse de ces droits antagonistes, c'est-à-dire en somme à mesurer, de manière pratique, quelles sont les conséquences pour chaque protagoniste de l'utilisation de leur droit.

2 / L'appréhension concrète du consentement en matière d'assistance médicale à la procréation.

1160. Dans les opinions dissidentes, annexées aussi bien à l'arrêt de Section qu'à celui de Grande Chambre, une partie des juges va se livrer à un véritable plaidoyer en faveur d'une appréhension concrète du consentement dans cette matière (a), sans pour autant mesurer

¹⁴⁸⁴ Opinion dissidente n°1, § 2.

¹⁴⁸⁵ Opinion dissidente n°1, *ibid.*

¹⁴⁸⁶ Ceci est d'autant plus vrai que la Cour, dans l'arrêt Dickson c. Royaume-Uni (CourEDH, 4 déc. 2007, Dickson c. Royaume-Uni, req. N° 44362/04), a reconnu un droit à la procréation médicalement assistée à l'occasion d'un litige mettant en cause un détenu qui, du fait de son incarcération, ne pouvait y avoir recours avant la fin de sa peine. Sur ce point, et pour une perspective d'ensemble, cf. N. Bettio, « Le « droit à l'enfant » nouveau droit de l'Homme ? », *RDJ*, 2010, n° 2, p. 473.

correctement les conséquences ainsi produites (b).

a / La volonté d'une partie des juges de recourir à une appréhension concrète du consentement

1161. Ceci est particulièrement important au regard de notre positionnement théorique, puisque ce point touche spécifiquement à deux éléments tout aussi essentiels de la logique du consentement : le premier concerne la manière dont il doit être appréhendé, c'est-à-dire de manière objective, détachée de l'individu, ou bien dans le concret d'un ressenti, de manière subjective. Le second, lui, concerne la conciliation de la puissance reconnue au consentement avec des droits tels que la dignité. Or, ce qui est évoqué ici paraît bien témoigner de l'importance d'une prise en compte concrète des droits et intérêts en jeu¹⁴⁸⁷.

1162. Ainsi, les juges déclarent que « l'approche contractuelle du problème, qui tend à donner effet au consentement tel qu'il a été exprimé, ne nous paraît pas pleinement compatible avec l'esprit de la Convention, car les principes du droit civil ne sont pas toujours les meilleurs garants des droits reconnus par ce texte. Cette démarche, qui consacre également une règle « intangible », ne tient pas compte de la dimension sociale et psychologique particulière qui caractérise ce type d'affaires »¹⁴⁸⁸.

1163. Cette affirmation est d'importance car elle sous-entend que le seul critère du consentement n'est pas suffisant à permettre de qualifier, de manière positive comme négative, la validité d'une action, mais aussi, par une lecture *a contrario*, que l'optique contractuelle n'aborde pas « la dimension sociale et psychologique », ce qui concorde tout à fait avec ce que nous avons évoqué précédemment. Or, si ni le social, ni le psychologique ne sont étudiés, la seule chose qui subsiste, derrière le consentement, est bien l'accord. C'est à notre sens là le véritable dessein des juges, que de montrer que la logique civiliste aboutit à le considérer comme pur accord, parfaitement détaché de l'être à l'égard duquel il tient son origine.

1164. Il n'est dès lors guère étonnant d'observer les juges déclarer : « l'analyse *in concreto*

¹⁴⁸⁷ Les juges évoquent ainsi le fait « qu'il serait plus juste de rechercher une solution en tenant compte des droits qui sont concrètement en jeu dans l'espèce considérée », §6 de l'opinion dissidente.

¹⁴⁸⁸ Opinion dissidente n°1, § 2.

que nous proposons devrait passer par une mise en balance minutieuse des intérêts individuels en présence et s'attacher à prévenir la destruction de la substance des droits en question »¹⁴⁸⁹. Pour ce faire, il est fait appel à une décision de la Cour suprême israélienne qui dans une affaire similaire avait reconnu le droit pour la femme de procéder à l'insémination en application de la doctrine du « moindre mal ». De même, est évoqué le rejet de l'argument selon lequel le mari aurait été de bonne foi dans son refus, condition non nécessaire au regard du droit britannique, et qui semble indiquer que la solution aurait pu être différente si la mauvaise foi avait été reconnue par la CourEDH. Les juges en arrivent donc à la conclusion que, « dans certaines circonstances particulières, on devrait pouvoir faire prévaloir les intérêts de l'une des parties sur ceux de l'autre en tenant compte de l'importance relative des intérêts en question »¹⁴⁹⁰. La conclusion apportée à l'espèce est donc, selon ces mêmes juges, le fait que « les intérêts de la partie qui révoque son consentement et souhaite que les embryons soient détruits doivent primer (si la législation interne le prévoit), sauf si l'autre partie : a) n'a pas d'autres moyens d'avoir un enfant biologique; et b) n'a pas d'enfant; et c) n'a pas l'intention de faire intervenir une mère porteuse dans le processus d'implantation »¹⁴⁹¹.

b / Appréciation critique des propositions formulées par les juges dissidents

1165. Que dire de la solution ainsi proposée ? Si les prémices du raisonnement nous semblent parfaitement acceptables, et traduisent la prise en compte accrue de la dimension subjective, et par la même d'un consentement composite, les conclusions tirées ne nous paraissent pas être nécessairement les plus pertinentes. Pris dans leur raisonnement, les juges n'ont pas mesuré, à notre sens, que les solutions évoquées sont toujours problématiques, et ne préviennent pas nécessairement la survenance de situations analogues.

En effet, l'indéfinition patente de ces « circonstances particulières », où le consentement d'un individu devrait primer l'autre, traduit bien l'état dans lequel se trouvent coincées les juridictions, dont les deux mâchoires sont à la fois la liberté et l'égalité reconnues à chacun, mais aussi la considération que l'égalité de principe n'a jamais empêché l'inégalité de fait.

¹⁴⁸⁹ Opinion dissidente n°1, § 6.

¹⁴⁹⁰ Opinion dissidente n°1, § 9.

¹⁴⁹¹ Opinion dissidente n°1, *ibid.*

1166. On peut en effet se demander pourquoi donc une telle solution devrait-elle être limitée seulement à la sphère bioéthique, puisque la prise en compte de ces données sociales et psychologiques pourrait permettre de caractériser des inégalités flagrantes dans d'autres situations, par exemple le différentiel considérable de capacités qu'il peut exercer, même avec toute l'information disponible, entre un profane et un expert¹⁴⁹², et qui aboutit en pratique à ce que le consentement d'un seul vaille pour les deux. Si c'est bien la possibilité de poursuivre le projet parental qui est reconnue ici, peut-on émettre l'hypothèse que dans d'autres situations, c'est la faculté de retrait qui serait consacrée de manière analogue, l'idée étant que l'absolutisation du consentement donné reviendrait à priver la partie de sa possibilité de le retirer¹⁴⁹³ ?

1167. De même, même si les juges s'en défendent¹⁴⁹⁴, le dispositif préconisé aboutit bien à consacrer une inégalité de fait entre l'homme et la femme. Si les deux premières conditions (l'impossibilité d'avoir un enfant d'une autre façon, et ne pas avoir déjà d'enfant) sont bien unisexes, la dernière (ne pas avoir l'intention de faire intervenir une mère porteuse) ferme nécessairement la possibilité de voir ce régime jouer en faveur d'un homme. Il reste en effet aux juges à expliquer comment un homme, placé dans les mêmes conditions que la requérante, pourrait bénéficier du maintien des embryons, sans avoir recours à une mère porteuse ? Puisque cette dernière s'entend de la femme qui porte un embryon résultant de la rencontre des gamètes de deux individus différents, alors même la compagne de l'homme souhaitant bénéficier de cet embryon, serait considérée comme mère porteuse¹⁴⁹⁵.

1168. Or, on imagine mal ici que les juges aient entendu permettre à un homme de forcer son

¹⁴⁹² La situation topique à cet égard est celle du patient face au médecin, comme nous avons essayé de le montrer. On peut aussi évoquer, en faisant retour à l'erreur inexcusable, la situation qui met face à face un professionnel de la finance et un particulier.

¹⁴⁹³ On peut ici envisager l'hypothèse de l'avortement, puisqu'il est plus que douteux qu'un juge puisse un jour conférer un droit à un homme de forcer sa compagne à conserver l'enfant conçu.

¹⁴⁹⁴ Les juges évoquent ainsi le fait que la solution « est impartiale, car elle s'applique aussi bien aux hommes qu'aux femmes », in Opinion dissidente n°1, § 9. À noter que dans l'opinion dissidente n°2, §15, s'agissant de ce même point, les juges se borneront à constater que les institutions internationales reconnaissent qu'une femme est placée, au regard de la procréation, dans une situation différente de celle des hommes, et que dès lors, la discrimination n'existe pas puisqu'à situation différente, traitement différent. On reste envieux, mais non mystifié, devant la façon dont les juges maquillent leurs propres convictions, et des arguments d'autorité parfaitement discutables, derrière l'objectivité d'un droit qui ne saurait mentir.

¹⁴⁹⁵ En effet, dans la situation considérée, l'embryon est le résultat de la rencontre des gamètes de l'homme et de sa précédente compagne. Dès lors, la nouvelle compagne est nécessairement étrangère, d'un point de vue biologique, à l'embryon ainsi constitué.

ancienne compagne à porter un enfant. Dès lors, il s'ensuit que le droit qu'a l'homme dans cette situation est un droit vide, puisqu'il lui permet simplement de préserver de la destruction des embryons, sans pour autant que ceux-ci puissent être utilisés afin de lui permettre d'avoir un enfant. Le sort de ces embryons est donc dans un état de suspension, tout entier dépendant de la volonté de son ancienne compagne de changer d'avis et d'accepter l'insémination. On en arrive donc à cette situation où, dans le même cas de figure, le droit reconnu permettrait à une femme d'être inséminée, contre l'avis du géniteur, et à un homme de préserver de la destruction des embryons dont il ne peut matériellement rien faire.

1169. Ceci explique probablement pourquoi, dans l'opinion dissidente annexée à l'arrêt rendu en Grande Chambre, les juges n'ont pas repris ce dispositif. Relevant là encore que la solution adoptée aboutit à éradiquer toute possibilité pour la requérante d'avoir un enfant, les juges déclarent que « le fait de vider de sa substance ou de son sens la décision de l'une des deux parties ne peut s'analyser en une mise en balance des intérêts »¹⁴⁹⁶. Poursuivant sur ce thème, et afin d'élaborer une chronologie explicative du refus de reconnaître la possibilité de retirer son consentement à l'autre partie, les juges déclarent qu'il faut prendre en considération la date à laquelle les ovules ont été fécondés, et qu'« à compter de cette date, J. n'était plus maître de son sperme »¹⁴⁹⁷.

1170. Cette formulation nous paraît extrêmement surprenante, tant elle est autoritaire, et, finalement, assez péremptoire. Car, au-delà de la position de principe, il n'est pas véritablement expliqué par des considérations autres que spécifiques à l'espèce, pourquoi il doit en être ainsi. Il faut en effet admettre, si l'on suit le raisonnement exposé, que la question de la maîtrise reste toute entière posée : si J. n'est plus maître de son don, alors qui l'est ? Cela ne peut être la requérante, puisque le don de gamètes s'effectue à l'égard d'un organisme tiers, et non à l'autre conjoint, sans quoi, J. serait désormais maître des ovules de son ex-compagne. On pourrait également ajouter à cela le fait que l'objet du litige n'est pas le don effectué par l'une ou l'autre des parties, mais plutôt ce qui s'est créé du fait de la conjugaison des deux. Sur ce point, l'argumentation de la Cour est donc particulièrement faible, puisqu'elle se borne à affirmer sans justifier.

¹⁴⁹⁶ Opinion dissidente n°2, § 7.

¹⁴⁹⁷ Opinion dissidente n°2, § 8.

3 / Les juges face au consentement en matière biomédicale : une tentative de rejet de la pure appréhension contractuelle

1171. Si cette affaire est si importante pour notre propos, c'est bien parce qu'elle a donné lieu à une critique, tant par les juges que par la doctrine¹⁴⁹⁸, de la seule appréhension contractuelle du consentement.

1172. S'agissant de la référence spécifique au consentement appréhendé dans une logique contractuelle, les juges¹⁴⁹⁹ déclarent que les circonstances spécifiques de l'espèce les « font regarder au-delà de la simple question du consentement au sens contractuel du terme. Les valeurs et questions en jeu, du point de vue de la situation de la requérante, revêtent un poids important, négligé par l'approche purement contractuelle adoptée en l'espèce »¹⁵⁰⁰. Ceci semble donc indiquer que, de façon implicite, la logique contractuelle, de laquelle dérive en droit l'importance du consentement, ne vise pas à rendre compte de la spécificité de chaque contractant, des raisons et ressentis qui le poussent à consentir à tel acte, confirmant là encore les idées évoquées plus tôt, à savoir le fait que le consentement, dans le droit des obligations, est bien souvent un synonyme de l'accord, détaché de celui qui l'émet. Il est, en tout cas d'après ce qu'énoncent les juges, axiologiquement neutre, impartial à l'égard des valeurs. En somme, il se trouve résumé à un pur opérateur du probatoire, une condition nécessaire qui lorsqu'elle est présente, ne nécessite guère de déterminer les raisons de sa présence.

Ce faisant, on mesure alors l'écart que cette idée impose avec les oppositions que connaîtra le consentement dans d'autres champs du droit. On pense ici aussi bien à la question de la dignité, qui se trouve *de facto* anéantie dans cette perspective, mais également à la subjectivisation tant redoutée.

En effet, le consentement, s'il est bien comme le décrivent les juges, peu attaché aux valeurs, n'a pas à être digne, mais simplement à être présent ou absent. De même, le lien du consentement avec la subjectivité apparaît dans cette perspective plus que ténu, puisque c'est le droit qui est subjectivé, mais non le consentement qui constitue simplement l'opérateur du droit en question, et qui une fois encore, répond à la logique binaire de la présence/absence.

¹⁴⁹⁸ Pour un exemple, cf. F. Bellivier, C. Noiville, « Les juges de Strasbourg et l'assistance médicale à la procréation : le contrat contre les droits de l'homme ? », *RDC*, 1^{er} oct. 2007, n°4, p. 1321.

¹⁴⁹⁹ On désigne ici les juges Türmen, Tsatsa-Nikolovska, Spielmann et Ziemele, dont l'opinion dissidente commune est annexée à l'arrêt de Grande Chambre.

¹⁵⁰⁰ Opinion dissidente n°2, §10.

1173. C'est en ce sens que l'on ne peut guère s'étonner de constater que les mêmes juges appuient leur refus de la solution rendue par la Grande Chambre sur des articles de la CEDH. En effet, le fait de confier la possibilité à la requérante de disposer de ces embryons, indépendamment de l'avis de son ancien conjoint, s'appuie ainsi sur le fait que la solution contraire¹⁵⁰¹ méconnaîtrait la dignité¹⁵⁰² et l'autonomie humaines au sens de l'article 8 de la Convention¹⁵⁰³. Ceci signifie donc, d'un point de vue pratique, qu'il pourrait être contraire à l'autonomie humaine de respecter l'autonomie humaine, et conforme à cette dernière que de lier une personne contre sa volonté. Et, puisque le consentement est neutre, on peut à loisir le qualifier, selon ses desseins, de digne ou d'indigne, sans réaliser que cette qualification désigne en réalité l'objet du consentement, et non le consentement en lui-même. Un accord n'est jamais digne ou indigne en tant que tel, il l'est toujours au regard de ce qu'il vise à permettre ou refuser, et des raisons qui lui sont antérieures. C'est là une vérité qui se trouve déjà inscrite dans le cœur du Code civil, puisque l'article 1108 vise simplement la présence du consentement, sans préciser davantage sa nature. De même, c'est bien l'objet de l'obligation qui doit être licite et conforme aux bonnes mœurs, mais pas le consentement.

1174. Aussi, dans la situation étudiée, se conjugue à cette difficulté de qualification un obstacle supplémentaire lié à la fois à la temporalité, et aux limites morales qu'une société se donne. Si en effet le géniteur dispose, dans le droit anglais, de la capacité de retirer son consentement à tout moment, il n'est évidemment pas question qu'il puisse retirer celui-ci après que l'embryon est implanté, c'est-à-dire au cours de la grossesse. Le droit consacré n'est pas un droit d'avortement forcé à l'égard de sa conjointe¹⁵⁰⁴. Le retrait du consentement est donc possible jusqu'à l'extrême limite dont les frontières sont figurées par le corps de la receveuse. Une fois cette barrière franchie, l'homme ne dispose plus de la possibilité de retirer son consentement, à la différence de la femme qui dispose toujours du droit à l'avortement¹⁵⁰⁵.

¹⁵⁰¹ C'est-à-dire celle garantissant la possibilité pour J. de pouvoir retirer son consentement, et ainsi empêcher l'implantation des embryons.

¹⁵⁰² Pour une critique de l'usage de la dignité fait par la Cour, qui paraît admettre une acception subjective et non objective de cette dernière, cf. B. Mathieu, « Implanter ou détruire ? Quand les géniteurs s'affrontent sur le sort des embryons qu'ils ont conçus », *JCP G* 2007, II, 10097, version électronique, p. 7.

¹⁵⁰³ Opinion dissidente n°2, § 13.

¹⁵⁰⁴ Ceci est d'autant plus juste en droit français, puisque l'article 311-20 du Code civil prévoit, dans son alinéa 4 que « celui qui, après avoir consenti à l'assistance médicale à la procréation, ne reconnaît pas l'enfant qui en est issu engage sa responsabilité envers la mère et envers l'enfant ».

¹⁵⁰⁵ Ce qui semble, de manière étonnante, ne jamais faire l'objet d'un commentaire quelconque de la part de la

1175. Mais, cette impossibilité s'exprime probablement par le fait que le consentement vise non pas son corps propre, mais le corps de sa partenaire qui peut, elle aussi, revendiquer le fait qu'un acte à caractère médical ne peut être pratiqué sans son consentement¹⁵⁰⁶. C'est peut-être sous cet angle que l'on peut comprendre également la différence de traitement entre l'homme et la femme sur ce point, puisque dans la décision d'avortement, la femme engage une relation à son propre corps, à laquelle le consentement ou l'absence du consentement ne peut faire échec.

La tendance est donc bien à une prise en compte accrue de la situation personnelle des requérants, et donc à une subjectivisation du contentieux. Il reste pourtant, au juge et à la doctrine, à déterminer à partir de quel moment il est possible de faire primer le droit d'un individu sur un autre, puisqu'ici, il ne s'agit pas d'une confrontation entre une personne privée et la puissance étatique, mais bien entre deux personnes privées. Dès lors, c'est bien l'égalité qui prévaut, et qui va donc obliger le juge à créer une différenciation. On voit ici s'illustrer un paradoxe de l'application généralisée et étendue des droits de l'homme, puisque c'est pour pouvoir les faire jouer qu'il va falloir lutter contre eux, c'est-à-dire en quelque sorte défaire cette abstraction d'une égalité universelle, au profit d'un degré de concrétisation minimum qui seul permet de faire prévaloir le droit d'un individu sur un autre.

1176. Dès lors, l'étude du consentement, dans son lien avec la temporalité, permet déjà de caractériser l'existence de différentes modalités de celui-ci, aux sens et aux usages divers. C'est pourquoi évoquer simplement le consentement en tant que tel nous semble erroné, tant celui-ci apparaît comme protéiforme. Cette impression doit être renforcée par l'examen de la manière dont d'autres domaines du droit articulent le consentement et la temporalité.

Il nous reste alors à envisager si cette variabilité, en lien avec l'articulation temporelle du consentement, se retrouve également en droit des obligations ainsi qu'en droit administratif.

doctrine. Or, il est à prévoir qu'un requérant invoquera un jour cette différence de traitement devant une juridiction, et qu'*in fine*, la CourEDH devra trancher de manière définitive ce point.

¹⁵⁰⁶En vertu de l'article L. 1111-4 du Code de la santé publique, mais aussi l'article 16-3 du Code civil.

§2 : Temporalité et imprévision dans le champ contractuel : une perception différente de la subjectivité suivant le juge

1177. Pour conclure cette étude sur l'aspect plus spécifiquement temporel du consentement, et la manière dont celui-ci s'articule avec la subjectivité, il ne nous reste plus qu'à évoquer la manière dont le droit fait place à la variabilité du consentement lorsque ce dernier est affecté par des événements extérieurs.

1178. En effet, jusqu'ici, nous avons abordé des situations qui présentent comme trait commun d'être attachées à un événement propre au sujet. Toutefois, qu'en est-il du consentement lorsque ce dernier se voit affecté par une modification de l'environnement contractuel ? Ce que l'on vise ici est bien l'hypothèse de l'imprévision, que l'on envisagera à la fois, dans une optique comparatiste, au regard du droit privé (A) ainsi qu'en droit public (B). On pourra alors conclure sur les apports d'une telle étude à l'égard de notre recherche (C).

A / Consentement et imprévision en droit privé : le refus de principe d'une variation de l'engagement

1179. L'imprévision¹⁵⁰⁷, en droit privé, entretient un rapport immédiat avec la morale, en ce que l'on suppose que le contrat ne pourrait être dissocié d'une forme d'équilibre des prestations. Également, le mécanisme témoigne de la prise en compte de l'ancrage humain du contrat, c'est-à-dire le fait qu'il prend sa source dans des individus faillibles et qu'il ne constitue pas un rapport purement distinct d'eux. Pourtant, le Code civil s'avère muet sur ce point¹⁵⁰⁸. Cette absence au sein du Code s'explique selon la doctrine par le fait que « les rédacteurs du Code avaient le souvenir de la Révolution et de l'effondrement monétaire des assignats », et que « la stabilité économique et sociale du XIX^e siècle n'avait guère donné à la jurisprudence l'occasion de se prononcer »¹⁵⁰⁹. D'autres invoquent le primat de la théorie de

¹⁵⁰⁷ Qui soit s'entendre comme ce que les parties ne pouvaient prévoir avant la conclusion du contrat. C'est la définition communément adoptée par la doctrine : J.-L. Mouralis, *imprévision*, *Rép. civ. Dalloz*, 2003, § 1, p.1; Ph. Malaurie, L. Aynès, Ph. Stoffel-Munck, précité, § 757, p. 379; Y. Buffelan-Lanore, précité, § 219, p. 220

¹⁵⁰⁸ Même si des tentatives de justification de la théorie ont été proposées par la doctrine, recourant par exemple à la clause *rebus sic stantibus*, ou au fait que la lecture de l'article 1134 enrichie de l'article 1135 impose une exécution qui soit conforme à l'équité, ou bien à la théorie de la cause. Cf. Y. Buffelan-Lanore, précité, § 220, p.80; Pour une analyse détaillée de ces justifications, cf. J.-L. Mouralis, précité, § 12-16, p. 4-5.

¹⁵⁰⁹ Ph. Malaurie, L. Aynès, Ph. Stoffel-Munck, précité, § 758, p. 380.

l'autonomie de la volonté, ou la nécessaire protection de la sécurité juridique.

1180. Aussi, c'est à la jurisprudence qu'est revenue la tâche de trancher définitivement ce point. En l'état actuel du droit positif, la théorie de l'imprévision n'est pas admise par le juge judiciaire, et ce depuis le célèbre arrêt *De Galliffet c. Commune de Pélissane*, dans lequel la Cour de cassation a énoncé son principe : « Dans aucun cas, il n'appartient aux tribunaux, quelque équitable que puisse leur paraître leur décision, de prendre en considération le temps et les circonstances pour modifier les conventions des parties et substituer des clauses nouvelles qui ont été librement acceptées par les contractants »¹⁵¹⁰. Cette jurisprudence n'a depuis lors pas varié, et il est toujours admis de manière relativement unanime par la doctrine que la théorie de l'imprévision n'existe pas en droit civil français, même si un arrêt récent paraît témoigner d'un changement en ce domaine¹⁵¹¹.

Au regard du consentement, qu'il soit envisagé comme pur accord, ou comme composite, cette situation apparaît parfaitement contraire à sa visée, et semble d'autant plus étrange lorsque l'on vient bien considérer que la doctrine, de manière quasiment unanime, évoque le fait que l'usage de la liberté ne peut conduire à ce qu'elle se nie dans un acte¹⁵¹². Or, envisagé ainsi, dans la rigueur absolue d'un accord de volonté sacralisée indépendamment des conséquences qu'il peut produire, le refus de l'imprévision aboutit à ce qu'un contractant soit forcé de poursuivre l'exécution du contrat alors même que celle-ci le conduira nécessairement à sa ruine.

1181. Pour justifier cette solution, la Cour s'est appuyée sur une certaine lecture de l'article 1134, à partir de laquelle elle déclare qu'une fois formé, le contrat étant doté d'une force obligatoire, il n'est plus possible de revenir dessus. Ainsi, dans un arrêt de 1933, elle déclare :

¹⁵¹⁰ Cass. civ., *De Galliffet c. Commune de Pélissane* (Canal de Craponne), 6 mars 1876 : *DP* 1876, I, p. 193 ; *S.* 1876, I, p. 161 ; F. Terré, Y. Lequette, *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, Tome 2, Dalloz, 12e édition, n° 65. Antérieurement à cet arrêt, les juridictions du fond semblent plus hésitantes, et certaines acceptent une révision au titre de la force majeure : cf. J.-L. Mouralis, précité, § 25, p. 6.

¹⁵¹¹ Cass. com. 29 juin 2010, n°09-67.369, *D.* 2010, p. 2481, note D. Mazeaud ; *D.* 2010, p. 2485, note T. Génicon ; *D.* 2011, p. 472, obs. S. Amrani Mekki et B. Fauvarque-Cosson ; *RTD civ.*, 2010, p. 782, obs. B. Fages ; *RTD civ.*, 2011, p. 87, obs. P. Deumier ; *JCP* 2011. 63, spéc. n° 9, obs. J. Ghestin ; *RDC* 2011. 34, obs. E. Savaux. Voir également, pour l'admission d'une forme de révision au travers de l'ouverture d'une procédure collective à raison de changements assimilables au champ de l'imprévision : Com., 8 mars 2011, n° 10-13.988, *D.* 2011, p. 919, obs. A. Lienhard, note P.-M. Le Corre ; *D.* 2011, p. 1441, chron. L. Arcelin-Lécuyer ; *Rev. sociétés*, 2011, p. 404, étude B. Grelon, note B. Fages, *RTD civ.*, 2011, p.351, à paraître au Bulletin.

¹⁵¹² Il est ici fait référence aux discours ayant trait à la dignité de la personne humaine. Sur ce point, cf. *infra*. Partie II, Titre II, Chapitre 3, Section 1.

« La règle que les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites est générale et absolue : en aucun cas, il n'appartient aux tribunaux de prendre en considération le temps et les circonstances pour modifier les conventions des parties et ils ne pourront davantage, sous prétexte d'une interprétation que le contrat ne rend pas nécessaire, introduire dans l'exercice du droit constitué par les contractants, des conditions nouvelles, quand bien même le régime ainsi institué paraîtrait plus équitable à raison des circonstances économiques »¹⁵¹³.

1182. Aussi, devant les dérives possibles induites par cette position de principe, des évolutions tant législatives, jurisprudentielles que de technique juridique sont intervenues afin de tempérer les rigueurs infligées à l'un des contractants. Dans la première hypothèse, le législateur a spécifiquement déterminé un certain nombre de contrats pour lesquels la révision des conditions d'exécution est impérative pour les parties. Il en va ainsi s'agissant du montant des rentes viagères¹⁵¹⁴, du prix fixé dans une promesse unilatérale de vente, de la fixation du loyer dans les baux commerciaux¹⁵¹⁵, etc.

En matière jurisprudentielle, par une utilisation novatrice de l'article 1134 alinéa 3, la Cour de cassation a progressivement semblé instaurer une obligation de renégociation du contrat en cas de bouleversement de l'équilibre économique de ce dernier¹⁵¹⁶. Même si l'importance de cet arrêt est discutée en doctrine, il n'en reste pas moins qu'elle trace la voie à une prise en compte, sous un autre motif, non pas de l'imprévision en tant que telle, mais des conséquences que cette dernière produit¹⁵¹⁷.

Enfin, la technique juridique s'est adaptée pour répondre à ces exigences. Sont ainsi apparues les clauses d'échelle mobile, ou les clauses d'indexation, qui sont toutefois limitées à

¹⁵¹³Cass. civ., 15 nov. 1933, S. 1934. I. 13, cité in H. Bouthinon-Dumas, « Les contrats relationnels et la théorie de l'imprévision », *RID éco.* 2001/3 t. XV, 3, p. 339-373, p. 341. Cette vision est partagée par une partie de la doctrine : cf. D. Tallon, « La révision du contrat pour imprévision au regard des enseignements récents du droit comparé », in *Études à la mémoire d'A. Sayag.*, Litec, coll. Droit et vie des affaires, 1997, 440 pages, p. 403 et s.; J. Ghestin (dir.), Ch. Jamin & M. Billiau, *Traité de droit civil. Les effets du contrat*, Paris, L.G.D.J., 1994, n° 269; Ch. Jamin, « Révision et intangibilité du contrat, ou la double philosophie de l'article 1134 du Code civil », *Dr. et patrimoine*, mars 1998, n° 58, pp. 46 s., cité in H. Bouthinon-Dumas, *ibid.*

¹⁵¹⁴Ph. Malaurie, L. Aynès, Ph. Stoffel-Munck, précité, § 763, p. 384; J.-L. Mouralis, précité, § 45, p. 8.

¹⁵¹⁵Ph. Malaurie, L. Aynès, Ph. Stoffel-Munck, *ibid.*; J.-L. Mouralis, précité, § 49-52, p. 9.

¹⁵¹⁶Cass. com. 3 nov. 1992, Sté française des pétroles BP c/ Michel Huard, Bull. civ. IV, no 338, *JCP* 1993. II. 22164, note G. Virassamy, *RTD civ.*, 1993, p.124, obs. J. Mestre, *Defrénois*, 1993, p.1377, obs. J.-L. Aubert, *Contrats, conc., consom.* mars 1993, no 45 22 déc. 1998, *Defrénois*, 1999, p.371, obs. D. Mazeaud, *RTD civ.*, 1999, p.98, obs. J. Mestre.

¹⁵¹⁷C'est en ce sens que l'on peut observer une division de la doctrine quant à la valeur à accorder à cette jurisprudence. Pour deux versions différentes, cf. D. Mazeaud, « L'arrêt Canal « moins » ? », *D.* 2010, p. 2481 et s. ; T. Genicon, « Théorie de l'imprévision...ou de l'imprévoyance ? » *D.* 2010, p. 2485 et s.

des cas précis, en raison du problème qu'elle pose au regard de l'obligation de détermination du prix posée par le Code civil¹⁵¹⁸. À celles-ci s'ajoutent les clauses dites de renégociation ou de révision¹⁵¹⁹, qui permettent aux parties d'aménager, dans un ensemble encadré par la jurisprudence, la manière dont l'évolution des circonstances va influencer l'avenir du contrat entre eux. On peut toutefois noter que la majorité des projets de réforme du droit des obligations, qu'il s'agisse du projet Catala¹⁵²⁰, ou du projet de la Chancellerie, prévoit de manière explicite un mécanisme inspiré de l'imprévision, qui prend la forme d'une obligation de renégociation¹⁵²¹ soit conventionnelle, soit judiciaire. De même, la doctrine majoritaire aujourd'hui paraît accepter le principe de l'imprévision, selon des justifications toutefois diverses¹⁵²².

1183. Au regard du consentement, les solutions proposées prennent une importance variable. Si toutes semblent respecter le consentement d'un point de vue formel, c'est-à-dire envisagé en tant qu'accord, il n'en va pas de même si l'on considère le consentement comme composite, amalgame d'un accord et d'un sentir-avec. La mécanique de la clause¹⁵²³ libère en quelque sorte le consentement, en le confiant à un tiers dont on attend qu'il rétablisse, par une conjugaison de l'extériorité et de l'objectivité, cet équilibre contractuel qui fait défaut. Mais de ce fait, le consentement en tant que tel n'est pas réinterrogé, il est tout entier contenu dans son expression première, à l'occasion de laquelle il s'est incarné dans telle clause spécifique. C'est donc par le recours à un artifice, qui prétend instaurer une continuité entre le consentement ancien et le consentement nouveau, actualisé par le jeu de la clause, que cette dernière prétend à une solution. Aussi, au regard du strict consentement, l'aménagement conventionnel nous semble être en harmonie avec le consentement pensé comme pur accord, mais en dissonance avec le consentement comme composite.

¹⁵¹⁸ Y. Buffelan-Lanore, précité, §223, 81; Ph. Malaurie, L. Aynès, Ph. Stoffel-Munck, précité, § 762, p. 383; Cf. sur ce point le mouvement jurisprudentiel initié par les 4 arrêts de la Cour de cassation du 1er déc. 1995. Cf. également J.-L. Mouralis, précité, § 75-88, p. 13-15.

¹⁵¹⁹ On parle aussi de clauses d'adaptation. Celles-ci comprennent en réalité une assez grande variété de clauses différentes telles les clauses de révisions de prix, de hardship, etc.

¹⁵²⁰ P. Catala, *Rapport sur l'avant-projet de réforme du droit des obligations (Articles 1101 à 1386 du Code civil) et du droit de la prescription (Articles 2234 à 2281 du Code civil)*, éd. La Documentation française, 2005.

¹⁵²¹ Sur ce point, cf. E. Savaux, « L'introduction de la révision ou de la résiliation pour imprévision – Rapport Français », *RDC*, juill. 2010, n°3, p. 1057.

¹⁵²² cf. par exemple pour une étude « récente », Ph. Stoffel-Munck, *Regards sur la théorie de l'imprévision - Vers une souplesse contractuelle en droit privé contemporain*, Avant-Propos A. Sériaux, préface R. Bout, PUAM, 1994. Pour une étude inspirée de l'analyse économique du droit, qui conclut dans le même sens, voir B. Deffains, S. Ferey, « Pour une théorie économique de l'imprévision en droit des contrats », *RTD civ.*, 2010, p. 719 et s.

¹⁵²³ Telle par exemple la clause de hardship.

1184. L'obligation de renégociation, elle, est beaucoup plus en accord avec la dimension du sentir-avec, puisqu'à l'occasion de l'examen du nouvel environnement contractuel, les parties peuvent soit convenir de poursuivre l'exécution, à des conditions différentes, soit prendre acte de bouleversements d'une telle importance que la seule solution envisageable est la résiliation du contrat. Il s'agit donc ici de véritablement réinterroger le consentement, et non simplement de l'encadrer dans un dispositif censé lui redonner son intégrité. De ce point de vue, l'obligation de conduire cette renégociation de bonne foi¹⁵²⁴ ne fait qu'ajouter au sentiment selon lequel c'est bien un nouveau consentement qui est recherché, qui intègre tous ces éléments nouveaux.

Reste alors à étudier comment ce régime s'articule en droit administratif.

B / L'imprévision dans le droit public : une prise en compte illusoire de la subjectivité

1185. Le consentement, en lien avec l'évolution de l'environnement contractuel, est appréhendé différemment en droit administratif. En effet, dès l'origine, et probablement du fait de l'absence d'un Code administratif interprété comme exhaustif et limitatif, le juge administratif a saisi l'opportunité qui lui était présentée de se démarquer du juge judiciaire. Il faut ajouter à cela que les contrats administratifs sont souvent d'un montant et d'une durée telle que la moindre variation du contexte peut produire des conséquences économiques considérables.

1186. C'est avec l'arrêt Gaz de Bordeaux¹⁵²⁵ que cette théorie fait son entrée en droit administratif. Cette jurisprudence n'a jamais été démentie tant dans son principe, que dans ses modalités d'exécution, et ce aussi bien par la doctrine¹⁵²⁶ que par le juge administratif. Elle

¹⁵²⁴ Un courant doctrinal s'est créé qui insiste sur l'importance de la bonne foi dans cette matière : C. Jamin, « Révision et intangibilité ... », précité, p. 46 ; Y. Picod, *Le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat*, thèse, Paris II, 1989, préf. G. Couturier ; « L'exigence de bonne foi dans l'exécution du contrat » in *Le juge et l'exécution du contrat*, PUAM, 1993, p. 68 et s. ; M.-E. Pancrazi-Tian, *La protection judiciaire du lien contractuel*, PUAM, 1996, no 450 et s., p. 361 ; C. Thibierge-Guelfucci, « Libres propos sur la transformation du contrat », *RTD civ.*, 1997, p. 357 ; D. Mazeaud, obs. *Defrénois* 1999, p.373, cité in J.-L. Mouralis, précité, § 104, p. 17.

¹⁵²⁵ CE, 30 mars 1916, Compagnie générale d'éclairage de Bordeaux, *Rec. Lebon* p. 125, concl. Chardenet ; *D.* 1916, 3, p. 25, concl. ; *RD publ.* 1916, p. 206 et 388, concl. , note G. Jèze ; *S.* 1916, 3, p. 17, concl., note M. Hauriou, *GAJA*, n°31.

¹⁵²⁶ R. Alibert, *L'imprévision dans les concessions de service public*, Thèse pour le doctorat en droit, Université de Paris, éd. E. Durand, 1924 ; J. Magnan de Bornier, *Essai sur la théorie de l'imprévision*, Thèse pour le doctorat

concerne tout d'abord l'ensemble des contrats administratifs, et pas exclusivement les concessions de service public¹⁵²⁷. Puis, les événements ayant entraîné une modification de l'équilibre extérieur doivent être à la fois imprévisibles¹⁵²⁸, et extérieurs¹⁵²⁹. Ces événements sont assez largement interprétés par la jurisprudence, puisque cela va de circonstances dues à la guerre¹⁵³⁰, d'une décision émanant d'une autre autorité publique¹⁵³¹, une crise économique, etc..Le bouleversement produit, quant à lui, doit être d'importance, mais pas tel qu'il rend impossible toute continuation du contrat. En fait, c'est bien l'irrésistibilité, troisième condition de la force majeure, qui doit faire défaut, sans quoi le juge refuse d'appliquer l'imprévision¹⁵³².

1187. Enfin, si toutes ces conditions sont réunies, il est encore nécessaire à celui qui s'en prévaut de ne pas interrompre l'exécution du contrat, tant que la décision du juge n'a pas été rendue, et ce malgré toutes les difficultés qu'une telle continuation pourrait lui causer¹⁵³³.

Si toutes ces conditions sont réunies, le contractant pourra prétendre à une indemnisation partielle de son préjudice, à hauteur d'environ 90% ou 95%¹⁵³⁴.

1188. Malgré sa stabilité, certains auteurs¹⁵³⁵ témoignent d'une raréfaction des décisions jurisprudentielles sur ce point, ceci s'expliquant par le recours de plus en plus massif aux

en droit, Montpellier, 1924, 156 p. ; Corneliu Mihail Popescu, *Essai d'une théorie de l'imprévision en droit français et comparé*, Thèse pour le doctorat en droit, Paris, 1937, L.G.D.J., 226p; J. Antoine, « La mutabilité contractuelle née de faits nouveaux extérieurs aux parties – Analyse comparée en droit des contrats administratifs et droit privé des obligations », *RFDA*, 2004, p. 80; S. Abbaticci, B. Sablier, V. Sablier, « Crise de l'acier : le retour de l'imprévision dans les marchés de travaux », *AJDA*, 2004, p. 2192.

¹⁵²⁷ CE, 21 juill. 1917, Compagnie générale des automobiles postales, *Rec. Lebon* p. 586; CE, 30 oct. 1925, Sieurs Mas-Gayet, *Rec. Lebon* p. 836; CE, 8 févr. 1918, Gaz de Poissy, *Rec. Lebon* p. 122 concl. Corneille, RDP, 1918, p. 237, concl. Corneille, cité in *GAJA*, précité, 14e édition, p. 191. De plus, même si les parties ont convenu de clause encadrant de telles évolutions, leur présence n'exclut pas pour autant l'allocation d'une indemnité d'imprévision : cf. CE, 29 mai 1991, Établissement public d'aménagement de la ville nouvelle de Saint-Quentin-en-Yvelines, n° 92551, *Rec. Lebon* tables.

¹⁵²⁸ CE, 3 déc. 1920, Fromassol, *Rec. Lebon*, p. 1036, RDP, 1921, p. 81, concl. Corneille; CE, 8 nov. 1935, Ville de Lagny, *Rec. Lebon* p. 1026, cité in J. Waline, précité, §453, p. 438.

¹⁵²⁹ En effet, si le bouleversement provient d'une faute du contractant, il ne peut prétendre à une indemnisation (*nemo auditur propriam turpitudinem allegans*). Si c'est le fait de l'administration, on retombe alors dans l'hypothèse de la théorie du fait du prince, qui ouvre droit à indemnisation, mais selon un régime propre.

¹⁵³⁰ C'est l'hypothèse évoquée par le commissaire Chardenet dans ses conclusions sur l'arrêt Gaz de Bordeaux. Cf. également CE, 4 mai 1949, Ville de Toulon, *Rec. Lebon* p. 196; CE, 20 oct. 1971, Compagnie du chemin de fer de Bayonne à Biarritz, n° 79315, *Rec. Lebon*, p. 624.

¹⁵³¹ CE, 15 juill. 1949, Ville d'Elboeuf, *Rec. Lebon* p. 358, pour une augmentation du prix décidée par l'État.

¹⁵³² CE, 9 janv. 1909, Compagnie des messageries maritimes, *Rec. Lebon* p. 121; CE Ass., 9 déc. 1932, Compagnie des tramways de Cherbourg, RDP, 1933, p. 117, concl. Josse, note Jèze; CE 14 juin 2000, Commune de Staffelfelden, *Rec. Lebon* p. 227, *RFDA*, 2000, p. 881.

¹⁵³³ CE, 5 nov. 1982, Société Propétrol, *Rec. Lebon* p. 381, AJ, 1983, p. 259, concl. Labetoulle; D. 1983, p. 245, note Dubois; *JCP*, 1984, II, p. 20168, note Paillet.

¹⁵³⁴ CE, 21 avr. 1944, Compagnie française des câbles télégraphiques, *Rec. Lebon* p. 119; CE, 3 nov. 1982, Société d'exploitation Louis Gros, inédit au recueil, RDP, 1983, p. 1420.

¹⁵³⁵ G. Lebreton, précité, §200, p. 311-312; L. Clouzot, La théorie de l'imprévision en droit des contrats administratifs : une improbable désuétude, *RFDA*, 2010, p. 937.

clauses contractuelles pour pallier les éventuelles difficultés d'exécution du contrat, de telle sorte que le recours au juge ne soit pas nécessaire. La théorie conserve donc, en droit administratif, son rôle de modèle, d'exemple pour le droit privé.

1189. Au regard du consentement, la théorie administrative de l'imprévision apporte un éclairage particulièrement net sur la manière dont celui-ci est perçu dans la technique juridique. En effet, ce n'est pas le consentement en tant que tel qui est ici visé, mais simplement la pérennité économique de l'opérateur ayant conclu le contrat, et avant même cela, la continuité du service offert par le biais du contrat. Aussi, la question n'est pas tant dans l'accord, que l'on suppose ici parfaitement constant, mais simplement dans la possibilité d'une indemnisation financière. D'une certaine façon, la seule manière pour le contractant d'exprimer son changement d'opinion, c'est-à-dire son non-accord, est d'interrompre l'exécution du contrat, ce qui loin de le soulager de ses difficultés, l'exposera à une résiliation-sanction, sans indemnisation cette fois. Dès lors, il apparaît clair que la théorie de l'imprévision, telle qu'elle est conceptualisée en droit administratif, ne peut en aucune façon prétendre à la prise en compte du consentement, cette fois-ci aussi bien pensé comme accord, que dans sa version composite.

1190. On pourrait rétorquer à cela que c'est justement dans la possibilité d'obtenir une indemnisation du préjudice que le contractant peut aussi témoigner de sa volonté de poursuivre l'exécution. Dans ce cas, faut-il inférer du fait que l'un des contractants saisit le juge afin de faire constater ce déséquilibre, une manifestation de volonté équivalente au consentement ? La réponse nous paraît devoir être négative, puisqu'en matière contractuelle, le consentement s'est toujours entendu comme capacité de réponse positive à une offre, mais également comme une faculté de refus. Or, dans l'hypothèse envisagée, cette alternative n'existe pas puisque l'intégralité de l'offre est contenue dans la seule possibilité du dédommagement. Il n'est pas possible pour le contractant de demander à être libéré de son engagement contractuel, puisque ceci est seulement envisageable si le juge constate, d'un point de vue objectif, l'irrésistibilité de l'événement, et l'absence de son caractère provisoire. La possibilité de refus ne lui appartient donc pas.

1191. Cet état de fait trouve probablement sa justification dans la nécessaire continuité de

l'action publique, ainsi que dans le principe de sécurité juridique. Néanmoins, l'opposition ainsi constituée paraît plus artificielle qu'elle ne voudrait bien le dire. On pourrait tout à fait concevoir la possibilité pour le juge d'ordonner une période de transition pendant laquelle l'administration devrait rechercher un nouveau contractant en lieu et place de celui qui voudrait s'extirper de la convention, période d'une durée qui serait proportionnelle à l'importance du contrat et des intérêts défendus.

L'imprévision est donc, paradoxalement, la justification de la fixité du contrat¹⁵³⁶. Or, celle-ci joue plus comme axiome que comme principe justificatif.

C / Conclusions sur le rapport du consentement à la temporalité en matière contractuelle : la subjectivité indistincte.

1192. De fait, et s'agissant de la pure matière contractuelle, le consentement, dans son lien avec la temporalité, se manifeste encore une fois comme une modalité, un synonyme d'un accord presque réifié en tant qu'objet fétichisé. Toutefois, il est davantage considéré dans sa dimension subjective en droit privé, puisque tant la faculté de résiliation unilatérale que l'obligation de renégociation participent de l'introduction d'une prise en compte de la volonté réelle, et non présumée, des parties. De ce point de vue, on ne peut que se réjouir de constater que les projets de modernisation vont dans un sens similaire, et ne prônent pas un retour à une stabilité trop poussée. Souvent en retard, parfois en avance, le droit exprime par ces dispositifs l'écartèlement que lui fait subir la défense d'intérêts contradictoires, et souligne ainsi, en négatif, ce qui est le propre de sa fonction sociale : assurer une forme de permanence, de fixité de l'engagement dans un monde mouvementé et dépassé par sa propre vitesse. Aussi, il n'est guère surprenant de constater qu'au regard de cet objectif, la dimension subjective, incarnée du sujet du droit ne soit pas son principal référent, puisque son introduction produirait exactement l'inverse de l'effet recherché, par le déploiement de ce qui est vécu, par le système comme par une grande part de la doctrine, comme une gangrène entropique.

1193. Cette relation ambivalente à l'écoulement temporel produit un autre effet, celui de rendre visible un élément qui se joue dans cette forme d'échange symbolique, parce que langagier, entre la sphère proprement humaine, et la sphère juridique. Le consentement, tel

¹⁵³⁶ Du moins en tant qu'il est l'instrument juridique de la continuité du service public.

qu'il est formulé par le ou les sujets qui prétendent inscrire leur agir sous la lettre du juridique, est véritablement donné, au sens que ce terme a en matière d'obligation. Il s'agit d'un transfert de propriété du consentement, en tant qu'il est l'objet de la transaction par laquelle, et de manière exclusive, l'individu se fait sujet juridique. Ce que nous souhaitons mettre en exergue ici, c'est que la dimension translatrice de propriété produit cette conséquence que le consentement n'est pas rendu. Par là il faut entendre qu'une fois qu'il est formulé, il échappe à l'individu pour devenir possession, moins de son avatar abstrait qu'est le sujet de droit, que la propriété du système juridique lui-même, qui seul pourra à un moment le supprimer, ou le rendre à son véritable titulaire.

1194. Ce dont témoigne la relation du temps et du consentement, dans la sphère juridique, c'est bien de cette opération de dessaisissement, d'une importance variable suivant la matière et les enjeux considérés. Ainsi, en droit privé, en lien peut être avec la mortalité plus précoce de ses opérateurs originaires, l'extension du temps du contrat est entourée des garanties de la résiliation unilatérale, qui vise à une dépossession plus faible. On peut alors remarquer, par ricochet, que l'on estime apparemment moins dangereux, et moins problématique au regard de l'éthique de la liberté individuelle de pouvoir s'engager de manière si étendue en droit administratif. Par là, on entend qu'il aurait été tout à fait envisageable de considérer que dans les contrats à durée indéterminée, le cocontractant personne privée puisse bénéficier d'un droit analogue, entourée d'un ensemble de garanties en raison de l'intérêt général. Or, la jurisprudence ne contient aucun exemple d'une telle transposition en droit administratif. Peut-être cela peut-il se comprendre au regard du fait que la majorité des contractants personnes privées, dans les contrats administratifs, sont elles-mêmes des personnes morales, moins sujettes à la mortalité, ou peu enclines à s'interroger sur leur propre liberté individuelle.

1195.La thématique de la temporalité du consentement constitue probablement l'un des points les plus fondamentaux de la mécanique du concept. Elle est à la fois la condition nécessaire à la valeur conférée à l'engagement et au consentement, et en même temps, le siège des plus redoutables difficultés pratiques.

1196.La subjectivité se trouve donc en quelque sorte écartelée entre ces bornes. Il lui faut en effet composer avec la fixité du consentement juridique, et par extension de la parole donnée qui constitue le support du principe de la responsabilité individuelle. Mais, en même temps, cette fixité n'est qu'un artifice, une façon d'instaurer un semblant de continuité là où il n'y en a guère. Le législateur a bien perçu cela, au travers des modulations sans cesse plus importantes qu'il est possible d'apporter au principe du consentement, en tout cas dans le domaine du droit des contrats.

1197.Car, à dire vrai, la situation est profondément différente si l'on se penche cette fois sur d'autres branches du droit. Sur ce terrain, le droit de la santé ainsi que le droit constitutionnel font figures d'épigones. S'agissant du premier, la temporalité du consentement semble être tenue en suspicion, ce que traduit admirablement le débat entourant le caractère non-obligatoire pour le médecin des directives anticipées. Or, ce refus s'appuie bien sur l'idée que l'on ne peut être sûr que le consentement donné précédemment, à l'occasion de la rédaction des directives anticipées, est toujours valable. Comment rapporter cette idée, qui peut paraître de prime abord respectueuse de la subjectivité, avec son pendant civiliste, selon lequel il est possible de s'engager dans un contrat pour une durée pouvant aller jusqu'à 99 ans, sans que cela ne semble heurter ni le législateur ni la doctrine ?

1198.De manière analogue, si l'on transpose cette problématique dans le droit constitutionnel, la possibilité même de la dimension temporelle disparaît. Ce que l'électeur a voulu à l'occasion d'un vote, un jour précis, est réputé valoir jusqu'à ce qu'une nouvelle élection soit organisée. Dès lors, le consentement constitutionnel aurait cette particularité d'être insusceptible de variation, toujours constant et identique à lui-même. Même si l'artifice

ne trompe guère tant il semble grossier, il n'en reste pas moins que cette situation ne semble pas émouvoir le législateur, et troubler assez peu la doctrine dans son ensemble.

1199. Pourtant, les questions posées ici n'ont pas fini d'être à la source de difficultés considérables pour le juge, ce qu'illustre parfaitement le consentement dans la sphère biomédicale. Car, puisque c'est encore de consentement qu'il s'agit ici, il est à prévoir que la variabilité de ce dernier sera encore invoquée. Les enjeux ne sont pourtant pas les mêmes, comme l'étude de l'assistance médicale à la procréation l'a démontrés.

1200. À ce stade de l'enquête, on peut déjà observer à quel point il paraît difficile de construire un concept unique et homogène du consentement, tant les régimes juridiques et les problématiques rencontrés semblent différents. Nous allons pouvoir observer que cette idée acquiert davantage de consistance à mesure que l'on va progresser dans l'analyse du régime juridique du consentement. Poursuivons donc par les deux qualificatifs qui font habituellement cortège au consentement juridique, à savoir son caractère libre et éclairé.

TITRE II : UNE SUBJECTIVITÉ ÉPROUVÉE PAR LE RÉGIME JURIDIQUE DU CONSENTEMENT

1201. Nous avons donc réussi jusqu' à présent à donner quelques précisions d'importance s'agissant de l'étude du consentement : le titulaire de la capacité du consentir est un personnage aux multiples facettes suivant le domaine du droit dans lequel il est observé, puisqu'aussi bien les conditions qui le constituent comme tel, que les pouvoirs qui sont les siens varient de manière assez conséquente.

À ce premier élément s'ajoute également celui relatif à la temporalité, c'est-à-dire à cette fiction juridiquement soutenue selon laquelle le consentement serait constant pendant tout le temps où le droit le prévoit ainsi. En effet, en dehors des hypothèses où un mécanisme spécifique existe, grâce auquel le justiciable peut effectivement bénéficier d'une faculté de retrait de son consentement, le principe réside bien dans le fait qu'une fois extériorisé, le consentement appartient en quelque sorte à l'ordre juridique lui-même.

Mais, tout cela n'épuise pas l'ensemble des éléments relatifs au régime juridique du consentement. En effet, il rester encore à déterminer ce qui constitue le cœur de la problématique du consentement, lorsque ce dernier est envisagé de manière dynamique. Plus précisément, la perspective évolue ici en ce sens qu'elle vise non plus à caractériser les conditions qui rendent possible l'émergence du consentement, mais davantage à dévoiler la manière dont celui-ci opère une fois qu'il est effectivement extériorisé. Ainsi nous avons envisagé jusqu'à présent comment un justiciable peut prétendre à formuler un consentement. L'étude portait donc sur le point d'origine du consentement, et non pas tant sur le consentement lui-même. Il s'agissait donc d'apercevoir la relation entretenue par le sujet avec ce que le droit lui impute comme étant sa responsabilité, selon qu'il peut ou non en revendiquer l'usage (hypothèse de la capacité), ou même s'en séparer (hypothèse du pouvoir exercé par le sujet sur sa création, au travers de la faculté de retrait).

1202. Ici, l'analyse proposée se chargera de déplacer l'étude du sujet, premier temps de la réflexion, vers celle de son produit, au travers de l'étude du consentement en lui-même. C'est en ce sens que l'on abordera dans un premier temps la question des vices du consentement, et plus généralement, de la place du consentement dans la théorie des obligations, pour observer

à quel point cette façon de se saisir du concept imprime un pli à la pensée que l'on va retrouver dans des domaines apparemment bien étrangers au droit privé (Chapitre 1).

Une fois ceci effectué, nous pourrons alors passer à l'examen d'une situation concrète, sur le plan pratique, de mise en action du régime juridique du consentement. Pour ce faire, nous avons choisi le thème de l'appréhension juridique de la sexualité, qui constitue une situation paradigmatique pour la compréhension de la logique consensuelle, particulièrement lorsqu'elle se trouve associée au corps. De plus, on pourra apprécier alors comment la valeur reconnue au consentement varie selon que l'on considère un acte purement gratuit, ou que l'on y adjoint une composante monétaire (Chapitre 2).

Enfin, pour conclure cette étude, nous aborderons cette fois le consentement associé, c'est-à-dire directement relié à la personne du sujet, au travers des cas dans lesquels l'ensemble des conditions propres à garantir la validé juridique du consentement est présent sans que pour autant ce dernier soit reconnu comme tel par le droit. Cette situation se caractérise par une présence très marquée du corps et des usages possibles de celui-ci, qu'une comparaison avec la liberté prévalant dans le domaine psychique permettra d'illustrer (Chapitre 3).

CHAPITRE 1 : LE CONSENTEMENT LIBRE ET ÉCLAIRÉ : MIRAGE DE LA SUBJECTIVITÉ

1203. Afin de pouvoir étudier dans le détail ce qui relève du régime juridique du consentement, il reste encore à préciser quelles sont les principales caractéristiques attendues de ce dernier. En effet, jusqu'à présent, nous avons utilisé le vocable de consentement, dont on a vu qu'au cours de l'histoire, il est parfois associé à des termes qui visent à le qualifier. Cette qualification n'est pas esthétique, mais traduit en réalité une exigence qui exprime la forme attendue du consentement, son idéal-type en quelque sorte.

Notre époque a gardé la trace, au travers de la théorie des obligations, de deux éléments au moins : le consentement doit être libre et éclairé. Derrière ces termes d'apparence simple, se situe le cœur de son appréhension juridique. En effet, comme on l'a vu, ce dernier ne fait pas l'objet d'une définition à proprement parler. Le Code civil mentionne bien ce qui permet de remarquer, dans la masse de ses apparitions, ce qui constitue un consentement non valide au sens du droit. Pour autant, on n'est guère renseigné ici sur ce qu'est concrètement le

consentement, sa définition première. De ce fait, l'adjonction des qualificatifs « libre » et « éclairé » n'est absolument pas anodine, puisque c'est en réalité à partir de ces derniers que nous pouvons espérer apercevoir le consentement *per se*.

De manière analogue, les hypothèses que nous avons développées jusqu'à présent méritent d'être appréciées au regard non plus d'une perspective historique large, mais plutôt à l'aune de la manière dont le droit le plus contemporain a reçu cette sédimentation progressive qui a forgé les contours actuels du consentement. En ce sens, l'étude entreprise auparavant s'arrêtait en quelque sorte aux portes de notre époque, et c'est donc ce seuil que nous entendons franchir ici.

1204. Aussi, afin d'apprécier de quelle manière le consentement peut aujourd'hui rendre justice à son sens originel, c'est-à-dire le sentir-avec, et partant, à la subjectivité, nous étudierons donc ce qui constitue peut-être l'une de ses applications les plus connues, à travers la question des vices du consentement. En effet, puisque nous avons montré à quel point ces derniers sont contingents lors de la rédaction du Code, et qu'ils visent avant tout à protéger la convention et non le consentement, il sera utile d'observer comment l'époque a reçu une telle invite. Dans le même sens, la récente consécration explicite de la valeur constitutionnelle de la liberté contractuelle¹⁵³⁷ ne fait qu'accentuer le besoin d'établir de manière précise la façon dont le consentement opère dans ce domaine. À cette occasion, quelques rappels historiques pourront être faits, mais qui concernent cette fois une dimension plus technique que ce que nous avons abordé précédemment (Section 1).

Cette première lecture nous permettra de mettre en exergue un point déterminant : le consentement, et avec lui une grande partie de la théorie des obligations, se comprennent en relation avec un objet qui constitue ce sur quoi porte la convention. Or, la manière dont on apprécie cet objet, de façon objective ou subjective, conditionne en fait la place laissée à la subjectivité et au sentiment (Section 2).

Puis, on poursuivra par le second qualificatif, à savoir la nécessité d'un consentement éclairé, encore que ce dernier se retrouve très largement dans les vices du consentement. Ce qui est visé ici est bien l'information, et son rapport avec la subjectivité, selon que par

¹⁵³⁷ Cons. const. 13 juin 2013, déc. n° 2013-672 DC, Constitutions, 2013, p. 400, obs. Cassard-Valembois, qui fait découler la liberté contractuelle de l'article 4 de la DDHC. Pour une vision générale sur cette question, même si celle-ci n'est plus à jour, cf. P.-Y. Gahdoun, *La liberté contractuelle dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, Thèse pour le doctorat en droit, Univ. Montpellier I, 2006, publiée aux éditions Dalloz, Nouvelle bibliothèque de thèses, Vol. 76, 2008, 415 pages.

exemple il s'agit d'apprécier si une information a été transmise, ou bien si elle a été comprise et comment par son récepteur, ce qui n'emporte absolument pas les mêmes conséquences (Section 3).

SECTION 1 : CONSENTEMENT, VICES DU CONSENTEMENT ET SUBJECTIVITÉ

1205.Après avoir évoqué pendant la perspective historique la mise en place d'un régime juridique de protection de l'intégrité du consentement, nous n'avons eu de cesse de tourner autour de celui-ci, sans jamais l'évoquer dans le détail. Ainsi, l'analyse de l'antiquité romaine a-t-elle permis de mettre en lumière le caractère embryonnaire des vices ainsi décrits, et le fait qu'il ne visait pas tant à l'époque, à protéger le consentement en lui-même, qu'à assurer une forme d'ordre et de civilité dans le déroulement des relations contractuelles.

Cette forme d'ambivalence à l'égard du consentement constitue l'un des invariants de ce dernier, au moins pendant une période qui s'étend de l'Empire romain à la codification napoléonienne. Certes, il est possible de trouver des amodiations sporadiques au principe, par exemple dans le droit canon, mais ces variations autour de la tendance visent à interroger d'autres aspects que celui du consentement. En somme, le consentement n'est pas visé en lui-même, en raison d'une importance particulière qui lui serait conférée, mais plutôt par le fait qu'il constitue une voie d'accès à des concepts plus fondamentaux dans l'esprit de l'époque.

1206.Toutefois, un changement d'importance s'est produit, au moment de la rédaction du Code civil, puisque se trouve désormais explicitement visée une nouvelle catégorie désignée sous l'expression « vices du consentement ». Derrière ce vocable se manifeste l'idée selon laquelle le consentement justifierait en lui-même, une protection. Pour autant, comme nous le verrons, cette prise en compte accrue ne peut s'interpréter comme signifiant qu'une plus grande attention est portée à l'égard de la subjectivité, qui conserve sa place particulière : elle est à la fois le support nécessaire de la mise en œuvre du consentement, mais aussi sa limite. Une fois celui-ci formulé, il paraît en quelque sorte échapper au justiciable, de telle sorte que si protection il y a, elle n'est pas tant de la subjectivité que du consentement, pensé comme autosuffisant au regard de la logique juridique.

Pour tenter d'apprécier le bien-fondé d'une telle affirmation, on étudiera successivement la manière dont les vices du consentement, en lien avec la subjectivité, sont appréhendés au sein du droit privé (§1) avant d'essayer d'observer si l'on retrouve une même

logique, ou des mécanismes similaires au sein du droit public (§2).

§1 : Études des vices du consentement en lien avec la subjectivité

1207. Puisque les vices du consentement figurent la protection la plus célèbre que le droit a dressée à l'égard du consentement, alors l'étude détaillée de ces derniers constitue un point de passage incontournable de notre recherche¹⁵³⁸. Ceci est d'autant plus vrai si l'on veut bien garder en mémoire que le droit des obligations constitue en quelque sorte la matrice à partir de laquelle le consentement est pensé en doctrine. Ce faisant, la logique à l'œuvre a dépassé le seul cadre du droit privé pour infuser l'ensemble de la matière juridique, tant et si bien que les éléments évoqués intéressent le consentement en général, et non seulement le consentement en droit privé.

À cette première précision s'en ajoute une autre : puisque notre recherche est centrée sur le consentement, et le lien entretenu avec la subjectivité, alors on cherchera à déterminer comment celle-ci se manifeste ou non dans les principaux mécanismes de protection de l'intégrité du consentement. Toutefois, nous n'aborderons pas ici l'étude de la lésion, en ce qu'elle est d'application trop réduite pour permettre d'adopter un propos général¹⁵³⁹. Ceci précisé, on envisagera successivement l'erreur (A), le dol (B) ainsi que la violence (C).

A / L'erreur dans la théorie générale des obligations : le consentement entre interprétation objective et subjective

1208. Ce qui frappe immédiatement le lecteur, à la lecture des manuels de droit privé, est bien l'ambiguïté permanente du vocable de consentement. Tantôt désigné, en vertu d'une certaine acception de son étymologie, comme "accord de volonté", il désigne parfois également la volonté elle-même¹⁵⁴⁰. Le Code civil lui, dans son article 1108, évoque « le consentement de la partie qui s'oblige », c'est-à-dire tend à désigner la volonté de l'individu,

¹⁵³⁸ Pour une vision d'ensemble sur cette question, cf. J. Ghestin, *La formation du contrat, Tome 1, Le contrat – le consentement*, éd. L.G.D.J., Coll. Traité de droit civil, 4^{ème} éd., 2013, 1552 pages. On peut relever à cet égard que le fait de figurer précisément le terme de « consentement » au sein du titre de l'ouvrage est le propre de la dernière édition seulement, ce qui traduit bien l'importance croissante du concept étudié.

¹⁵³⁹ A cela s'ajoute le fait que tant la doctrine que le Code ne la qualifie pas de vice du consentement.

¹⁵⁴⁰ Planiol évoque déclare ainsi que « le mot consentement a deux sens. Le premier, qui est le plus conforme à l'étymologie, exprime, comme le dit le Littré, l'uniformité d'opinion entre plusieurs personnes. En droit, cette uniformité sera ce que l'on appelle l'accord des volontés, lequel constitue le contrat... », in *Traité élémentaire de droit civil*, 6^e éd., t. II, L.G.D.J., 1912, n°969, cité in V. Forray, thèse précitée, p. 309.

plutôt que la réunion des deux accords. Toutefois, dans la doctrine civiliste, une importante césure sépare les conceptions romaines en la matière, que nous avons déjà évoquées, des conceptions des auteurs de la doctrine. Le consentement, dans sa forme moderne, occupe donc dans une position incertaine (1), ce que le régime de l'erreur tend à démontrer (2), en consacrant ainsi l'idée que le consentement est bien compris comme synonyme de l'accord (3).

1 / Erreur, interprétation subjective et interprétation objective : la place du consentement moderne

1209. L'erreur dans le droit contemporain est marquée par un recours à une perception tantôt objective, tantôt subjective (a). À ce titre, une partie de la doctrine contemporaine s'efforce d'œuvrer à ce que seule l'appréhension la plus objective possible demeure (b).

a / Le régime juridique de l'erreur en droit des obligations : l'oscillation entre approche objective et subjective

1210. Reste pour le moment à s'entendre sur ce que l'erreur recouvre. On la définit souvent, en droit privé, par une représentation erronée de la réalité, comme le fait de « croire qu'est vrai ce qui est faux ou inversement »¹⁵⁴¹, ou « une représentation inexacte de la réalité qui consiste à croire ce qui est faux, ou faux ce qui est vrai »¹⁵⁴², ce qui se rapproche beaucoup de la définition de l'erreur donnée par le Vocabulaire Lalande de la Philosophie¹⁵⁴³. Toutefois, certains précisent que d'un point de vue juridique, elle est « une discordance entre la volonté interne et la volonté déclarée »¹⁵⁴⁴.

1211. Si la conception subjective est aujourd'hui admise par la doctrine majoritaire et la jurisprudence, il n'en reste pas moins que cela n'a été qu'au prix d'une lecture orientée du Code. En effet, « dans l'esprit des rédacteurs du Code civil, ce n'est qu'exceptionnellement que l'erreur peut être cause de nullité. L'influence du droit romain auquel renvoie le terme de substance, et le souci de sécurité juridique, ont été ici dominants. [...] Il n'est question de

¹⁵⁴¹ Ph. Malaurie, L. Aynès, Ph. Stoffel-Munck, *Les obligations*, précité, § 497, p. 255.

¹⁵⁴² Y. Buffelan-Lanore, *Droit civil*, précité, § 101, p. 39.

¹⁵⁴³ A. Lalande, *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, P.U.F. Quadrige, éd. 2010, p. 297, sens A et B.

¹⁵⁴⁴ Ph. Malaurie, L. Aynès, Ph. Stoffel-Munck, *ibid.*

l'influence de l'erreur sur la volonté qu'à propos de l'erreur sur la personne. Quant à la règle morale, il semble que les rédacteurs aient jugé que la sanction du dol était suffisante »¹⁵⁴⁵.

1212. Dès lors, la solution subjective ne va pas s'imposer immédiatement, puisque la conception objective va primer en jurisprudence entre 1845 et 1875¹⁵⁴⁶. Il faut en fait ici distinguer plusieurs éléments, qui chacun concourt à la définition du régime de l'erreur.

1213. Premièrement, l'erreur en tant que telle s'entend d'une appréhension fautive de la réalité. Des questionnements ont surgi en jurisprudence, sur le point de savoir s'il fallait que l'*errans* soit sûr, de manière certaine, de sa conviction, pour que le décalage avec la réalité produise de toute sa force, une erreur au sens du droit. La question a opposé la doctrine entre deux camps que l'on imagine aisément, certains arguant du fait que le marché de l'art, dans lequel sont nés ces questionnements, était incertain par définition, et que le risque faisait partie intégrante de son fonctionnement¹⁵⁴⁷; d'autres ont répondu qu'une telle position excluait *de facto*, et de manière définitive, toute possibilité d'action en nullité sur la base de l'erreur dans ce domaine. Du point de vue du consentement, tel que nous l'entendons, la question de la certitude n'est guère pertinente, puisque d'un point de vue subjectif, le simple doute peut néanmoins produire des conséquences s'agissant du consentement. Il semble qu'il est question ici d'une anticipation du raisonnement au regard de la nécessité d'une erreur déterminante du consentement, sous-entendant de manière implicite que lorsque la conviction était déjà douteuse, celle-ci ne pouvait en tant que telle être ce qui a déterminé à contracter¹⁵⁴⁸.

1214. De même, pour être effectif, le raisonnement adopté suppose que la réalité puisse être déterminée de manière certaine, en référence à son objectivité. Or, ici aussi, il arrive fréquemment que ce que l'on tient pour réel soit lui-même douteux. C'est pourquoi la jurisprudence s'attache à caractériser un doute sérieux pour prononcer la nullité, afin de ne pas mettre trop à mal le principe de sécurité juridique¹⁵⁴⁹, même si elle ne s'interdit pas pour autant

¹⁵⁴⁵ In J. Ghestin, Y.-M. Serinet, « L'erreur », *Rép. civ. Dalloz*, sept. 2006, § 16, p. 8.

¹⁵⁴⁶ S. Lequette-de Kervennoaël, *L'authenticité des œuvres d'art*, Thèse pour le doctorat en droit privé, Université de Paris I, 2003, L.G.D.J, 2006, § 315, cité in J. Ghestin, Y.-M. Serinet, précité, § 127, p. 32.

¹⁵⁴⁷ De là la formule désormais enseignée selon laquelle l'aléa chasse l'erreur.

¹⁵⁴⁸ Même si l'on peut tout à fait tenir le raisonnement inverse, à savoir que c'est parce qu'il y a un doute, et donc un espoir que le résultat soit positif, que le consentement a été donné.

¹⁵⁴⁹ Pour un exemple d'annulation, cf. CA Paris, 25 fév. 1994, *D.* 1994, somm. 233, obs. O. Tournafond, cité in J. Ghestin, Y.-M. Serinet, précité, §108, p. 27. cf. également l'affaire du Jardin à Auvers : Cass 1^{ère} civ., 25 mai 2004, Bull. Civ., I, n°152.

de prendre en compte, dans son appréciation, des éléments postérieurs à la conclusion du contrat, ce qui était déjà visible dans l'affaire Poussin¹⁵⁵⁰.

1215. Une fois cet élément établi, il reste encore à établir que l'erreur a été déterminante du consentement. Comme le note la doctrine, « on sent instinctivement qu'il existe des erreurs indifférentes et d'autres qui ne le sont pas. Distinction nécessaire, parce que deux éléments contradictoires dominent la question : la sécurité du commerce et la justice dans le contrat »¹⁵⁵¹. C'est ce qu'implique l'article 1110 al. 1, qui dispose que l'erreur n'entraîne la nullité que lorsqu'elle « tombe sur la substance même de la chose qui en est l'objet ». Mais si initialement la substance pouvant être entendue dans le sens romain, c'est-à-dire en renvoyant à la matière dont la chose est composée et donc d'un point de vue objectif, elle a par la suite évolué au profit de la substance appréhendée d'un point de vue subjectif. Ainsi que l'indiquent les professeurs Ghestin et Sérinet, « Désormais, c'est en fonction de leur influence déterminante sur le consentement que les qualités sont jugées substantielles. Moins qu'une substance figée a priori d'après les espèces de choses, on se réfère à la qualité substantielle, celle que la partie avait principalement en vue, celle sans laquelle elle n'aurait pas donné son consentement ... »¹⁵⁵².

b / La volonté d'une partie de la doctrine contemporaine de retourner à une appréciation essentiellement objective de l'erreur

1216. Toutefois, il reste en doctrine des auteurs appelant à un retour vers une dimension plus objective, tel Philippe Malinvaud¹⁵⁵³. Cette tendance se manifeste également au travers des récents principes du droit européen des contrats (PEDC)¹⁵⁵⁴. De même, une fraction de la

¹⁵⁵⁰ Cass. civ. 1^{ère}, 13 déc. 1983, CA Versailles, 7 janv. 1987. Il s'agit probablement d'un des arrêts de droit privé ayant donné lieu au plus de commentaires. Aussi, nous nous permettons de renvoyer à l'étude de J. Ghestin qui en dresse l'inventaire, qu'évoque Vincent Forray, à savoir J. Ghestin, « « L'authenticité, l'erreur et le doute » », in *Le droit privé à la fin du XXe siècle, Études offertes à Pierre Catala*, Litec, 2001, p. 457 et s., § 22 ; Pour des éléments de jurisprudence sur ce point, cf. J. Ghestin, Y.-M Sérinet, précité, § 113, p. 28.

¹⁵⁵¹ Ph. Malaurie, L. Aynès, Ph. Stoffel-Munck, les obligations, précité, § 499, p. 255.

¹⁵⁵² J. Ghestin, Y.M Sérinet, précité, § 125, p. 31. On peut voir également Ph. Malaurie, L. Aynès, Ph. Stoffel-Munck, précité, § 499, p. 256 : « La qualité substantielle de l'erreur a, en jurisprudence, absorbé celle de son caractère déterminant, qui, rationnellement, aurait dû aussi être exigée pour que l'erreur fut une cause de nullité du contrat ».

¹⁵⁵³ Ph. Malinvaud, « De l'erreur sur la substance », *D.* 1975, chron. 213, p. 215 et s. ; Cette tendance se manifeste également au travers des récents principes du droit européen des contrats (PEDC) : PDEC, article 4 : 103, qui évoque de manière encore plus restrictive, la nécessité d'une qualité « essentielle ».

¹⁵⁵⁴ PDEC, article 4 : 103, qui évoque de manière encore plus restrictive, la nécessité d'une qualité « essentielle ».

doctrine a entendu réhabiliter l'appréciation objective. Ainsi, Gwennaël François dans sa thèse déclare-t-il préférer utiliser la qualité « essentielle » plutôt que substantielle, qui selon lui renvoie trop à la « métaphysique »¹⁵⁵⁵. Reprenant dans une perspective critique les théories de M. Dejean de la Bâtie¹⁵⁵⁶, de M. Chauvel¹⁵⁵⁷, et de M. Vivien¹⁵⁵⁸, l'auteur entend se livrer à une critique impitoyable de la théorie dite subjective des qualités substantielles.

1217.L'essentiel de la charge est dirigé contre cette recherche de « la psychologie de l'errans », toujours insaisissable, peu « palpable par le droit »¹⁵⁵⁹. Ainsi, il déclare que « qualifier d'essentielle la qualité qui a emporté le consentement de l'errans suppose en effet de s'intéresser au vouloir intime de celui-ci, ce qui est impossible. Au contraire, une analyse objective sera plus aisée, « tant la psychologie sociale est, en droit, plus accessible que la psychologie individuelle » »¹⁵⁶⁰. De même, la nouvelle interprétation présentée par Philippe Jacques dans sa thèse aboutit à donner encore davantage de poids à l'appréciation objective, puisqu'ainsi qu'il le déclare lui-même, « l'accord des volontés n'est pas, juridiquement, la convention »¹⁵⁶¹. Plus généralement, et c'est bien ce qu'implique le travail de recherche de Gwennaël François, le droit européen des contrats à venir va s'orienter vers cette vision objective¹⁵⁶², du fait même que la condition du consentement, tel qu'il est entendu en droit français, apparaît comme une spécificité française.

1218.De manière analogue, s'agissant de l'appréciation du caractère déterminant, la doctrine s'est divisée sur le fait de savoir si elle devait être appréciée au regard de l'errans, ce qui

¹⁵⁵⁵ Le mot est de Charles Démolombe, *Cours de Code Napoléon – Traité des contrats, tome XXVII*, Paris, 1868, n° 86, cité in G. François, *Consentement et objectivation*, précité, §436, p. 384.

¹⁵⁵⁶ N. Dejean de la Bâtie, *Appréciation in abstracto et appréciation in concreto en droit civil français*, Thèse pour le doctorat en droit, Université de Paris, 1965, éd. L.G.D.J., coll. Bibliothèque de droit privé, 1965, 316 pages. L'auteur est plutôt favorable à l'appréciation *in concreto*, au motif que seule celle-ci permet de déterminer dans quelle mesure le dommage a atteint la victime, et dans quelle mesure le créancier doit être protégé. La perspective est subjective, mais aussi volontariste.

¹⁵⁵⁷ P. Chauvel, *Le Vice du consentement*, Thèse pour le doctorat en droit, Université Paris II, 1981. L'auteur propose de distinguer entre la causalité du vice et le caractère substantielle de la qualité qui fait défaut.

¹⁵⁵⁸ G. Vivien, « De l'erreur déterminante et substantielle », *RTD civ.* 1992, p. 305, version électronique. L'auteur entend distinguer deux éléments distincts, à savoir l'article 1109 qui protégerait le consentement du contractant, et l'article 1110 qui vise à protéger lui le contrat. La première serait appréciée *in concreto*, la seconde *in abstracto*, cf. §73-74, p. 20.

¹⁵⁵⁹ G. François, thèse précitée, § 439, p. 387.

¹⁵⁶⁰ La citation est de G. Vivien, « De l'erreur... », précité, § 47, p.13, cité in G. François, thèse précitée, § 442, p. 389.

¹⁵⁶¹ P. Jacques, *Regards sur l'article 1135*, Nouvelle bibliothèque de thèses, n° 46, 2005, 1008 pages.

¹⁵⁶² Ainsi, de l'aveu même de l'auteur, il s'agit d'établir que « l'erreur ne résulte pas d'une appréciation purement personnelle, et comme telle, extérieure à l'objet (erreur sur la valeur, erreur sur le mobile), et que cette erreur porte sur une qualité objectivement essentielle », in G. François, thèse précitée, §473, p. 420.

reviendrait à se livrer à une analyse psychologique, ou bien par référence à une notion abstraite, celle « de la moyenne des hommes ». Il est vrai que les deux appréhensions ne sont pas sans poser problème. Ainsi, la première, qui permet la remise en cause avec une assez grande facilité de nombre de conventions, méconnaîtrait la logique la plus élémentaire puisqu'elle aboutirait à des annulations pour des détails qui apparaîtraient insignifiants à la grande majorité des personnes placées dans la même situation, et surtout poserait un problème probatoire insoluble puisque l'intime du vouloir reste par définition inaccessible. Il serait dès lors plus simple et opérant, du point de vue du droit, de prendre des références abstraites, aussi bien dans la qualité des objets que dans celui qui les observe, consacrant par là même la figure du *bonus pater familias*¹⁵⁶³.

1219. Outre le fait qu'une telle approche semble faire peu de cas des difficultés considérables que peut recouvrir la détermination de l'essentialité d'une qualité ou d'une chose, sauf à tomber dans une banalité extrêmement réductrice¹⁵⁶⁴, elle aboutit surtout à vider complètement de son sens la notion de consentement, qui devient ainsi effectivement un pur accord, entièrement détaché de celui qui l'émet. Il n'est même pas ici question d'évoquer le consentement comme sentir-avec, puisque cette conception s'appuie sur une dénonciation virulente de toute prise en compte de cette dimension interne, ramenée à une vague psychologie¹⁵⁶⁵.

1220. La seconde option, il est vrai, n'est pas dépourvue d'ambiguïtés, puisqu'elle nécessite du juge qu'il se livre à une investigation plus approfondie des déterminants de la volonté. Est-elle vouée pour autant à l'échec ? Rien n'est moins sûr, sauf à considérer, ainsi que le font certains auteurs, que l'intime est, de manière irréductible, inaccessible, affirmation dont on ne

¹⁵⁶³ Il est à noter que le *bonus pater familias* en tant que référent n'est pas le même pour tous, puisqu'il correspond dans ses avatars modernes, à une personne du même contexte socio-professionnel que l'*errans*. Ceci n'est pas sans poser problème au regard de l'abstraction de l'homme des droits de l'homme, qui par définition ignore les déterminations sociales, sauf à considérer, dans la vogue actuelle, que la concrétisation de la figure peut être acceptée lorsqu'elle est bénéfique à celui à l'égard duquel elle joue.

¹⁵⁶⁴ Un exemple caricatural permettra d'illustrer cette idée : soit un acheteur d'une voiture de luxe. Quelles sont les qualités essentielles qu'il est possible de définir objectivement pour ce bien. Le fait que cette voiture roule ? La marque en tant que telle ? La solidité supposée de celle-ci ? Autant d'appréhensions différentes qui permettraient, suivant celles que l'on retient, de considérer que le consentement d'une personne souhaitant acheter une telle voiture ne serait pas vicié si, en réalité, elle n'était qu'une voiture de marque ordinaire à laquelle on aurait substituée les signes de marques plus onéreuses.

¹⁵⁶⁵ Alors qu'il reste à déterminer comment la définition de ces qualités substantielles objectives peut être si radicalement opposée à la psychologie, puisqu'elle suppose elle aussi des individus qui émettent des opinions, particulièrement dans le domaine de la valeur, et qui donc font montrer d'une inévitable subjectivité, sauf à ce que ces individus constituent cette forme de citoyen idéal rêvée par Rousseau, ou le sujet moral kantien achevé.

saurait dire s'ils en mesurent totalement toutes les conséquences¹⁵⁶⁶. Pourtant, c'est cette vision qui a été retenue par la jurisprudence, et ce de manière bien établie depuis le début du siècle¹⁵⁶⁷. Du fait de cet accent mis sur la subjectivité de l'*errans*, c'est à lui d'apporter la preuve du caractère déterminant de l'erreur¹⁵⁶⁸. Cette preuve obéit aux règles classiques en la matière, à savoir un faisceau de « présomptions graves, précises et concordantes »¹⁵⁶⁹ dont l'appréciation relève toujours de la souveraineté des juges du fond.

1221. Toutefois, si la prise en compte de l'erreur substantielle, déterminante du consentement, introduit une forte composante de subjectivité dans l'échange contractuel, il n'en reste pas moins qu'elle n'épuise pas de ce seul fait la thématique de la subjectivité. Ainsi, il est des erreurs indifférentes, parmi lesquelles l'erreur inexcusable, sur la valeur et sur les motifs. Si les premières permettent une rectification, il en va différemment pour les autres.

2 / L'exclusion de certaines erreurs indépendamment de leurs effets sur le consentement

1222. L'erreur inexcusable vise, en écho à l'adage *tarde venientibus ossa*, à écarter du prétoire ceux dont les erreurs sont d'une gravité telle que d'une certaine façon elles leur incombent. Ceci signifie donc, au moins implicitement, qu'elles s'apprécient au regard d'un référent objectif à l'aune duquel on peut déterminer qu'il y a une telle divergence dans les comportements et mode de raisonnement, que l'erreur est effectivement inexcusable. De ce fait, on peut donc conclure que ce qui prime dans cette vision est bien l'accord, au titre de la sécurité juridique, et non le consentement, puisque pour celui à qui l'on oppose cette erreur

¹⁵⁶⁶ Le doute est de mise lorsqu'il s'agit de psychologie et possède même une dimension heuristique comme le scepticisme l'a montrée en philosophie, mais l'affirmation ici apparaît bien trop catégorique. Car si le for intérieur est si inaccessible que cela, qu'est-ce qui justifie l'existence sociale des psychiatres, psychologues et thérapeutes ? Et comment expliquer le recours, par le juge, à des experts comme les experts-psychiatres ? Sur ce point, et pour une analyse riche de la fonction d'expert, cf. O. Leclerc, *L'Expert et le droit : contribution à l'étude des rapports entre le droit et la science*, Thèse pour le doctorat en droit, Université Paris X, 2003, éd. L.G.D.J., coll. Bibliothèque de droit privé, 2005, 448 pages.

¹⁵⁶⁷ Par exemple, voir : Cass. Com, 20 oct. 1970, *Gaz. Pal.* 1971. 1.27, JCP 1971. II. 16916, note J. Ghestin, *RTD civ.*, 1971, p.131, note Y. Loussouarn, *Defrénois* 1971, art. 29868, n°38, obs. J.-L. Aubert; Cass. civ. 1^{ère}, 22 Fév. 1978, *Bull. Civ. I*, n°74, *D.*, 1978, p. 601, note Ph. Malinvaud, *RTD civ.*, 1979, p. 126, obs. Y. Loussouarn, *Defrénois* 1978, art. 31860, obs. J.-L. Aubert; Cass. civ. 1^{ère}, 3 oct. 1979, *D.* 1980, p. 28, *D.* 1980, IR 263, obs. J. Ghestin; Cass. civ. 1^{ère}, 26 fév. 1980, *Bull. Civ. I*, n°66, *Gaz. Pal.* 1980. 2, somm. 374, *Defrénois* 1981, art. 32599, n°11, obs. J.-L. Aubert, *RTD civ.*, 1981, p. 394, obs. Fr. Chabas; Cass. civ. 3^{ème}, 25 mai 2002, n°00-21.128, cité in J. Ghestin, Y.M Sérinet, précité, §133, p. 34.

¹⁵⁶⁸ L'obligation probatoire se trouve renforcée lorsque l'erreur est réellement spécifique à celui qui l'invoque.

¹⁵⁶⁹ C. civ., art. 1153.

inexcusable, d'un point de vue personnel, il est sûr que son consentement fait défaut. Pour reprendre un mot de la doctrine, ceci « montre bien que la théorie de l'erreur n'est pas purement psychologique, elle continue à moraliser le commerce, comme le caractère délictuel que son origine romaine avait conféré à la théorie des vices du consentement »¹⁵⁷⁰.

1223.L'erreur sur la valeur n'est de manière analogue pas admissible, sauf si elle découle directement d'une erreur sur les qualités substantielles. Selon la doctrine, cela s'explique par le fait que dans le cas contraire, cela reviendrait à généraliser la rescision pour lésion, très encadrée dans le Code civil¹⁵⁷¹. Une autre explication avancée tient également à ce que la valeur étant le fruit d'une appréciation sociale, cette qualité est extérieure à l'objet, et donc, en tant que telle, n'est pas dans le champ contractuel¹⁵⁷². Là encore, si le principe préserve la sécurité juridique, il n'en est pas moins potentiellement contraire au consentement, lorsque celui-ci est envisagé d'un point de vue individuel.

1224.Enfin, et c'est peut être ici, le point le plus déterminant au regard du consentement, l'erreur sur les motifs obéit à un régime particulier qui permet de la rendre inopérante. Ici aussi, il s'agit pour la doctrine de témoigner du fait que les motifs étant extérieurs à l'objet¹⁵⁷³ de la transaction, ils ne peuvent être appréhendés dans le champ de l'erreur sur les qualités substantielles, qui elle ne vise que l'objet. C'est ainsi qu'un auteur avance que « les raisons qu'un individu a de contracter sont souvent variables, imprévisibles, et dépendent même d'espérances « chimériques, dont le cocontractant n'aura guère connaissance en principe » »¹⁵⁷⁴, avant d'ajouter que « les motifs sont non seulement extérieurs à l'objet, et « demeurent dans l'en deçà juridique qui, sous peine de ruiner toute vie contractuelle, ne

¹⁵⁷⁰ Ph. Malaurie, L. Aynes, Ph. Stoffel-Munck, précité, § 506, p. 261.

¹⁵⁷¹ Ph. Malaurie, L. Aynes, Ph. Stoffel-Munck, précité, §505, p. 260.; Y. Buffelan-Lanore, précité, § 107, p. 41. À noter également que l'erreur sur le prix n'est généralement pas prise en compte par la jurisprudence.

¹⁵⁷² Pour une opinion contraire, voire C. Krief-Semitko, *La valeur en droit civil français : Essais sur les biens, la propriété et la possession*, L'Harmattan, 2009, 331 pages. Dans cet ouvrage, l'auteur soutient que la valeur ne serait pas sociale mais bien intrinsèque à l'objet considéré. Comme elle l'indique elle-même, « la valeur que nous cherchons à définir recouvre nécessairement une notion objective, parce que si la valeur n'était qu'une notion subjective, on ne pourrait en aucun cas l'envisager comme l'objet d'une dette, d'une affectation d'un droit ou encore d'un gage. », p. 8.

¹⁵⁷³ Cass. civ. 3ème, 24 avr. 2003, Bull. Civ. III, n°82; D. 2004, jurispr. p.450, note S. Chassagnard; *JCP G* 2003, II, 10135, note R. Wintgen; *Dr. et patrimoine*, 2003, n° 3342, obs. P. Chauvel; *RDC* 2003, p. 42, obs. D. Mazeaud; *RTD civ.* 2003, p. 699, obs. J. Mestre et B. Fages; *RTD civ.* 2003, p. 723, obs. P.-Y. Gautier, cité in G. François, thèse précitée, p. 417.

¹⁵⁷⁴ La citation est P. Chauvel, *Vices du consentement*, art. préc., p. 15, n° 104, citée in G. François, thèse précitée, § 468, p. 415.

sauraient paraître sur la scène juridique »¹⁵⁷⁵. C'est en ce sens que la Cour de cassation, a pu déclarer dans un arrêt de 1853, que « l'erreur dans le motif ne suffit pas, aux termes de l'article 1110, pour que le consentement donné à l'effet de former une convention ou de s'en délier puisse être considéré comme non avenu »¹⁵⁷⁶. Toutefois, deux arrêts postérieurs ont admis la nullité, en justifiant celle-ci par « l'erreur sur le motif principal et déterminant »¹⁵⁷⁷. Cependant, cette jurisprudence au sens incertain a été assez vite démentie, au profit d'une formulation beaucoup plus tranchée, à savoir que « l'erreur sur un motif du contrat extérieur à l'objet de celui-ci n'est pas une cause de nullité de l'acte, quand bien même ce motif aurait été déterminant »¹⁵⁷⁸.

1225. Le point le plus important ici, particulièrement au regard du consentement, est que l'erreur sur ce motif, même déterminant, n'est pas admise quand le cocontractant n'en avait pas été informé, mais également lorsqu'il en avait connaissance, et ce toujours au regard de cette objectivité de la chose au regard des prétentions des parties, nécessairement subjectives. La seule possibilité en la matière est donc que les parties aient fait figurer, de manière expresse dans la convention, l'importance déterminante de ce motif pour l'une d'elles. La doctrine s'est demandé s'il s'agissait alors d'une condition, au sens du droit, ce qu'avait laissé entendre un premier jugement de la Cour de cassation, avant de finir par admettre qu'il s'agissait plutôt d'une qualification ayant valeur de promesse¹⁵⁷⁹. Le principe est donc bien que l'erreur sur les motifs est indifférente, même si elle a été déterminante du consentement¹⁵⁸⁰.

On peut enfin évoquer l'hypothèse de l'erreur sur la personne, qui n'est admise en principe que pour les contrats *intuitu personae*. Cela témoigne à notre sens d'une prise en compte de la dimension incarnée de l'engagement contractuel, qui peut reposer de manière

¹⁵⁷⁵ La citation est de P. Chauvel, dans sa thèse précitée, n°204, citée in G. François, *ibid*.

¹⁵⁷⁶ Cass. civ. 1^{er} mars 1853 : *D.P.* 1853, 1, p. 34. Cette solution est reprise dans Cass. civ., 26 mai 1891.

¹⁵⁷⁷ Cass. Req. 17 juin 1946 : *Gaz. Pal.* 1946, 2, p. 204; Cass. civ. 1^{ère}, 1^{er} mars 1972, cité in G. François, § 470, p. 416.

¹⁵⁷⁸ Cass. civ. 1^{ère}, 13 fév. 2001 : *Bull. Civ I*, n°31; *JCP G* 2001, I, 330, obs. J. Rochfeld; *Defrénois* 2002, p. 476, note D. Robine; *RTD civ.* 2001, p. 352, obs. J. Mestre et B. Fages, cité in G. François, *ibid*.

¹⁵⁷⁹ Pour un état des discussions et références sur ce point, cf. G. François, thèse précitée, note ° 1801 p. 417.

¹⁵⁸⁰ Il faut néanmoins préciser ici que aussi bien le Projet Catala de réforme du droit des obligations (article 1112-5), le Projet de la Chancellerie de réforme du droit des obligations (article 55), ainsi que le Projet Terré (article 42), prévoit explicitement l'admissibilité de l'erreur sur « un simple motif, étranger aux qualités de la chose ou de la personne », à la condition que les parties aient fait de ce motif un élément « déterminant » du consentement (Projet Catala), « de manière certaine un élément déterminant » du consentement, (Projet de la chancellerie), ou « de manière certaine une condition de leur engagement » (Projet Terré). Sur ce point, cf. G. Mäsch, D. Mazeaud, R. Schulze, *Nouveaux Défis du droit des contrats en France et en Europe*, éd. Sellier, Munich, 2009, p. 71.

conséquence et déterminante sur la personne du cocontractant. Pour pouvoir être opérante, la personne doit être la cause principale de la convention. De plus, l'erreur doit également porter sur les qualités substantielles de la personne¹⁵⁸¹. C'est probablement ce type d'erreur qui se rapproche le plus de l'idée du consentement comme sentir-avec, et l'on observe bien ici à quel point sa prise en compte est jugulée par le même mécanisme de la substantialité évoqué précédemment.

3 / Conclusion sur le rapport entre erreur et consentement en droit privé

1226. Cette présentation succincte du régime de l'erreur en droit civil permet de dégager un ensemble de faisceaux signifiants au regard du consentement. Premièrement, l'existence de celui-ci, ainsi que son importance de principe sont affirmées, de manière presque unanime par la doctrine, mais apparaissent comme typiquement françaises, au regard des principaux pays européens. Cela explique, au moins en partie, que les projets de droit européen des contrats ne reprennent pas cette tradition juridique spécifique. Ensuite, la doctrine était et reste divisée sur la question de l'appréciation objective ou subjective de la volonté des contractants. Cette division prend comme terrain d'expression la question de l'erreur sur les qualités substantielles, mais est en réalité plus large que cela, puisque derrière, c'est même la question de la prise en compte ou non de la volonté qui est engagée.

Certes, il apparaît bien qu'en doctrine et en jurisprudence, c'est la conception subjective qui a triomphé, même si cette dernière n'est pas aussi subjective que son nom le laisse suggérer. Il n'en reste pas moins que le courant objectiviste n'a pas disparu, et continue son travail d'élaboration doctrinal des mérites d'une telle approche. De ce point de vue, le réquisitoire dressé par Gwennaëlle François dans la conclusion de sa thèse apparaît topique de cette controverse : « Le consentement, en tant que condition de formation du contrat, est trop souvent appréhendé à l'aune des théories volontaristes, simplement parce qu'on le range, par habitude, parmi les composantes subjectives de la convention [...]. Néanmoins, comme nous avons tenté de le démontrer, une telle analyse n'est pas envisageable parce qu'elle tend à confondre le concept même de consentement avec l'idée que la volonté de contracter est nécessairement psychologique. Or, ce « psychologisme » est tout simplement inacceptable, si

¹⁵⁸¹ Le droit de la famille donne un certain nombre d'exemples : maladie mentale du conjoint (CA Pau 30 août 1990), inaptitude du conjoint à avoir des relations sexuelles normales et à procréer (CA Grenoble 3 avr. 2000), virginité de l'épouse (refusé) (CA Douai 17 nov. 2008), condamnation pénale antérieure (refusé) (TGI Paris 8 févr. 1991).

l'on veut bien admettre que les réactions psychiques d'un contractant demeurent hypothétiques et qu'il serait très difficile pour un juge de scruter le for intérieur des parties au contrat »¹⁵⁸². Ce faisant, on voit bien la proximité entretenue avec la théorie de la déclaration de volonté, puisque l'auteur énonce clairement que dans l'approche qu'il préconise, « le mode de formation du contrat y est alors objectivé et davantage ramené à une volonté exprimée qu'à un vouloir intime »¹⁵⁸³. Cette conception est celle reprise dans les PEDC, de manière encore trop imparfaite pour ceux qui y voient toujours trop d'éléments subjectifs.

1227. Ce courant, à notre sens, constitue probablement la vision la plus caricaturale de la dogmatique juridique, tant les fondements sont à la fois incertains, et les conclusions avancées sans rapport aussi bien avec la réalité décrite qu'avec ce qui sert d'hypothèse. Cette vision constitue un retour en arrière vers les conceptions romaines, c'est-à-dire une époque où l'objectif essentiel du droit est d'assurer la circulation de choses entre des patrimoines. Dans la Rome antique, le droit ne structure absolument pas les rapports sociaux comme il le fait actuellement, puisque sa fonction principale est d'assurer ces échanges, au travers des types de contrat qu'il consacre. Le reste est laissé au domaine extrajudiciaire, en l'occurrence souvent au *dominium* du chef de famille. Ce souci exclusif des biens se retrouve au sein du Code civil, et également dans la jurisprudence, au travers de l'exclusion de principe de tout ce qui ne peut être rattaché à la qualité de la chose. Parcouru de ces tendances profondément contradictoires que sont le consentement en tant que processus subjectif, et l'objectivation de la chose, l'équilibre trouvé nous apparaît imparfait, mais en tout état de cause, préférable à celui défendu par l'approche objectiviste.

1228. Celle-ci, pour se donner une contenance, en appelle au rejet de « tout présupposé philosophique inutilisable »¹⁵⁸⁴, et à un « pragmatisme » qui fait figure d'axiome, puisqu'il n'est à aucun moment défendu ni démontré. On n'ose confesser à ces auteurs que le pragmatisme est également un présupposé philosophique, et qui comme tel, repose sur un certain nombre de valeurs qui n'appartiennent pas nécessairement à l'objectivité. Si le courant pragmatique tend à ce que la philosophie ait pour tâche de « résoudre les énigmes du quotidien », il ne nous paraît pas évident que la solution ici proposée résolve véritablement la

¹⁵⁸² G. François, thèse précitée, §504, p. 447.

¹⁵⁸³ G. François, *ibid.*

¹⁵⁸⁴ G. François, thèse précitée, § 506, p. 448.

problématique abyssale de la volonté et du désir. Évacuer ainsi la difficulté n'est pas la lever, c'est simplement faire peser sur d'autres le poids du questionnement, et des erreurs dont il est potentiellement la source.

1229. Ainsi, la description de l'inaccessibilité de la profondeur psychologique, si elle revêt effectivement une part de vérité, ne permet en aucune façon de tirer une conclusion qui voudrait que l'on substitue ainsi à un individu sensible une métaphysique du sujet juridique, séparé de ses passions et donc toujours apte à savoir-vouloir, à défaut de vouloir-savoir. Car la vision proposée est en butte à des obstacles absolument identiques sur le plan de l'expérience de la pensée, quand elle prétend se réfugier dans une objectivité qui serait en quelque sorte le repaire de la vérité juridique. Qu'elle le veuille ou non, celui qui se met en position d'apprécier les éléments de manière objective, en l'occurrence le juge, le fait toujours à partir de ce qu'il est, c'est-à-dire un individu¹⁵⁸⁵. La coupure ainsi opérée entre ces deux plans est un artifice qui ne trompe pas, et qui pourrait être aussi acceptable que la vision actuelle, s'il ne prétendait être ce qu'il n'est pas. On en vient à se demander quelle utilité pour le droit a la faculté du sentiment, et surtout, à envisager que fort de cette théorie, le prétoire n'a même plus besoin des justiciables, puisque ceux-ci en tant qu'ils sont concrets, devront de toute façon disparaître dans ce grand référent raisonnable¹⁵⁸⁶. Poursuivons l'étude entreprise par l'examen du régime du dol.

B / Consentement et dol : une subjectivité indistincte

1230. Le dol concerne la seconde hypothèse principale de vice du consentement, en termes de contentieux, et est visé à l'article 1109 qui évoque un consentement "surpris par le dol". Il est également visé à l'article 1116 du Code civil qui le définit comme "des manœuvres pratiquées par l'une des parties telles qu'il est évident que, sans ces manœuvres, l'autre partie n'aurait pas contracté". Cette conception initialement étroite a été étendue par la suite comme nous le verrons

¹⁵⁸⁵ Pour des développements plus conséquents concernant la figure du juge en lien avec sa propre subjectivité, cf. *infra*. Partie II, Titre II, Chapitre 3, Section 1, § 2.

¹⁵⁸⁶ Le terme vient du fait que certains auteurs évoquent « le test objectif de la personne raisonnable ». Cf. G. François, thèse précitée, § 505, p. 448.

1231. Premièrement, il faut impérativement qu'il y ait eu des manœuvres frauduleuses, ce qui signale à la fois un comportement déloyal, mais aussi une intention de tromper¹⁵⁸⁷. Toutefois, ce comportement déloyal va peu à peu s'assouplir, manifestant par la même un déplacement du critère d'appréciation du dol de celui qui l'a commis vers sa victime. Ce qui va primer de plus en plus, ce n'est pas tant la punition de la déloyauté, que l'attention portée au consentement de la victime.

1232. Comme l'indiquait déjà Planiol, «le dol n'est pris en considération par la loi qu'à raison de l'erreur qu'il engendre dans l'esprit de sa victime»¹⁵⁸⁸. La conception adoptée est donc beaucoup plus subjective, car à la différence des romanistes, ce n'est plus tant la justice du contrat qui est heurtée, que la liberté du consentement de la partie victime.

1233. C'est de ce point de vue que l'on peut comprendre l'admission progressive de la réticence dolosive en tant que cause de nullité du contrat, car autant les actions positives, que le silence peuvent venir troubler et méprendre la liberté du consentement. À Rome, elle n'est pas admise, du fait de la nécessité d'une action qui démontre de manière effective l'intention coupable de l'auteur du dol. La manœuvre est donc, à l'époque, d'un sens plus restreint. Là encore, Cicéron évoque cette possibilité pour la rejeter, en se référant à Diogène qui déclare « Autre chose est de cacher, autre chose de taire; je ne cache rien en ne te disant pas maintenant quelle est la nature des dieux, en quoi le souverain bien consiste, et pareille connaissance te serait plus utile que celle d'une chose misérable comme le prix du blé. Mais je ne suis pas tenu de te dire tout ce qu'il peut t'être utile de savoir. [...] S'il en est ainsi, il n'y a plus à parler de vente, il faut donner »¹⁵⁸⁹.

1234. Après de longues hésitations, la jurisprudence a finalement admis la réticence dolosive¹⁵⁹⁰. Toutefois, la question du fondement d'une telle obligation reste débattue. Pour

¹⁵⁸⁷ Cass. civ. 1^{ère}, 19 mai 1958, Bull. Civ, I, n° 251; Cass. civ., 1er juin 1985, Bull. civ., I, n° 201, cité in Y. Buffelan-Lanore, précité, § 109, p. 42.

¹⁵⁸⁸ M. Planiol, *Traité élémentaire de droit civil*, 6e éd., tome 2, Paris, L.G.D.J., 1912, n° 1064, cité in V. Forray, thèse précitée, § 459, p. 332.

¹⁵⁸⁹ Cicéron, *De Officiis*, Livre III, XII. La discussion entamée se poursuit au XIII, où Cicéron disqualifie moralement un tel comportement (« ce n'est pas d'un homme ouvert et franc, d'un cœur droit qui aime la justice et, pour tout dire, d'un homme de bien... »), mais il ne se prononce pas en faveur de la nullité.

¹⁵⁹⁰ Cass. soc., 1^{er} avr. 1954, *JCP G* 1954, II, 8384, note P. Lacoste; Cass. civ. 1^{ère} 19 mai 1958, Bull. civ. I, n°251; Cass. civ. 3^{ème}, 15 janv. 1971, Bull. civ. III n°38 P. 25, *RTD civ.* 1971. 839, obs. Loussouarn, qui énonce « mais attendu que le dol peut être constitué par le silence d'une partie dissimulant à son cocontractant un fait

certain auteurs, il s'agirait de sanctionner le non-respect de l'obligation de « renseignement »¹⁵⁹¹ ou « d'information »¹⁵⁹², dans un domaine dans lequel la partie ne pouvait s'informer elle-même; pour d'autres, d'un manquement au devoir de bonne foi posé par l'article 1134 alinéa 3, même si celui-ci ne concerne a priori que l'exécution et non la formation¹⁵⁹³.

1235. Cette obligation, qui peut être d'origine légale, serait d'autant plus importante que le contrat mettrait face à face un professionnel, et un profane. Toutefois, comme pour l'erreur, la doctrine s'accorde à dire que la « réticence d'une partie sur le caractère erroné du mobile de l'autre doit, à notre avis, demeurer indifférente, parce qu'elle n'a pas de conséquence économique objective »¹⁵⁹⁴. Dès lors, il semble bien que l'appréciation subjective trouve ici aussi ses limites, du fait de l'ambivalence inhérente au mécanisme du dol. En effet, ce dernier permettrait, le cas échéant, d'annuler un nombre considérable de conventions, et menacerait ainsi la sécurité juridique.

1236. Il subsiste néanmoins un problème de taille, et qui intéresse directement le consentement, au travers de la manière dont le droit sonde ou non les consciences. En effet, comme on l'a vu, le dol dans le droit civil reste très fortement imprégné des conceptions romaines, et donc de l'élément intentionnel de l'action. Il faut qu'il y ait volonté de nuire, ou « une volonté tendue vers un but illégitime »¹⁵⁹⁵. Or, si la constatation de celle-ci, dans le cadre des manœuvres évoquées précédemment, voire du mensonge peut paraître aisée¹⁵⁹⁶, qu'en est-il lorsqu'il s'agit de faire parler le silence ? La question est d'importance puisque la réticence aussi doit être intentionnelle, faute de quoi elle ne serait que la manifestation d'une

qui, s'il avait été connu de lui, l'aurait empêché de contracter ». On peut toutefois relever, à la suite de la jurisprudence *Baldus* (Cass. civ. 1^{ère}, 3 mai 2000), qu'une réticence dolosive ne peut être reprochée à l'acheteur puisqu'aucune obligation d'information ne pèse sur lui.

¹⁵⁹¹ Ph. Malaurie, L. Aynès, Ph. Stoffel-Munck, précité, §510, p. 264.

¹⁵⁹² P. Chauvel, « Le dol », *Rép. civ. Dalloz*, 2006, § 43, p. 11.

¹⁵⁹³ P. Chauvel signale que la jurisprudence ne retient ce fondement que de manière sporadique. Cf. par exemple Cass. civ. 3^{ème} 27 mars 1991, n° 89-16.975, Bull. civ. III, n° 108, D. 1992, somm. 196, obs. G. Paisant, *RTD civ.* 1992. 81, obs. J. Mestre, *Contrats, conc., consom.* 1991, comm. 133, obs. L. Leveneur, cité in P. Chauvel, *ibid.*

¹⁵⁹⁴ P. Chauvel, précité, §56, p. 14. L'auteur cite toutefois quelques décisions de jurisprudence qui ont semblé aller en ce sens : CA Paris, 15 mai 1975, *JCP* 1976. II. 18265, note Boitard et Dubarry; Cass. civ. 1^{ère} 27 juin 1995, n° 92-19.212, Bull. civ. I, n° 287, *JCP, éd. E*, 1996. II. 732, note D. Legeais, *RTD civ.* 1996. 385, obs. J. Mestre, D. 1995. 621, note S. Piedelièvre.

¹⁵⁹⁵ P. Chauvel, précité, § 73, p. 17.

¹⁵⁹⁶ Même si, dans cette hypothèse, le juge effectue un comparaisons avec l'attitude adoptée « par un contractant honnête face à une victime de la même catégorie ». Cf. par ex. Cass. civ. 1^{ère} 26 nov. 1968, Bull. civ. I, n° 297, cité in Ph. Chauvel, § 77, p. 17.

erreur partagée par les contractants. La réponse apportée par la jurisprudence sur ce point tend à montrer qu'il n'y a guère de méthodes particulières, et que les juges en sont réduits à obéir « à la règle de la plus grande probabilité »¹⁵⁹⁷, dans le but de faire apparaître ce caractère intentionnel.

1237. Le dol se trouve donc, de ce point de vue, à mi-chemin entre sa version romaine, purement objective, et la vision contemporaine qui tend à donner une place plus importante au consentement troublé de la victime¹⁵⁹⁸.

1238. À ces éléments s'ajoute le caractère déterminant du dol, ce que laissait déjà entendre la formulation du Code civil. C'est ici, sur cette frontière que s'établit la différence entre le dol principal et le dol incident, le second ne permettant pas d'obtenir la nullité, mais seulement des dommages-intérêts. L'appréciation de ce caractère déterminant se fait *in concreto*, c'est-à-dire au travers des yeux de la victime¹⁵⁹⁹. Cette possibilité joue donc dans les deux sens, puisqu'elle permet une protection accrue de la personne particulièrement vulnérable¹⁶⁰⁰, mais également une tolérance plus faible à l'égard de personnes supposées, en raison de leur capacité, à même de ne pas être trompées¹⁶⁰¹. Toutefois, en cas de difficulté probatoire, il est possible que le dol principal se voie requalifié en dol incident, qui est supposé se déduire d'une situation où le consentement a été altéré, mais où pour autant, sans ce dol, seules les conditions du contrat auraient été différentes.

¹⁵⁹⁷ P. Chauvel, précité, § 83, p. 18.

¹⁵⁹⁸ Selon Vincent Forray, « le dol comporte toutefois un aspect objectif marqué le rendant hermétique à une analyse strictement psychologique », in V. Farray, thèse précitée, § 460, p. 333.

¹⁵⁹⁹ Ph. Malaurie, L. Aynès, Ph. Stoffel-Munck, précité, § 512, p. 265; Y. Buffelan-Lanore, précité, § 111, p. 43; P. Chauvel, précité, § 90, p. 20.

¹⁶⁰⁰ Pour une veuve de 95 ans : Cass. req. 13 déc. 1875, *DP* 1876. 1. 176, cité in P. Chauvel, *ibid*.

¹⁶⁰¹ Cass. soc., 1er avr. 1954, *JCP G* 1954, II, 8384, note P. Lacoste ; Cass. com., 26 mai 1956, *Bull. civ.* III, n° 154). L'affaire concerne un ancien élève de l'ENA, inspecteurs des finances, qui invoquait le manque d'information de son banquier à l'égard d'une opération bancaire. La Cour juge qu'il « ne pouvait raisonnablement soutenir qu'il n'avait pas compris ce qu'il signait », et que « même s'il n'avait pas de connaissances a priori des mécanismes utilisés, sa formation lui permettait de les appréhender rapidement », cité in P. Chauvel, « Réticence, obligation d'information et volonté de tromper », *D.* 2006, p. 2774, version électronique, §9, p. 3. Il serait intéressant d'observer si le même raisonnement est applicable aujourd'hui, puisque le contexte économique a montré que les banquiers eux-mêmes ne comprenaient parfois pas ce qu'ils faisaient. Pourrait-on alors retenir l'hypothèse de l'erreur commune ? Cela fait écho au caractère excusable ou non de l'erreur, même si dans le régime du dol, cette qualification est indifférente.

1239.Du point de vue du consentement tel que nous l'envisageons, le régime différent de ce dol marque une méprise du consentement en tant que tel, puisque le consentement est soit présent, soit altéré. Cela semble signifier, en creux, qu'il y aurait des demi-consentements, ou des altérations bénignes, mais dont la qualification est toujours sous le pouvoir d'un tiers. On sait bien les conséquences d'annulation trop aisées, et la nécessité d'une certaine stabilité des conventions. Il n'en reste pas moins qu'introduire une telle distinction, sur le plan conceptuel, ne nous semble guère pertinent, puisque l'appréciation du dol principal se fait déjà *in concreto*. De ce fait, c'est déjà au travers de sa perception que l'on juge s'il y a dol déterminant ou non, alors pourquoi ajouter une autre qualification qui cette fois, lui échappe ? La seule explication envisageable nous semble être ici la fonction punitive du dol, au travers de l'allocation de dommages-intérêts, ou la sanction du manquement à une forme de bonne foi, ou de solidarité contractuel. Pour le professeur Chauvel, la distinction ne semble guère opérante en jurisprudence, puisque la nullité a été quelquefois accordée alors que le dol principal n'était pas caractérisé¹⁶⁰² et que, depuis une jurisprudence récente, cette solution semble durablement établie¹⁶⁰³.

Ceci précisé, on va donc pouvoir se consacrer désormais à l'examen du régime de la violence

C / Consentement et violence : la subjectivité écrasée

1240.La violence constitue le dernier vice du consentement mentionné à l'article 1109 du Code civil, et, de premier abord, apparaît être le plus simple à saisir au regard du consentement. On imagine en effet mal comment un consentement donné sous son emprise pourrait remplir les conditions de liberté qui sont aujourd'hui essentielles. Là encore, il s'agit d'une création romaine, mais qui possédait à l'époque un sens radicalement différent (1) de celui qui a désormais cours (2).

¹⁶⁰² P. Chauvel, « le dol... », précité, § 98, p. 21.

¹⁶⁰³ La Cour de cassation a ainsi déclaré que « la victime d'un dol peut, à son choix, faire réparer le préjudice que lui ont causé les manœuvres de son cocontractant par l'annulation de la convention et, s'il y a lieu, par l'attribution de dommages-intérêts ou simplement par une indemnisation pécuniaire qui peut prendre la forme de la restitution de l'excès de prix qu'elle a été conduite à payer... » (Cass. com. 27 janv. 1998, n° 96-13.253, *Dr. et patrimoine*, avr. 1998, p. 90, obs. P. Chauvel), cité in P. Chauvel, précité, § 100, p. 21.

1 / Historique de la violence : consentement et *metus*

1241. En droit romain, le délit de *metus* n'est initialement pas sanctionné. Ceci s'explique par le fait que, de manière analogue au dol, un nombre important d'actes juridiques exigeaient souvent pour être valides la présence de tiers, qu'ils soient magistrats ou simples témoins, ce qui rendait extrêmement difficile l'exercice de menaces. Aussi, l'ancien droit “ne voyait pas la nécessité de créer des règles spéciales pour venir au secours de celui qui aurait cédé à ces menaces”¹⁶⁰⁴. Toutefois, entre quatre-vingts et soixante-dix avant J.C, l'Italie est en proie à la guerre civile entre Sylla et Marius, guerre qui mènera à la victoire du premier, proclamé par la suite dictateur de la République romaine. Mais, ce conflit donnera lieu à des exécutions massives de la part du camp du vainqueur. De même, ce dernier affranchit un nombre considérable d'esclaves qui se répandirent alors sur le territoire de la République, en alternant pillages et agressions sur les citoyens. De fait, lorsque le règne de Sulla prend fin, le nouveau pouvoir politique à Rome décide de prendre en considération tout ce qui avait pu, dans la période précédente, être obtenu par la seule contrainte. Il semble qu'à l'époque, le préteur Octavius Metellus¹⁶⁰⁵ crée le délit de *metus*, par le biais de l'action *quod metus causa*¹⁶⁰⁶. Cicéron y fait une référence explicite dans la série de discours connue sous le nom d'*In Verrem*¹⁶⁰⁷. Ainsi, l'édit du préteur dispose que ce qui a été fait sous l'empire de la crainte ne doit pas avoir d'efficacité (*Ait praetor : Quod metus causa gestum erit, ratum non habebit*)¹⁶⁰⁸, et ouvre ainsi droit à une restitution intégrale¹⁶⁰⁹. Par la suite, et à l'époque de Labéon apparaît également l'*exceptio metus*, qui permet de dispenser de l'exécution celui qui a été déterminé par la crainte¹⁶¹⁰.

1242. Pour être reconnue, le délit de *metus* doit présenter certaines caractéristiques : la crainte inspirée doit être réelle, au sens de présente¹⁶¹¹. Ensuite, qu'il s'agisse de violence ou de crainte, la violence doit être “illicite” ou “contre les bonnes mœurs, et non pas la violence légitime, telle celle que fait un magistrat suivant les lois et le devoir de sa charge”¹⁶¹². En

¹⁶⁰⁴ P.-F. Girard, *Manuel élémentaire de droit romain*, 4e éd., 1906, version électronique gallica, p. 415.

¹⁶⁰⁵ Il semble qu'il y ait un débat autour du fait de savoir qui est véritablement l'auteur de cette action. Cf. P.-F. Girard, *ibid.*, et Graham Glover, *Metus in the roman law of obligation*, 2004 (10), version électronique, p. 7-8.

¹⁶⁰⁶ P.-F. Girard, *ibid.*; Yves Lassard, *Histoire du droit des obligations*, précité ? p. 97.

¹⁶⁰⁷ Cicéron, *In Verrem*, Liber II, 3, 65, 152.

¹⁶⁰⁸ Digeste, Livre IV, Titre II, 1, 1.

¹⁶⁰⁹ Y. Lassard, *ibid.*

¹⁶¹⁰ P.-F. Girard, précité, p. 416., Y. Lassard, *ibid.*

¹⁶¹¹ Digeste, Livre IV, Titre II, 9.

¹⁶¹² Digeste, Livre IV, Titre II, 3, 1.

pratique, ceci sera étendu à l'autorité du *pater familias* qui ne pourra être à l'origine de *metus* contre les membres de sa famille.

1243. La violence doit également être d'importance¹⁶¹³, c'est-à-dire qu'elle doit avoir pour « objet un grand mal »¹⁶¹⁴, mais surtout ne pas être « celle d'un homme timide mal à propos, mais celle dont un homme ferme peut être raisonnablement susceptible »¹⁶¹⁵. Il n'est pas nécessaire que « la violence soit physique, de simples menaces suffisent en effet à justifier des poursuites »¹⁶¹⁶. Enfin, la *metus* peut également être reconnue à l'égard des tiers¹⁶¹⁷, de la même manière que la violence peut également être caractérisée lorsqu'elle est dirigée contre les proches de la victime¹⁶¹⁸.

1244. Le délit de violence, à la différence du dol, subsiste dans l'ancien droit français, puisqu'on le retrouve dans la loi des Wisigoths, avant de tomber en désuétude du fait du contexte politique à partir du XIII^e siècle, pour revenir progressivement à compter du XV^e siècle¹⁶¹⁹. Les partisans de l'École du Droit naturel vont également reprendre le délit de violence dans leur conceptualisation de l'obligation et de la promesse. Ainsi, Pufendorf y consacre plusieurs pages. Il déclare ainsi : « Lors donc que la crainte, qui nous porte à promettre ou à traiter, suppose dans celui, de qui elle vient, un défaut qui le rend incapable d'acquiescer aucun droit par rapport à nous; elle empêche l'effet de l'Obligation, qui aurait résulté d'ailleurs des lignes extérieures du consentement que l'on a été contraint de donner »¹⁶²⁰. L'auteur entreprend alors de distinguer différents cas : selon que la violence provient d'un tiers et que le cocontractant ignore celle-ci, ce qui ne provoque pas l'invalidité de l'engagement. De même, l'engagement est aussi valide lorsque la contrainte exercée vient « d'une personne qui a

¹⁶¹³ Digeste, Livre IV, Titre II, 2 : « On entend par violence une force majeure à laquelle on ne peut pas résister » (*vis autem est majoris rei impetus, qui repelli non potest*).

¹⁶¹⁴ Digeste, Livre IV, Titre II, 5.

¹⁶¹⁵ Digeste, Livre IV, Titre II, 6. Le test est donc bien objectif, puisque les conditions ont vocation à comparer la victime avec le modèle générique de l'*homo constantissimus* d'inspiration stoïcienne, d'un point de vue abstrait. Sur ce point, cf. G. Glover, précité, p. 21-22.

¹⁶¹⁶ Y. Lassard, *ibid.*

¹⁶¹⁷ Digeste, Livre IV, Titre 2, 14, 5.

¹⁶¹⁸ Digeste, Livre IV, Titre 2, 8, 3 : « Dans tous les cas où nous avons dit que l'édit avait lieu, peu importe qu'on ait craint pour soi ou pour ses enfants, parce que l'amitié paternelle fait craindre aux pères plus encore pour leurs enfants que pour eux-mêmes ».

¹⁶¹⁹ Y. Lassard, précité, p. 27.

¹⁶²⁰ S. von Pufendorf, précité, p. 353.

le droit de nous prescrire de pareilles choses... »¹⁶²¹. Enfin, lorsqu'elle est le fait d'une personne illégitime à l'exercer, elle provoque selon Pufendorf nécessairement la nullité.

1245. On le voit, il s'agit donc d'une reprise assez précise des solutions du droit romain, même s'il semble s'opérer, comme pour le dol, une amorce de tournant subjectiviste. En effet, à l'appui de son argumentation Pufendorf déclare que la sanction encourue pour la violence ne vise pas tant à sanctionner celui qui en est l'auteur, qu'à protéger celui qui en est la victime. Or, s'il est vrai que l'action *metus* est moins infamante en droit romain que l'action *dolo*, il paraît néanmoins difficile d'affirmer avec assurance que le souci premier ici est celui de la victime, sans quoi il ne serait pas nécessaire de recourir à la question de l'illicéité de la violence. Celle-ci n'a en effet pas besoin d'être illicite pour œuvrer sur l'esprit de celui qui la subit.

1246. Yves Lassard signale ainsi qu'un changement se produit au cours du XVI^e siècle, au cours duquel la jurisprudence sort des cadres définis par le droit romain, et tend à prendre en compte la violence d'un point de vue plus subjectif, Pothier invitant à distinguer selon la victime. La référence à l'homme abstrait romain commence donc à décliner au profit d'une prise en compte davantage articulée sur la spécificité de la victime. Encore que celle-ci soit toujours appréhendée au travers du jeu d'une comparaison, mais qui fonctionne désormais par type (on ne saurait comparer, pour apprécier l'effet de la crainte, un homme et une femme, un vieillard et un homme dans la pleine possession de ses moyens). Puis, les glossateurs et canonistes établissent une distinction, reprenant par là le droit romain, entre la crainte grave (*metus gravis*), et la crainte légère (*metus levis*), ce qui aboutit à faire sortir du champ de la *metus*, comme en droit romain, la crainte inspirée par les parents aux enfants, à la condition toutefois que celle-ci ne soit ni « immorale », ni « contraire aux intérêts de celui qui s'y trouve soumis »¹⁶²².

¹⁶²¹ S. von Pufendorf, précité, p. 354.

¹⁶²² Ces développements s'appuient sur Y. Lassard, précité, p. 28.

2 / Consentement et violence dans sa forme contemporaine : une prise en compte accrue de la subjectivité

1247. Ceci éclaire le régime de la violence telle qu'elle est régie aujourd'hui par les articles 1111 à 1115 du Code civil. Celle-ci doit donc avoir été déterminante du consentement¹⁶²³, elle doit être dans le temps de l'acte, elle peut être le fait de menace sur la victime comme sur ses proches¹⁶²⁴. Surtout, elle peut être tout à la fois physique, ou psychologique¹⁶²⁵, ce qui constitue probablement ici un des premiers points d'entrée dans le droit de l'aspect psychologique¹⁶²⁶. L'appréciation se fait *in concreto*, ce que souligne déjà l'alinéa 2 de l'article 1112 qui dispose qu'« on a égard, en cette matière, à l'âge, au sexe et à la condition des personnes »¹⁶²⁷. Enfin, tout comme en droit romain, elle doit être illégitime¹⁶²⁸, et la convention qui la manifeste est frappée de nullité relative.

1248. C'est au regard de ce dernier point, à savoir l'illégitimité que la jurisprudence a évolué jusqu'à admettre un nouveau chef de violence, au travers de la violence économique¹⁶²⁹. Pour être caractérisé, ce nouveau type de violence doit avant tout reposer sur un équilibre particulièrement défavorable dans la situation contractuelle, qui tourne à l'avantage exclusif d'un seul. La seule altération du consentement n'est pas suffisante à sa reconnaissance par le juge¹⁶³⁰. Le rattachement à la catégorie de la violence est assez fortement critiqué par une

¹⁶²³ C. civ., art. 1112 al. 2.

¹⁶²⁴ C. civ., art. 1113.

¹⁶²⁵ Pour l'hypothèse de violences psychologiques liées à une secte, cf. Cass. civ. 3^{ème} 13 janv. 1999, Bull. civ. III, no 11, D. 2000.76, note Willmann, JCP 1999. I. 143, obs. G. Loiseau, *Dr. et patrimoine* 1999, chron. n° 2351, obs. P. Chauvel, *Contrats, conc., consom.*, 1997, no 54, obs. L. Leveneur, *RTD civ.* 1999.381, obs. J. Mestre, *Deffrénois* 1999, art. 37008, n° 42, obs. Ph. Delebecque, maintenant CA Paris, 24 mai 1996, D. 1996, IR 168). Sur la dimension psychologique, et la nécessité de l'appréciation *in concreto*, cf. C. Willmann, « Violence, contrat et religion », D. 2000, p. 76 et s., et particulièrement les § 15 à 20.

¹⁶²⁶ On fait ici référence au droit pénal, puisque la possibilité de violences psychologiques ne sera admise que tardivement. Ainsi le délit de harcèlement moral n'est créé qu'en 2002 par la loi de modernisation sociale. Cf. loi n°2002-73 du 17 janv. 2002 de modernisation sociale, J.O numéro 15 du 18 janv. 2002, page 1008.

¹⁶²⁷ Ph. Malaurie, L. Aynès, Ph. Stoffel-Munck, précité, § 518, p. 268; Y. Buffelan-Lanore, précité, § 114, p. 44. Pour des illustrations jurisprudentielles de cette différenciation, cf. P. Chauvel, « La violence », *Rép. civ. Dalloz*, 2003, version électronique, §16-17, p. 5.

¹⁶²⁸ C. civ., art. 1114 : La seule crainte révérencielle envers le père, la mère, ou autre ascendant, sans qu'il y ait eu de violence exercée, ne suffit point pour annuler contrat. Ph. Malaurie, L. Aynès, Ph. Stoffel-Munck note qu'au-delà du caractère suranné de la formule, « la crainte de déplaire aux personnes que l'on doit respecter est légitime », in *Les obligations...*, précité, § 517, p. 267. Toutefois, celle-ci est désormais cause de nullité du mariage depuis la loi du 4 avr. 2006, ce qui interroge sur sa définition contemporaine, et donc sur la question de légitimité de l'autorité. Sur ce point, cf. Y. Guenzoui, « La crainte révérencielle », D. 2010, p. 984 et s.

¹⁶²⁹ Cass. soc. 5 juill. 1965, Bull. civ. IV, no 545, pour un employé dans une relation de dépendance par rapport à son employeur; Cass. 3^{ème} civ. 9 nov. 1971, Bull. civ. III, no 541, D. 1972, somm. 37

¹⁶³⁰ Sur ce point, cf. A. Huygens, *La violence économique*, Mémoire de D.E.A, Université de Lille, 2001, 156

partie de la doctrine, qui y voit une ambiguïté avec la théorie de l'autonomie de la volonté, et qui appelle à ce que cette hypothèse relève plutôt de la lésion qualifiée¹⁶³¹. Toutefois, la Cour de cassation a bien précisé que « la contrainte économique se rattachait à la violence et non à la lésion »¹⁶³².

Afin d'éviter que de trop nombreuses conventions soient remises en cause, la Cour de cassation a entouré ce nouveau vice d'un cadre relativement étroit. En effet, on pourrait penser à première vue que la dépendance économique est le propre de toute relation salariée. Ici encore, il est bien nécessaire que cet abus soit illégitime. C'est pourquoi la Cour de cassation a précisé que « seule l'exploitation abusive d'une situation de dépendance économique, faite pour tirer profit de la crainte d'un mal menaçant directement les intérêts légitimes de la personne, peut vicier de violence un consentement »¹⁶³³.

1249. Au regard du consentement, le vice que représente la violence incarne probablement la réalisation la plus concrète de la prise en compte du consentement en tant que faculté subjective. Le passage de son appréhension purement objective à la prise en compte de la situation concrète des personnes, traduit tout à fait la montée en puissance du principe de volonté, accolé à la liberté et l'égalité, mais cette fois-ci appréhendées de manière abstraite. En effet, c'est bien parce que le modèle contractuel volontariste d'après 1804 repose sur des individus pensés comme égaux, savants, qu'ils peuvent tous être aussi libres qu'il est nécessaire, et ainsi conclure des conventions sans risque d'être abusés. D'une certaine façon, la prise en compte spécifique de l'âge, du sexe, etc. manifeste, en creux, le fait que ce mécanisme se destine avant tout soit aux personnes supposées faibles¹⁶³⁴, soit à la manière du droit romain, à punir celui qui se rend coupable d'une telle déloyauté.

pages, p.23-47.

¹⁶³¹ Par exemple : J.-P. Chazal, « Le consentement n'est pas vicié de violence par la seule dépendance économique inhérente au statut salarial », *D.* 2002, p. 1860, § 1; Pour une analyse critique des rapports qu'entretient cette notion avec le droit de la concurrence, cf. C. Nourissat, « La violence économique, vice du consentement : beaucoup de bruit pour rien ? », *D.* 2000, p. 369; Pour une vision favorable à cette introduction, au nom de la lutte contre « le capitalisme redevenu sauvage » et « l'horreur économique », cf. B. Edelman, « De la liberté et de la violence économique », *D.* 2001, p. 2315.

¹⁶³² Cass. civ. 1^{ère} 30 mai 2000, Bull. civ. I, n° 169, *D.* 2000.879, note J.-P. Chazal, *Dr. et patrimoine* 2000, chron. n° 2652, obs. P. Chauvel, *JCP* 2000. II. 10461, note G. Loiseau, *RTD civ.*, 2000, p.827, obs. J. Mestre et B. Fages, p. 867, obs. P.-Y. Gautier, *Defrénois* 2000, art. 37237, n° 68, obs. Ph. Delebecque.

¹⁶³³ Cass. civ. 1^{ère} 3 avr. 2002, *D.* 2002, p.1860, note J.-P. Gridel, *D.* 2002, p.1860, note J.-P. Chazal, *D.* 2002, somm. 2844, obs. D. Mazeaud, *RTD civ.* 2002.502, obs. J. Mestre, *Defrénois* 2002, art. 37607, n° 65, obs. E. Savaux.

¹⁶³⁴ On pense ici spécifiquement à la différence de sexe, puisque la violence n'est jamais en tant que telle accomplie sans quoi l'action relèverait du droit pénal. Dès lors, c'est bien l'idée d'une femme pensée comme

1250. Il s'agit donc maintenant d'observer si l'attention portée à la subjectivité dans certains mécanismes modernes des vices du consentement se retrouve de manière analogue au sein du droit administratif. Pour cela, on va donc étudier le rôle joué par ces concepts au sein de ce dernier dont on peut attendre qu'il présente quelques différences.

§2 : La transposition des vices du consentement en droit administratif

1251. La théorie des vices du consentement a également fait l'œuvre d'une transposition au sein du droit administratif. On peut remarquer sur ce point que les travaux de la doctrine sur cette question sont relativement rares¹⁶³⁵, comme si elle était de peu d'intérêt. Il est néanmoins possible de trouver une trace de cette théorie dès le XVII^e siècle au sein du droit administratif¹⁶³⁶, c'est-à-dire antérieurement à la codification napoléonienne. Mais, c'est surtout à partir du XVIII^e siècle que les vices du consentement vont être consacrés en tant que tels, d'abord par la violence, puis par le dol¹⁶³⁷, et enfin par la reprise des trois vices prévus par la théorie des obligations¹⁶³⁸.

« fragile » face aux pressions, particulièrement psychologiques, qui se donne à lire ici.

¹⁶³⁵ On peut citer de manière non exhaustive, B. Plessix, *L'utilisation du droit civil dans l'élaboration du droit administratif*, thèse pour le doctorat en droit, Paris II, 2001, Paris, éditions Panthéon-Assas, 2003, préf. Jean-Jacques Bienvenu, p. 200-214; B. Plessix, « La théorie des vices du consentement dans les contrats administratifs », *RFDA*, 2006, p. 12; Y. Weber, « La théorie des vices du consentement dans les contrats administratifs », in *Mélanges en l'honneur de Roland Drago*, éd. Economica, coll. L'unité du droit, 1999, p.315.

¹⁶³⁶ Cité in B. Plessix, « La théorie des vices du consentement dans les contrats administratifs », *RFDA*, 2006, p. 12, version électronique, p. 1.

¹⁶³⁷ CE, 18 sept. 1806, Collé, cité in J.-B. Sirey, *Jurisprudence du Conseil D'état depuis 1806*, Quatre Volumes, Tome 1, édition 1818, p. 4, qui dans le résumé précédant l'arrêt évoque le dol. Cf. également, pour la même période, CE, 10 mars 1807, Vanboreigh, p. 30 et s. ; CE, 22 déc. 1811, Cherbon Veuve de Cosne, p. 565, qui évoque également le dol (mais aussi l'erreur); CE, 1er mai 1816, Ministre de la guerre c. Le Sieur Collas, in J.-B. Sirey, *Jurisprudence du Conseil d'état depuis 1806*, Tome 3, édition 1818, p. 283-284; C.E, 20 juin 1816, Le Sieur Gasquet contre l'administration des domaines, qui énonce que « le dol et la fraude vicient les contrats », in J.-B. Sirey, précité, Volume 3, p. 312-314.

¹⁶³⁸ Ainsi, dans l'arrêt Bouvier, qui concerne un receveur de loterie, le Conseil évoque explicitement le Code civil et les vices du consentement, et particulièrement l'erreur, même s'il ne la retient pas dans sa réponse. cf. CE, 22 oct. 1810, Bouvier, in Jean-Baptiste Sirey, précité, p. 423; Dans l'arrêt CE, Le Cerf, le Conseil évoque l'erreur de droit, sans reprendre le terme par la suite dans sa solution; CE, 22 sept. 1814, Caisse d'amortissement c. Le sieur Magaud, qui note que la vente ne donne lieu à résiliation que « lorsqu'il y a erreur dans l'énonciation des tenants et des aboutissants », in Jean-Baptiste Sirey, précité, Tome 3, p. 17-18; CE, 17 nov. 1819, Torcy c. commune D'Etrepuy, *Rec. Lebon*, éd. 1839, p. 600, qui énonce dans son second considérant qu'il « ne pourrait y avoir lieu à résiliation pour cause d'erreur, que dans le cas où il y aurait à la fois erreur sur les confins et contenance... », in G. Roche, F. Lebon, *Recueil général des arrêts du Conseil D'état*, Tome deuxième, édition 1839, p. 600-601.

1252. Toutefois, l'utilisation par le juge de ces vices apparaît relativement rare, en matière contentieuse. Ainsi, une recherche sur la base de données Légifrance¹⁶³⁹ avec les termes « consentement » et « vices », fournit 463 résultats¹⁶⁴⁰, soit environ 22% des décisions présentant le terme seul de « consentement », mais surtout, seulement 0.1% de l'ensemble des décisions des juridictions administratives contenues sur cette base¹⁶⁴¹, et ce depuis 1804. De manière analogue, une recherche effectuée avec le terme de « dol », sur la même période produit 223 occurrences. Enfin, avec « consentement », et « erreur », 644 décisions sont trouvées, et 38 lorsque les termes utilisés sont « consentement » et « violence ».

1253. Cela précisé, nous pouvons entamer l'étude proprement dite de la manière dont les vices du consentement ont été réceptionnés au sein du droit des contrats administratifs. Comme le souligne très justement le professeur Plessix¹⁶⁴², la qualification retenue par le Conseil d'État est celle générique de « consentement vicié », ce qui permet aux parties d'invoquer ce seul motif, sans à avoir à préciser de quel(s) vice(s) précisément il s'agit, leur ouvrant ainsi la voie à des changements possibles au cours de l'instance¹⁶⁴³. Il arrive néanmoins que le juge utilise les expressions typiques du droit civil, ce qu'il nous faut donc envisager (A), avant d'étudier la question des fondements de cette transposition (B), et de ce qu'elle peut nous apprendre sur le consentement comme sentir-avec.

¹⁶³⁹ Il est évident que Légifrance ne constitue pas une source exhaustive à l'égard de la jurisprudence. Néanmoins, du fait de son utilisation par de nombreux praticiens comme auteurs, elle apparaît comme une référence relativement fiable, et qui suffit, en tous les cas, à donner une idée de l'ampleur ou non d'un phénomène juridique. Les chiffres obtenus ci-après sont à jour du 20 juin 2014.

¹⁶⁴⁰ La même recherche effectuée avec les termes « consentement » et « vicié » fournit, quant à elle, seulement 150 résultats.

¹⁶⁴¹ Ce qui représente au moment du calcul 351106 décisions, toutes juridictions administratives confondues, depuis 1804.

¹⁶⁴² B. Plessix, « La théorie des vices du consentement... », précité, p. 2.

¹⁶⁴³ Pour une illustration jurisprudentielle de cette non-qualification du vice, cf. CAA Lyon, 27 juin 1990, req. n° 89LY00790 89LY00791 89LY0079, inédit au recueil Lebon ; CAA Nancy, 4 févr. 1993, Caisse d'épargne de Montbéliard, req. n° 92NC00059, inédit au recueil Lebon; C.E, 6 nov. 1998, Association pour la protection des gorges de l'Ardèche et de leur environnement, req.n°180479, inédit au recueil Lebon; CAA Lyon, 18 juill. 2007, Commune de Tignes, req. n° 05LY00461, inédit au recueil Lebon; CAA Douai, 18 sept. 2007, req. n° 06DA00825, inédit au recueil Lebon; CAA Paris, 6 mai 2008, req. n° 07PA01072, *Rec. Lebon* tables ; C.E, 4 mars 2009, Consorts A., req. n° 314459, inédit au recueil ; CAA Marseille, 4 juill. 2011, Commune de Saint-Raphaël, req. n° 10MA01064, inédit au recueil.

A / Dol, violence et erreur en droit administratif : une reprise relativement fidèle des solutions du droit civil

1254. S'agissant du dol, comme on l'a vu, son admission est fort ancienne. Il est parfois explicitement visé, d'un point de vue formel, par les juridictions¹⁶⁴⁴. Sur le plan du régime, il est presque rigoureusement identique à celui rencontré en droit civil. Ainsi, il ne se présume pas¹⁶⁴⁵, nécessite également l'existence de « manœuvres frauduleuses ou dolosives »¹⁶⁴⁶, de même qu'est recherché l'élément intentionnel¹⁶⁴⁷. La jurisprudence semble également accueillir favorablement l'hypothèse de la réticence dolosive, même si celle-ci est relativement rare¹⁶⁴⁸. De la même façon qu'en droit privé, il doit avoir été déterminant du consentement pour que celui-ci soit reconnu comme vicié¹⁶⁴⁹. Toutefois, même lorsque ces manœuvres n'ont pas été déterminantes, le juge administratif admet l'allocation de dommages-intérêts en lieu et place de la résiliation du contrat¹⁶⁵⁰. À ce titre, le juge administratif opère une distinction plus

¹⁶⁴⁴ CE, 14 déc. 1923, Société des Grands Moulins de Corbeil, req. N° 61.628, 61.629, *Rec. Lebon* p. 852 ; *DH* 1924, p. 52 ; *Gaz. Pal.* 1924, 1, p. 118, qui visent l'article 1116 du Code civil ; CAA Douai, 16 déc. 2004, Centre hospitalier régional de Lille, req. n° 02DA00581, inédit au recueil ; CAA Bordeaux, 26 juin 2007, M. X, req. n° 04BX00575, inédit au recueil ; CAA Lyon, 22 avr. 2010, Société Advivo, n°08ly00317, inédit au recueil.

¹⁶⁴⁵ Pour un exemple, CE, 19 déc. 2007, SNCF c. Société Campenon Bernard, req. n°268918, *Rec. Lebon* p. 507, *RFDA* 2008, p.109, note F. Moderne, dans lequel le Conseil examine s'il y a eu ou non présomption de dol par la Cour d'Appel.

¹⁶⁴⁶ C.E, 18 mai 1988, OPDHLM d'Ille-et-Vilaine, req. n° 75493, inédit au recueil ; CE, 5 mars 1997, Commune de Breteuil-, sur-Iton, req. n° 140508, inédit au recueil ; CE, 5 mars 1997, Z, X et Y c. Commune de Dieppe, req. n°139477, inédit au recueil ; CAA Paris, 17 avr. 2007, SNCF c. Société Fougerolle et Société Dumez Construction, req. n° 05PA03926, inédit au recueil ; CE, 19 déc. 2007, Société Campenon Bernard c. SNCF, précité ; CE, 19 mars 2008, Société Fougerolle-Ballot c. SNCF, req. n° 270535, inédit au recueil ; CAA Nancy, 3 déc. 2009, M. A., req. N° 09NC00066.

¹⁶⁴⁷ CE, 10 juill. 1996, Ville de Chartres, req. N° 135250, inédit au recueil, qui évoque la recherche « d'intention dolosive » ; CE, 10 juill. 1996, Commune de Boissy-Saint-Léger c. Société SERI, req. n° 132921, *Rec. Lebon* p. 287 ; CAA Paris, 17 oct. 1996, Société industrielles des forges de Strasbourg, req. n° 95PA03201 95PA03253, publié au recueil, qui évoque la nécessité d'une « intention délibérée de tromper » ; CE, 5 mars 1997, Commune de Dieppe c. Consorts Z, req. N° 139477, inédit au recueil ; CE, 12 mars 1999, Commune de Lansargues c. M. X, req. N° 170103, *Rec. Lebon* p. 63 ; CE, 17 déc. 1999, Établissement public du parc de la villette, req. N° 184366, inédit au recueil ; CE, 23 avr. 2001, Société Renault Automaton, req. n° 200155, inédit au recueil.

¹⁶⁴⁸ Pour un exemple, cf. CAA Douai, 16 déc. 2004, Centre hospitalier régional de Lille, req. n° 02DA00581, inédit au recueil, qui énonce spécifiquement que « le centre hospitalier régional de Lille n'établit pas que son consentement aurait été obtenu à la suite d'une réticence dolosive d'information par son fournisseur ».

¹⁶⁴⁹ CAA Douai, 16 déc. 2004, Centre hospitalier régional de Lille, req. N° 02DA00581, inédit au recueil ; CAA Bordeaux, 26 juin 2007, M. X, req. n° 04BX00575, inédit au recueil ; CE, 14 déc. 1923, Société des Grands Moulins de Corbeil, req. n° 61.628, 61.629, *Lebon* p. 852 ; *DH* 1924, p. 52 ; *Gaz. Pal.* 1924, 1, p. 118.

¹⁶⁵⁰ TA Paris, 17 déc. 1998, SNCF c/ Société Dumez TP et autres, req. n° 9800111-6, *D.* 1999, Jur. p. 313, note J.-D. Dreyfus, qui énonce que les manœuvres « ne donnent lieu en revanche qu'à des dommages et intérêts au profit du contractant qui en a subi les effets lorsque, sans être la cause déterminante de sa volonté, elles ont eu pour effet de l'amener à accepter des conditions plus onéreuses que celles auxquelles il aurait dû normalement souscrire et de lui causer ainsi un préjudice dont il est fondé à demander réparation » ; Solution reprise en appel : CAA Paris, 22 avr. 2004, Société Dumez SA et autres, req. n° 99PA01403, *Rec. Lebon* tables, *Contrats marchés publ.* 2004, comm. 168, note G. Eckert ; *D.* 2004, p. 3020, note J.-D. Dreyfus ; Mais également en cassation : CE, 19 déc. 2007, SNCF c. Société Campenon Bernard, précité.

marquée que le juge civil à l'égard du dol principal et du dol incident¹⁶⁵¹. De ce fait, la transposition du dol dans les contrats semble bien effective, avec une reprise précise des éléments du Code civil¹⁶⁵².

1255. Concernant l'erreur, la même conclusion semble devoir s'imposer. La jurisprudence administrative admet donc aussi bien l'erreur sur la personne¹⁶⁵³, que l'erreur sur la substance¹⁶⁵⁴. Cette dernière se décompose, de manière analogue au droit privé, en une erreur sur l'objet du contrat¹⁶⁵⁵, mais également, « dans un sens subjectif et psychologique »¹⁶⁵⁶, en erreur sur qualité de la chose objet du contrat¹⁶⁵⁷. Enfin, dans un parallélisme poussé à son terme, l'erreur doit ici aussi être déterminante du consentement. Ceci doit s'entendre également du fait que l'erreur ne doit pas présenter un caractère inexcusable¹⁶⁵⁸. De même, l'erreur sur la valeur, ou sur le prix, ne sont pas davantage admises ici qu'elles ne le sont en droit des obligations¹⁶⁵⁹.

¹⁶⁵¹ TA Paris, 17 déc. 1998, SNCF c/ Société Dumez TP et autres, eq. n° 9800111-6, *D.* 1999, Jur. p. 313, note J.-D. Dreyfus; CAA Paris, 22 avr. 2004, Société Dumez SA et autres, req. n° 99PA01403, *Contrats marchés publ.* 2004, comm. 168, note G. Eckert; *D.* 2004, p. 3020, note J.-D. Dreyfus; CE, 19 déc. 2007, SNCF c. Société Campenon Bernard, précité; CE, 19 mars 2008, SNCF c. Société Dumez et autres, req. n° 269134, inédit au recueil. Cf. également la note de Laurent Richer, Utilisation implicite et application de la notion de « dol incident » par le juge administratif, *AJDA*, 2007, p. 1978.

¹⁶⁵² Même si cette reprise passe surtout par une certaine vision du droit privé. Ainsi, comme le note le professeur Plessix, le juge administratif « aime à s'inspirer d'un droit civil classique, débarrassé de ses opinions doctrinales ou de ses positions jurisprudentielles dissidentes », in B. Plessix, thèse précitée, n°222, p. 229, cité in F. Chénéde, « Les emprunts du droit privé au droit public en matière contractuelle », *AJDA*, 2009, p. 923, version électronique, p. 6.

¹⁶⁵³ CAA Versailles, 14 avr. 2011, Centre communal d'action sociale d'Argenteuil, req. n° 09VE02492, inédit au recueil; CAA Lyon, 12 juin 2008, SA Axima Centre, req. n°04LY00090, inédit au recueil, qui vise explicitement l'article 2052 du Code civil sur la rescision des transaction pour cause d'erreur sur la personne; CAA Paris, 16 oct. 2008, Commune de Koumac, req. n° 06PA0125, inédit au recueil, qui évoque l'erreur sur la personne à l'égard d'une délibération; Toutefois, l'erreur sur les qualités de la personne n'est pas admise. cf. CAA Paris, 16 oct. 2008, Commune de Koumac, req. n° 06PA0125, inédit au recueil.

¹⁶⁵⁴ CAA Bordeaux, 26 juin 2007, M. Benoît X, req. N° 04BX01259, inédit au recueil, qui vise explicitement l'article 1110 du Code civil, ainsi que l'erreur sur la substance, non reconnue ici; CE, 22 janv. 1986, Société de construction et de ravalements, req. n° 48801, *RDP* 1986, p. 1729.

¹⁶⁵⁵ CE, 20 nov. 1987, SARL Patinoire de Colombes, req. N° 50824, inédit au recueil; CAA Bordeaux, 26 juin 2007, M. Benoît X, req. n° 04BX01259, inédit au recueil, qui évoque l'erreur sur l'objet; Néanmoins, l'erreur sur l'interprétation de la chose objet du contrat n'emporte pas annulation, cf. CE, 22 janv. 1986, Société de construction et de ravalements, req. n° 48801, *RDP* 1986, p. 1729.

¹⁶⁵⁶ B. Plessix, « La théorie des vices... », précité, p.3.

¹⁶⁵⁷ CE, 13 oct. 1972, SA de banque Crédit du Nord c/ Office public d'HLM du Calvados, *Rec. Lebon* p. 630; *AJDA* 1973, p. 213, cité in B. Plessix, *ibid.*

¹⁶⁵⁸ Cf. CE, 18 janv. 1922, Commune de Beausoleil, *Rec. Lebon* p. 42, cité in B. Plessix, *ibid.*; CAA Nancy, 19 déc. 1989, Société du tunnel de Sainte-Marie-aux-Mines et autres, req. n° 89NC00284, *Rec. Lebon*, p. 365; CAA Douai, 29 déc. 2005, Société des autoroutes de Paris-Normandie, req. n° 04DA00447, inédit au recueil, où l'une des parties invoque le caractère inexcusable de l'erreur commise.

¹⁶⁵⁹ CE, 1er févr. 1980, OPHLM de la ville de Brest, req. n° 01505, *Rec. Lebon* p. 69; CE, 20 nov. 1987, SARL patinoire de Colombes, req. n° 50824, inédit au recueil. De même, la jurisprudence refuse d'admettre la lésion, cf.

1256. Enfin, concernant la violence, celle-ci est également reconnue par le juge administratif, et dans les mêmes termes qu'en droit civil, à savoir qu'elle doit prendre la forme d'actions positives qui dénotent l'intentionnalité. La menace exercée doit également être illégitime¹⁶⁶⁰.

Que peut-on dire alors du consentement dans ces hypothèses ? C'est ce que nous allons désormais observer.

B / Une transposition de la théorie des vices du consentement aux fondements incertains

1257. Au sein du droit administratif, la théorie des vices du consentement a donc reçu bon accueil (1), sans que pour autant ce passage d'une branche du droit à une autre ne soit totalement justifié, et ce particulièrement au regard de la notion de consentement (2).

1 / La réception peu commentée de la théorie civiliste des vices du consentement par le droit administratif

1258. Il est possible de dire que la théorie des vices du consentement a été particulièrement bien reçue par la jurisprudence administrative, et de remarquer, à la suite du professeur Plessix, à quel point cette question a suscité peu d'intérêt au sein de la doctrine administrative, tant les études consacrées à ce thème sont rares. Comme si d'une certaine façon, tout avait déjà été dit par la doctrine privatiste, ou que peut-être, les spécificités des acteurs du droit administratif, et de sa logique, n'emportaient pas de conséquences particulières au regard du consentement et de ses éventuels vices. Or, on aurait très bien pu penser qu'en la matière, du fait de la présomption d'intérêt général accompagnant les actions de l'administration, le contrôle ait été renforcé. Ou bien, que par une application sans nuance de la maxime wébérienne transformée, selon laquelle l'État disposerait du monopole de la violence légitime¹⁶⁶¹, le vice de violence ne soit pas imputable à l'administration.

C.E 21 mai 1948, Société coopérative ouvrière de production, *Rec. Lebon*, p. 641.

¹⁶⁶⁰ Il faut entendre par là que tout comme en droit civil, la simple menace d'exercice d'un droit, ou une obligation légale ne peuvent caractériser une violence. cf. pour une application, CA Marseille, 25 nov. 2010, M. A. c/ Commune de Montpellier, req. n° 08MA04006, inédit au recueil. De même, la violence peut être le fait d'un abus d'une situation de nécessité, ce qui prouve la parenté avec la violence économique en droit privé. cf. CE, 21 mai 1971, Société La Cellulose d'Aquitaine, *RDJ* 1973, p. 275.

¹⁶⁶¹ Même si cette version, très répandue, ne correspond pas aux propos de l'auteur, qui dans *Le Savant et le politique*, déclare plutôt que « l'État est une entreprise politique à caractère institutionnel dont la direction

1259. Toujours est-il qu'à défaut de lui trouver une origine, la doctrine a essayé, au travers du travail du professeur Weber, de lui trouver un sens¹⁶⁶². Toutefois, certaines des affirmations développées tant par les professeurs Weber que Plessix nous semblent devoir être critiquées. Ainsi, après avoir affirmé la rareté de la jurisprudence administrative sur ce thème, M. Weber entend souligner que « l'importance quantitative d'une jurisprudence n'est pas le critère de sa pertinence et même, à la limite, que sa rareté peut être le signe de sa plus grande portée »¹⁶⁶³. Cette proposition ne nous semble guère contestable en principe. Il suffit en effet d'une seule décision pour créer un principe, qui lorsqu'il est suffisamment explicité, crée d'une certaine façon de lui-même les conditions de sa non-utilisation. Toutefois, à l'égard d'un point aussi fondamental que le consentement en théorie des obligations, cette justification apparaît incomplète.

1260. À notre sens, cet oubli peut signifier deux choses. La première, c'est que le consentement en droit privé n'est pas le même que celui du droit public. Cette différence est en premier lieu une différence de sens : ce n'est pas le même concept dans les deux cas. En droit privé, dans sa version moderne, il est immédiatement attaché à une dimension plus subjective, plus individuelle. Le droit administratif lui, se conçoit dès l'origine comme un droit autre que celui qui vient régir les rapports de nature privée, c'est-à-dire comme différent du droit applicable aux relations entre individus. Il vise à mettre en relation des entités d'importance distincte, de telle sorte que la question du consentement en tant que rapport d'égalité des aptitudes dans la formation du contrat ne paraît pas ici transposable. Ce faisant, la question des éventuels vices de celui-ci est de moindre importance, absorbée en quelque sorte par la superstructure que constitue l'intérêt général, et qui justifie que des contrats ne soient pas annulés en droit administratif pour des motifs qui auraient été jugés suffisants en droit privé.

administrative revendique avec succès dans l'application de ses règlements le monopole de la contrainte physique légitime sur un territoire donné », in M. Weber, *Le savant et la politique, la politique comme profession et vocation*, traduction de Catherine Colliot-Thélène, La Découverte, 2003. Pour une analyse profonde de cette maxime, cf. C. Colliot-Thélène, « La fin du monopole de la violence légitime ? » *Revue d'études comparatives Est-Ouest*, 2003, n° 34-1. pp. 5-31.

¹⁶⁶² B. Plessix, la théorie des vices du consentement..., précité, p. 5.

¹⁶⁶³ Y. Weber, la théorie des vices du consentement..., précité, p. 319, cité in B. Plessix, *ibid.*

1261.La seconde, c'est que du fait de cette variation du sens, on pourrait s'attendre à ce que le régime de protection soit différent. Or, il est relativement proche de l'orientation donnée par le juge judiciaire. Comment expliquer alors ce parallélisme des régimes ?

2 / La transposition des vices du consentement en droit administratif : une différence de nature du consentement ?

1262. Sur ce point, les auteurs étudiés invoquent le fait que la théorie civiliste aurait présenté un « médiocre rendement social »¹⁶⁶⁴, que « la rareté de la jurisprudence administrative serait le fait de considérations étrangères à l'idée même de consentement vicié », pour enfin affirmer, selon le professeur Weber, que « la théorie des vices du consentement est significative du service public. Celui-ci la fonde et l'objectivise en vue de la sécurité juridique des contrats administratifs. Mais, on peut dire aussi que, par son effet récurrent, elle fonde le service public à son tour »¹⁶⁶⁵. Ce lien avec le service public justifierait ainsi les modulations¹⁶⁶⁶ rencontrées en droit administratif, et ainsi la différence de régime de cette transposition, en raison de l'intérêt supérieur à protéger.

1263. Le professeur Plessix propose, quant à lui, une autre interprétation. Selon celle-ci, le droit positif moderne ne s'est jamais véritablement détaché de son sens ancien, dans lequel le consentement visait non pas tant à protéger la volonté, qu'à punir l'auteur du vice pour ses intentions et son comportement immoral. Dès lors, pour cet auteur, « le juge administratif a ressenti la nécessité d'intégrer au droit administratif les règles du Code civil sur les vices du consentement parce qu'il y a trouvé les armes adéquates permettant à l'Administration et à ses contractants de défendre la loyauté contractuelle, voire même la moralité contractuelle »¹⁶⁶⁷.

1264. Cette vision, qui nous semble plus juste dans ses fondements comme dans son vecteur d'approche, laisse persister un impensé. En effet, il subsiste après cette affirmation plusieurs paradoxes, auxquels l'auteur n'apporte pas de réponse. Le premier est de savoir comment résoudre l'antinomie apparente entre la sécurité juridique inhérente au maintien de la

¹⁶⁶⁴ B. Plessix, « La théorie des vices du consentement... », précité, p. 5.

¹⁶⁶⁵ Y. Weber, « La théorie des vices du consentement... », précité, p. 340, cité in B. Plessix, précité, p.6.

¹⁶⁶⁶ Les auteurs évoquent ainsi le fait que l'erreur sur les qualités substantielles serait d'interprétation plus stricte en droit administratif, et que le juge privilégierait davantage la sécurité juridique des conventions administratives, en vue d'assurer la continuité du service public, in B. Plessix, précité, p.6-7.

¹⁶⁶⁷ B. Plessix, « La théorie des vices du consentement... », précité, p. 8.

continuité du service public et cette défense nouvelle de la moralité contractuelle : à quel degré l'immoralité emporte-t-elle nécessairement le fait de primer la sécurité juridique ?

Ensuite, cette notion de moralité ne permet pas d'expliquer l'ensemble des vices du consentement. Si elle peut se comprendre au regard de la violence, mais aussi du dol, il n'en va pas de même s'agissant de l'erreur qui par définition, suppose l'absence d'agissements déloyaux de la part du cocontractant, sans quoi elle serait requalifiée en dol.

Enfin, cette introduction de la moralité administrative par le contrat pose un nombre certain de questions. Cela suppose en effet pour le juge d'examiner la conscience individuelle. Si la question de sa légitimité à procéder ainsi reste entière, que dire de la moralité à laquelle il est ici fait allusion ? Quel sens recouvre-t-elle ? Est-elle la même qu'en droit privé ?

1265. La réponse semble devoir être négative puisque des différences existent, tant dans le prononcé de la nullité des contrats, que dans l'admission de certaines théories¹⁶⁶⁸. De même, le droit privé est très majoritairement hostile à ce qui méconnaît l'horizontalité des parties, c'est-à-dire ce qui vient avantager de manière trop importante une partie par rapport à l'autre, ce que traduit par exemple la prohibition des clauses potestatives posée par le Code civil¹⁶⁶⁹. Comment juger alors, au regard de cette moralité contractuelle nouvellement introduite, la faculté de modification unilatérale, ou de résiliation unilatérale de l'administration ? De même, la logique à l'œuvre dans le droit civil permet l'annulation des conventions au seul motif que le consentement a été altéré. Or, en droit administratif, il n'en est rien, en raison de la protection de l'intérêt général. Et pourtant, est-il moralement acceptable de maintenir un contrat dont le consentement a été vicié ?

1266. Dès lors, la référence à la moralité paraît poser plus de questions et de difficultés qu'elle n'en résout. Ceci prouve bien, à notre sens, en quoi le consentement est d'usage divers suivant la matière juridique dans laquelle il est mobilisé, et surtout, à quel point il est peut-être impropre de le transférer ainsi, du fait du sens très particulier qu'il recouvre.

Aussi, au regard de la subjectivité et du consentement comme sentir-avec, les mécanismes présents au sein du droit administratif ne paraissent pas répondre de manière adéquate aux hypothèses avancées dans ce travail. Ce faisant, aussi bien le droit privé que le

¹⁶⁶⁸ On pense ici principalement à la théorie de l'imprévision.

¹⁶⁶⁹ C. Civ, Art. 1174.

droit public témoignent, dans ce domaine, d'une prise en compte instrumentale du consentement, qui ne vise donc pas à permettre l'expression d'une subjectivité.

SECTION 2 : CONSENTEMENT, APPRÉCIATION OBJECTIVE ET APPRÉCIATION SUBJECTIVE :

PLACE DE L'OBJET ET DU SENTIMENT

1267.Après avoir étudié la manière dont le droit moderne comprenait le consentement, et partant, les mécanismes institués pour le protéger, c'est vers un autre pan de la réflexion qu'il faut désormais se tourner. Ce que nous allons envisager ici constitue l'un des points les plus importants de la logique consensuelle, telle que nous l'entendons ici.

En effet, nous avons évoqué jusqu'à présent comment le consentement se trouve pris entre deux faisceaux contradictoires en apparence. D'un côté, le consentement juridiquement qualifié et apprécié l'est selon une perspective qui vise à l'objectiver, par le recours à ce référent abstrait que constitue la subjectivité juridique ; de l'autre, le consentement peut, et est parfois mobilisé par le justiciable dans le but de faire exister au sein du droit une prétention subjective. Comment alors parvenir à distinguer ces différents temps du raisonnement, et qu'est-ce que ceux-ci peuvent nous apprendre sur le consentement en lui-même ?

1268.Pour pouvoir entreprendre une étude précise de cette question, il faut choisir un point d'entrée adéquat dans la matière, c'est-à-dire une situation qui cristallise en elle-même les principaux éléments qui supportent le sujet. Pour ce faire, et afin de donner une assise conceptuelle viable au consentement comme sentir-avec, on va donc tenter d'analyser la possibilité d'une différence qui avait cours dans l'ancien droit romain, et que l'on ne retrouve plus désormais. Il est fait allusion ici à la possibilité de distinguer entre le consentement et l'accord, alors que dans la pensée juridique contemporaine, l'un est pris pour l'autre. C'est donc ce que nous étudierons dans un premier temps (§1).

Une fois ce travail de délimitation effectué, on pourra alors observer comment cette phénoménologie de l'accord permet d'éclairer, sous une lumière nouvelle, la théorie des obligations, et particulièrement les vices du consentement. Ce faisant, on remarquera ainsi à quel point le prisme d'appréhension de la logique civiliste qui s'est diffusée accorde une place prépondérante à l'objet de la convention, pour ne réserver qu'un territoire très réduit au sentiment (§2).

§1 : De la possibilité de distinguer entre le consentement et l'accord en matière contractuelle

1269.L'étude des vices du consentement, dans la théorie du droit des obligations, permet d'illustrer le paradoxe qui irrigue la matière depuis ses origines romaines, à savoir la nécessaire conciliation entre la dimension objective et la dimension subjective de l'appréciation du consentement¹⁶⁷⁰. C'est donc sur ce point de focalisation, entre la chose et le sujet qui la met en mouvement par le biais de son patrimoine que l'analyse semble osciller sans cesse. Ce faisant, c'est bien la notion même d'accord qui est mise en lumière. Or, sur ce point et au regard des vicissitudes du fait même de rendre le droit, le choix de telle ou telle approche emporte des conséquences plus que considérables pour le juge.

1270.De manière analogue, l'approche objective ou subjective conditionne le rapport qu'entretient le justiciable avec la sphère juridique, sous la forme d'une confrontation qui prend différents visages : soit le sien, lorsque l'appréciation est subjective, et vise donc à confronter l'individu à lui-même, comme par le jeu d'un miroir. Lorsqu'elle se fait objective, elle transforme l'individu en tant qu'il peut accéder, sous une forme particulière seulement, à la sphère juridique. Confrontée à un référent autre, cette épreuve impose ainsi un exercice qui pourrait sembler absurde dans une sphère différente, à savoir le fait de se reconnaître comme identique à un autre que soi. Pour pouvoir appréhender de manière effective le basculement qu'un tel changement de perspective implique, il convient de procéder par étapes, en commençant par explorer la distinction possible entre consentement et accord (A), pour pouvoir envisager ensuite, de manière plus large, une véritable phénoménologie de l'accord à forte dimension heuristique (B).

A / Retour sur la distinction entre consentement et accord

1271.On peut ainsi revisiter, dans un premier temps, la problématique contractuelle en réintroduisant la distinction maintes fois rencontrée entre l'accord partiel et le consentement

¹⁶⁷⁰ Pour les besoins de la démonstration, on entendra objectif comme visant la situation dans laquelle le juge se réfère à un référent abstrait pour apprécier la solution à donner. Dans l'autre hypothèse, à savoir la lecture subjective, cette fois le juge appréhende la situation au travers des yeux du justiciable concerné.

partiel. Par là on entend le fait que les parties sont d'accord sur les éléments essentiels du contrat, à savoir l'objet et le prix, mais que les qualités particulières attendues, ou les modalités d'exécution du contrat restent disputées. Quelle peut donc être l'utilité pratique de cette précision ?

Cela permet de repenser l'accord pour ce qu'il a de singulier, et par extension le consentement. En effet, l'accord pose parfois problème en ce que le mode d'expression choisi pour l'exprimer interroge, comme dans l'hypothèse du consentement implicite. Du fait même de son intrication avec le concept de consentement au sein du droit, il est délicat de déterminer parfois dans ces situations limites qui font le sel de la jurisprudence et de l'analyse juridique, la réalité de l'accord. Dès lors, les occasions sont fréquentes où la doctrine comme le juge en viennent à se demander s'il est bien présent ou non.

1272. Cette situation traduit à notre sens toute la complexité engendrée par cette confusion du consentement et de l'accord. En effet, si les parties peuvent être d'accord pour discuter des points permettant la conclusion aboutie du contrat, en quoi cela devrait-il nécessairement impliquer que le consentement en serait affecté ? Cette suspension de l'accord, qui reste en attente d'autres éléments pour atteindre sa complétude n'engendre pas nécessairement, comme dans une relation causale, une suspension équivalente du consentement. En effet, le consentement, lui, est toujours actuel, inscrit dans une temporalité spécifique articulée ou non au réel, parce que le consentement est inextricablement subjectif dans toutes les variations du terme. Il est avant tout phénomène interne, psychobiologique, comme un mode d'expérimentation de l'existence et de la subjectivité. Pour celui qui l'éprouve, la réponse est, sauf sujet délirant, dans la plupart des cas simple à formuler, au travers de l'alternative oui ou non. Cette capacité à pouvoir se prononcer sur ce consentement est indépendante du fait de pouvoir se prononcer de manière équivalente sur le registre de l'accord, qui en droit, nécessite une qualification précise. Les règles de droit abondent, comme on l'a vu, lorsqu'il s'agit de parer l'objet « accord » de l'habillage que le droit lui réserve.

1273. Or, c'est à compter de cet instant précis que le régime juridique applicable entre en scène. C'est par l'intermédiaire de cet accord que le contrat devra être compris comme comprenant une obligation de donner, de faire ou ne pas faire¹⁶⁷¹. C'est toujours par celui-ci

¹⁶⁷¹ C. civ, art. 1101.

qu'il devra nécessairement assumer la forme d'un « objet certain qui forme la matière de l'engagement »¹⁶⁷², « d'une cause licite dans l'obligation »¹⁶⁷³, que cet objet soit « dans le commerce »¹⁶⁷⁴, et que cette cause ne soit pas contraire « aux bonnes mœurs ou à l'ordre public »¹⁶⁷⁵. À aucun moment au sein du Code civil, on ne retrouve cette même profusion de règles, un encadrement si poussé du consentement, qui doit pour sa part se borner à être libre et éclairé¹⁶⁷⁶. Ceci nous semble parfaitement normal, et la démonstration évidente que le consentement et l'accord sont bien deux éléments distincts. En tant que faculté subjective, le consentement ignore la nature de l'objet, sa moralité, sa licéité, etc. Il est avant tout un élan de l'être, l'écho d'une subjectivité. On en veut pour preuve le fait qu'en instituant cette réglementation, le droit témoigne lui-même qu'il peut se trouver des individus qui, dans des situations toujours singulières, peuvent être amenés à vouloir ces choses qu'il convient d'interdire. Comment autrement concevoir que le droit sanctionne par l'interdit ces désirs, si ceux-ci ne venaient jamais à naître chez aucun individu ? C'est donc bien parce qu'il existe un au-delà de l'accord, un irréductible de la sensibilité, que la distinction entre le consentement et l'accord prend tout son sens.

Ce n'est donc qu'après coup, une fois le désir installé, que la répression de celui-ci intervient. Il est en effet tout à fait possible et souhaitable de lutter contre des pulsions individuelles, contre des désirs jugés socialement inacceptables, soit d'un point de vue individuel, soit par le biais de la médiation du tiers qu'incarne la sphère juridique. Néanmoins, dans les deux hypothèses, on remarque bien que l'on ne peut lutter que contre ce qui existe d'un point de vue empirique. C'est bien parce que les justiciables sont libres que le droit a un sens, et c'est bien parce qu'ils peuvent consentir à un ensemble d'éléments de valeurs différentes que l'accord peut être régulé. Mais jamais le droit ne pourra empêcher les individus concernés d'éprouver et de ressentir ce qui les amène devant cette frontière de la validité juridique.

Dès lors, le problème ici posé est donc bien celui de l'accord, qui a cette propriété singulière de pouvoir provenir aussi bien du consentement que de son absence. Nous allons donc illustrer cette idée en confrontant à des situations précises la conjonction ou la disjonction possible entre le consentement et l'accord.

¹⁶⁷² C. civ., art. 1108, al. 3.

¹⁶⁷³ C. civ., art. 1108, al. 4.

¹⁶⁷⁴ C. civ., art. 1128.

¹⁶⁷⁵ C. civ., art. 1133.

¹⁶⁷⁶ C. civ., art. 1109.

B / Éléments pour une phénoménologie de l'accord

1274. Grâce à l'appréhension phénoménologique de l'accord, on peut mesurer à quel point il est inadéquat de considérer que le consentement est nécessairement synonyme d'accord. Ce faisant, l'importance de la dissociation est démontrée (1), de même que l'interprétation erronée qui fonde cette confusion (2).

1 / L'importance de la dissociation entre consentement et accord

1275. La distinction entre le consentement et l'accord, telle qu'elle est introduite ici, nécessite que soit explicité le cadre théorique dans lequel la démonstration s'effectuera (a) avant de pouvoir envisager les situations dans lesquelles cette disjonction des termes fait sens (b).

a / ... Cadre théorique de la réflexion autour des concepts de consentement et d'accord

1276. Plus précisément, nous allons tenter ici d'étudier une phénoménologie de l'accord. Par là il faut entendre le fait que l'essentiel de l'attention sera portée sur la manière dont l'accord apparaît, se produit en tant que phénomène, de telle sorte que l'on puisse distinguer ce qui le constitue comme tel, et selon quelles modalités. Il s'agira donc ici de tenter de débarrasser l'objet considéré de toutes les apories qui entachent traditionnellement sa compréhension. De ce point de vue, l'étude de ses manifestations concrètes apparaît comme un premier temps nécessaire. Par ce biais, on caractérisera sa spécificité au regard de l'autre concept avec lequel il est traditionnellement associé, à savoir le consentement. Une fois dressé et analysé cet inventaire des situations fréquemment rencontrées dans lesquelles le droit se trouve pris entre ces deux termes, on peut espérer parvenir à une compréhension plus fine, qui épouse les contours du concept avec davantage de justesse.

1277. Est-ce à dire, pour filer l'emprunt à la phénoménologie, que l'on ambitionne d'atteindre ainsi une forme pure de l'accord juridique, déliée de ses contingences purement factuelles ? La réponse paraît devoir être négative, du fait de l'axe de recherche emprunté au travers de ce

travail. L'objectif n'est en effet pas de déterminer un absolu de l'accord, une forme invariante que l'on prétendrait ainsi par la suite appliquer à l'ensemble de l'étant juridique, avec plus ou moins de talent et de réussite. Au contraire, l'orientation est inverse. C'est justement du fait que l'accord est aujourd'hui posé comme cet absolu que le droit aurait atteint, par une sédimentation progressive des expériences antérieures, qu'il ne correspond que très imparfaitement aux situations rencontrées dans l'empirie. La tentative ici démontrée vise donc non à pas à un retour à une Idée de l'accord au sens platonicien, mais plutôt, à témoigner d'un point de vue fortement inspiré par une appréciation empirique des situations, conjuguée à un individualisme méthodologique¹⁶⁷⁷. Adopter l'approche inverse reviendrait en effet à occulter la dimension ontologiquement casuistique du droit. Sommé de répondre à des questions qui sont toujours l'expression de conflits de prétentions souvent contradictoires, le droit n'existe dans sa forme laïcisée que comme Tiers structural, c'est-à-dire comme médiateur. Cette tiercéité n'est donc pas, et ne saurait être une forme de système auto-entretenu qui viserait à produire des concepts et définitions, à maximiser sa propre fonction d'utilité pour reprendre un vocable économique. Dès lors, c'est bien par l'étude de cas concrets, ancrés dans un réel qui dépasse en l'intégrant le juridique, que l'on peut espérer approcher la complexité des manifestations du concept.

1278. Il n'est pas question ici de remettre en cause le principe même de la systématisation opérée par la doctrine, dont elle constitue à vrai dire la tâche essentielle, au moins dans l'approche positiviste dominante. Bien davantage, l'ambition est ici de faire retour à une perspective qui se voudrait plus modeste, en ce qu'elle reconnaîtrait le caractère d'hypothèses ontologiques des théories développées¹⁶⁷⁸, sans revendiquer le statut de vérité objective.

De ce point de vue, l'étude de l'accord et de la manière dont il se forme au sein du droit, apparaît comme exemplaire. On entend par là le fait que la pluralité des formes par lesquelles il se met à jour ne peut que conforter le chercheur dans le fait que le réduire à ses seuls éléments toujours communs aboutit justement à lui faire perdre ce qui fait sa spécificité. C'est probablement en raison du fait qu'il a, semble-t-il, toujours été présenté amputé d'une part essentielle de sa composition, qu'il a pu être si facilement confondu avec le consentement. Ce faisant, en analysant de manière concrète les situations dans lesquelles l'accord est tantôt

¹⁶⁷⁷Ce ralliement est en effet le produit nécessaire des hypothèses évoquées : puisqu'il s'agit d'étudier le consentement comme sentir-avec, une approche holiste ne peut convenir, du moins à ce stade.

¹⁶⁷⁸Sur ce point, cf. P. Jorion, *Comment la vérité et la réalité furent inventées*, Gallimard, 2009, 384 pages.

reconnu, tantôt rejeté par le système de normes qui le définit, c'est le consentement qui sera aperçu.

1279. Il est néanmoins nécessaire de poser une première étape à partir de laquelle la réflexion peut envisager de se déployer. C'est autour de l'individu que, sur ce point, l'essentiel de la mécanique gravite¹⁶⁷⁹. Pris dans son vécu, et inscrit dans sa corporéité, il est traversé de sentiments et sensations, comme autant de réponses volontaires comme involontaires à des stimuli provenant de son environnement. Devant ces sollicitations, et cette extériorité parfois difficilement déchiffrables, son être se tend ou se rétracte¹⁶⁸⁰ suivant la courbe de son désir. De fait, la réponse articulée par la parole n'épuise pas l'ensemble du champ de l'accord. Ce que l'on cherche à montrer ici est bien le fait qu'il est des accords pour lesquels on ne saurait dire qu'ils reposent sur un consentement; de manière inverse, il est possible de trouver des situations dans lesquelles malgré cette conjugaison des consentements, l'accord ne parvient pas à être produit, empêché par les règles juridiques applicables.

1280. Ainsi, lorsque l'individu se trouve sollicité par un autre que lui, avant même qu'il exprime effectivement sa réponse, il est déjà parcouru d'une sensation qui en quelque sorte prédétermine son expression ultérieure. Devant ce qui lui fait ressentir de l'effroi, du dégoût, on peut raisonnablement s'attendre à ce qu'il ne souscrive pas à cet acte qu'il ressent spontanément comme mauvais pour lui. Ainsi, la majorité des justiciables, s'ils se voyaient demander leur accord pour être battus, répondraient très probablement non. Le choix ici n'est pas simplement le produit d'une ratiocination, d'un calcul coût/avantage cher à l'*homo oeconomicus* par lequel il déciderait de la pertinence de telle ou telle réponse. Il y a, avant toute chose, un corps et un esprit traversés par des impressions sensibles.

Le même raisonnement s'applique dans la perspective inverse, à savoir lorsque l'objet de la proposition produit une sensation agréable à celui à qui elle est faite. C'est parce que l'individu est placé dans cet état de ressenti qu'il va, a priori, répondre favorablement à la sollicitation.

¹⁶⁷⁹ Pour les besoins de la démonstration, on considérera que celui qui à chaque fois propose un choix consent à la réalisation de l'objet du choix, et est d'accord avec celui-ci.

¹⁶⁸⁰ On fait ici référence à la théorie freudienne de l'homme comme animalcule protoplasmique développée dans « Pour introduire le narcissisme », et qui s'appuie sur une extension/rétractation de pseudopodes censées figurer la sortie de la monade narcissique. Cf. S. Freud, *La vie sexuelle*, P.U.F., 9e éd., Bibliothèque de psychanalyse, 1999.

b / La possibilité d'une disjonction entre le consentement et l'accord

1281. Néanmoins, les choses se compliquent quelque peu en dehors de ces situations archétypales. On peut en effet envisager d'autres cas dans lesquels la liaison entre le ressenti et l'accord exprimé est potentiellement remise en cause. Il en est ainsi lorsque, par exemple, une personne se trouve encline à accepter la proposition faite, parce qu'elle la ressent au titre du plaisir, mais que cette sensation se trouve dépassée par une angoisse. On vise ici la situation si fréquente que l'on résume souvent par la formule « je n'ose pas, je n'ai pas osé ». Entre ce désir inaccompli, et sa réalisation, se dresse une angoisse contre laquelle il vient buter. Il est à cet égard très intéressant de remarquer que cette angoisse peut ne pas être le fait d'une sensation, mais bien d'un processus purement intellectuel, d'une anticipation d'un déplaisir sans que pour autant celui-ci soit éprouvé de manière immédiate, ce qui montre bien que l'on ne saurait donc limiter l'accord à la simple dimension de l'intelligence. Dans cette situation, il y a donc un consentement, a priori partagé, mais qui ne va pour autant aller jusqu'à l'accord¹⁶⁸¹.

1282. L'application de ce raisonnement à la situation inverse, c'est-à-dire à celle qui prendrait la forme d'un accord sans consentement, s'avère plus délicate sur le plan méthodologique, en ce qu'elle suppose qu'une position plus tranchée soit assumée au regard de la liberté reconnue à chaque individu. En effet, selon que l'on considère que l'individu est toujours libre, ou qu'il est à des moments sous l'emprise d'éléments qui lui font perdre ce libre-arbitre, la réponse apportée diverge. Cette question, d'une importance et d'une complexité telles que l'on ne saurait en aucune façon prétendre à la résoudre dans le cadre de ce travail, consiste en pratique dans le fait de se demander si être libre demande une reconnaissance subjective. En effet, l'individu est-il libre, car posé comme tel, ou bien doit-il, dans son for intérieur, se ressentir comme libre pour pouvoir l'être véritablement ?

Dans notre exemple, il s'agit de considérer si lorsqu'un individu donne son accord à une situation, peut-il vraiment alléguer qu'il n'a pas pour autant consenti ? Si l'on prend l'hypothèse d'une personne qui, poussée par le devoir, se trouve à accepter une proposition qui n'engendre

¹⁶⁸¹ Pour une illustration de cette idée, cf. G. Jeanmart, « La dramatique de la volonté chez Augustin », *Revue Philosophique*, 2005, n°8, [version électronique] <http://philosophique.revues.org>, et particulièrement le point 3 « l'effort pour vouloir », dans lequel l'auteur s'appuie sur des écrits de William James pour décrire cette idée, p. 11-13.

qu'une sensation de déplaisir pour elle, cela est-il possible sans consentement ?

1283. La réponse nous semble pouvoir être positive, justement du fait de la distinction opérée entre le consentement et l'accord. Or, c'est sur le versant de l'accord que la question de la liberté peut se poser, et avec elle son corollaire inévitable, celui de la responsabilité afférente. Deux exemples permettront d'illustrer cette idée. Le premier prend la forme d'un individu condamné pour un motif quelconque, condamnation qu'il estime de son point de vue parfaitement injuste. Il peut donc subjectivement ne pas consentir au prononcé de cette condamnation, se trouver en écart par rapport à la solution rendue. Il n'en reste pas moins que, tant qu'il ne récidive pas dans son comportement, il manifeste son accord, d'une certaine façon, à l'égard du principe de la sanction. De ce fait, c'est bien sur le terrain de l'accord que l'on peut appréhender ou non sa liberté éventuelle, et non directement sur celui du consentement.

De manière analogue, s'agissant des situations dans lesquelles une personne donne son accord à un acte qu'elle ressent subjectivement comme désagréable, elle traduit sa liberté dans l'acte par lequel elle témoigne de cet accord. La véritable question qui se pose ici consiste donc à s'interroger sur le fait de savoir à quel point le ressenti peut exercer une puissance sur l'accord proprement dit. Or, en la matière, les réponses sont différentes selon les personnes. Certaines sont plus promptes à se laisser conduire par leurs sensations, tandis que d'autres manifestent à cet égard un contrôle particulièrement rigoureux. C'est en ce sens que la disjonction entre consentement et accord possède un pouvoir heuristique important, puisqu'elle permet d'envisager cette pluralité de positions par rapport à un même choix.

Ces exemples illustrent donc l'autre versant envisagé précédemment, à savoir un accord qui serait dépourvu de consentement, et qui pourtant serait un accord¹⁶⁸².

¹⁶⁸² On pense ici aux conventions d'assistance, qui illustrent particulièrement bien cette idée. En effet, s'agissant de celles-ci, la jurisprudence considère que lorsque l'offre est faite dans l'intérêt exclusif de celui qui la reçoit, alors son consentement doit être présumé. L'illustration classique est la suivante : une personne se noie en mer, et un individu lui porte un secours. On suppose alors une convention d'assistance établie, ce qui constitue déjà un accord sans consentement. Mais, cette position se confirme si l'on veut bien ajouter un élément supplémentaire : si l'individu qui se noie souhaitait par la même attenter à sa vie, il ne consent absolument pas à ce que l'on lui porte secours, puisque cela contrarie son projet. Dès lors, on a bien ici un accord sans consentement.

2 / Le consentement dissocié de l'accord : conséquence du postulat erroné de la liberté radicale

1284. On objectera à cela que la distinction ne revêt d'un point de vue pratique que peu d'importance, puisque l'individu est jugé au regard du droit comme responsable de son accord, que celui-ci soit le fait d'un consentement, ou d'une absence de celui-ci¹⁶⁸³. Il lui appartiendrait donc de ne pas le donner, s'il ne veut vraiment pas que des conséquences juridiques puissent être tirées. C'est ce qu'illustre en quelque sorte la théorie des baïonnettes intelligentes en droit pénal. En effet, au titre des faits justificatifs, le droit pénal admet le commandement de l'autorité légitime. Dès lors, plusieurs affaires¹⁶⁸⁴ ont illustré le risque d'une exonération complète de responsabilité au seul motif que l'exécutant n'aurait fait que suivre les ordres qui lui étaient donnés. Or, cette théorie ignore la question du consentement pensé en tant que sentir-avec, puisque seule compte la commission ou non de l'acte dont la légalité est discutée. En effet, les conditions imposées¹⁶⁸⁵ tiennent tout d'abord, sur le versant extérieur à l'agent, au fait que l'ordre doit provenir d'une autorité légitime (une émanation de la puissance publique compétente dans la matière concernée), et constituer un commandement légal. Pour ce qui est de l'agent lui-même, l'article L. 122-4, al. 2 du Code pénal renvoie à la nécessité que l'ordre ne soit pas « manifestement illégal » pour que la mise en jeu de la responsabilité ne puisse se faire. Or, de l'avis de nombreux auteurs, le caractère « manifeste » est apprécié *in abstracto*, faisant écho à « ce que le citoyen moyennement avisé pourrait percevoir avec certitude »¹⁶⁸⁶.

1285. Ce faisant, on mesure bien à quel point il est manifeste que ce qui est pris en compte n'est pas le sentiment subjectif de l'agent, qui pourrait, sous la menace d'un ordre, accomplir et exécuter un ordre qu'il ressentirait du point de vue subjectif, comme inacceptable. Il importe peu de savoir si l'agent a consenti ou non à l'acte considéré, tant cette considération se retrouve

¹⁶⁸³ Même si l'hypothèse de la violence peut venir ici contredire cette affirmation. Néanmoins, la réalité est moins tranchée que la simple confrontation des termes pourrait le suggérer. Sur ce point, cf. *infra*.

¹⁶⁸⁴ Sans évoquer ici la thématique spécifique des crimes contre l'humanité, on peut renvoyer à l'affaire dites des paillottes (Cass. crim, 13 oct. 2004, *AJ Pénal*, 2004, p. 451, obs. C.S Enderlin; *Revue de science criminelle*, 2005, p. 66, obs. E. Fortis), mais également à la cellule d'écoutes de l'Élysée (Cass. crim, 30 sept. 2008, n°07-82,249, *AJ Pénal*, 2008, p. 505, obs. G. Royer; *Revue de science criminelle*, 2009, p. 92, obs. E. Fortis; et la riche chronique de H. Matsopoulou, « La condamnation de hauts fonctionnaires dans l'affaire des « écoutes de l'Élysée » », *D.* 2008, p. 2975.

¹⁶⁸⁵ Pour une analyse détaillée, cf. M. Danti-Juan, « Ordre de la loi », *Rép. pén.* Dalloz, oct. 2010, § 28 à 41.

¹⁶⁸⁶ M. Danti-Juan, précité, §37. À noter que l'auteur écrit « qu'il paraît difficile toutefois de faire abstraction des facultés intellectuelles et de la position hiérarchique de l'agent qui le mettent plus ou moins en état d'exercer son sens critique ».

tout entière absorbée dans la matérialité de sa commission. De fait, dans cette liberté radicale dont le droit pare les individus, il n'y a guère de place pour le doute, les hésitations, autrement qu'au travers du prisme de l'intelligence. Une fois l'acte accompli, il n'est plus de retour en arrière envisageable. Mais, c'est justement en raison de l'amalgame entre consentement et accord qu'il n'est pas possible d'envisager l'hypothèse d'un individu qui donnerait son accord, tout en étant répugné au plus haut point par ce qu'il est supposé commettre.

1286. Or, il nous semble que sur ce point, toutes les conséquences ne sont pas tirées du postulat de cette liberté radicale. En effet, s'agit-il d'admettre que tout justiciable a toujours le choix, quelles que soient les circonstances dans lesquelles il est placé ? Que d'une certaine façon, il demeure de manière inaliénable le seul responsable de ses actions, et ce même lorsque l'ordre donné est manifestement illégal ?

Pour répondre à cela, il convient d'observer cette théorie sous un angle différent. Elle vise ainsi non pas à protéger un individu qui aurait, sous l'empire de la contrainte, exécuté un acte désavoué au regard de la morale, ou illégal¹⁶⁸⁷, mais au résultat exactement inverse. Cette théorie n'existe donc, paradoxalement, que pour permettre de condamner ceux qui n'ont pas eu le courage ou la volonté de refuser de céder à ces commandements. Pour reprendre M. Danti-Juan, « si le subalterne s'était vu adresser un ordre manifestement illégal, l'exonération de responsabilité ne pourra jouer en sa faveur que s'il a eu le courage de désobéir »¹⁶⁸⁸.

1287. Dès lors, comment comprendre la mécanique même de la violence, en tant que vice du consentement, au sein du droit civil ? Puisqu'il s'agit par ce biais de témoigner du fait qu'un individu, poussé par la crainte d'un mal plus grand, a choisi de donner son accord à la conclusion d'une convention, pourquoi ne devrait-il pas pareillement être reconnu comme responsable de son acte ? Bien évidemment, il ne s'agit pas ici d'une responsabilité analogue, mais l'on pourrait tout à fait considérer que, sur le plan logique, elle prenne la forme d'une impossibilité d'invoquer un quelconque vice du consentement, ou plus précisément ici, de

¹⁶⁸⁷ Sur ce point, on lira avec profit le compte-rendu de l'expérience de Milgram, réalisée au début des années 1960, in S. Milgram, *Soumission à l'autorité*, Calman-Levy, éd. 1994, 270 pages. Cf. également H. Arendt, *Eichmann à Jérusalem*, Gallimard, éd. 1997, 484 pages; C. Dejours, *Souffrance en France : la banalisation de l'injustice sociale*, Points, 2009, 237 pages; M. Terestchenko, *Un si fragile vernis d'humanité : banalité du mal, banalité du bien*, La Découverte, 2007, 301 pages.

¹⁶⁸⁸ M. Danti-Juan, précité, § 40. Il est à noter que sur le plan statutaire ou hiérarchique, l'ordre illégal et manifestement contraire à un intérêt public lui permet de désobéir ; mais sur le plan pénal, le refus de cette possibilité de désobéir risque d'entraîner sa condamnation.

l'accord, pour venir justifier son comportement, et ainsi obtenir l'annulation de la convention. Si chaque justiciable est doté de cette liberté absolue, très éloignée semble-t-il de la conception défendue par Jean-Paul Sartre, alors il conserve à tout moment la possibilité de braver sa propre crainte, et de refuser de donner son accord.

1288. Ce point peut paraître de peu d'importance dans le domaine du seul droit civil, mais il est gros de conséquences s'il venait à être généralisé au sein du droit pénal. On songe ici à un domaine qui mobilise de manière perpétuelle les notions d'accord et de consentement, à savoir les infractions sexuelles. Dans cette hypothèse, la contrainte au sens du droit pénal n'est pas invocable, pas plus que l'état de nécessité, puisque ces deux faits justificatifs servent à exonérer l'auteur de l'infraction, et non celui ou celle qui la subit. Or, dans de nombreuses affaires de viols, il est évoqué le fait que la victime, quel que soit son sexe, a un moment cessé de lutter, a cédé par crainte pour sa vie, mais sans pour autant consentir¹⁶⁸⁹. Si l'on devait ici généraliser les éléments évoqués plus haut, cela impliquerait-il que la victime a donné son accord à l'acte considéré, et que dès lors elle doit être tenue responsable, au moins en partie, du fait qu'il s'est déroulé ainsi ? Il est clair que les conséquences de l'admission d'une telle liberté sont potentiellement redoutables dans nombre d'hypothèses, et invite à s'interroger sur la rationalité d'un tel système, qui fonde a priori la vertu sur le seul sacrifice, et où il faudrait offrir jusqu'à sa vie sur l'autel d'une liberté évanescence.

1289. On pourrait objecter à cela que c'est justement par l'introduction de la distinction entre le consentement et l'accord que de telles conséquences sont produites. À cela s'ajoute que l'on a déclaré plus tôt que la responsabilité relevait du registre de l'accord, et non de celui du consentement. Mais, une telle lecture reviendrait à comprendre de façon exactement inverse ce qui a été exposé jusqu'alors. C'est justement parce que l'accord n'existe qu'en tant qu'il est coloré par le consentement, imbibé par capillarité de cette dimension sentimentale, qu'il ne peut être envisagé tout seul, comme le fait dans de nombreuses occurrences le droit. Aussi, raisonner sur la seule positivité d'un acte, qu'il s'agisse du fait d'avoir commis celui-ci, ou d'avoir cédé dans la résistance manifestée, ne permettra jamais de rendre compte de l'épaisseur du tissu humain qui se trouve noué dans toutes ces situations. Il faut donc admettre que le

¹⁶⁸⁹Il est ici fait allusion au célèbre article de N. Claude-Mathieu, « Quand céder n'est pas consentir », in N.-C. Mathieu, *L'Arraînement des femmes, essai en anthropologie des sexes*, Paris, éd. EHESS, 1985, p. 169-245.

consentement ne peut être résumé à l'accord, et que ce faisant, l'appréciation *in concreto* s'avère indispensable pour espérer démêler l'écheveau de leur intrication.

§2 : Les conséquences de la phénoménologie de l'accord sur la théorie des vices du consentement

1290. Le degré de précision atteint grâce à la perspective phénoménologique nous permet d'apprécier à quel point l'assimilation trop rapide entre consentement et accord est pauvre au regard de la compréhension de la mécanique contractuelle. Du fait qu'il arrive fréquemment que les deux soient effectivement associés, c'est-à-dire que l'on rencontre à la fois un consentement et un accord en même temps, la distinction a eu tendance à tomber dans l'oubli. Or, c'est bien cet état de fait qui aboutit également à effacer par la même occasion la dimension sensible au profit de la seule raison, puisque l'on a pu observer à quel point la première est riche d'enseignements pour la caractérisation du consentement de nature contractuelle.

1291. Dans cette perspective, on pourra mesurer à quel point cette distinction, qui découle précisément du consentement pensé comme sentir-avec, permet effectivement une prise en compte plus respectueuse de la subjectivité (A). Ce faisant, c'est toute la théorie des vices du consentement qui se trouve potentiellement altérée, ce dont il faudra rendre compte (B). Une telle relecture engage alors une définition renouvelée de l'être humain en droit, dont on appréciera la pertinence relativement à la dimension sensible ici recherchée (C).

A / Une redéfinition des concepts favorable à la prise en compte accrue de la subjectivité

1292. Aussi, après avoir présenté d'un point de vue théorique et général les différentes situations possibles qui permettent de souligner la liaison tout autant que la dissociation entre le consentement et l'accord, c'est sur le plan de la logique contractuelle que l'on va désormais essayer d'appliquer les éléments évoqués auparavant. Il s'agit en fait d'observer à quel point le droit épouse ou non les contours du réel social dans la mécanique contractuelle. Deux solutions sont envisageables : soit le régime juridique inclut cette distinction, et permet ainsi

de moduler l'accord au regard de son rapport avec le consentement, soit l'accord et le consentement sont théorisés comme un bloc monolithique, répondant à la logique binaire présent/absent. Au regard des textes comme de la jurisprudence, la situation tend à accréditer la seconde hypothèse. On essaiera donc de démontrer ici comment cette dissociation des termes peut intervenir en pratique, en recourant pour ce faire à des situations qui peuvent sembler incarner les franges de la mécanique contractuelle, mais qui sont pour autant extrêmement éclairantes au regard de la logique d'ensemble.

1293. On peut en effet affirmer que dans les situations limites dans lesquelles le consentement est invoqué, deux types de situations sont envisageables : soit il y a consentement et accord, soit il y a l'un ou les deux membres qui font défaut, à savoir un non-consentement et un non-accord, ou un non-consentement et un accord que l'une des parties invoque comme implicite.

Dès lors, ce n'est pas sur le consentement que semble se poser ici la question de l'existence, mais bien sur l'accord. On pourrait répondre que l'un étant pris pour l'autre, les deux font office de synonymes. Et pourtant, l'étude de la jurisprudence permet de repérer que les deux notions sont bien distinctes. Ainsi, dans les situations où l'accord fait défaut, on trouve aussi bien des hypothèses de consentement absent, que de consentement présent, lorsque le consentement est appréhendé au sens où nous l'entendons dans ce travail.

Dans le premier cas, l'accord légal des volontés n'a pu se faire du fait de l'ordre public légal dont le respect est assuré par le juge¹⁶⁹⁰. Il y a donc ici consentement, mais pas accord au sens du droit. L'autre hypothèse est celle du consentement vicié, qui peut s'entendre comme le fait que le consentement est présent, mais l'accord dans ses modalités les plus concrètes fait défaut. En effet, s'il n'en était pas ainsi, on ne parlerait pas de vices du consentement, mais bien de défaut du consentement. Ce n'est que parce qu'il est présent qu'il peut être vicié. La situation limite est peut-être ici celle de la violence, dont on peut s'étonner qu'elle soit inscrite au sein de la catégorie des vices, alors que spontanément, elle témoignerait davantage d'une absence totale du consentement. Néanmoins, cette proposition n'est pas insurmontable, car la violence elle-même peut varier dans son intensité, sa durée, etc.

¹⁶⁹⁰ Cette idée sera examinée en détail à l'occasion de l'étude de la jurisprudence Morsang-sur-Orge. cf. *infra*. Partie II, Titre II, Chapitre 3, Section 1.

1294. Dès lors, ce qui pose problème ici est bien la verbalisation volontaire d'un accord que l'on prend comme substitut descriptif d'un état psychique intérieur. Ainsi, le Conseil d'État a jugé que s'agissant d'une demande de libération de la nationalité française, faite à l'époque par les parents d'un mineur et que celui-ci a signé et par la suite contesté, que « le moyen tiré de ce que le consentement de Mme F aurait été vicié n'est assorti d'aucune précision permettant d'en apprécier le bien-fondé; que la circonstance que Mme F serait illettrée est sans incidence sur l'expression de sa volonté de formuler la demande de libération, dont il n'est pas allégué qu'elle n'aurait pas été libre et informée »¹⁶⁹¹.

1295. Au-delà du fait que cette formule condense à elle seule toute la confusion qui règne entre le consentement et l'expression de la volonté, puisque l'on passe de l'un à l'autre si facilement, ce qui interpelle le lecteur ici est bien le fait que c'est l'expression de la volonté qui est recherchée et analysée, et non la question du consentement en tant que tel. Tout se passe comme si l'individu était transparent à lui-même, mais aussi transparent pour le juge. Tout ce qu'il dit, il le ressent, et surtout, il ne ressent que ce qu'il manifeste de manière objective. Point de place ici pour l'implicite, pour l'intime, pour ce qui échappe au contrôle. Seule compte l'expression socialement et juridiquement identifiable d'une volonté. De fait, le juge ne cherche pas à savoir si ce qui a été exprimé au travers d'un acte possède bien le même sens pour l'individu que celui qu'il lui prête. Il ne s'agit pas ici de tenter maladroitement de dire que le droit devrait nécessairement être fonction de la compréhension qu'en a chaque individu, encore qu'il y aurait beaucoup à dire sur le registre d'une compréhension qui ne serait pas purement formelle, mais bien substantielle. Il s'agit simplement de montrer en quoi le consentement tel qu'il a été reçu au sein du droit civil d'abord, et qui a irrigué l'ensemble de la matière juridique par la suite, est amputé d'une partie, ce qui revient à le vider en quelque sorte de son sens originel.

1296. Dans cette solution, l'appréciation objective conduit effectivement à considérer que la personne ayant signé le document est nécessairement engagée par la suite. C'est là tout son mérite que de permettre une solution dont l'automatisme emprunte davantage aux mathématiques qu'à un savoir sur l'humain. En effet, le recours à cette vision a ceci de particulier que la solution rendue est, de manière potentielle, exactement la même que la

¹⁶⁹¹C.E., 10^{ème} sous-section jugeant seule, 4 mars 2009, n° 314459, inédit au recueil Lebon.

personne comprenne effectivement le document qui lui est soumis ou non. De fait, un cocontractant malveillant pourrait profiter d'une telle faille pour lui imposer un ensemble d'obligations supplémentaires dont elle n'aurait pourtant aucune idée, étant incapable de saisir, et de vérifier, le sens de ce qui est soumis à son paraphe.

Ici, la distinction entre le consentement et l'accord trouve son sens, puisqu'une telle situation permet de montrer que, tandis que l'accord est effectivement reconnu comme valide par le juge, en la forme de cette libération de nationalité, la détermination du consentement est laissée de côté, et reste incertaine. On fait donc potentiellement face à une situation dans laquelle un accord pourrait exister sans un consentement, si celui-ci était appréhendé d'une façon subjective.

B / Réexamen de la théorie des vices du consentement dans la perspective du consentement comme amalgame

1297. Fort de l'introduction de cette distinction d'importance entre le consentement et l'accord, et en prenant le consentement dans sa version forte, qui intègre la dimension sensible, on peut alors envisager une relecture de la théorie des obligations et des vices du consentement, au travers du dol (1), de l'erreur au sens large (2), mais également de l'erreur sur la substance et les motifs (3), pour enfin terminer par l'étude de la violence (4).

1 / Étude renouvelée de la problématique du dol au regard du consentement comme sentir-avec

1298. Il en va de même si l'on examine la question du dol. En effet, celui-ci peut se définir comme la situation où il y a consentement et accord, mais où en fait, une partie a été induite en erreur, de manière explicite ou implicite, mais toujours de manière volontaire. En tous les cas, ce qu'elle savait¹⁶⁹², elle y a consenti et accepté, sans quoi il n'y aurait même jamais eu de relations contractuelles, et les deux parties seraient chacune retourner vaquer à leurs occupations, empruntant des chemins différents. C'est bien parce qu'il y a eu un consentement, qui dans un temps d'expression particulier, s'est mué en accord, qu'il est possible par la suite de le reconsidérer, de lui redonner une forme juridiquement acceptable¹⁶⁹³.

¹⁶⁹² On fait ici référence à l'ensemble des informations dont elle disposait.

¹⁶⁹³ On rappelle en effet que le prononcé de la nullité de la convention n'est pas automatique s'agissant du dol. La

Cela constitue déjà un cas de médiation par le tiers, qui opère par le biais d'une substitution *a posteriori* d'un consentement et d'un accord à leurs représentants antérieurs jugés imparfaits. Si cette protection se comprend tout à fait au regard des risques que l'admission du mensonge de manière généralisée fait courir, et de la protection particulière devant bénéficier à certains individus, ceci reste néanmoins, sur le plan des principes, contraire aussi bien au consentement qu'à l'accord.

1299. Alors on peut bien, par la suite, par cette fiction juridique, substituer un accord défaillant à l'accord original, on ne changera jamais ainsi la réalité du consentement pour celui qui l'a expérimenté : à ce moment-là, dans ce passé actualisé que tente de restituer le droit, le sujet a consenti, puis manifesté son accord. Ceci illustre bien à quel point l'approche subjective n'est pas exempte de travers, en ce qu'elle peut mener le sujet à se retrouver pris au piège de sa propre subjectivité, et engendrer des solutions qui peuvent paraître iniques. De fait, l'approche purement subjective conduit à penser que dans de très nombreux cas, quand l'accord n'est pas mis en cause, mais que l'ensemble des informations n'était pas en possession de la partie trompée, on peut trouver un consentement derrière l'accord. C'est l'ignorance même des éléments défaillants qui a pour effet de caractériser cette présence de l'accord. Or, si celui-ci peut être vicié en raison du fait qu'il est appréhendé par le biais d'une forte dimension informationnelle, il n'en va pas automatiquement de même concernant le consentement. L'ensemble des manœuvres en cause, ou le silence gardé par le cocontractant, ont eu pour effet de justement susciter le désir, d'impulser cet élan au sein de la partie trompée. C'est sur cette base qu'elle a manifesté sa volonté de conclure la convention. Dès lors, au regard de son consentement, dans son rapport à elle-même, elle n'a pas été trompée puisqu'elle a véritablement éprouvé ce qui l'a amenée à désirer conclure cette convention. Le problème se situe ici dans le contexte extérieur, l'environnement qui permet de faire émerger ce consentement. On peut en effet créer des conditions propices à créer le désir, comme l'illustre quotidiennement la publicité. Mais de la même façon que toute personne placée en face d'une publicité n'ira pas forcément acquérir le bien dont elle est l'expression, il peut également exister une marge, un intervalle entre le consentement et l'accord, ce que les exemples ultérieurs illustreront.

partie trompée peut se contenter de l'allocation de dommages et intérêts. Or, sauf à considérer qu'une convention pourrait perdurer sans aucun accord, il faut bien admettre qu'il y avait ici accord, certes vicié, mais accord néanmoins.

Ce faisant, on peut remarquer à quel point le problème se déplace.

1300. En effet, la question qui se pose ici semble plutôt être celle de la possibilité de tromper le consentement. Cette interrogation est d'importance, car elle impose de discerner précisément, si cela est possible, ce qui dans un accord relève d'une dimension intellectuelle, propre à être influencée et qui peut souffrir de son incomplétude, et de la dimension sensitive, qui peut elle aussi faire l'objet d'aménagements permettant de favoriser son éclosion, mais qui est plus immédiatement accessible à l'individu. On entend par là le fait que, pour reprendre l'exemple de la publicité, cette dernière ne produit pas d'effets à l'égard de tous les consommateurs, mais se focalise davantage sur des segments spécifiques. Or, au sein même de ces derniers, il sera possible de trouver aussi bien des individus pour qui le message publicitaire fait sens, résonne en quelque sorte avec leur intériorité, tandis que d'autres y resteront hermétiques. Ceci illustre bien la variabilité du consentement envisagé comme sentir-avec, que ne saurait résumer qu'imparfaitement l'accord, puisque ce dernier peut procéder d'un ensemble de raisons et motifs d'une diversité considérable.

1301. De la même façon, et par une approche inverse, le champ social offre également le spectacle de sujets qui, même informés de ces éléments qui font défaut et permettent éventuellement l'annulation de la convention, ne changeront pas pour autant ni les termes ni l'objet du contrat. En ce sens, on peut dire que l'accord obéit également, du fait même du consentement, à une dimension irrationnelle sur laquelle le supplément ou le défaut d'éléments n'ont guère de prise. Aussi, on en arrive à s'interroger sur le fait de savoir si, plus précisément, on peut tromper quelqu'un de telle façon qu'il donne son accord, mais sans pour autant que celui-ci ait été trompé sur ce qu'il ressentait ? L'examen du régime de l'erreur permettra d'avancer dans cette perspective.

2 / Consentement, accord et erreur dans la théorie des contrats

1302. Pour pouvoir mener à bien notre entreprise, on essaiera de comprendre comment la distinction du consentement et de l'accord permet de comprendre d'une manière nouvelle la notion d'erreur (a), avant de pouvoir confronter ces hypothèses à l'erreur obstacle (b) ainsi qu'à l'erreur sur la substance (c).

a / L'appréhension nouvelle de l'erreur par la distinction entre consentement et accord.

1303. S'agissant de l'erreur, c'est-à-dire d'une représentation faussée de la réalité, il importe de se demander si l'on peut vraiment considérer que c'est le consentement qui est touché dans cette hypothèse, lorsque celui-ci est entendu comme processus interne de la sensation ?

Dans l'hypothèse évoquée, la représentation qui est faite par l'individu de l'objet considéré, et donc par extension de ce qui constitue le réel, est défailante. Mais ce n'est pas le consentement qui est touché, au sens où il est sentiment, sensation, mais bien l'assentiment, au sens de la philosophie stoïcienne, qui on le rappelle, est fonction des représentations. Or, celles-ci pouvant être en décalage avec la réalité, c'est l'idée intellectuelle de l'objet qui s'en trouve affectée, et non nécessairement le sentiment qui unit le sujet à cette forme abstraite.

1304. De ce fait, par le biais de ce mécanisme, ce que l'on altère est bien la représentation, et non le consentement, puisque le changement de cette représentation faussée par son double réel n'assure en rien de l'effectivité du consentement. Par là on entend que le fait de prétendre, à la suite du contrat, rétablir la réalité d'un consentement hypostasié, au travers de la révélation des vices qui le constituent, peut certes permettre de faire émerger un accord qui est acceptable au sens du droit, et qui peut l'être également pour la partie lésée, mais qu'en aucune façon, on ne saurait de ce fait tirer la conséquence qu'un consentement nouveau vient ainsi prendre la place de l'ancien. Tout se passe comme si le droit posait comme principe le fait que l'intime est nécessairement affecté par ces éléments qui sont très souvent d'ordre informationnel. Or, du fait de la disjonction entre le consentement et l'accord, il est tout à fait envisageable que les éléments qui affectent l'un ne rejaillissent pas nécessairement sur l'autre.

Dans cette perspective, on peut alors, tenter de réexplorer les grandes divisions de l'erreur en droit des obligations.

b / L'erreur obstacle au regard de la distinction du consentement et de l'accord

1305. Premièrement, l'erreur obstacle, c'est-à-dire l'erreur telle qu'elle fait obstacle à la rencontre même des volontés. La formulation même, employée par la majorité de la doctrine, témoigne de ce que ce n'est plus directement le consentement qui est appréhendé, mais bien, par un glissement, un autre terme qui lui est souvent accolé, sans jamais être défini en tant que

tel. Ainsi, le déplacement du curseur d'appréciation à la volonté implique que l'attention est tout entière concentrée sur la manière dont cette volonté s'exprime, c'est-à-dire son objectivisation ou son extériorisation effective. Autrement, on ne voit guère comment le juge pourrait connaître cette volonté, qui apparaît au premier abord au moins aussi obscure et intime que peut l'être le consentement envisagé dans le sens de sentir-avec. Il n'en reste pas moins que cette translation n'est pas sans poser quelques difficultés.

1306. En effet, si cette erreur se définit avant tout comme le fait que les volontés n'ont pu se rencontrer, on en a trop souvent inféré des conséquences qui ne relèvent pourtant pas de cette nécessité posée comme axiome. Ainsi, cette absence de rendez-vous n'implique pas pour autant le fait que ces volontés n'existent pas en tant que telles, chacune désirant en réalité un objet que l'autre ignore, au moins en partie. Ce qui est donc absent ce ne sont donc pas tant les volontés que la volonté commune. Lorsqu'un individu A souhaite louer, tandis que l'individu B souhaite vendre, il n'y a pas de volonté partagée de vendre, ou de louer, mais il y a bien deux volontés qui à la faveur d'une incompréhension, se sont exprimées sans pour autant s'entendre. Dans une continuité logique, c'est bien l'impact de cette absence sur la réalité du sentiment qui a présidé à l'expression de cette volonté qui se trouve interrogée. Sur ce point, on peut dire qu'il est tout à fait probable que s'agissant du bien considéré, les deux parties ont lié leurs désirs, certes distincts, à celui-ci. Ils ont donc paradoxalement fait le témoignage d'un sentir-avec, puisque les deux désiraient le même bien, mais chacun à leur façon.

On se trouve donc face à une situation qui se caractérise par l'existence d'un consentement sur le plan individuel, puisque les deux individus, avant d'apprendre qu'ils se sont mépris sur ce que l'autre voulait, désiraient chacun que soit nouée une relation juridique autour de l'objet convoité, mais qui pour autant ne peut se constituer en tant qu'accord au regard du droit. Seule la distinction entre le consentement et l'accord permet de penser de façon efficace et renouvelée ce qui se joue ici. Mais, ce faisant, on se rapproche d'une vision transformée des vices du consentement, qui prendrait davantage la forme de vice de l'accord.

1307. Pour le dire autrement, et en reprenant les éléments de langage inspiré de la philosophie stoïcienne, que ce soit à l'égard de l' *error in negotio*, ou de l' *error in corpore*, ce qui fait ici difficulté est le lien assentiment-impulsion, et non le consentement qui lui était bien présent si on l'isole de l'extérieur : par exemple, un des contractants consentait et acceptait de

louer, tandis que l'autre consentait et acceptait de vendre. Dès lors, l'obstacle ici est bien la représentation sur laquelle porte l'assentiment¹⁶⁹⁴, et non le fait que cet assentiment découle bien d'un consentement, c'est-à-dire d'un sentiment.

c / Étude de la distinction du consentement et de l'accord dans l'hypothèse de l'erreur sur la substance

1308. La même logique peut s'appliquer s'agissant du type le plus évocateur au sein de l'histoire juridique, à savoir l'erreur sur la substance, de laquelle le Code a tiré l'erreur sur les qualités substantielles. Il s'agit probablement du terrain le plus propice à une comparaison entre l'appréhension objective ou subjective du consentement, dans leurs mérites et défauts respectifs. Pour résumer à grand trait, il s'agit de savoir si la substance qui se trouve être litigieuse doit être appréciée d'un point de vue abstrait, c'est-à-dire par confrontation avec un représentant invariant, qui fixerait une forme d'étalon peu ou prou immuable, une norme qui disciplinerait tant le désir que la volonté. Dans l'autre hypothèse, dite subjective, la qualité de la chose objet du contrat, est appréciée au regard des propriétés que la partie qui invoque l'erreur attendait ou lui prêtait. Ce faisant, c'est sur le versant de la représentation de la substance de l'objet que se porte l'analyse.

1309. On peut remarquer que le terme même de substance fait remarquablement écho à Descartes¹⁶⁹⁵. Or, celui-ci propose une définition tout à fait intéressante de l'erreur : pour lui, elle est la résultante du fait que l'être humain ne peut tout connaître de manière précise, vraie, juste, du fait de son entendement limité, mais il a néanmoins la capacité de pouvoir dire oui ou non à tout, de décider si un tel événement est possible ou non¹⁶⁹⁶. Dès lors, l'erreur se manifeste comme ce décalage entre ce que l'on peut saisir et l'opinion (l'accord de la volonté, également appelé assentiment) que l'on s'en fait. Descartes écrit ainsi : « Maintenant, pour ce

¹⁶⁹⁴ À savoir, dans l'exemple évoqué, sur la nature de la convention : s'agit-il d'un contrat de vente, ou d'un contrat de louage ?

¹⁶⁹⁵ On pense ici au *Discours de la Méthode*, publié en 1637, puis aux *Méditations sur la philosophie première*, paru en 1641, ouvrage dans lequel il initie véritablement sa réflexion sur ce point, avant d'en prolonger l'étude dans *Les Principes de la philosophie*, paru en 1644. Pour un aperçu d'ensemble, et une comparaison avec le rationalisme leibnizien, cf. J. Boulad-Ayoub, « Descartes face à Leibniz sur la question de la substance », *Revue Philosophiques*, vol. 11, n°2, 1984, p. 225-249; Pour une analyse détaillée, en comparaison avec Spinoza et Leibniz, cf. R.S. Woolhouse, *Descartes, Spinoza, Leibniz : the concept of substance in seventeenth century*, Routledge, éd. 1993, 214 pages.

¹⁶⁹⁶ C'est la différence fondamentale dans l'œuvre de Descartes entre l'entendement et la volonté, dans laquelle on retrouve également la notion d'assentiment.

qui concerne les idées, si on les considère seulement en elles-mêmes, et qu'on ne les rapporte point à quelque autre chose, elles ne peuvent, à proprement parler, être fausses ; car soit que j'imagine une chèvre ou une chimère, il n'est pas moins vrai que j'imagine l'une que l'autre ».

L'auteur ajoute : « Il ne faut pas craindre aussi qu'il se puisse rencontrer de la fausseté dans les affections ou volontés ; car encore que je puisse désirer des choses mauvaises, ou même qui ne furent jamais, toutefois il n'est pas pour cela moins vrai que je les désire. Ainsi il ne reste plus que les seuls jugements, dans lesquels je dois prendre garde soigneusement de ne me point tromper. Or la principale erreur et la plus ordinaire qui s'y puisse rencontrer, consiste en ce que je juge que les idées qui sont en moi sont semblables, ou conformes à des choses qui sont hors de moi; »¹⁶⁹⁷. L'erreur est donc, de ce point de vue, en tout point rationnelle. Elle est l'expression de cette prétention qu' a l'homme d'affirmer que ce qu'il pense est nécessairement le reflet de ce qui est. Néanmoins, et comme souvent, la réception de la théorie au sein de la norme juridique va se faire avec un léger décalage de sens, ou en tout cas, un appauvrissement de la manière dont il était compris en philosophie. Aussi, le résultat de cette translation va se placer sous le signe de la perte, en l'occurrence celle de la sensation.

1310. En effet, le primat de la rationalité, qui s'illustre par le fait qu'il s'agit d'une impossibilité à connaître, et que nulle mention n'est faite du ressenti, tend à déplacer le centre de la subjectivité de la perception interne d'un ressenti, au fonctionnement de la seule raison. En fait, tout est résumé à cette seule raison connaissante, qui deviendra par la suite synonyme de volonté, introduisant une liaison savoir-vouloir. Par là on entend qu'une association sera forgée, qui produira une forme d'amalgame consistant à poser, de manière systématique et sans véritable justification, un lien indéfectible entre le fait de vouloir et le fait de savoir, de telle sorte que ce qui apparaîtra véritablement prépondérant dans le processus de décision est bien l'ensemble des informations permettant l'exercice jugé libre de ce choix. De là découle probablement la prépondérance informationnelle que l'on retrouve dans la théorie des vices du consentement au sein du Code civil¹⁶⁹⁸.

¹⁶⁹⁷R. Descartes, *Méditations touchant la première philosophie dans lesquelles l'existence de dieu et la distinction entre l'âme et le corps de l'homme sont démontrées*, 1647, Athena e-text, version électronique, p. 15, disponible à l'adresse suivante : athena.unige.ch/athena/descartes/desc_med.rtf. C'est nous qui soulignons.

¹⁶⁹⁸Sur ce point, cf. *infra*. Partie II, Titre II, Chapitre 1, Section 3.

1311. À cette première influence s'en est ajoutée un autre, au travers de la théorisation kantienne. En effet, cette dernière radicalise la position de Descartes, en poussant à sa plus fine bordure cet entendement limité par le biais de l'élévation transcendantale du sujet. On en arrive alors effectivement à l'idée que consentir et vouloir sont deux mêmes choses, puisque la volonté-raison épuise en elle-même toutes les dimensions du connaître.

C'est de ce point de vue que l'on peut finalement comprendre la conception de l'erreur en droit des obligations : elle est une faille dans la connaissance, dans l'entendement de cette volonté, mais elle n'est que cela, c'est-à-dire qu'elle ne parle pas de celui qui consent, le transformant en quelque sorte en une entité abstraite de pure volonté, dont la fonction se résumerait à dire oui ou non.

1312. Dès lors, on ne peut guère s'étonner de cette conception de l'erreur régnant en droit privé, et particulièrement lorsqu'elle porte sur les qualités substantielles, qui vise en fait à non pas restaurer le consentement, dont on ignore à peu près tout, de son existence à son intensité, mais bien l'objet, fétichisé en tant qu'il est le support d'un désir, que l'on a voulu camoufler en le réduisant à la volonté.

3 / L'erreur sur la substance et l'erreur sur les motifs : une subjectivité méconnue au profit de l'objet

1313. Pour apprécier la portée d'une telle affirmation, on étudiera comment il est possible de comprendre l'erreur sur la substance comme la radicalisation de l'attention portée à l'objet (a), idée que le rejet de l'erreur sur les motifs ne fera que confirmer (b).

a / Consentement et erreur sur la substance : le fétichisme de l'objet ?

1314. On pourrait aisément rétorquer à cette idée de fétichisme que dans l'appréciation subjective du caractère essentiel de l'erreur, la volonté individuelle particulière présidant au consentement est effectivement prise en compte. L'argument est d'importance, et ne saurait être écarté aussi simplement. Toutefois, cette appréciation ne produira d'effet qu'à compter du moment où la qualité invoquée, qui fait ensuite défaut, est entrée dans le champ contractuel en tant qu'elle était essentielle pour la partie qui allègue de l'erreur. Il faut donc que celle-ci soit

commune, et que l'importance de la qualité soit connue des deux contractants, pour que son admission soit acceptable par le juge.

Il subsiste toutefois une hypothèse dans laquelle, en théorie, cette condition ne s'applique pas, à savoir lorsque la qualité absente apparaît comme objectivement essentielle, c'est-à-dire que n'importe qui, placé dans la même situation, aurait attendu de l'objet qu'il en soit pourvu effectivement¹⁶⁹⁹. Il n'en reste pas moins que l'impression produite est trouble : l'appellation même d'erreurs substantielles semble ainsi indiquer que certaines erreurs pourraient ne pas être substantielles, sans quoi la catégorie créée n'aurait d'autre vocation que de contenir en elle-même l'ensemble des possibles. Ce faisant, cette césure introduite par le vocabulaire employé paraît incarner une limite aux prétentions individuelles, témoignant ainsi que tout ne saurait être considéré comme suffisamment substantiel pour s'insérer au sein de cet ensemble.

1315. De fait, comment concilier une telle idée avec une appréciation qui se voudrait intégralement subjective lorsque la qualité a pénétré dans le champ contractuel ?

Au vu des informations produites, il semble bien que la seconde tende à absorber la première. En effet, si la substantialité n'est appréciée qu'au regard de ce que la partie a considéré comme telle, alors il suffit de considérer que l'erreur doit avoir été déterminante pour lui, sans besoin de se référer à une quelconque substance, dont on peine à déterminer si elle est extérieure à l'objet, ou intrinsèque à ce dernier¹⁷⁰⁰.

1316. Mais, le fait même que cette précision subsiste semble en réalité témoigner de l'ambiguïté de la liaison entre la qualité substantielle et le consentement, et du fait que le droit maintient un attachement à la chose objet du contrat. En effet, la classification habituellement utilisée ici s'articule autour d'une division bipartite : d'un côté les erreurs dites déterminantes du

¹⁶⁹⁹ Même si il semble que le juge, en certaines occasions, demande tout de même à ce que soit apportée la démonstration que cette qualité objective est bien entrée dans le champ contractuel. Sur ce point, cf. *infra*.

¹⁷⁰⁰ On fait ici référence à l'ouvrage de Mme Krief-Semitko, dans lequel elle écrit : « Or, la qualité substantielle n'est rien d'autre que ce qui constitue la valeur des choses. Il ne s'agit pas de la valeur subjective qu'est le prix, mais de la valeur objective, c'est-à-dire la substance économique de la chose », in C. Krief-Semitko, *La valeur en droit civil français...*, précité, § 87, p. 62. Or, outre que le fait que l'auteur opère ainsi une réduction considérable et injustifiée de la substance à la seule « substance économique de la chose », ceci aboutit donc en pratique à considérer que la valeur et la substance sont une seule et même chose. Comment alors résoudre le problème d'un attachement sentimental d'une partie à un bien, tel par exemple l'hypothèse d'une personne qui achète un bien croyant qu'il était la propriété d'un de ses aïeux, et ce en raison de cette seule qualité ?

consentement, de l'autre celles considérées comme indifférentes¹⁷⁰¹. Or, parmi ces dernières, on trouve aussi bien l'erreur sur la valeur que l'erreur sur les motifs. Dans ces hypothèses, il n'est pas question d'un quelconque débat sur les mérites respectifs d'une appréciation objective plutôt que subjective, le principe étant qu'elles sont par principe rejetées¹⁷⁰².

1317. Ceci produit donc plusieurs conséquences : la première, la plus visible, consiste à admettre qu'une telle exclusion revient à dire que la valeur n'appartient pas à la substance de la chose. Ceci signifie donc que loin de la subjectivité totale affichée, il est au moins un point d'objectivité au regard de ce qu'est la substance, ou plutôt ici, de ce qu'elle n'est pas. Il est donc considéré de manière objective, et indépendamment de la conception que la partie lésée en a, que la valeur ne saurait être qualifiée de substantielle. Il semble bien évident que les raisons qui motivent un tel positionnement tiennent principalement à l'impératif de sécurité juridique : une trop grande ouverture des recours porterait atteinte à la stabilité des conventions. À cela il convient d'ajouter la vulgate répandue, mais jamais justifiée, selon laquelle le risque est consubstantiel à toute aventure économique, et que dès lors, l'erreur sur le prix, ou la valeur, seraient indifférentes¹⁷⁰³. Dans tous les cas, et du point de vue de l'attention affichée à l'égard de la prise en compte de la subjectivité, cette situation témoigne de ce que la ligne de frontière entre l'appréhension objective et subjective est toujours poreuse au sein du droit privé.

b / Le rejet de l'erreur sur les motifs : la réaffirmation du primat de l'objet

1318. La seconde conséquence tient au rejet de l'erreur sur les motifs. Celle-ci nous semble encore plus essentielle au regard du consentement. Ce qui est en jeu ici est bien la place laissée

¹⁷⁰¹ Même s'il est vrai, ainsi que le souligne la doctrine, que « la qualité substantielle de l'erreur a, en jurisprudence, absorbé celle de son caractère déterminant, qui, rationnellement, aurait dû aussi être exigée pour que l'erreur fût une cause de nullité du contrat », il n'en reste pas moins que le fait même que subsistent des erreurs qualifiées soit d'indifférentes, soit de non déterminantes du consentement, témoigne bien du fait que les premières le sont, comme par une présomption d'importance au regard du consentement. Cité in Ph. Malaurie, L. Aynès, Ph. Stoffel-Munck, *Les obligations...*, précité, §499, p. 256. Cf. également G. Vivien, « De l'erreur déterminante et substantielle », *RTD civ.*, 1992, p. 305 et s.

¹⁷⁰² Même si l'erreur sur la valeur peut être admise lorsqu'elle découle d'une erreur sur les qualités substantielles, tandis que l'erreur sur les motifs peut être admise à la condition que ceux-ci figurent de manière expresse au sein du contrat. La simple connaissance par l'autre partie de l'importance des motifs ne suffit pas : Cass. civ. 1^{ère}, 13 févr. 2001, Bull. Civ. I, n°31. Sur ce point, cf. *infra*.

¹⁷⁰³ On emploie ici le terme de vulgate pour souligner deux points essentiels : le premier est que la répartition contemporaine des risques contredit presque en totalité cette assertion : le risque est la plupart du temps supporté par la partie la plus vulnérable à ses conséquences néfastes; la seconde est que le risque ainsi évoqué connaît déjà une traduction particulière en droit, au travers de l'aléa. Or, celui-ci impose que les deux parties reconnaissent la nature aléatoire de la convention, tandis que dans l'hypothèse de l'erreur sur les qualités substantielles, il est nécessaire que cet aléa soit inconnu d'au moins une partie.

à ce qui peut permettre d'approcher une subjectivité, tant il est vrai que si tous les justiciables concluent des ventes, chacun peut le faire pour des raisons qui lui sont propres. De fait, le motif est bien ce par quoi affleure la subjectivité au sein de la sphère juridique. Or, le rejet dont ce type d'erreur fait l'objet assume peut-être de la façon la plus explicite la relation d'affection hostile que le droit entretient avec la véritable subjectivité. On ne peut être sourd aux arguments évoqués plus haut, selon lesquels ce type d'erreur serait susceptible de provoquer un véritable chaos au sein de la sphère contractuelle, et ouvrirait ainsi la voie à des abus préjudiciables à l'ensemble du système juridique.

1319. Toutefois, le propos ici ne consiste pas à plaider pour tel ou tel système, à la lumière d'une analyse qui prétendrait à l'objectivité. Il s'agit davantage de montrer à quel point le critère de jugement reste inextricablement lié à l'objet de la convention, et non pas tant à la ou les personnes qui entendent le faire circuler par des liens de droit.

Or, il faut se figurer le processus du consentement, dans sa dimension d'accord, comme une réaction en chaîne. Le consentement n'est jamais que le canal, par lequel l'individu lie sa subjectivité à un objet extérieur. Cette dimension du sentir-avec se trouve ainsi canalisée au sein d'un accord qui vient en quelque sorte déverser le désir dans les bornes symboliques que l'objet figure. Mais, à rester trop attaché à l'objet, on perd de vue l'ensemble du processus dont il n'est jamais que la pointe extrême, le produit qui ne saurait être intelligible en tant que tel. C'est ici que la dimension objective trouve en quelque sorte un obstacle naturel à son expansion, en ce que l'histoire de la condition humaine n'est qu'une suite de situations entrelacées entre elles où pour des motifs divers, empruntant à des champs radicalement différents, l'humain noue son existence autour d'objets, mythifiés ou réels. Écarter la dimension fondamentale d'investissement pulsionnel, c'est s'interdire par la même de comprendre ce dont il retourne.

1320. Pour autant, cela signifie-t-il que le droit a nécessairement vocation à supporter cette charge ? La difficulté est en effet d'ordre probatoire, puisqu'il s'agit de s'interroger également sur la possibilité pour le juge de déterminer, avant même de pouvoir la prendre en compte, ce fondement pulsionnel qui préside à l'action. Or, comme on l'a vu¹⁷⁰⁴, il n'est absolument pas acquis que l'individu concerné soit lui-même parfaitement au fait de ce qui le pousse à faire ou

¹⁷⁰⁴On fait ici allusion au consentement tel qu'éclairé par la psychanalyse. Sur ce point, cf. *supra*. Partie I, Titre II, Chapitre 2, Section 3.

dire ce qui est ici en cause. Comment alors trouver le point à partir duquel tracer cette ligne, qui permettra de délimiter le domaine de l'intelligence de celui des passions ? Car l'individu, sachant ou ignorant, est bien interrogé par le juge lorsqu'il s'agit d'établir ces qualités substantielles. Certes, il est bien fait mention de la nécessaire information du cocontractant à l'égard de cette qualité, lorsque celle-ci ne peut être appréciée *in abstracto*. Pour autant, la jurisprudence n'exige pas qu'elle figure de manière expresse, au sein du contrat lui-même, de la même façon qu'elle l'impose lorsqu'il s'agit des motifs. Aussi, un pas semble déjà fait en direction de la reconnaissance des désirs qui s'expriment, et de l'admissibilité de la parole.

1321.L'autre difficulté posée par cette approche consiste dans le fait qu'elle revient en pratique à faire supporter le poids de l'incertitude au cocontractant, qui voit ainsi la convention remise en cause alors même qu'il pouvait ignorer le motif accompagnant le consentement de l'autre participant. Toutefois, il est tout aussi juste que celui qui se trouve placé dans cette situation défavorable pourra, à l'occasion d'un autre contrat, être dans la situation inverse et ainsi bénéficier de cette même reconnaissance. Dans tous les cas, il semble essentiel, au regard des obstacles probatoires, que l'importance des motifs, comme leur nature soient à la fois partagées et transcrites de telle sorte que le juge pourra, par la suite, apprécier le bien-fondé des revendications des parties.

1322.Enfin, la dernière hypothèse dans laquelle se voit confirmée cette nécessité de distinguer formellement le consentement de l'accord, c'est la violence. En effet, c'est bien une situation où il n'y a pas de consentement, mais où la personne produit un accord, jusqu'à ce que celui-ci soit dénoncé par le biais du droit.

4 / Consentement, accord et violence dans la perspective du consentement dissocié de l'accord

1323.En effet, la définition même de la violence parle d'un « consentement forcé », or, comme on l'a montré, on ne peut jamais, sauf hypothèse très particulière, être forcé en ce qu'il ne peut être fait appel qu'à la raison, et que le consentement échappe en partie à cette dernière. Peut-on dire alors d'un consentement qu'il est forcé¹⁷⁰⁵ ?

¹⁷⁰⁵Nous n'évoquons pas ici les différents cas de manipulation, puisque certains relèvent bien de l'acceptation

1324. C'est donc bien de l'acceptation dont il s'agit, et que seule on est susceptible de forcer. La définition de la violence a le mérite de mettre l'accent davantage sur la dimension intérieure de ce que pourrait être le consentement. C'est donc la question des modalités d'appréciation de cette violence qui se pose : *in concreto*, mais assortie immédiatement d'un rempart supplémentaire puisque la menace doit être illégitime. Or, pour celui qui la subit, qu'elle soit légitime ou non ne retire rien au fait qu'elle est menace. Dès lors, dans cette hypothèse de violence légitime¹⁷⁰⁶, peut-on vraiment dire que la personne a consenti, ou bien s'agit-il de considérer qu'il y a là dérogation aux règles légales régissant la formation du contrat ?

1325. À ce titre, la distinction consentement/accord permet de penser efficacement la possibilité qu'au-delà du consentement, il puisse s'imposer des objectivités. On consent, dans une procédure personnelle, mais ensuite, dans la forme effective de sa réalisation, qui n'est plus le consentement lui-même, on vient buter sur des impératifs que le droit prévoit. Il y a en effet une forme de violence, essentiellement symbolique, dans le fait de dire à quelqu'un qui se sait consentir qu'il n'a pas consenti. C'est là une forme de déni de la subjectivité, au profit d'une universalisation abstraite, du fait de la référence au « bon consentement » comme objet fantasmé.

1326. Or, en faisant cette hypothèse d'une dissociation entre le consentement et l'accord, on permet de respecter aussi bien l'idiosyncrasie du ressenti, que l'ordre de la loi. Dès lors, ne pas remettre en cause le consentement permet une distinction au sein du processus : le consentement est bien présent, mais on se trouve dans une hypothèse où la formulation objective de l'assentiment/impulsion n'est pas reconnue possible. Donc, les accords ne peuvent se rencontrer, mais les consentements sont bien présents.

1327. Ces quelques éléments dessinent, au fur et à mesure de leur exposition, les contours nouveaux d'une subjectivité juridique qui intègre la dimension sentimentale. C'est ce que nous allons étudier maintenant.

(hypothèse du placement d'idées dans divers supports), tandis que d'autres pourraient être rattachés au consentement lui-même (hypothèse des images subliminales par exemple).

¹⁷⁰⁶ Telle que la crainte révérencielle par exemple.

C / L'être humain en droit : catégorie juridique abstraite à contenu sentimental variable

1328. Au hasard de ses mécanismes, le droit semble prêter quelquefois des qualités ou des sentiments particuliers au sujet de droit. De fait, il l'investit, peut-être de la même manière que l'être humain charge pulsionnellement les objets qui l'entourent. Cela se laisse voir si l'on se réfère à l'obligation de fidélité et à son importance (1) que même la doctrine contemporaine paraît reconnaître (2).

1/ Importance du sentiment et obligation de fidélité dans le contrat de mariage et de pacs.

1329. Ainsi, si dans un contrat de vente, le sentiment est accessoire, presque tout entier absorbé dans l'objet qui permet l'opération, l'appréciation est radicalement différente dans le contrat de mariage¹⁷⁰⁷ : les époux sont en effet tenus, entre autres, à un devoir de fidélité. Cette dernière ne peut se comprendre autrement que par un versant sentimental, c'est-à-dire par une obligation qui ne recouvre aucun bien matériel ni aucune appréciation économique. En effet, comment considérer autrement que par le biais d'une convention, un individu puisse ainsi intégrer le choix de ses partenaires amoureux, l'utilisation de son corps, en les aliénant à un autre ? Ceci est d'autant plus juste si l'on considère que l'obligation de fidélité touche aussi bien le domaine des relations charnelles, donc l'éventuel adultère, mais également la fidélité morale. Or, celle-ci s'entend également de tout comportement jugé par l'autre partenaire comme trouble, licencieux, même s'il est parfaitement platonique.

C'est en ce sens que la Cour de cassation a accordé le divorce à propos de contacts amicaux après le travail¹⁷⁰⁸, sans que l'adultère charnel ne soit caractérisé à aucun moment. Aussi, ceci s'applique qu'il s'agisse d'un grand ou d'un « petit adultère », pour reprendre le mot du Doyen Carbonnier, puisque le manquement est caractérisé lorsque l'un des mariés « sort fréquemment en boîte de nuit et fréquente les dancings[...] se montre aguicheuse envers les

¹⁷⁰⁷ Il faut noter que l'obligation de fidélité a investi le PACS, alors que celui-ci n'était pas supposé en principe produire des effets sur le plan personnel, mais uniquement patrimonial. Sur ce point, cf. L. Antonini-Cochin, « Le paradoxe de la fidélité », *D.* 2005, p. 23, version électronique, p. 4.

¹⁷⁰⁸ Cass. civ. 2^{ème}, 8 nov. 1989.

hommes et a des comportements hautement injurieux pour la fidélité conjugale »¹⁷⁰⁹, ou bien lorsqu'un homme a été vu « plusieurs fois avec une autre femme en faisant des courses, attablé à une terrasse de café ... »¹⁷¹⁰.

1330. En fait, et comme le relèvent les auteurs, le contrôle du juge est encore plus poussé que cela puisque « l'infidélité intellectuelle », c'est-à-dire la grande proximité entretenue avec une personne tierce, même si la relation est purement platonique, peut être constitutive d'un manquement au devoir de fidélité. C'est ainsi qu'ils peuvent écrire que « ce faisant, les tribunaux retiennent des manquements plus subtils à l'obligation de fidélité et considèrent que cette dernière relève également du domaine du sentiment; qu'elle dépend à ce titre de la psychologie et de l'imaginaire des époux »¹⁷¹¹. On ne saurait mieux dire, et surtout marquer aussi fortement le fait que le sentiment est bien présent à certains moments au sein de la matière juridique, que l'intime est directement interrogé et considéré comme légitime par le juge, loin de l'idée selon laquelle le psychologique serait nécessairement à proscrire hors du droit¹⁷¹².

1331. Néanmoins, il est toujours modulé, car pris dans un ensemble signifiant qui l'ordonne. C'est ainsi que le juge peut apprécier la fidélité au regard de ce que les parties investissent derrière ce signifiant, mais n'accepte pas qu'elles puissent moduler la portée qu'elles entendent lui donner, et ce de manière négative. En effet, du fait du caractère d'ordre public attaché au devoir de fidélité, « la Cour préconise la nullité des « pactes de liberté ». Elle est généralement suivie en cela par les juridictions du fond, sous l'œil approbateur de la plupart des auteurs »¹⁷¹³. Ceci signifie donc bien que les parties peuvent, par le biais d'un procédé qui reste à définir dans sa nature, aggraver ce devoir posé comme une abstraction, mais non le restreindre. La preuve est donc apportée que le droit entretient bien une relation complexe qui suppose une part de réification du justiciable, par laquelle celui-ci est à certains moments reconnu capable de ressentir un certain nombre d'affects considérés comme acceptables par le

¹⁷⁰⁹ Cass. civ. 2^{ème}, 28 sept. 2000, n° 98-18,850, cité in P.-J. Claux, S. David, *Droit et pratique du divorce*, Dalloz Référence, 2010-2011, §122.46, p. 46.

¹⁷¹⁰ Cass. civ. 1^{ère}, 30 sept. 2003, n° 02-15.81, cité in P.-J. Claux, S. David, *ibid.*

¹⁷¹¹ P.-J. Claux, S. David, précité, §122.47, p. 47. C'est nous qui soulignons.

¹⁷¹² Il est ici fait référence aux objections avancées par les tenants de l'approche objective à l'égard de l'appréciation subjective.

¹⁷¹³ P.-J. Claux, S. David, précité, §122.48, p. 47. Cf. également L. Antonini-Cochin, « Le paradoxe de la fidélité », précité.

système juridique, tandis que d'autres sont rejetés. C'est toute la thématique du consentement, dans sa forme contemporaine, qui se trouve donc mise en lumière ici. Or, il est bien évident que, lorsque les parties conviennent du fait qu'elles ne souhaitent pas se lier sur le plan d'un quelconque devoir de fidélité, elles ne causent de préjudice à aucun tiers¹⁷¹⁴, et que la logique voudrait, au regard de la symétrie, que ce qui est susceptible d'être aggravé par une des parties, indépendamment du consentement de l'autre, puisse *a fortiori* être adouci, lorsque les deux principaux concernés sont d'accord pour ce faire. De plus, l'inclusion de ce devoir au sein de l'ordre public ne semble pas faire l'objet de développements théoriques considérables qui viseraient à le justifier¹⁷¹⁵. Tout au plus certains le rattachent à l'influence romaine, mais surtout, au catholicisme.

1332. Si quelques arrêts semblent aller en sens inverse, en admettant la licéité des conventions visant à délier les membres de l'union de leur devoir de fidélité, il n'en reste pas moins que la solution de principe est maintenue.

Cela n'empêche pas, la Cour de cassation de tenir compte à l'occasion du prononcé du divorce de cette possibilité¹⁷¹⁶. De la même manière, un arrêt de Cour d'appel semble admettre que ce devoir s'apprécie en relation avec la réalité empirique de la vie conjugale. De ce fait, si les époux choisissent de s'aménager une vie qui permet cette distension du lien, alors le devoir peut être modulé : « les violations que chacun aujourd'hui reproche à l'adversaire ne sont pas imputables à l'un ou à l'autre mais procèdent de ce mode de vie tout comme elles ne rendent pas la vie commune intolérable puisqu'elles correspondent à l'inverse à une organisation conjugale mutuellement consentie »¹⁷¹⁷.

¹⁷¹⁴ P.-J. Claux, S. David, précité, §122.51, p. 50 : « L'adultère – on pourrait pourtant le discuter – ne constitue plus aujourd'hui un comportement portant atteinte aux intérêts de la société; il s'agit uniquement d'une affaire privée entre époux ».

¹⁷¹⁵ Comme le note un auteur, « la fidélité a en effet longtemps été considérée comme l'essence même du mariage. [...] L'existence même d'une telle obligation entre époux n'a donc jamais suscité de difficultés particulières, à la différence certes de son application », in L. Antonini-Cochin, précité, p. 1.

¹⁷¹⁶ Civ. 2^{ème}, 4 juill. 1973, n° 72-12.110, Bull. civ. II, n° 214 - Civ. 2^{ème}, 21 juin 1979, n° 78-10.661, Bull. civ. II, n° 193, cité in P.-J. Claux, S. David, précité, §122.48, p. 48. En fait, l'existence de telles conventions joue dans l'appréciation du caractère injurieux du manquement au devoir de fidélité.

¹⁷¹⁷ CA Bordeaux, 19 nov. 1996, *D.* 1997, J. 523, note Garé ; *Dr. fam.* 1997, n° 60, note Lécuyer ; *RTD civ.* 1997, obs. Hauser, cité in P.-J. Claux, S. David, *ibid.*

2/ Le statut de l'obligation de fidélité dans doctrine contemporaine : la question du sentiment

1333. Il n'en reste pas moins que la doctrine semble à l'heure actuelle partagée, tiraillée sur le constat à tirer sur la pratique contemporaine. L'évolution de la société s'est accompagnée d'une libéralisation des mœurs, qu'indépendamment de ses propres conceptions, le législateur, le juge et la doctrine sont forcés d'accepter. À l'heure où certains théorisent la notion de « polyamour »¹⁷¹⁸, il paraîtrait en effet étonnant que le système s'arc-boute sur une obligation qui n'entre plus nécessairement en résonance avec le corps social. La dépénalisation de l'adultère¹⁷¹⁹ en lui-même témoigne de ce que les lignes de force des mœurs s'estompent et disparaissent pour se redessiner ailleurs. Aussi, il est vrai que la sanction est aujourd'hui moins automatique, et que le juge se reconnaît un pouvoir d'appréciation plus précis, mais qui suppose paradoxalement comme toute concrétisation, une exposition de l'intimité des parties plus conséquentes. Ce n'est en quelque sorte que s'il se situe bien au cœur de la vie commune, et ici plus précisément, dans la chambre à coucher, que le juge peut apprécier la manière dont les mariés conçoivent cette obligation.

1334. Ainsi, la doctrine a-t-elle pu évoquer un « essoufflement », « une perte d'intensité du devoir de fidélité en mariage »¹⁷²⁰, ou d'un « affaiblissement de l'obligation »¹⁷²¹. Toutefois, comme le notent MM. Claux et David, « il ne faut cependant pas se tromper, « l'affaiblissement des sanctions n'est pas l'effacement de la règle » et le pouvoir d'appréciation *in concreto* de la violation du devoir de fidélité au regard des conditions posées par l'article 242 du Code civil reconnu aux juges du fond ne remet nullement en cause ni l'existence ni la permanence de cette obligation inhérente au mariage. Il n'y a pas d'impunité de principe »¹⁷²².

¹⁷¹⁸ Cf. par exemple, pour les avatars les plus récents : V. Céspedes, *Je t'aime, une autre politique de l'amour*, Flammarion, 2003; Y.-L. Thalmann, *Vertus du polyamour, la magie des amours multiples*, Ed. Jouvence, 2006; F. Simpère, *Aimer plusieurs hommes*, éd. Autre Mondes, 2010; F. Simpère, *Guide des amours plurielles, pour une écologie amoureuse*, Pocket, 2009.

¹⁷¹⁹ Cf. G.-H. Riposseau, *Pénalisation et dépénalisation (1970-2005)*, Université de Poitiers, Mémoire de M2 Droit pénal et sciences criminelles, 2004, pour qui cette dépénalisation doit se comprendre comme « vecteur d'intégration sociale de personnes déterminées », parmi lesquelles les femmes.

¹⁷²⁰ P.-J. Claux, S. David, précité, § 122.51, p. 50.

¹⁷²¹ L. Antonini-Cochin, précité, p. 1.

¹⁷²² P.-J. Claux, S. David, *ibid.*

1335. De fait, il apparaît clairement, si l'on songe au cas de ces conventions par lesquelles les parties ambitionnaient de moduler le devoir de fidélité accolé au mariage, que l'on se trouve face à une situation qui peut se décrire comme un concours de consentements sans accord. En effet, les deux consentent à cette modulation, mais pour autant, la rencontre des volontés ne produit pas l'effet escompté. Seule la distinction entre le consentement et l'accord permet de penser efficacement ce type de situations, au moins du point de vue individuel.

1336. On fait donc face ici à une forme d'arbitraire du droit, qui confronte les prétentions des parties à une hypostase, un consentement pur au sens de désincarné, qui tel un oracle, dirait la vérité sur la réalité de ce que la volonté veut. Mais, une fois encore, il s'agit d'une volonté sans désir, étrangère très précisément à ce que le consentement signifie dans son sens originel.

De fait, il semble possible de dire que ce n'est pas le consentement en tant que tel qui est ici étudié, mais simplement la connaissance, suffisante ou pas, c'est-à-dire la représentation de l'objet, à laquelle la volonté s'attache ou non. L'expression vice du consentement semble donc impropre, on devrait préférer vice d'accord, ou vice de connaissance.

1337. Ceci se trouve confirmé dans la dernière hypothèse d'erreur, à savoir l'erreur dite indifférente. Il y a comme une présomption de consentement, dès lors que les conditions jugées suffisantes de la connaissance sont réunies. Ce qui veut dire, en même temps, qu'il peut y avoir distorsion entre le consentement réel de la personne, et le consentement légalement objectivé. On mesure donc bien ici à quel point la distinction entre le consentement et l'accord est féconde pour comprendre le phénomène contractuel dans sa dynamique subjective.

SECTION 3 : CONSENTEMENT, OBLIGATION D'INFORMATION ET SUBJECTIVITÉ

1338. Selon la formulation classique issue du droit canon, le consentement pour être valide, doit être libre et éclairé par la raison. Dès lors, à côté de l'absence de contrainte que visent à protéger les vices du consentement, et dont la violence constitue la figure paradigmatique, il faut également envisager ce qui relève plus spécifiquement de la dimension informationnelle.

1339. Comme les développements précédents relatifs à la place de l'objet dans la théorie du consentement le laissaient suggérer, l'information joue bien un rôle considérable dans toute la

mécanique consensuelle. Ainsi, le dol et l'erreur peuvent certes constituer des garanties contre une liberté entravée, mais ils témoignent également de ce que l'information participe de manière au moins aussi importante à la détermination de ce que peut constituer un consentement juridiquement valide. Ainsi, la formule traditionnelle propre à la réticence dolosive, selon laquelle celle-ci s'incarne dans un élément qui, s'il avait été porté à la connaissance du cocontractant, ne l'aurait pas fait contracter, ou contracter différemment, illustre de manière topique l'importance de l'information.

1340. Dès lors, et puisque la logique propre au consentement au sein du droit des obligations a infusé les autres branches, il est nécessaire de rechercher comment l'importance conférée à l'information se retrouve au sein des exemples que nous avons jusqu'ici mobilisés.

1341. Toutefois, afin de pouvoir apprécier la portée d'une telle recherche, il sera nécessaire de caractériser, avec précision, la manière dont la recherche de l'information s'articule avec la logique consensuelle (§1).

Ce faisant, on pourra alors constater à quel point, derrière la haute valeur accordée, en théorie, à l'information, celle-ci ne se retrouve pas à l'identique suivant les matières. On aurait pu penser, dans un premier temps, que certaines applications du principe sont propices à une telle transposition, par exemple en matière de votation. Pourtant, c'est bien à une variabilité considérable du principe que l'on fait face, sans que l'on ne puisse, pour autant, expliquer toujours ce qui justifie une telle différence (§2).

§1 : Consentement et information : la prédominance de l'information dans la concrétisation juridique du consentement

1342. Tout au long de ce travail, nous avons essayé de mettre en lumière un des points les plus fondamentaux de la définition juridique du consentement, qui permet de fonder la distinction opérée entre consentement et accord, ce dernier se définissant comme amputé de la dimension sentimentale. En effet, le consentement dans la sphère contractuelle, qui sert de point de référence à l'étude du concept puisque c'est par elle qu'il s'est par la suite répandu, et a irrigué la matière juridique, est organisé autour des facultés intellectuelles du sujet de droit. C'est par le biais de ces dernières qu'il est déclaré apte à consentir, ce dont témoigne la

thématique étudiée de la capacité, mais c'est aussi au regard de celles-ci qu'il peut éventuellement invoquer le défaut de son consentement. Or, l'étude de la théorie des vices du consentement a permis de mettre en lumière un point crucial du régime, à savoir l'importance extraordinaire conférée à la notion d'information.

1343. Afin de préciser ce premier constat, on va donc essayer de caractériser et de préciser le rôle et la place de l'information dans le régime du consentement. Pour cela, on essaiera de dresser un bref historique de la notion, et de la manière dont celle-ci a été comprise (A), avant de pouvoir la confronter à l'utilisation qui en est faite au travers des vices du consentement (B). De cette façon, nous pourrons alors mesurer à quel point l'abandon du critère de la volonté peut produire des effets utiles pour notre recherche (C).

A/ Retour historique et théorique sur l'importance de l'information dans la sphère juridique

1344. L'importance conférée à l'information peut s'expliquer par différentes propositions, dont on ne citera que quelques illustrations.

La première consiste à dire qu'un individu ne peut formuler un choix avisé que s'il dispose de l'ensemble des informations nécessaires à sa décision. Dans cette perspective, l'individu vise à maximiser ses possibilités de gains, par une diminution des risques qui passe elle-même par une information la plus complète possible. On suppose donc que des informations fausses troublent la capacité qu'a la volonté de choisir l'objet considéré.

1345. Cette idée, on l'a vu, a été très fidèlement reproduite dans la codification napoléonienne, par le biais de la métaphore du bon père de famille. Celui-ci incarne ainsi un homme toujours qualifié d'avisé. Or, le terme même est défini comme « qui n'agit qu'à bon escient; qui sait trouver dans chaque occasion ce qu'il convient de faire »¹⁷²³, tandis que le Littré signale qu'il correspond également à « qui fait attention à, qui agit avec intelligence »¹⁷²⁴, ce qui manifeste déjà la dimension du savoir, et de son lien avec l'intelligence. À cela s'ajoute que le terme « avisé » correspond au participe passé du verbe

¹⁷²³ *Dictionnaire de l'Académie Française*, version électronique.

¹⁷²⁴ *Dictionnaire Littré*, version électronique, www.littre.org.

aviser, qui reçoit la définition suivante : « 1. Informer, avertir par un avis. [...]. 2. y réfléchir. [...]. 3. se rendre compte soudain »¹⁷²⁵.

1346. Aussi, le *bonus pater familias* est-il avant tout un homme qui réfléchit, qui fait usage de son intelligence, et qui s'informe. Il n'est point fait mention d'une quelconque capacité à ressentir, ou à éprouver, mais seulement l'usage de facultés intellectuelles, en somme, de la raison. C'est parce qu'il est apte à l'intelligence et à son exercice qu'il est raisonnable. On retrouve ici en quelque sorte la définition donnée par Descartes du bon sens : « Le bon sens est la chose du monde la mieux partagée : car chacun pense en être si bien pourvu, que ceux mêmes qui sont les plus difficiles à contenter en toute autre chose, n'ont point coutume d'en désirer plus qu'ils en ont. En quoi il n'est pas vraisemblable que tous se trompent: mais plutôt cela témoigne que la puissance de bien juger et de distinguer le vrai d'avec le faux, qui est proprement ce qu'on nomme le bon sens ou la raison, est naturellement égale en tous les hommes; et ainsi que la diversité de nos opinions ne vient pas de ce que les uns sont plus raisonnables que les autres, mais seulement de ce que nous conduisons nos pensées par diverses voies, et ne considérons pas les mêmes choses. »¹⁷²⁶.

1347. De même, la noblesse en laquelle est tenu le savoir, et ce depuis l'antiquité grecque, contribue à donner une place éminente à la connaissance, dont la version vulgarisée prend désormais le nom d'information. Identiquement, l'œuvre structurante du religieux a également œuvré à asseoir le caractère fondamental du savoir, et par extension de l'information. Les grands débats théologiques sur la possibilité de connaître ou non la divinité, au titre d'un savoir, nous rappellent à quel point l'enjeu est d'importance. Que ce soit au travers des écrits attribués à Denys l'Aréopagite, Saint Augustin et à Saint Thomas, mais aussi à Plotin, la question ne cesse d'être posée¹⁷²⁷. Sur ce point, la preuve ontologique de Saint-Anselme fait figure d'icône, en ce qu'elle incarne la volonté de placer l'ensemble de l'existant sous le signe de la raison. De façon analogue, le mythe de l'infailibilité pontificale s'explique par l'adage

¹⁷²⁵ *Dictionnaire de l'Académie Française*, version électronique.

¹⁷²⁶ R. Descartes, *Discours de la méthode*, version électronique de l'Université du Québec, 42 pages, première partie, p. 6.

¹⁷²⁷ Il ne s'agit absolument pas ici de prétendre que ces différents auteurs ont pensé la même chose au regard de la question posée. Simplement, on peut remarquer que quelle que soit la réponse apportée, c'est-à-dire la connaissabilité ou l'inconnaissabilité de Dieu, la question initiale est la même, et témoigne de la nature particulière de la connaissance.

selon lequel « il (le pontife) a tout le Canon dans son cœur »¹⁷²⁸, ce qui exprime bien l'idée que c'est en raison de la connaissance intime et parfaite qu'il a des textes que le pontife ne peut, en matière de foi et de morale, être dans l'erreur¹⁷²⁹.

1348. C'est dans cette continuité que l'on peut saisir la deuxième hypothèse explicative. Elle vise en effet à mettre en lumière le primat de la pensée économique dominante, dont on va justement s'inspirer pour la suite de cette réflexion. Celle-ci, d'inspiration plus récente et qui emprunte très largement aux conceptions héritées des sciences dites dures, a pour point de gravitation essentielle l'axiome de rationalité. On retrouve celui-ci en filigrane dans l'œuvre d'Adam Smith, au travers des comportements qu'il prête aux agents, c'est-à-dire le fait que l'agent économique cherche toujours à faire ce qui est dans son intérêt, à rechercher ce qui est le meilleur pour lui. Puis, les auteurs dits classiques en économie reprendront cette idée en la limitant souvent à la seule recherche du gain monétaire le plus grand. De fait, on aboutit à l'idée selon laquelle est rationnel celui qui cherche à maximiser sa fonction d'utilité, *c.-à-d.*, à faire tout ce qui est en son pouvoir pour dériver de ses choix économiques la plus grande utilité/satisfaction possible.

1349. Mais, c'est surtout au travers du courant néo-classique que la rationalité va atteindre son plein potentiel, devenant la pierre angulaire de l'édifice économique. Ainsi, dans le cadre de la théorie de l'équilibre général élaborée par Léon Walras, la rationalité joue un rôle fondamental puisque l'équilibre n'est atteint, d'un point de vue général, que comme la résultante des équilibres déjà réalisés au sein des différents marchés (biens, monnaie, travail, etc.), qui eux-mêmes sont régis par l'hypothèse de rationalité¹⁷³⁰. C'est sur la base de cette conception que va être élaborée la théorie encore dominante dans la pensée, à savoir la concurrence pure sur marchés parfaits, parfois présentée comme illustrant l'idée d'une « rationalité parfaite ».

Or, parmi les cinq hypothèses qui fondent le modèle en question se trouve « la transparence de

¹⁷²⁸ Cité in P. Legendre, *L'amour du censeur...*, précité.

¹⁷²⁹ Même si selon P. Legendre, ce mythe a vocation à limiter le pouvoir du pape, et non à l'étendre, en l'obligeant à ne pas se contredire de manière trop importante. Cf. J. Clavreul, « Le fantasme escamotable », texte d'une conférence prononcée à Strasbourg, version électronique, 9 pages, p. 8. Disponible à l'adresse suivante : <http://www.jeanclavreul.fr/textes/fantasme.pdf>.

¹⁷³⁰ À cela s'ajoute que l'équilibre obtenu par le biais du « tâtonnement walrassien » repose de façon centrale sur l'information : un commissaire-priseur assume le rôle de relais entre l'ensemble de la demande, et l'ensemble de l'offre, de telle sorte que les prix affichés sont ceux répondant de manière effective aux fondamentaux de l'économie, et que l'information à disposition des agents, pour leur choix d'achats ou de vente, est parfaite.

l'information », que l'on peut résumer à gros traits comme le fait que chaque agent économique dispose d'une information absolument exhaustive et parfaite sur les comportements et agissements de l'ensemble des autres agents économiques, ainsi que sur les biens considérés, et ce de manière gratuite et accessible¹⁷³¹. Ce faisant, diverses définitions de la rationalité économique ont pu être proposées, telle celle de Maurice Allais pour qui « un homme est réputé rationnel lorsque a/ il poursuit des fins cohérentes avec elles-mêmes; b/ il emploie des moyens appropriés aux fins poursuivies »¹⁷³².

1350.L'individu, point de départ de la réflexion, est donc posé comme une forme de monarque omnipotent à l'égard de sa propre vie. Comme l'écrit Mme Marchais-Roubelat, « d'un point de vue épistémologique, le jugement de la théorie de la décision standard pose comme référence une norme de comportement (le jugement rationnel) attribuée à un être fictif (l'individu), norme idéale dont le jugement biologique ne peut que dévier lors de la prise de décision humaine »¹⁷³³. Ceci n'a pas empêché cette approche de prospérer et de s'étendre, jusqu'à devenir le paradigme de référence dans la pensée économique appréhendée en général, et même plus loin encore. Certes, des aménagements théoriques sont intervenus comme par exemple l'introduction de la rationalité limitée, désormais qualifiée de procédurale, par Herbert Simon. Ces évolutions visent à corriger les imperfections de la théorisation première, qu'il s'agisse des coûts d'accès à l'information, de la capacité de traitement de l'agent, ou de l'introduction de l'incertitude qui vient déjouer les calculs d'optimisation¹⁷³⁴. Il n'en reste pas moins que l'importance de la rationalité, et donc de l'information reste considérable au sein de la théorie économique classique¹⁷³⁵.

¹⁷³¹ La situation correspond donc à celle obtenue par le jeu du commissaire-priseur walrassien, mais qui est ici absent afin peut-être de donner l'illusion, ou de satisfaire au dogme de la régulation elle aussi parfaite des marchés lorsqu'ils sont laissés à eux-mêmes.

¹⁷³² C'est en ce sens que l'on dit, en économie, que la relation de préférence doit être complète et transitive. Sur ce point, cf. A. Guerrien, *Dictionnaire d'analyse économique*, précité, Rationalité (principe de), p. 428-429.

¹⁷³³ A. Marchais-Roubelat, « Ontologie de la décision individuelle et neurosciences : enjeux méthodologiques et épistémologiques », *Management et Avenir*, 2011, n°43, p. 269-288, p. 272.

¹⁷³⁴ On aurait pu également évoquer la remise en cause de la rationalité par J.-M. Keynes, au travers des « esprits animaux », et plus largement des prophéties autoréalisatrices, même si dans cette dernière hypothèse, le comportement est justement jugé comme rationnel.

¹⁷³⁵ Il faut en effet ici rappeler que nombre d'auteurs admettent que l'hypothèse de rationalité substantive est probablement erronée d'un point de vue empirique, il n'en demeure pas moins qu'elle constitue toujours une base importante sur le plan de la modélisation mathématique. L'erreur vient peut-être du fait que l'on a cru pouvoir calquer les résultats obtenus sur le plan théorique avec la réalité économique.

1351. Or, la place croissante occupée par l'économie aussi bien sur le plan politique que dans le champ de la pensée, a permis l'éclosion d'une théorie nouvelle sous la forme de l'analyse économique du droit. Cette méthode, qui vise à expliciter les mécanismes juridiques par le recours à des concepts et méthodes importés de la théorie économique a surtout percé dans les pays anglo-saxons, mais relativement peu en Europe continentale, même si de plus en plus de travaux émergents y faisant référence, soit pour la critiquer, soit pour au contraire vanter ses mérites. Quoi qu'il en soit, cette imprégnation de la pensée juridique par les concepts économiques a favorisé l'apparition de courants de recherche, parmi lesquels le courant *Behavioral Law and Economics*. Ce dernier cherche à réviser le postulat de rationalité de l'approche économique traditionnelle, et cela sur la base des résultats produits en psychologie cognitive. De ce point de vue, il tend à se rapprocher d'une des voies les plus récentes de la recherche en économie, à savoir la neuroéconomie, que l'on peut définir très sommairement comme la réécriture de la théorie économique à la lumière des découvertes issues des neurosciences. C'est ce que l'on va envisager ici.

B/ Étude de la place de l'information dans la théorie des vices du consentement

1352. Une analyse attentive de la logique juridique régulant les vices du consentement permet de montrer à quel point la dimension informationnelle est bien la raison d'être de ces mécanismes (1), et ce même dans l'hypothèse de la violence (2).

1 / Analyse économique des vices du consentement et consentement : l'importance de l'information

1353. Cette conception, qui a peu essaimé en France, a néanmoins été l'occasion d'un article qui concerne directement notre sujet, et qui se propose d'analyser la théorie des vices du consentement par le prisme de l'analyse économique du droit. Selon celui-ci, la pertinence de la démarche serait renforcée par le fait que, « habituellement fondée sur le concept de volonté, la théorie des vices du consentement peine néanmoins à trouver par cette voie une cohérence satisfaisante dans les solutions jurisprudentielles »¹⁷³⁶. Selon lui, l'instauration des vices du

¹⁷³⁶F. Rouvière, « L'analyse économique des vices du consentement : une nouvelle vision d'une théorie classique », in *Revue de la recherche juridique – droit prospectif*, 2008 -, n° spécial, Cahiers de méthodologie juridique, n° 22, PUAM, p. 2485-2501, version électronique, p. 1.

consentement peut s'expliquer en recourant à un gain au sens de Pareto, c'est-à-dire à une amélioration de la satisfaction/ du bien-être d'un individu, ou par le fait qu'elle permet « une solution moins coûteuse que le problème de l'imperfection naturelle de toute convention »¹⁷³⁷. Dès lors, la question posée prend la forme d'un choix à effectuer entre « le fondement mythique de l'autonomie de la volonté, fondement volontariste, voire spiritualiste (on n'ose dire idéaliste) », et un « fondement plus matériel et pragmatique (et pour tout dire réaliste) de l'analyse économique du droit »¹⁷³⁸.

1354. En somme, l'objectif du professeur Rouvière est de tenter de montrer que les problèmes d'asymétrie d'informations, ou d'incomplétude, rencontrés au sein de la théorie économique se prêtent tout à fait à l'analyse des vices du consentement au sein du droit privé. Plus encore, il s'agit pour lui de renouveler intégralement la théorie au profit d'une conception qui serait intégralement appuyée sur la notion d'information.

1355. C'est ainsi qu'il note que « l'ignorance sur les caractéristiques de l'opération contractuelle n'est pas psychologique comme voudrait le faire croire la théorie actuelle des vices du consentement. Elle n'est pas une fausse représentation de la réalité qui nécessite une recherche psychologique. Pour s'en convaincre, il suffit de poser cette question : quelle preuve pourrait-on apporter devant le juge d'un fait de nature psychologique ? ».

1356. On remarque donc que, tout en empruntant un chemin différent du nôtre, la conclusion à laquelle il aboutit est la même, c'est-à-dire que le juge ne cherche pas, dans la mécanique des vices du consentement, ce qui relèverait de la dimension intime, psychologique. Toutefois, la définition telle qu'elle est présentée n'est pas non plus convaincante. Premièrement le lien établi qui vise à relever comme non pertinente la liaison entre la fausse représentation de la réalité et le domaine psychologique ne nous semble guère valide. En effet, s'agit-il de dire que tout ce qui relève de la représentation appartient en réalité au domaine psychologique ? Si la réponse est positive, les conséquences à tirer sont beaucoup plus importantes : ce qui est en jeu ici est la capacité à saisir une chose en soi, et non pas au travers de la représentation qui en est faite ou que le sujet en a. Or on a vu à quel point une telle question était délicate. De fait, l'idée que certaines informations relèveraient d'un registre qui n'aurait rien à voir avec la perception,

¹⁷³⁷F. Rouvière, précité, p. 2.

¹⁷³⁸F. Rouvière, ibid.

ou plutôt la représentation, et qui ainsi éviterait l'obstacle psychologique, nous paraît erronée. La notion même d'information oblige à recourir à ce que l'auteur souhaiterait rejeter.

1357. À cela s'ajoute un second élément, qui a trait à la théorie qu'il préconise. En effet, celui-ci propose de distinguer entre trois types d'erreurs, selon que le contractant ne s'est pas assez renseigné, selon qu'il a été empêché par des agissements du cocontractant de se renseigner, et enfin lorsque l'objet « ne porte pas en lui-même l'information pertinente ». C'est en ce sens qu'une nouvelle définition de l'erreur est proposée : « l'erreur est une information incomplète sur l'objet du contrat, c'est-à-dire sur l'opération projetée »¹⁷³⁹.

1358. Les hypothèses évoquées auparavant se trouvent ici confirmées. En effet, on ne peut que remarquer qu'il est fait grand cas de ne jamais mentionner la perception qu'a l'une ou l'autre des parties de l'objet qui se trouve placé en position centrale. Probablement afin d'éviter tout débordement vers un psychologisme qui paraît inquiétant, car trop arbitraire, le critère d'appréciation achève son déplacement, entamé sous la tutelle du juge au travers des positions parfois contradictoires assumées, vers l'objet. Ce faisant, ce dernier est supposé résumer à lui tout seul tout le sens de l'échange juridiquement structuré, et est paré d'un ensemble de qualités qui ne peuvent que laisser perplexe tant elles paraissent au moins aussi arbitraires que la théorie contre laquelle le professeur Rouvière entend lutter.

1359. Ainsi, lorsqu'il note que « l'erreur n'est plus rattachée au consentement mais à l'objet du contrat. Il est possible de parler au sens propre d'une analyse objective, littéralement qui porte sur l'objet du contrat au lieu d'une analyse subjective qui porterait sur le sujet et donc la volonté de la partie qui a contracté », entend-il lui-même l'écho de sa proposition sur le plan juridique ? En effet, les fondements conceptuels d'une telle perspective sont loin d'être aussi évidents que la formulation le laisse suggérer. Ainsi, toute cette approche repose un postulat qui se ne se trouve à aucun moment explicité, à savoir le fait que l'objet est objectif. Au-delà du jeu de mots, il faut en effet admettre que l'application de cette idée conduit à poser que l'ensemble des qualités que l'on prête à un objet est susceptible d'être apprécié objectivement. En somme, que chaque individu confronté à un même bien en attend les mêmes qualités. Ce n'est que si ce point est accepté que l'on peut alors admettre que l'information défailante

¹⁷³⁹F. Rouvière, précité, p. 5.

puisse faire l'objet d'une appréciation objective, c'est-à-dire rapportée ici à l'objet, et non plus à ceux qui le manipulent.

1360. Cette idée est d'autant plus surprenante qu'elle prétend, par une forme de prestidigitacion conceptuelle, lever toutes les apories de la subjectivité en se rapportant au seul objet, comme si d'une certaine façon l'objet lui-même pouvait parler, et dire ce dont il est fait, ce qui en lui est essentiel et ce qui l'est moins. À aucun moment l'auteur ne relève que l'appréciation de cet objet sera nécessairement le fait, *in fine*, d'un individu, c'est-à-dire d'une subjectivité qui évaluera au regard de sa propre individualité. Dès lors, en quoi le recours à cette idée protégerait-il davantage de l'arbitraire que le dispositif antérieur ? En quoi la désignation d'un tiers appréciateur posé ici lui aussi comme objectif, ou tout simplement escamoté, garantirait-elle contre cette menace « psychologique » ?

1361. Ce qui est proprement extraordinaire ici est le fait que derrière l'appareillage conceptuel déployé, se cache une idée tout à fait simple, mais profondément déroutante : un objet pourrait en lui-même manquer d'une information, c'est-à-dire non pas pour ses utilisateurs, mais en tant que tel, en tant qu'objet. Comme si, en quelque sorte, la valeur d'une information pouvait être totalement indépendante de son récipiendaire, ou de l'usage qui est visé par celui qui désire l'obtenir. Que peut bien faire le caractère authentique d'un meuble d'époque, à celui qui ne désire obtenir qu'un meuble, ou pour qui seule l'esthétique du bien importe ?

1362. Sur ce point, aucune réponse n'est apportée. Il faut toutefois se rappeler que l'appréciation *in concreto* des vices du consentement s'est établie en jurisprudence devant les injustices engendrées par l'appréciation objective prévalant jusqu'à alors et qui vidait alors la volonté des parties de leur contenu réel.

Or, le retour à une conception entièrement axée sur l'objet produit exactement les mêmes résultats, puisque seules les informations reconnues comme appartenant effectivement à l'objet seront susceptibles de produire des effets juridiques.

1363. Il subsiste toutefois un obstacle considérable qui n'est guère évoqué, et que l'on peut diviser pour les besoins de l'exposition en deux branches distinctes.

La première vise le rapport à la substantialité. En effet, la notion d'erreur substantielle ne concerne le consentement que dans un second temps. C'est l'objet lui-même qui est appréhendé, comme le révèle l'historique du terme jusqu'au droit romain. De fait, c'est parce qu'une erreur est qualifiée de substantielle que le consentement est considéré comme vicié. C'est donc au travers de l'évaluation de la substantialité que l'appréciation s'effectue. C'est en ce sens que nous avons pu dire que l'objet était déjà tout à fait essentiel dans le dispositif existant. Dès lors, ce que propose le professeur Rouvière n'est rien d'autre que de retenir une appréciation *in abstracto* des qualités substantielles, et non un renversement de perspective qui permettrait d'évacuer la question de la volonté. L'information est déjà essentielle, la seule différence étant le registre par le biais duquel on mesure son importance réelle, à savoir *in concreto* ou *in abstracto*.

1364. C'est ainsi que l'on parvient au second membre de la question, à savoir le fait que l'erreur doit également être déterminante du consentement. Du fait de l'appréciation majoritairement *in concreto* prévalant en jurisprudence, le caractère déterminant avait été absorbé au sein de la substantialité. Le retour à l'appréciation *in abstracto* impose donc que ce critère soit de nouveau examiné. Or, n'est-ce pas là encore menacer l'édifice puisque c'est par ce truchement que la volonté revient en force ? Si l'objet peut être paré de qualités objectives, cela signifie-t-il pour autant que cette appréciation contient en elle-même les éléments permettant de juger de son caractère déterminant pour le consentement ?

On pourrait en effet penser que l'un contient l'autre, que les éléments objectifs doivent nécessairement être déterminants, puisque l'ensemble des justiciables partage a priori le fait qu'ils sont bien essentiels dans la définition de l'objet. Or, suivant la réponse apportée à cette interrogation, les résultats varient grandement

1365. En effet, si l'appréciation du caractère déterminant est elle aussi objective, cela signifie que le contrat pourra être annulé indépendamment du désir des parties, indépendamment du fait de savoir si cette omission était véritablement déterminante. De fait, dans toutes les situations où l'erreur était commune, l'annulation est de rigueur. Cela aboutit donc à menacer grandement le marché de l'art et des antiquités, puisqu'il suffit que les deux parties doutent ou ignorent l'authenticité du bien pour que le contrat soit annulé, et ce même si ni l'une ni l'autre

n'ont contracté en raison de cette authenticité¹⁷⁴⁰. De fait, à l'injustice potentielle dont cette appréciation est porteuse s'ajoute une insécurité juridique dangereuse.

1366. Si la réponse consiste dans l'appréciation subjective du caractère déterminant, alors les éléments avancés ne servent plus à rien : c'est le retour du psychologique, de la volonté, à ceci près que les cas d'annulation sont réduits par la définition purement objective de l'information. Aussi, loin de gagner, cette approche aboutit dans cette hypothèse à restreindre les possibilités de recours pour les parties, sans que soit évacuée la détermination jugée délicate de la psychologie des parties.

Dès lors, si le constat de la primauté de l'information est partagé, la proposition de l'auteur au regard de l'erreur, mais aussi du dol nous semble devoir être rejetée.

2 / Analyse de la violence dans son lien avec l'information et l'objet du contrat

1367. C'est ensuite que l'auteur procède à l'analyse de la violence. Pour lui, il s'agit d'un trouble plus important, en termes de principes mais aussi de conséquences, que l'erreur ou le dol. En effet, c'est la liberté contractuelle qui est atteinte, et non le simple manque d'information. C'est ainsi qu'il déclare que « seule la violence peut être appelée « vice du consentement », car elle exerce une pression sur la décision même de s'engager, sur la liberté même de contracter ou de ne pas contracter. L'appréciation pourrait alors en ce cas être psychologique, c'est-à-dire porter sur les éléments qui ont pu peser sur la prise de décision du contractant »¹⁷⁴¹.

1368. Toutefois, là encore, le diagnostic n'annihile pas l'ensemble des questionnements sur ce point. En premier lieu, l'auteur avait entendu rejeter l'aspect psychologique qui aurait empêché selon lui le juge d'effectuer un contrôle de la qualification¹⁷⁴². Or, celui-ci fait ici retour, comme si les difficultés avaient été levées par quelque force mystérieuse, et témoigne ainsi du fait que la psychologie intervient nécessairement dans le processus contractuel.

Ensuite, la mention de l'importance des « éléments qui ont pu peser sur la prise de décision du contractant » semble suggérer une appréciation *in concreto* des déterminants de la

¹⁷⁴⁰ Cela suppose toutefois que la nullité considérée soit d'ordre public, et non simplement relative.

¹⁷⁴¹ F. Rouvière, précité, p. 8.

¹⁷⁴² F. Rouvière, précité, p. 5 : « Si la notion d'erreur était purement psychologique, comment la Cour de cassation pourrait-elle en contrôler la qualification ? ».

violence. Or, pourquoi ce revirement ? Pourquoi, dans l'esprit de ce qui a été évoqué précédemment, la violence ne pourrait-elle pas également faire l'objet d'une appréciation *in abstracto* ? Au premier abord, il paraît même plus aisé de tenter de définir ce que la violence peut être, ou au moins un ensemble de points permettant de la caractériser, que ce que peut être un objet spécifique de manière objective. Certes, la violence peut ne pas être exclusivement physique, mais aussi psychologique, faire impression sur un individu raisonnable comme le disait le droit romain. Il n'empêche qu'à cette époque, elle était appréciée d'une façon objective teintée de quelques éléments de subjectivité. La cohérence de l'ensemble est donc douteuse.

1369. Elle l'est d'autant plus lorsque l'on se penche sur le troisième point, à savoir le fait qu'une lecture *a contrario* de la formule citée aboutit à dire que dans le cas de l'erreur, comme du dol, ces derniers ne peuvent être considérés comme « pesant sur la prise de décision du contractant ». On voit ici les limites de l'appréciation objective, en ce qu'elle impose un arbitraire des prétentions qui ne cadre que très imparfaitement avec le réel. En effet, si l'on reprend l'exemple utilisé par Cicéron pour décrire le dol¹⁷⁴³, à savoir la situation où une flottille est amassée aux environs de la demeure convoitée afin de donner l'illusion que les eaux l'environnant sont particulièrement poissonneuses, comment considérer qu'un tel spectacle peut ne pas peser dans la prise de décision du contractant ? L'affirmer reviendrait à considérer également que si le spectacle avait été inverse, c'est-à-dire par exemple un ensemble de poissons morts flottant à la surface de l'eau, signe d'un éventuel empoisonnement de l'eau, cet ensemble d'éléments n'aurait pas pesé d'une manière négative sur le choix de l'éventuel acquéreur.

1370. Certes, la proposition étudiée s'appuie également sur le fait que dans un cas, c'est le bien considéré ou son environnement immédiat qui présentent des lacunes obérant sa valeur, tandis que dans le cas de la violence, c'est la liberté contractuelle qui est directement touchée. Néanmoins, une telle affirmation suppose d'admettre pour la liberté contractuelle une définition abstraite, c'est-à-dire qui ne s'appuie pas sur un ensemble de faits permettant de la

¹⁷⁴³ Cicéron, *De Officiis*, traduction Charles Appunhn, Paris Garnier, 1933, Livre III, § XIV, version électronique. À noter qu'en plus de cette mise en scène, le vendeur ajoute à la supercherie par ses dires : « Quoi d'étonnant ? Tout le poisson de Syracuse est ici, c'est ici qu'on fait provision d'eau, ces pêcheurs ne sauraient se passer de ma maison ». cf. Également le § XV, dans lequel Cicéron reprend la définition d'Aquilus du dol, c'est à dire « feindre ce qui n'est pas », pour en arriver à définir le dol comme « la feinte et la dissimulation »

concrétiser sur un plan pratique. Il suffit alors de la proclamer pour qu'elle existe¹⁷⁴⁴. Dans cette perspective, il importe peu que ce qui a été présenté soit faux, et provienne d'une manœuvre, seul compte le fait que l'individu a pu faire usage d'un droit, d'une faculté qui lui est reconnue. Effectivement, on peut alors considérer que la liberté en tant que telle n'est pas atteinte, mais que reste-t-il d'elle, une fois dépouillée des conditions de son expression ? La question reste posée, et surtout, ne se retrouve pas dans le consentement comme sentir-avec, ou comme amalgame. Car, selon cette vision, on peut dans un premier temps remarquer que l'individu a bien donné un accord, indépendamment des raisons pour lesquelles il l'a formulé. Ensuite, dans un deuxième temps, on peut en l'interrogeant observer si le rétablissement du réel suffit à lui faire vouloir différemment. De fait, aussi bien la liberté que la subjectivité paraissent respectées.

1371.Devant ces difficultés, l'auteur propose donc de conserver le terme de vice du consentement pour la seule violence, et de recourir à sa théorie de l'information pour l'erreur et le dol. Toutefois, comme il le note lui-même, la réalité est plus nuancée : « Économiquement, l'information incomplète traduit une juste décision et l'on renoue naturellement avec l'idée de vice du consentement. La différence majeure est que le vice du consentement est une conséquence de l'information lacunaire et non sa cause. La volonté n'est plus à l'origine mais à la fin, la volonté n'est plus le fondement, mais le point d'arrivée du raisonnement »¹⁷⁴⁵.

1372.De fait, l'intrication entre le l'information et le caractère complet, ou éclairé du consentement, ne cesse de se manifester. Reste alors à mesurer l'apport que la substitution de la conséquence à la cause engendre.

Sur ce point, il ne paraît guère manifeste : le décalage ainsi introduit vise probablement à ce qu'un poids plus conséquent soit donné à l'objet, mais dans la pratique, cette place est déjà tout à fait remarquable. Dès lors, le fait que la volonté n'est plus à l'origine mais à la fin n'apporte pas véritablement d'effets sur le plan pratique, si ce n'est montrer que la volonté n'est pas le critère essentiel d'appréciation, ce que l'analyse renouvelée du consentement permet déjà.

À cela s'ajoute une difficulté de taille, qui, il est vrai, n'est pas directement l'objectif visé

¹⁷⁴⁴On retrouve ici la thématique esquissée notamment par Amartya Sen en économie sur la différence entre l'égalité formelle et l'égalité réelle, ainsi que les questionnements évoqués dans l'analyse des approches objective et subjective du consentement, en lien avec le sentiment.

¹⁷⁴⁵F. Rouvière, précité, p. 8.

par l'auteur, mais qui doit néanmoins être soulignée : si la généralisation de la perspective centrée sur l'objet aboutit, et que l'on remplace effectivement la notion de vices du consentement par celle de vices de la convention, quelle place reste-t-il au sein du droit pour la volonté ? C'est ce que nous allons chercher à découvrir désormais.

C / Appréciation des conséquences d'une théorie marquant l'abandon du critère de la volonté

1373. En effet, dans sa formule actuelle, et même appréhendée partiellement, la référence au consentement témoigne de ce que le droit est un système que des individus concrets mettent en branle, actionnent afin de répondre aux nécessités de la vie sociale. De fait, si l'objet est évidemment essentiel dans les conventions visant à le mettre en mouvement, il n'en reste pas moins qu'il n'est jamais que le support par lequel les justiciables communiquent entre eux par le langage du droit. Sans eux, et donc sans référence à la volonté, l'objet disparaît, en tant qu'il ne peut se mouvoir seul. Dès lors, le consentement est bien une donnée essentielle, qui permet de maintenir la présence, fût-elle fantomatique, de la subjectivité au sein de l'appareillage juridique.

On répondra à cela que la subjectivité étant consubstantielle à la mise en jeu de la règle de droit, cela n'implique pas pour autant qu'elle soit l'objet de règles spécifiques ou d'un examen particulier par le juge. Ainsi, puisqu'il ne s'agit pas d'examiner le bien-fondé des prétentions ou des intentions, mais bien d'observer ce qui est en jeu concrètement, le resserrage de la perspective autour de l'objet permettrait de résoudre efficacement les principaux problèmes posés.

1374. Pourtant, cette objection ne convainc pas. Il est vrai que le droit est davantage attentif à la matérialisation concrète des effets de la volonté plutôt qu'à la volonté elle-même. Toutefois dans certains cas, comme on l'a vu, il ne s'interdit pas de prendre des positions qui touchent davantage à la morale qu'à la seule appréciation conséquentialiste matérielle. Il faut garder en vue que l'abandon de l'examen de la volonté serait la cause d'un ensemble de bouleversements dont les conséquences restent incertaines. On peut en évoquer quelques-unes ici.

1375.La première, et la plus évidente, consiste à savoir quel sort sera réservé à l'objet du contrat, tel qu'il est mentionné aux articles 1107 et 1127 à 1130 du Code civil. En effet, l'objet visé ne peut être simplement résumé à l'objet au sens matériel, ne serait-ce que parce que certaines obligations de faire ne se résument pas à un objet matériel. Du fait de cette règle, et de l'accord existant avec la volonté, il est possible de penser que certaines prohibitions ayant cours ont davantage à voir avec des interdictions visant à réprimer la volonté, qu'à un quelconque objet. On pense ici par exemple au fait que le corps humain et ses produits sont hors-commerce. À notre sens, il ne semble pas possible de réduire cette interdiction au seul fait que le corps, en tant qu'objet, ne serait pas susceptible d'être aménagé au sein d'une convention.

En effet, il est possible de trouver de nombreuses situations dans lesquelles il est parfaitement licite d'organiser un échange portant sur le corps au travers d'une convention juridique, l'exemple le plus simple étant probablement le contrat de travail, qui peut dans certain cas ne mettre en jeu que le corps¹⁷⁴⁶. Ce qui semble proscrit ici n'est donc pas tant le fait que le corps puisse assumer le rôle d'objet, ce qu'il fait à vrai dire relativement souvent au sein des conventions, mais plutôt que la volonté veuille, désire le réduire à cette seule dimension.

1376.Dans les contrats de travail évoqués, le corps est l'instrument de la prestation qui constitue en premier lieu l'exécution d'une tâche. La visée première, l'intention, n'est donc pas dirigée exclusivement sur le corps qui serait alors utilisé au même titre que n'importe quel bien. Or, comment aboutir à cette différenciation des solutions si l'on abandonne toute référence à la volonté ? Abandonner la référence à celle-ci, c'est potentiellement interdire pour le juge la possibilité d'appréciation éthique, voire morale, ou en tout cas, de jugement de valeur visant à discriminer entre des choix différents. Puisqu'il n'est pas possible de disqualifier le corps de manière absolue, du fait même qu'il est parfois en cause en tant que tel dans des conventions, il serait donc nécessaire dans cette vision centrée sur l'objet, de l'inclure dans le champ des conventions. Ceci aurait pour effet de fermer la possibilité pour le juge d'en interdire certains usages.

¹⁷⁴⁶ On pense ici par exemple au contrat de nourrice, par lequel une femme est chargée d'allaiter un enfant qui n'est pas le sien, contre rémunération.

1377. Un exemple permettra d'illustrer plus efficacement cette idée : la jurisprudence Morsang-Sur-Orge¹⁷⁴⁷ ne peut se comprendre au regard du seul critère de l'objet. Ce qui pose problème dans cette affaire consiste pour le requérant dans le fait d'avoir voulu, consenti à pouvoir être ainsi utilisé tel un projectile par des participants à ce jeu. Ce n'est donc pas que son corps ait été l'objet de la convention, mais bien davantage ce à quoi il destinait ce corps¹⁷⁴⁸. Si l'on retranche la volonté de l'analyse, alors l'arrêt perd son sens, au profit d'un pur arbitraire, d'un jugement purement discrétionnaire de la part du juge. Or, il est de manière inverse parfaitement admis qu'il est possible par le biais d'un contrat de mettre son corps en jeu, par exemple s'agissant d'un spectacle de danse. Si l'on raisonne exclusivement à partir de l'objet, le corps est bien dans les deux cas le point central de la prestation, et de la convention. Pourquoi alors dans un cas son usage est-il frappé d'interdiction, tandis que dans l'autre, il n'encourt aucune peine ? La seule réponse réside dans la prise en compte de la volonté, du but de celui qui participe à la convention, et par le biais de laquelle le juge module le champ de la liberté.

1378. Il en va de même si l'on songe à l'article 6 du Code civil, qui dispose qu'« on ne peut déroger, par des conventions particulières, aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs ». Comment comprendre une telle disposition si l'analyse de la volonté est systématiquement écartée du contrôle du juge ? S'agit-il alors de dire qu'il existe des objets qui sont, *per se*, contraires à l'ordre public ou aux bonnes mœurs ? Une réponse simple à cette question consisterait à citer les produits stupéfiants qui peuvent paraître répondre à cette définition. Néanmoins, certains d'entre eux sont bien légaux lorsqu'ils sont administrés par un médecin, c'est-à-dire par une autorité légalement investie du pouvoir de le faire¹⁷⁴⁹. Comment alors circonscrire la définition d'un tel objet, énumérer les qualités dont il doit être pourvu pour pouvoir être considéré comme contraire aux bonnes mœurs du seul fait de son existence¹⁷⁵⁰ ?

¹⁷⁴⁷ Nous évoquerons plus en détail cette jurisprudence par la suite. Cf. *infra*. Partie II, Titre II, Chapitre 3, Section I.

¹⁷⁴⁸ Même si l'on peut également comprendre cela comme un essai d'interdiction du fait de monnayer son handicap.

¹⁷⁴⁹ Si le cas de la morphine et des dérivés est évident, la situation se présente également à l'égard de la THC, principe actif du chanvre, qui est utilisé dans des traitements anti-anoréxiqes, mais aussi à l'égard de patients atteints de la mucoviscidose, pour lesquels le juge prononce souvent la relaxe. Or, une appréhension portée sur le seul objet rendrait impossible une telle modulation.

¹⁷⁵⁰ Étant entendu, de plus, que pour ce qui relève de la moralité au sens du droit administratif, cette dernière est appréciée au regard de circonstances locales, et non comme un absolu intangible.

1379. Ceci précisé, nous allons essayer maintenant d'observer comment l'importance de l'information se retrouve de manière très contemporaine au sein du droit, et ce au travers de divers exemples qui la mettent en exergue.

§2 : Une illustration de l'importance variable de l'information : le consentement en situation

1380. Après avoir souligné l'importance de l'information, sur le plan des principes, dans le domaine de la logique contractuelle, il reste à voir si celle-ci s'est diffusée dans les autres domaines d'utilisation du consentement. Pour compléter cette première version quelque peu théorique, on va donc tâcher ici d'envisager le consentement en situation.

1381. En la matière, si l'information est presque toujours recherchée et protégée, il existe néanmoins une spécificité concernant la sphère médicale, dans laquelle cette thématique revêt une importance considérable. Ceci tient à la fois à des raisons assurantielles, mais aussi au fait que cette matière permet la rencontre de deux individualités qui sont loin d'être égales : l'une possède un savoir tout à fait spécifique et inaccessible à celui dont le consentement est recherché. De là s'explique que, dans une volonté d'égalitarisation des parties, on ait réservé cette place au consentement informé (A).

Pour faire ressortir ces éléments, on terminera par une comparaison avec d'autres mises en œuvre concrètes du consentement, qui traduisent une relation différente avec l'information (B).

A / Consentement et sphère médicale : l'importance de principe de l'information

1382. En matière de consentement au soin, l'information, sa nature, et sa qualité sont autant de points qui retiennent particulièrement l'attention du juge comme de la doctrine¹⁷⁵¹. Toutefois, ce souci doit s'apprécier au regard de l'histoire, puisqu'il n'en pas toujours été ainsi (1). Cette obligation fait désormais l'objet d'une délimitation suffisamment précise (2) pour que toute subjectivisation de celle-ci soit en principe impossible (3). Il n'en reste pas moins

¹⁷⁵¹ Pour une vision d'ensemble récente sur l'obligation d'information en matière médicale, cf. E. Pellerin, *Le dévoiement de l'obligation d'information en droit médical, ou l'illusion du consentement du patient*, Thèse pour la doctorat en droit, Univ. Paris 10, 2011, 373 pages.

que la nature des informations à transmettre interroge directement quant à l'effet recherché (4).

1 / Bref historique de l'obligation d'information dans la sphère médicale

1383. Le consentement dans la sphère médicale n'a pas toujours eu l'importance qu'on lui confère aujourd'hui. Ceci est en effet le fruit d'une lente évolution de la relation médecin-patients, qui vise à extirper ce dernier de la prépondérance paternaliste et autoritaire qui caractérise leur rencontre. Ainsi le chirurgien Guy de Chauliac énonçait-il, au XIV^{ème} siècle, que “le médecin attend du patient qu'il lui obéisse tel un serf à son seigneur”¹⁷⁵². De même, Henri de Mondeville, chirurgien de Philippe le Bel, écrit dans son traité de chirurgie que “le moyen pour le chirurgien de se faire obéir de ses malades, c'est de leur exposer les dangers qui résultent pour eux de leur désobéissance. Il les exagèrera si le patient a l'âme brave et dure; il les atténuera, les adoucira ou les taira si le malade est pusillanime ou bénin, de crainte qu'il ne désespère”¹⁷⁵³. Plus tard, Louis Pasteur déclarera, dans le même sens, “Je ne te demande pas ta race, ta religion. Tu souffres : tu m'appartiens”. Enfin, Louis Portes, président du Conseil de l'ordre au début du XX^e siècle, écrira, dans son ouvrage sur l'éthique médicale, que “face au patient, inerte et passif, le médecin n'a en aucune façon le sentiment d'avoir à faire à un être libre, à un égal, à un pair qu'il puisse instruire véritablement. Tout patient est, et doit être pour lui, comme un enfant à apprivoiser, non certes à tromper - un enfant à consoler, non pas à abuser - un enfant à sauver, ou simplement à guérir, à travers l'inconnue des péripéties (...). Le patient à aucun moment ne connaissant, au sens exact du terme, sa misère, ne peut vraiment consentir à ni à ce qui lui est affirmé, ni à ce qui lui est proposé”¹⁷⁵⁴.

On mesure donc à la fois les progrès accomplis, mais également la continuité d'une certaine forme de lien, qui subsiste par-delà les siècles. En effet, même dans notre modernité présentée comme libérée, le dialogue du médecin et du patient est toujours placé sous l'égide du sachant et du profane, et ainsi, traversé de bout en bout de considérations d'autorité qu'un différentiel de savoir et de situation ne masque que très imparfaitement.

¹⁷⁵² G. de Chauliac, *Chirurgica Magna*, éd. E.J. Brill, 1997, cité in F. Vialla, « Bref retour sur le consentement éclairé », *D.* 2011, p. 292, version électronique, p. 3.

¹⁷⁵³ H. de Mandeville, *Chirurgie*, éd. Firmin Didot, Paris, 1897, édition numérisée Gallica, cité in F. Vialla, *ibid.*

¹⁷⁵⁴ L. Portes, *A la recherche d'une éthique médicale*, éd. Masson, 1954, cité in O. Jonquet, « Consentement. De qui ? À quoi ? », journées de gériatrie du CHU de Lyon, équipe de réanimation du CHU de Montpellier, présentation PowerPoint.

1384. Il reste alors à trouver une place pour le consentement au sein de cet édifice qui ne lui en laisse guère de premier abord. Ceci va se faire de manière différente selon que l'on considère la jurisprudence civile ou administrative. Pour le juge judiciaire, et à compter de l'arrêt Mercier¹⁷⁵⁵, la relation entre un professionnel de santé et son patient est appréhendée sous l'angle contractuel, et permet donc l'engagement, en cas de faute, de la responsabilité contractuelle¹⁷⁵⁶. Dès lors, s'il s'agit d'un contrat, il est donc nécessaire que le patient donne son consentement à l'acte pour que celui-ci se forme valablement. À la suite de ceci vient l'arrêt Teyssier¹⁷⁵⁷, qu'un auteur autorisé a pu qualifier de « fondateur de l'éthique médicale »¹⁷⁵⁸, et qui impose le respect de la personne humaine au praticien, obligation qui doit se comprendre comme le fait que le médecin doit obtenir le consentement éclairé du patient, c'est-à-dire lui fournir les informations nécessaires à ce consentement sans quoi il manque à ses devoirs médicaux et commet une faute personnelle.

1385. Toutefois, afin de bien marquer la spécificité de cette forme de contrat, et ne pas limiter celui-ci aux règles qui régissent usuellement le commerce des biens, la protection accolée au corps va se transposer également. Aussi, la consécration du principe du respect de la dignité humaine par la loi bioéthique de 1994 et par le Conseil constitutionnel¹⁷⁵⁹ va profondément influencer le statut du consentement. La doctrine a ainsi pu affirmer que le consentement faisait le lien entre la loi assurant la primauté de la personne, et la dignité de la personne, « au travers de sa parole donnée avec (*cum*) du sens »¹⁷⁶⁰. De même, la Cour de cassation a jugé que l'obligation d'information du médecin, seule à même de garantir le consentement éclairé du patient, était fondée dans « l'exigence du respect du principe constitutionnel de sauvegarde de la dignité de la personne humaine »¹⁷⁶¹.

¹⁷⁵⁵ Cass. civ. 20 mai 1936, *DP* 1936. 1. 88, rapp. Jossierand, concl. Matter, note signée E. P.; *S.* 1937. 1. 321, note Breton ; *RTD civ.* 1936. 691, obs. Demogue ; *GAJC*, 11^e éd., n° 161 ; *Gaz. Pal.* 1936. 2. 41, cité in P. Sargos, deux arrêts « historiques » en matière de responsabilité médicale générale et de responsabilité particulière liée au manquement d'un médecin à son devoir d'information, *D.* 2010, p. 1522, version électronique, p. 1.

¹⁷⁵⁶ Il reste une possibilité d'engager la responsabilité délictuelle du praticien lorsqu'il n'existe pas de contrat.

¹⁷⁵⁷ Cass. Req., 28 janv. 1942, *DC* 1942. 63 ; *Gaz. Pal.* 17 avr. 1942, p. 177.

¹⁷⁵⁸ P. Sargos, *ibid.*

¹⁷⁵⁹ Cons. const., déc. n°94-343/344 du 27 juill. 1994.

¹⁷⁶⁰ F. Violla, *précité*, p. 2.

¹⁷⁶¹ Cass. civ. 1^{ère}, 9 oct. 2001, n° 00-14.564, *D.* 2001. 3470, rapp. P. Sargos, note D. Thouvenin, cité in C. Lantero, « Vers la reconnaissance du défaut d'information comme chef de préjudice autonome ? », *AJDA*, 2010, p. 2169, version électronique, p. 2.

1386. C'est dans ce contexte que l'obligation d'information a pris naissance, mais surtout, a bénéficié d'un essor considérable bien que chaotique, et dont il convient de retracer la généalogie dans son lien avec le consentement. En effet, si ce dernier n'était pas nécessaire au praticien, le fait même d'informer le patient des risques de l'intervention n'aurait guère de sens. C'est pour qu'il puisse accepter « en toute connaissance de cause », comme le dit si bien l'expression, qu'il importe qu'il dispose de toutes les informations nécessaires pour ce faire. Or, l'introduction de la référence explicite au consentement dans les textes est assez tardive.

1387. C'est le décret du 6 septembre 1995, créant le Code de déontologie médicale qui, au travers de son article 36, dispose que « le consentement de la personne examinée ou soignée doit être recherché dans tous les cas. Lorsque le malade, en état d'exprimer sa volonté, refuse les investigations ou les traitements proposés, le médecin doit respecter ce refus après avoir informé le malade de ses conséquences. Si le malade est hors d'état d'exprimer sa volonté, le médecin ne peut intervenir sans que ses proches aient été prévenus et informés, sauf urgence ou impossibilité. Les obligations du médecin à l'égard du patient lorsque celui-ci est un mineur ou un majeur protégé sont définies à l'article 42 »¹⁷⁶².

Puis la charte du patient hospitalisé est créée¹⁷⁶³, qui consacre des développements extrêmement conséquents à l'information du patient et de ses proches¹⁷⁶⁴, mais également au consentement en tant que « principe général du consentement préalable »¹⁷⁶⁵, renforcé par un « consentement spécifique pour certains actes ». La nécessité de l'information du patient est donc présente de bout en bout, et répétée à chaque développement intéressant le consentement. Cette Charte a par la suite été réactualisée dans une circulaire de 2006¹⁷⁶⁶, qui reprend l'essentiel en l'adaptant aux évolutions législatives intervenues depuis lors

¹⁷⁶² Décret n°95-1000 du 6 sept. 1995 portant Code de déontologie médicale, art. 36, codifié à l'art. R. 4127-36 du Code de la santé publique.

¹⁷⁶³ Charte du patient hospitalisé, annexée à la circulaire ministérielle n°95-22 du 6 mai 1995 relative aux droits des patients hospitalisés.

¹⁷⁶⁴ La charte évoque ainsi le fait que le médecin doit « donner une information simple, accessible, intelligible et loyale à tous les patients », que le patient doit « participer pleinement, notamment aux choix thérapeutiques qui le concernent », et pour ce faire, « les médecins et le personnel paramédical participent à l'information du malade ». À noter toutefois la possibilité, « pour des raisons légitimes et qui doivent demeurer exceptionnelles », le fait de maintenir le patient dans l'ignorance de son diagnostic ou d'un pronostic lorsque ceux-ci sont graves.

¹⁷⁶⁵ Au-delà du consentement nécessaire et préalable à toute intervention, hors hypothèse d'inconscience, il est affirmé que celui-ci doit « être éclairé, c'est-à-dire que le patient doit avoir été préalablement informé des actes qu'il va subir, des risques normalement prévisibles en l'état des connaissances scientifiques et des conséquences que ceux-ci pourraient entraîner ».

¹⁷⁶⁶ Circulaire DHOS/E1/DGS/SD1B/SD1C/SD4A n° 2006-90 du 2 mars 2006 relative aux droits des personnes hospitalisées et comportant une charte de la personne hospitalisée, *BO Santé*, 15 mai 2006, n°4.

1388.Le Code de la santé publique décline aujourd'hui cette obligation d'information, devenue centrale, au travers de différentes dispositions, de l'information en tant que telle et de la manière dont elle doit être fournie au patient¹⁷⁶⁷, soit qu'il s'agisse de l'information à l'égard des frais auxquels s'exposent le patient et des possibilités de remboursement¹⁷⁶⁸, et enfin de l'information en lien avec le consentement, obligation préalable à toute intervention du médecin¹⁷⁶⁹. Ce dernier article est particulièrement important, en ce que dès son premier alinéa, il sous-entend que la décision médicale n'est pas le fruit d'un unilatéralisme qui s'expliquerait par une différence d'aptitude à connaître, mais qu'elle est le résultat d'un travail complémentaire entre le patient et son médecin : « toute personne prend, avec le professionnel de santé, et compte tenu des informations et des préconisations qu'il lui fournit, les décisions concernant sa santé »¹⁷⁷⁰.

Aussi, il est clair que cette obligation est d'une importance tout à fait essentielle, même s'il reste à déterminer les modalités concrètes dans lesquelles cette information prend place.

2 / L'obligation d'information : des contours délimités de manière particulièrement précise.

1389.Les règles entourant l'obligation d'information sont certes précises, mais n'évacuent pas la difficulté à distinguer, au sein de l'ensemble des risques, ceux qui doivent être effectivement communiqués aux patients (1), ce que paraît attester la jurisprudence (2).

a / La difficulté à déterminer ce qui constitue un risque devant être communiqué au patient

1390.En cette matière, le Code de la santé publique est éclairant. Selon celui-ci, l'information est très précisément encadrée, tant dans le contenu qu'elle doit présenter, mais également dans la façon dont le patient doit pouvoir en avoir connaissance. Sur la première partie, le Code prévoit explicitement que le terme d'information regroupe les « investigations, traitements ou actions de prévention qui sont proposés, leur utilité, leur urgence éventuelle,

¹⁷⁶⁷ C. santé publ., art. L. 1111-2, modifié par la loi n°2009-879 du 21 juill. 2009, art. 37.

¹⁷⁶⁸ C. santé publ., art. L. 1111-3, modifié par la loi n°2011-940 du 10 août 2011, art. 13 et 22.

¹⁷⁶⁹ C. santé publ., art. L. 1111-4, modifié par la loi n°2005-370 du 22 avr. 2005, art. 3.

¹⁷⁷⁰ C. santé publ., art. L. 1111-4, al. 1.

leurs conséquences, les risques fréquents ou graves normalement prévisibles qu'ils comportent ainsi que sur les autres solutions possibles et sur les conséquences prévisibles en cas de refus »¹⁷⁷¹. Le champ est donc particulièrement vaste, et l'information pointue. Le Code précise également qu'elle doit être livrée « au cours d'un entretien individuel »¹⁷⁷². Ceci témoigne du fait que sa transmission s'effectue par voie orale, et non simplement sous la forme d'un écrit. Pour un auteur, il s'agit ici de la « traduction, contemporaine et appauvrie, du binôme hippocratique, et, plus près de nous, du « colloque singulier » cher à Duhamel »¹⁷⁷³.

1391. Il subsiste une incertitude, du fait du caractère particulièrement élargi de cette information, confrontée une fois encore à la problématique spécifique du risque. Premièrement, une telle rédaction interroge sur le critère permettant de définir une survenance comme fréquente ou normalement prévisible. Comme le révèle avec beaucoup de pertinence le professeur Vialla, il est tout à fait envisageable de considérer « qu'un risque de réalisation exceptionnelle soit parfaitement identifié par la littérature médicale et confine dès lors, aux données de la science et autres connaissances médicales avérées. Il sera alors normalement prévisible pour les professionnels de santé et devra, selon son intensité et sa gravité, être porté à la connaissance du patient »¹⁷⁷⁴. De ce point de vue, il est en prévoir qu'à raison des progrès spectaculaires de la science, associés au développement toujours plus important de l'informatique, les praticiens seront confrontés à une difficulté difficilement surmontable sur le plan technique.

1392. Qu'entend-on par là ? Le fait que le développement de l'informatique a permis une augmentation très importante de la capacité de traitement des informations, lorsque ces dernières sont modélisées de manière informatique, et intégrées dans des bases de données interopérables, permettant des recoupements et des tris logiques dans des proportions jusque-là inconnues. C'est dans ce sillon que viennent par exemple se greffer tous les dispositifs concernant les environnements intelligents, la biométrie, etc. Or, l'explosion de cette capacité de calcul a pour conséquence paradoxale que loin de faire diminuer les facteurs de risque propres à certaines pathologies, elle ne fait qu'en recenser davantage, ce qui aboutit à une explosion des variables impliquées dans le risque symptomatique de survenance d'une

¹⁷⁷¹ C. santé publ., art. L. 1111-2, al. 1.

¹⁷⁷² C. santé publ., art. L. 1111-2, al. 3.

¹⁷⁷³ F. Vialla, précité, p. 1.

¹⁷⁷⁴ F. Vialla, précité, p. 2.

pathologie. Ainsi, s'agissant de certains cancers, comme celui du foie, on en arrive ce faisant à intégrer dans le calcul de probabilité accompagnant un pronostic, plus d'une centaine de variables, d'importance tout à fait diverse, puisque se croisent les prédispositions génétiques et le fait de consommer du café, ou d'utiliser un certain type d'huile pour cuisiner.

1393. Cette capacité de traitement peut également être appliquée à des risques opératoires puisque les savoirs se précisant, il devient de plus en plus possible de déterminer des relations que l'on identifie comme causales entre différents éléments. De fait, les probabilités de réalisation d'une complication sont à la fois plus précisément identifiées, mais aussi, augmentent en nombre du fait d'une meilleure compréhension du fonctionnement biologique. Dans cette profusion d'informations, que le médecin ne connaît pas nécessairement lui-même, sauf à suivre de manière attentive la recherche médicale et les publications afférentes, il appartient à celui que le droit désigne comme sachant, de déterminer ce qui doit être dit, et ce qui peut être tu. Or, la seule référence à la probabilité peut fausser la vision qu'en ont les principaux intéressés. Ainsi, une probabilité de 0,5, voire 1 % d'une complication, doit-elle être mentionnée, relevant du champ des « risques fréquents ou normalement prévisibles » ?

b / L'application par la jurisprudence de l'obligation d'information en matière médicale

1394. Sur ce point, la jurisprudence a apporté une réponse, qui vaut comme mise en garde pour l'ensemble des médecins. Antérieurement à la loi Kouchner de 2002, le praticien devait également informer le patient des risques même exceptionnels de l'acte envisagé¹⁷⁷⁵. De manière analogue, le juge administratif s'est calé sur cette position, et a ainsi jugé qu'un risque de 1% faisait entrer celui-ci dans la sphère des informations devant être communiquées¹⁷⁷⁶. On mesure donc ainsi véritablement l'étendue de cette obligation, et le risque qu'elle fait courir

¹⁷⁷⁵ Cass. civ. 1^{ère}, 27 mai 1998, n° 96-19.161, *D.* 1998, p. 530, note F. Laroche-Gisserot ; *RTD civ.* 1999, p. 111, obs. P. Jourdain ; Cass. civ. 1^{ère}, 7 oct. 1998, Clinique du Parc, n° 97-10.267, *D.* 1999, p. 145, note S. Porchy ; *ibid.* p. 259, obs. D. Mazeaud ; *RDSS* 1999, p. 506, obs. L. Dubouis ; *RTD civ.* 1999, p. 83, obs. J. Mestre ; *ibid.* 111, obs. P. Jourdain ; Cass. civ. 1^{ère}, 15 juill. 1999, n° 97-20.160, *D.* 1999, p. 393, obs. J. Penneau ; *JCP* 1999, IV, p. 2713.

¹⁷⁷⁶ CE sect. 5 janv. 2000, Consorts Telle, req. n° 181899, *Rec. Lebon* p. 5 ; *AJDA* 2000, p. 137, chron. M. Guyomar et P. Collin ; *RDSS* 2000, p. 357, note L. Dubouis ; *RFDA* 2000, p. 641, concl. D. Chauvaux et p. 654, note P. Bon.

aux médecins, alors que, pour reprendre un auteur, la loi se situe «à un niveau d'exigence inférieur à celui des juges »¹⁷⁷⁷.

1395. Si cette disposition peut paraître protectrice du consentement du patient, il n'en reste pas moins qu'elle ne produit, en réalité, guère de conséquences. S'il fallait raisonner sur un strict plan probabiliste, le risque anesthésique qui accompagne une grande partie des opérations comporte déjà, en lui-même, la possibilité de conséquences particulièrement graves. Il est de la même façon tout à fait possible de succomber à un choc septique consécutif à une intervention parfaitement bénigne. L'information présentée joue donc davantage comme une forme d'exclusion de responsabilité, comme une formalité probatoire nécessaire à la conclusion du contrat, que comme une véritable protection. C'est sous cet angle que l'on peut analyser un certain nombre de décisions rendues en ce sens, dans lesquelles les juges relèvent que la partie concernée, même informée des risques de l'opération, n'aurait en somme pu faire autrement que de consentir à celle-ci, tant les conséquences qui accompagnent la pathologie au principal sont importantes. Dès lors, faut-il considérer qu'il existe une véritable liberté pour celui à qui l'on indique que les conséquences d'une intervention sont potentiellement mortelles, mais que le trouble qui nécessite celle-ci l'est au moins tout autant ? C'est exactement le genre de dilemme auquel se trouvent confrontés nombre de patients présentant une tumeur cancéreuse, et pour laquelle le traitement emporte parfois une diminution de la qualité de vie telle qu'elle interroge sur son bien-fondé.

1396. Néanmoins, cela ne signifie pas pour autant qu'il faudrait revenir sur ce dispositif, et ne plus informer les malades des risques des interventions. Il s'agit plutôt de relativiser le caractère protecteur que l'on accole trop souvent à ce mécanisme, alors que celui-ci est relativement ténu. Toutefois, même dans les situations extrêmes évoquées, il subsiste un noyau irréductible de liberté, qui permet à un individu de décider du sort qu'il veut être le sien, et ce par le biais d'une protection garantie par le Code de la santé publique. Grâce à celle-ci, il peut renoncer à cette information et choisir de demeurer dans l'ignorance, sauf hypothèse de « risque de transmission »¹⁷⁷⁸. De la même façon, il peut également refuser une médication, et

¹⁷⁷⁷ C. Lantero, précité, p. 5. F. Vialla évoque, quant à lui, le fait qu'il « ne faut pas exclure trop rapidement l'information du risque de réalisation exceptionnelle, voulue par la jurisprudence antérieure à la loi de 2002 », in F. Vialla, précité, p. 2.

¹⁷⁷⁸ C. santé publ., art. L. 1111-2, al. 4. Cela vise donc la situation dans laquelle le patient est atteint d'une pathologie susceptible d'être transmise, et ce d'autant plus s'il est maintenu dans l'ignorance de cette dernière.

persister dans ce refus, après avoir été informé des risques pour sa vie qu'un tel refus occasionne¹⁷⁷⁹.

1397. Cette possibilité de refus est d'autant plus importante que l'exigence du consentement libre et éclairé préalable à l'intervention médicale a été qualifiée de liberté fondamentale au sens de l'article L. 521-2 du CJA¹⁷⁸⁰. On peut donc, en pratique, renoncer par un consentement éclairé à son propre consentement éclairé. En effet, c'est informé du fait que l'on peut recevoir une information relative au diagnostic comme au pronostic, que l'on peut refuser ce dernier. Ceci signifie donc qu'une possibilité de modulation par le consentement de la fundamentalité est ici permise. Il reste pourtant à voir si concrètement, un individu pourrait demander à ce que soit pratiquée sur lui l'intervention nécessaire, tout en demandant expressément à ne pas être informé ni de la pathologie, ni de la nature de l'intervention, ni de ses conséquences. Ce cas ne s'est apparemment pas présenté au prétoire, et il y a fort à parier que le juge rejetterait une telle demande, comme témoignant d'une inconscience qui, d'une certaine façon, altère en elle-même la possibilité d'un consentement éclairé.

1398. Concernant la forme que doit prendre cette transmission d'informations, le Code de déontologie intégré au Code de la santé publique évoque une information « loyale, claire et appropriée », ainsi qu'une nécessité de tenir compte « de la personnalité du patient dans ses explications »¹⁷⁸¹. Ceci signifie donc que l'obligation ne s'apprécie pas *in abstracto*, et qu'il ne suffit pas pour le médecin d'annoncer avoir fourni les informations techniques applicables. Il doit en quelque sorte s'assurer de la bonne compréhension de son interlocuteur, en adaptant son langage à la spécificité de chaque personne, spécificité qui doit être comprise comme incluant même « la personnalité ».

1399. Pourtant, comme le relève le professeur Violla, « la relation qui fut longtemps, selon le doyen Savatier, celle d'un *profane* envers un *initié* avant de devenir celle d'un *ignorant* envers un *savant*, demeure profondément déséquilibrée. Remarquons que la décision prise pourra toujours être assise sur une illégitimité. Si le professionnel est « scientifiquement » légitime

¹⁷⁷⁹C. santé publ., art. L. 1111-4, al. 2.

¹⁷⁸⁰CE 16 août 2002, Mme Feuillatay, req. n° 249552, *Lebon* p. 309 ; D. 2004, p. 602, obs. J. Penneau ; *RTD civ.* 2002, p. 781, obs. J. Hauser.

¹⁷⁸¹C. santé publ., art. R. 4127-35, al. 1.

parce que savant, il n'est pas concerné dans son corps et sa personne. À l'inverse concerné au premier chef, le patient demeure un *ignoramus*, « scientifiquement » illégitime »¹⁷⁸². Ce conflit de légitimité apparemment de peu d'importance, aboutit en réalité à ce que la présence de l'un soit reconnue à l'égard des pouvoirs d'un autre, et en l'occurrence, celle du médecin sur son patient.

Il n'en reste pas moins que l'information doit, dans la mesure du possible, être spécifiquement adaptée à l'interlocuteur. Or, sur ce dernier point, les textes ne prévoient pas de tests particuliers permettant de s'assurer que la compréhension invoquée est bien réelle. Le fait d'entendre le patient répondre oui à la question « comprenez-vous ? » suffit-il à véritablement caractériser cette compréhension ? Car dans cette relation d'ignorance inégalement partagée s'ajoute également une dimension de pouvoir qui peut faire taire à un individu son incompréhension, par peur d'exposer ses faiblesses ou ses lacunes.

1400. Sur ce point, la jurisprudence a d'abord considéré que la charge de la preuve de l'exécution de cette obligation d'information reposait sur le médecin¹⁷⁸³. Puis, cette obligation a été inscrite dans le corps du texte du Code de la santé publique : « En cas de litige, il appartient au professionnel ou à l'établissement de santé d'apporter la preuve que l'information a été délivrée à l'intéressé dans les conditions prévues au présent article. Cette preuve peut être apportée par tout moyen »¹⁷⁸⁴.

Il est toutefois possible de préciser encore davantage ce qui est attendu de la part du juge. Il appartient en premier lieu au médecin de prouver la tenue concrète de cet entretien individuel auquel le Code fait référence. Un agenda peut à ce titre faire office de preuve, même si comme le note le professeur Vialla, « le praticien devra veiller à la conformité, *rationae temporis*, entre ce qui peut raisonnablement avoir été dit dans cet espace-temps et ce qu'il prétend avoir dit au cours de cet entretien »¹⁷⁸⁵. C'est dire ici à quel point le contrôle se veut précis et exigeant, du moins dans la forme.

Cette exigence se retrouve également dans la liberté de la preuve. Il semble en effet que certains praticiens, dans le but de se protéger et interprétant maladroitement ce qu'ils

¹⁷⁸²F. Vialla, précité, p. 3. L'auteur évoque également à l'appui une citation du Traité de droit médical de Auby, Péquignot et Savatier, qui énonce : « il n'en est pas moins vrai que le contrat médical correspond nécessairement à un acte de confiance double : celui d'un ignorant envers un savant, celui d'un faible envers un protecteur ».

¹⁷⁸³ Cass Civ. 1^{ère}, 25 févr. 1997, n° 94-19.685, D. 1997, p. 319, obs. J. Penneau ; *GAJC*, 12^e éd. 2007, n° 16 ; *RDSS* 1997, p. 288, obs. L. Dubouis ; *RTD civ.* 1997, p. 434, obs. P. Jourdain ; *ibid.* p. 924, obs. J. Mestre.

¹⁷⁸⁴ C. santé publ., art. L. 1111-2, al. 7.

¹⁷⁸⁵ F. Vialla, précité, p. 4.

connaissent du droit, ont cru pouvoir se réfugier derrière un écrit labellisé « formulaire de consentement éclairé ». Ainsi, « pour une majorité de professionnels le « consentement éclairé » n'est rien d'autre qu'un document portant la signature du patient »¹⁷⁸⁶. Or, une telle preuve ne saurait suffire puisqu'en elle-même, elle ne révèle rien de ce qui a été dit précisément. À cela s'ajoute le fait que ces formulaires types ne peuvent répondre, par définition, à l'exigence de la loi, puisque celle-ci demande explicitement un « entretien individuel », et donc une information qui soit personnalisée pour chaque patient, ce qu'un formulaire-type ne saurait caractériser.

3 / Manquement à l'obligation d'information : un préjudice autonome apparemment non subjectivable

1401. Toutefois, si on porte l'analyse sur le terrain de la sanction, afin de s'assurer de l'effectivité de ce droit subjectif, les conclusions divergent suivant la chronologie. En effet, la jurisprudence admettait jusqu'à très récemment, en cas de défaut de l'obligation d'information de la part du praticien, lacune que certains auteurs qualifient de « faute éthique »¹⁷⁸⁷, que la perte de chance était le seul préjudice indemnisable¹⁷⁸⁸. À cela il convenait d'ajouter également le fait que, lorsque l'opération était présumée nécessaire, en l'absence de solutions alternatives, les juges considéraient que le patient, même informé, n'aurait pu renoncer à cette intervention, et que dès lors, le lien de causalité entre le dommage et le fait générateur faisait défaut¹⁷⁸⁹.

¹⁷⁸⁶ F. Violla, *ibid.*

¹⁷⁸⁷ F. Arhab-Girardin, « La consécration d'un nouveau préjudice moral né du défaut d'information médicale. Note sous Cass. civ. 1^{ère}, 3 juin 2010 », *RDSS*, 2010, p. 898, version électronique, p. 6.

¹⁷⁸⁸ Cass. civ. 1^{ère}, 7 févr. 1990, *Bull. civ. I*, n° 39 ; *D.* 1991. Somm. 183, obs. J. Penneau ; *RTD civ.* 1992, p. 109, obs. P. Jourdain ; déjà en ce sens : Cass. Civ. 1^{ère}, 17 nov. 1969, *Bull. civ. I*, n° 347 ; *RTD civ.* 1970, p. 580, obs. G. Durry ; *JCP G* 1970, II, p. 16507, note R. Savatier, cité in M. Bacache, « Le défaut d'information sur les risques de l'intervention : quelles sanctions ? Pour une indemnisation au-delà de la perte de chance », *D.* 2008, p.1908 ; Cf. également Cass. civ. 1^{ère}, 7 déc. 2004, n° 02-10.957, *D.* 2005, p. 409 ; *ibid.* p. 403, obs. J. Penneau, *Bull. civ. I*, n° 30 ; *RCA* 2005. comm. 60 – Cass. civ. 1^{ère}, 6 déc. 2007, n° 06-19.301, *D.* 2008, p. 192, note P. Sargos ; *ibid.* p. 804, chron. L. Neyret ; *ibid.* 2894, obs. P. Brun et P. Jourdain ; *ibid.*, 2009 p. 1302, obs. J. Penneau ; *RTD civ.* 2008, p. 272, obs. J. Hauser ; *ibid.* p. 303, obs. P. Jourdain.

¹⁷⁸⁹ Cass. civ. 1^{ère}, 20 juin 2000, n° 98-23.046, *D.* 2000, p. 471, et les obs., obs. P. Jourdain ; *RDSS* 2000, p. 729, obs. L. Dubouis, *Bull. civ. I*, n° 193 ; *RCA* 2000. comm. 302 – Cass. civ. 1^{ère}, 13 nov. 2002, n° 01-00.377, *D.* 2002, p. 3188 ; *RTD civ.* 2003, p. 98, obs. P. Jourdain – Cass. civ. 1^{ère}, 4 avr. 2003, *Bull. civ. I*, n° 40 – Cass. civ. 1^{ère}, 6 déc. 2007, préc., cité in P. Jourdain, le manquement au devoir d'information médicale cause un préjudice qui doit être réparé (revirement de jurisprudence), *RTD civ.*, 2010, p. 571.

1402. Ce principe, également appliqué par le juge administratif¹⁷⁹⁰, avait contre lui une part importante de la doctrine¹⁷⁹¹. Il restait toutefois à trouver un fondement permettant de caractériser éventuellement ce préjudice. Un auteur¹⁷⁹², à la fin des années 1990, avait déjà proposé de caractériser ainsi un préjudice « d'impréparation » à l'égard des conséquences éventuelles de l'opération, une impréparation ayant une forte dimension psychologique, subjective¹⁷⁹³. Comme le note Mme Arhab-Girardin, « il s'agirait d'un préjudice moral distinct de la perte de chance et résultant des souffrances psychologiques endurées en raison de l'impossibilité d'anticiper le dommage qu'il a subi du fait du défaut d'information »¹⁷⁹⁴. D'autres auteurs ont évoqué une « atteinte à ses sentiments d'autonomie et de dignité »¹⁷⁹⁵.

1403. Cette formulation produit des conséquences non négligeables pour la matière.

En effet, elle traduit le fait que le droit peut prendre en compte un sentiment, puisqu'il s'agit ici de témoigner d'une atteinte non à l'autonomie en tant que telle, mais au sentiment d'autonomie. Ceci vient donc battre en brèche l'idée selon laquelle le for intérieur, qui supposerait une investigation psychologique, serait *de facto* inaccessible au juge. Dès lors, il semble envisageable de dire, si ce fondement devait être retenu, que le sentiment pourrait avoir des points d'entrée supplémentaires en droit¹⁷⁹⁶. On peut remarquer à ce propos que cette consécration, qui passe par l'obligation d'information, est en fait à rattacher au consentement, dont l'obligation d'information ne constitue qu'un démembrement de son caractère éclairé. C'est donc bien par le biais du consentement que la doctrine semble accéder ici au sentiment, retrouvant par là même l'association objet de ce travail de recherche. Néanmoins, le caractère de sentiment ici évoqué pose également un important problème pratique, que la doctrine a également soulevé, mais qui reste sans réponse pour le moment du côté de la jurisprudence. Qui dit sentiment dit subjectivité, et donc potentiellement subjectivisation de l'usage du droit reconnu. Par là il faut entendre que, si c'est l'atteinte au

¹⁷⁹⁰ CE 5 janv. 2000, *Telle, Lebon* p. 5 ; *RFDA* 2000, p. 641, concl. D. Chauvaux, et 654, note P. Bon ; *JCP G* 2000, II, p. 10271, note J. Moreau ; *RCA* 2002. Chron. 4 ; *AJDA* 2000, p. 180, et 137, chron. M. Guyomar et P. Collin ; *RDSS* 2000, p. 357, obs. L. Dubouis.

¹⁷⁹¹ Cf. en ce sens, M. Bacache, précité ; P. Sargos, Ph. Stoffel-Munck, P. Jourdain dans leurs notes sous Cass. civ. 1^{ère}, 6 déc. 2007, *D.* 2008, p. 1908. ; En sens inverse : A.-N. Crédeville, « Le défaut d'information sur les risques de l'intervention : quelles sanctions ? Non à la dérive des préjudices », *D.* 2008, p. 1914.

¹⁷⁹² M. Penneau, « Le défaut d'information en médecine », *D.*, 1999, n° 3, p. 46.

¹⁷⁹³ C'est ce point que critique avec le plus de virulence A.-N. Crédeville, dans son article précité.

¹⁷⁹⁴ F. Arhab-Girardin, précité, version électronique, p. 5.

¹⁷⁹⁵ S. Porchy, « Lien causal, préjudices réparables et non-respect de la volonté du patient », *D.* 1998, n°40, p. 379.

¹⁷⁹⁶ À côté par exemple du préjudice d'affection.

sentiment qui caractérise le préjudice, cela signifie-t-il qu'il appartient aux parties de faire valoir, ou non, ce droit ? Une personne peut-elle attester du fait que le manquement à l'obligation d'information n'a pas porté atteinte à son sentiment ?

1404. Ceci nous semble être une question absolument essentielle, d'un point de vue pratique, et qui n'est pas sans rappeler la grande distinction civiliste entre la responsabilité pour faute prouvée, et la responsabilité pour faute présumée ou responsabilité objective (de plein droit).

C'est en ce sens que la Cour de cassation a rendu une décision d'importance¹⁷⁹⁷, qualifiée d'historique par un commentateur autorisé¹⁷⁹⁸. Dans celle-ci, la Cour reconnaît le défaut d'information comme préjudice moral autonome, qui appelle *per se*, une indemnisation : « Que le non-respect du devoir d'information qui en découle, cause à celui auquel l'information était légalement due, un préjudice, qu'en vertu du dernier des textes susvisés, le juge ne peut laisser sans réparation ». À cela s'ajoute que l'arrêt est rendu sur les seuls visas des articles 16-3 du Code civil, et 1382, donc sans référence à l'article 1147 du Code civil¹⁷⁹⁹, et à l'article L. 1142-1 du CSP. Cela semble donc témoigner de l'abandon de la faute contractuelle, et implique ainsi que le régime de la responsabilité afférent dépend maintenant essentiellement du CSP¹⁸⁰⁰. Un auteur a ainsi pu évoquer le fait que la Cour, par cette décision, « s'émancipe du pur modèle civiliste contractuel »¹⁸⁰¹, modèle qui rendait problématique la justification de l'obligation d'information selon qu'elle était considérée comme une obligation préalable à la conclusion du contrat, ou postérieure à celui-ci¹⁸⁰². Cette émancipation sera faite, de manière définitive, par un arrêt rendu le 14 octobre 2010¹⁸⁰³, qui substitue à l'ancien fondement contractuel en vigueur depuis la jurisprudence Mercier, un fondement légal par la référence à l'article L. 1142-1-1 du CSP.

¹⁷⁹⁷ Civ. 1^{ère}, 3 juin 2010, n° 09-13.591, *D.* 2010, p. 1484, obs. I. Gallmeister ; *ibid.* p. 1522, note P. Sargos ; *ibid.* p. 1801, point de vue D. Bert ; *ibid.* p. 2092, chron. N. Auroy et C. Creton ; *Gaz. Pal.* 16-17 juin 2010, avis A. Legoux ; *RTD civ.*, 2010, p. 571, obs. P. Jourdain.

¹⁷⁹⁸ P. Sargos, précité.

¹⁷⁹⁹ Qui vise l'obligation contractuelle d'information. Ce qui signifie donc que la relation médicale était jusque-là entièrement bâtie sur le modèle du contrat.

¹⁸⁰⁰ Ceci tient aussi, selon P. Sargos, au fait que « la jurisprudence définissait de plus en plus les fautes par référence au Code de déontologie médicale, maintenant intégré » dans le Code de la santé publique Cf. P. Sargos, précité, version électronique, p. 2.

¹⁸⁰¹ C. Lantero, précité, p. 6.

¹⁸⁰² Sur ce point, cf. P. Jourdain, précité, version électronique, p. 2.

¹⁸⁰³ Civ. 1^{ère}, 14 octobre 2010, Bull. 2010, n°200, pourvoi n°09-69-195. Cette substitution n'affecte pas vraiment le raisonnement développé ici, puisque l'on vise avant tout l'empreinte normative de la logique contractuelle sur les esprits, plutôt que le fondement textuel direct.

1405.Néanmoins, la question reste posée de l'appréciation de ce préjudice. Ainsi, certains auteurs sont favorables à ce que le régime ainsi institué prenne définitivement ses distances avec l'article 1382, de telle sorte qu'il n'y ait plus à prouver ni le préjudice ni la faute. Il ne semble pas que ce soit la voie empruntée par la Cour de cassation. Ainsi, selon Mme Arhab-Girardin, « la seule constatation de l'atteinte présume le préjudice moral. Ce faisant, on aboutit à une conception abstraite du préjudice privant les juges du fond de leur pouvoir souverain d'appréciation de l'existence du préjudice et de toute appréciation *in concreto*. Les conséquences risquent d'être lourdes pour le corps médical »¹⁸⁰⁴.

1406.Il semble donc bien que la réponse apportée à la question évoquée plus haut soit dans le sens d'une appréciation objective de la faute, qui dispense donc la victime d'avoir à la prouver du fait de la présomption. Cette appréciation a aussi pour effet d'empêcher la subjectivisation trop importante de ce droit, puisqu'il ne semble plus possible, dans ce cadre, d'envisager une modulation par le consentement de l'importance de ce préjudice.

1407.Pour autant, dans l'affaire étudiée par la Cour à l'occasion de cette décision retentissante, les risques que le praticien n'avait pas évoqués à son patient ne se sont pas réalisés. Aussi, il semblait difficile pour la doctrine d'en tirer une conséquence générale, c'est-à-dire la possibilité d'indemnisation du préjudice qu'il y ait dommage corporel ou non. La lettre de l'arrêt semble pourtant bien suggérer une telle lecture, et consacrer le caractère autonome de cette obligation d'information. Pour le professeur Arhab-Girardin, se trouve ici mise en évidence la fonction de « peine privée de la responsabilité civile. Il s'agit davantage de sanctionner la méconnaissance de la volonté éclairée du patient que de réparer dans une hypothèse où le médecin a certes commis une faute éthique, mais a amélioré son état de santé ou ne l'a pas aggravé »¹⁸⁰⁵.

1408.On mesure donc ici l'écart qui peut exister entre le renforcement de cette obligation, et le caractère composite du consentement. S'il s'agit bien de s'assurer que l'individu possède l'ensemble des informations disponibles sur le sujet, il ne s'agit absolument pas de s'assurer qu'il les comprend effectivement, et qu'il peut les utiliser pour inspirer sa décision. L'incidence de ce supplément d'informations sur la formation de sa décision est parfaitement sans intérêt,

¹⁸⁰⁴ F. Arhab-Girardin, précité, p. 4.

¹⁸⁰⁵ F. Arhab-Girardin, *ibid.*

puisque la connaissance envisagée est une connaissance abstraite, trahissant ainsi sa filiation avec le concept de rationalité économique. Il ne s'agit donc pas d'une prise en compte accrue de la subjectivité des patients, qui si elle s'exprimait, pourrait permettre de caractériser ou non le préjudice suivant l'appréciation qui en est donnée par eux.

Cela permet d'insister sur la manière dont est pensé, dans l'esprit des juges, le consentement. Il s'exprime en effet une forme d'ambiguïté entre d'un côté, la volonté de faire droit à une certaine appréhension de la subjectivité, et de l'autre, le fait que l'individu est toujours appréhendé comme désincarné, comme une sorte d'unité de computation d'un ensemble d'informations qui permettent de formuler un choix. Cette algorithmie de la décision exclut le sentiment, au bénéfice d'une représentation artificielle qui vise justement, par l'automatisme du processus comme des résultats attendus, à ne laisser que peu de place à la subjectivité, et partant, au ressenti.

Il convient maintenant de rechercher la place que l'information occupe dans un autre domaine conséquent du droit biomédical, et qui concerne cette fois un cadre de réflexion dans lequel l'impérativité du soin est beaucoup moins prononcée. On vise ici le cas de l'expérimentation humaine.

4 / Information et recherches biomédicales : analyse des éléments d'informations obligatoires à transmettre au candidat à la recherche

1409. Pour les besoins de la démonstration, on envisagera ici le cadre juridique de la réflexion que nous allons mener (a) avant d'évoquer la manière dont celle-ci nous renseigne à l'égard du consentement (b).

a / Cadre juridique de la réflexion sur l'information en matière de recherches biomédicales

1410. L'intérêt de l'étude de cette situation est évident lorsque l'on veut bien songer au fait que, dans l'hypothèse évoquée précédemment, à savoir un acte médical classique, celui-ci s'inscrit dans le paradigme de la nécessité médicale. Même si celle-ci est susceptible d'aménagement, il n'en reste pas moins qu'elle incarne la pierre angulaire du dispositif législatif français, en ce qu'elle permet de faire le lien entre une intervention sur le corps légalement acceptable, et la protection sacralisée du corps humain, tant dans les textes que

dans la jurisprudence. Ici, point de nécessité donc, mais un choix de la part d'un justiciable de participer à une recherche ou expérimentation.

1411. La recherche biomédicale est régie par différents textes. Depuis la loi Huriet de 1988¹⁸⁰⁶, le régime a été modifié, suite à la transposition d'une directive européenne¹⁸⁰⁷, par la loi du 9 août 2004¹⁸⁰⁸, avant qu'elle ne soit complétée par diverses mesures réglementaires¹⁸⁰⁹. Elles figurent désormais au sein du titre II du Code de la santé publique, aux articles L. 1121-1 à L. 1126-11. La définition des recherches en question se trouve dans la partie réglementaire¹⁸¹⁰, et couvre un éventail large. Il convient toutefois de distinguer les recherches biomédicales des recherches non interventionnelles. Ainsi, « sont donc exclues de la réglementation les recherches dans lesquelles tous les actes pratiqués sont considérés comme courants et les produits utilisés habituellement, lorsqu'aucune procédure supplémentaire ou inhabituelle de diagnostic ou de surveillance n'est appliquée »¹⁸¹¹.

1412. Dans ce domaine, comme souvent en matière médicale, le consentement est primordial. La Convention d'Oviedo¹⁸¹², signée le 4 avril 1997, énonce déjà dans son article 16 : « aucune recherche ne peut être entreprise sur une personne à moins que les conditions suivantes ne soient réunies : La personne se prêtant à une recherche est informée de ses droits et des garanties prévues par la loi pour sa protection ». De même, le protocole additionnel à la convention d'Oviedo du 24 janvier 2002 réaffirme cette obligation dans son article 12, qui dispose que « le donneur ainsi que, le cas échéant, la personne ou l'instance appelée à donner l'autorisation (...) sont informés au préalable de manière adéquate du but et de la nature du

¹⁸⁰⁶ Loi n°88-1138 du 20 décembre 1988 relative à la protection des personnes qui se prêtent à des recherches biomédicales, JORF 22 décembre 1988 p. 16032, dite Loi Huriet-Sérusclat.

¹⁸⁰⁷ Directive n° 2001/20/CE du Parlement européen et du Conseil du 4 avr. 2001 concernant le rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres relatives à l'application de bonnes pratiques cliniques dans la conduite d'essais cliniques de médicaments à usage humain, JOCE 1er mai 2001, texte complété par la suite par la directive 2005/28/CE du 8 avr. 2005, JOUE, 9 avr. 2005.

¹⁸⁰⁸ Loi n°2004-806 du 9 août 2004 relative à la politique de santé publique, JORF 11 août 2004, p. 14277.

¹⁸⁰⁹ Décret n°2006-477 du 26 avr. 2006 modifiant le chapitre Ier du titre II du livre Ier de la première partie du Code de la santé publique relatif aux recherches biomédicales (dispositions réglementaires), JORF 27 avr. 2006, p. 6332.

¹⁸¹⁰ C. santé publ., art. R. 1121-1 à R. 1121-3.

¹⁸¹¹ D. Cristol, « Le régime des recherches biomédicales à l'aune du décret du 26 avr. 2006 », *RDSS*, 2006, p. 672, version électronique, p. 2.

¹⁸¹² Convention ratifiée par le moyen de l'article 1^{er} de la loi n°2011-814 du 7 juillet 2011 relative à la bioéthique qui l'autorise. La Convention a depuis été publiée au Journal Officiel, par le décret n°2012-855 du 5 juillet 2012 portant publication de la Convention pour la protection des droits de l'homme et de la dignité de l'être humain à l'égard des applications de la biologie et de la médecine, JORF n°0157 du 7 juillet 2012, p. 11138.

prélèvement ainsi que de ses conséquences et de ses risques. Ils sont également informés des droits et garanties prévus par la loi pour la protection du donneur. En particulier, ils sont informés du droit à recevoir – de la part d'un professionnel de la santé ayant une expérience appropriée et ne participant ni au prélèvement de cet organe ou de ces tissus ni aux étapes ultérieures de la transplantation – une information indépendante sur les risques du prélèvement ». Cette exigence s'est de nouveau manifestée à l'occasion du Protocole additionnel à la même convention du 25 janvier 2005, qui dans son article 13, consacre de longs développements sur ce thème. Enfin, le protocole additionnel du 27 novembre 2008¹⁸¹³ évoque également ce principe, s'agissant plus spécifiquement des recherches génétiques, par le biais de son article 8.

Il en va de même dans la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, qui dans son article 3 dispose que dans le cadre médical, doit être respecté « le consentement libre et éclairé de la personne concernée, selon les modalités définies par la loi »¹⁸¹⁴.

1413. Nous n'envisagerons néanmoins ici que les recherches médicales au sens strict, et non l'autre versant, c'est-à-dire celles portant sur les soins courants.

Dans cette hypothèse, l'information nécessaire est strictement encadrée par le Code de la santé publique. L'article L. 1122-1 de ce Code dresse ainsi une liste des éléments devant impérativement être communiqués au patient se prêtant à une recherche : l'objectif, la méthodologie et la durée, les bénéfices attendus, les contraintes et les risques prévisibles, les éventuelles alternatives médicales, les modalités de prise en charge médicale prévue en fin de recherche, l'avis des comités compétents sur la question, et l'éventuelle interdiction de participer simultanément à une autre recherche¹⁸¹⁵. Que peut-on dire sur ces éléments transmis ?

b / Caractérisation des éléments d'informations obligatoires au regard du consentement

1414. Premièrement, qu'ils semblent encadrer du début à la fin l'ensemble du processus de recherche, puisqu'ils concernent aussi bien la période précédant le début proprement dit de cette dernière, l'exécution elle-même, mais aussi la phase postérieure. Il s'agit donc, au moins

¹⁸¹³ Que l'État français n'a pas signé, ni l'Union européenne.

¹⁸¹⁴ Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, article 3, point 2, al. 1.

¹⁸¹⁵ C. santé publ., art. L. 1122-1, 1° à 6°.

en apparence d'associer le patient de bout en bout à cette recherche. Néanmoins, comme tout dispositif à visée prospective, l'information ne peut prétendre à l'exhaustivité, le Code lui-même mentionnant les risques prévisibles, ce qui témoigne bien, *a contrario*, que d'autres conséquences sont envisageables. Cela n'est guère surprenant au regard de l'intitulé même de la recherche, qui par définition vise à expérimenter de nouveaux procédés, moyens, thérapeutiques, dont les effets n'ont pas pu encore être identifiés avec autant de précision que des techniques éprouvées depuis plusieurs dizaines d'années. Aussi, de ce point de vue, l'information présentée est sur le plan intellectuel presque en contradiction avec l'activité même du chercheur, puisqu'elle sous-entendrait qu'aurait déjà été découvert ce qui ne peut être que le résultat du processus même. Les informations communiquées visent donc à structurer le procédé, à lui donner une forme juridiquement acceptable, mais ne peuvent prétendre à offrir une vision complète des conséquences pour ceux qui s'y prêtent.

1415. De ce fait, il semble légitime de s'interroger sur le point de savoir s'il s'agit ici avant tout de consacrer le principe de la protection de la personne, objectif de la loi Huriet, ou plutôt de donner un espace juridiquement délimité pour permettre l'exercice des activités de recherche. Deux indices au moins permettent en effet de poser cette question.

Le premier est l'absence de toute référence au sein de cet article à la nécessaire compréhension des informations fournies de la part du sujet de l'expérimentation. Il lui appartient donc de fournir un consentement, que le Code qualifie de « libre et éclairé »¹⁸¹⁶, posant par la même une présomption de compréhension de la part de l'individu¹⁸¹⁷. En somme, tout est fait comme si l'individu était ontologiquement à même de comprendre, et que la question de son défaut sur ce point n'était pas envisageable. Pour trouver une référence à cette idée, il faut se pencher sur le sort réservé au mineur non émancipé, au majeur incapable ou hors d'état d'exprimer son consentement. Pour eux, le Code prévoit bien que l'information délivrée doit être « adaptée à leur capacité de compréhension »¹⁸¹⁸. On pourrait répondre à cela que cette obligation de fournir une information loyale figure déjà dans le Code de déontologie médicale, et qu'elle irrigue donc nécessairement toute la relation soignant-patient. Mais

¹⁸¹⁶ C. santé publ., art. L. 1122-1-1, al. 1 : Aucune recherche biomédicale ne peut être pratiquée sur une personne sans son consentement libre et éclairé, recueilli après que lui a été délivrée l'information prévue à l'article L. 1122-1.

¹⁸¹⁷ On verra s'agissant de la décision médicale, à quel point ce consentement éclairé est parfois remis en cause par les praticiens même, au regard de la technicité des domaines d'intervention. cf. *infra*.

¹⁸¹⁸ C. santé publ., art. L. 1122-2, I.

pourquoi alors le législateur a-t-il senti le besoin de préciser, s'agissant de ces individus auxquels le droit réserve un statut particulier, cette mise à l'échelle de l'information ? Cela semble donc témoigner de ce que la recherche biomédicale ne connaît, au sein du genre humain, que deux grandes catégories : l'humain nécessairement apte à la compréhension, et l'humain diminué. Entre les deux, point de pont possible sans avoir recours à cette qualification spécifique opérée par le droit.

1416. Cette affirmation se trouve renforcée si l'on veut bien considérer que le Code prévoit que « les informations communiquées sont résumées dans un document écrit remis à la personne dont le consentement est sollicité »¹⁸¹⁹. Quid des individus ne sachant pas lire, et qui ne sont pas considérés comme des incapables pour autant ? L'impression qui domine, et qui est rigoureusement indépendante de ce que les praticiens investissent d'un point de vue personnel dans l'échange, est donc bien celle d'un caractère relativement formel de cette obligation d'information, et non substantiel.

Il se trouve en effet un paradoxe, en ce que l'attention portée à la compréhension est plus faible lorsque c'est l'individu lui-même qui consent ou non à une telle procédure, et plus importante s'agissant de personnes qui se trouvent à la limite même du consentement en raison de la capacité juridique qui leur est octroyée. On entend par là qu'il y a quelque étrangeté à considérer que l'information est fournie, dans tous les cas, aux personnes visées à l'article L. 1122-2, alors même que leur consentement n'est pas requis dans tous les cas¹⁸²⁰. Pourquoi alors informer une personne dont on ne recherche pas, *in fine*, le consentement ? Et pourquoi s'assurer de sa compréhension puisque celle-ci est parfaitement indifférente à la poursuite ou non du processus de recherche, lorsqu'il est reconnu comme inapte à exprimer un consentement audible par le droit ?

1417. On le voit, cette situation témoigne de ce que le consentement n'est souvent pas pensé, d'un point de vue général et systématique, avant d'être mobilisé dans des régimes particuliers. Dès lors, la cohérence s'amenuise, et avec elle la qualité du droit. À cet égard, la façon dont l'information est prise en charge dans le cadre de l'expérimentation humaine est

¹⁸¹⁹ C. santé publ., art. L. 1122-1, al. 7.

¹⁸²⁰ C. santé publ., art. L. 1122-2, I, al. 2 : ils sont consultés dans la mesure où leur état le permet. Leur adhésion personnelle en vue de leur participation à la recherche biomédicale est recherchée. En toute hypothèse, il ne peut être passé outre à leur refus ou à la révocation de leur acceptation.

caractéristique d'une transposition de termes insuffisamment articulés à la spécificité de leur matière d'accueil. On va essayer désormais d'observer si une telle situation peut se retrouver dans d'autres domaines du droit.

B/ Une importance variable de l'information dans les autres domaines d'utilisation du consentement

1418. Afin d'illustrer la spécificité de la dimension informationnelle en matière de consentement au soin, on va donc comparer son régime avec celui prévalant dans d'autres utilisations du même concept : pour ce faire, nous avons choisi le domaine de la sexualité (1), ainsi que la votation (2).

1 / Obligation d'information, consentement et sexualité : les limites de l'appréhension juridique

1419. On se propose donc ici, en ayant conscience du caractère artificiel de la démarche comme du procédé, de tirer les conséquences juridiques de l'extension constante des domaines d'intervention du juge, par le jeu de concepts à géométrie variable comme la dignité, ou l'ordre public, et de la perception des relations sexuelles sous l'angle contractuel. Or, comme on l'a vu précédemment, le contrat est le terrain d'élection de l'obligation d'information, puisque l'on retrouve celle-ci aussi bien dans les contrats régissant le commerce juridique des choses, que dans le contrat médical. Partant, l'information est presque toujours qualifiée au regard d'une disparité de connaissances entre les parties, que le droit cache derrière l'opposition entre professionnels et consommateurs, ou entre savants et profanes. Il appartient donc au professionnel de faire en sorte que le client puisse prétendre à un niveau de connaissance qui avoisine le sien. Pour ce qui est du médecin et de son patient, le dispositif vise, quant à lui, à faire en sorte que le profane perce le voile d'ignorance posé par le langage expert et puisse, à défaut de pouvoir utiliser les mêmes termes que le spécialiste, en comprendre au moins les enjeux.

1420. Comment transposer alors une telle obligation en matière de relation sexuelle ? Pour pouvoir répondre à cette question, il convient d'envisager différentes hypothèses. La première vise à s'interroger sur la possibilité même de prise en compte d'un différentiel entre les deux

parties. Or, puisqu'il ne s'agit pas ici d'une matière purement intellectuelle, ou d'un objet extérieur au corps, le critère d'appréciation de cette relative égalité nous paraît extrêmement ardu à déterminer. S'agit-il de considérer que l'expérience respective de chacun des participants engendre une telle disparité ? Et si oui, comment la mesurer : faut-il se référer à l'âge, aux récits qu'en fait chacun, ou l'inscription dans un statut que la loi viendrait déterminer et décliner, par exemple un triptyque expérience faible/moyenne/importante ?

1421. On mesure déjà à quel point une transposition si littérale aboutit à une situation absurde, et quasiment insoluble du point de vue du droit, tant elle repose avant tout sur un vécu qui est ici, incommunicable car insusceptible de comparaison par rapport à une référence abstraite. La seule possibilité effective de comparaison reposerait sur une série statistique conséquente permettant de déterminer, par classe d'âge et de sexe, une valeur moyenne apte par la suite à constituer une référence. Toutefois, une telle série nécessiterait pour être effective un recensement plus que conséquent au sein de la population considérée, qui se heurterait nécessairement au droit dont dispose chaque individu de préserver le secret de son intimité¹⁸²¹.

1422. La seconde hypothèse reposerait, quant à elle, sur l'idée qu'il n'existe pas, sur ce plan, de différence significative entre les individus, ou plutôt de déséquilibre, qu'il appartiendrait par la suite au droit de corriger par le biais d'obligations spécifiques. Les justiciables seraient donc supposés aptes à saisir le sens du désir de l'autre.

1423. Même si cette première série de difficultés devait être franchie, le problème serait loin d'être résolu pour autant. En effet, s'agissant de l'obligation d'information, il est nécessaire de déterminer la nature et l'étendue de celle-ci, c'est-à-dire le type d'informations devant être communiqué, et son degré de précision. Comment imaginer un instant qu'une telle détermination puisse s'effectuer s'agissant de rapports sexuels ? Cela reviendrait en pratique à obliger les individus à remplir chacun de leur côté un questionnaire, une application à choix multiples dans laquelle ils sélectionneraient ce qu'ils souhaitent par la suite être réalisés. Il serait alors procédé à un échange des formulaires qui après avoir été lus de part et d'autre,

¹⁸²¹ À quoi s'ajoute le fait qu'une statistique ne possède pas de sens en tant que tel, et peut ainsi se prêter à des usages et des justifications parfois parfaitement contradictoires. Sur ce point, cf. A. Desrosières, *La politique des grands nombres – histoire de la raison statistique*, éd. La Découverte, 2000, 456 pages.

permettraient la formation d'un consentement apte à constituer le contrat. Mais que faire alors si les désirs de l'un ne correspondent pas à ceux de l'autre ? Il faudrait alors relancer la phase précontractuelle, et recommencer avec un nouveau formulaire, et ainsi de suite jusqu'à ce qu'un accord soit effectivement constaté entre les parties.

1424. De même, le champ de l'information proprement dite reste à circonscrire. S'agit-il de mentionner également des informations personnelles, relatives par exemple au fait d'être contaminé par telle ou telle maladie sexuellement transmissible¹⁸²², mais également à l'égard d'éventuels troubles médicaux ou singularités anatomiques ? On le voit, le raisonnement est proprement absurde, et parfaitement inapplicable à la situation considérée.

1425. Il reste à aborder deux éléments pour s'en convaincre. Le premier réside dans la sanction attachée à l'éventuel non-respect de cette obligation d'information. On a vu que cette obligation constituait désormais un chef de préjudice autonome, donnant lieu à réparation au titre du préjudice moral¹⁸²³, dans le domaine médical. Cela signifie-t-il qu'une telle solution similaire pourrait être applicable en matière de sexualité ? Cela impliquerait de pouvoir démontrer que soit l'obligation n'a pas été exécutée, ce qui pose la question de la charge de la preuve, soit qu'elle a été exécutée de manière incomplète. Or, comment porter un jugement sur ce point, alors même qu'aucune information ne peut être fournie, avec certitude, à l'égard de ce qui s'est effectivement produit ?

1426. Le second, quant à lui, trouve son origine dans les insurmontables difficultés probatoires inhérentes à ce type de mécanismes. L'exemple de l'obligation médicale a permis d'illustrer que pour les médecins, cette obligation était souvent comprise comme passant par un écrit. Il semble bien que la même logique doive s'appliquer ici, afin de pouvoir bénéficier d'un commencement de preuve par écrit permettant de faire valoir que l'obligation a bien été exécutée. Dans le cas contraire, il serait toujours possible de prétendre, par la suite, que les informations dispensées n'étaient pas les bonnes.

¹⁸²² C'est en tout cas le chemin pris par la jurisprudence, au travers des condamnations pour transmission volontaire du virus du SIDA. cf. CA Rouen, 22 sept. 1999, *JCP G* 2000.IV. 2736; P. Mistretta, « Transmission volontaire du sida par voie sexuelle : les tourmentes du droit pénal » – Note sous Cour d'appel de Colmar, 4 janv. 2005, Christophe X., *D.* 2005, p. 1069, note Paulin, *RDSS*, 2005, p. 415; De même, le 29 oct. 2011, un individu accusé d'avoir transmis sciemment le virus du SIDA à son épouse a été condamné à 9 ans de prison par la Cour d'Assises de Paris.

¹⁸²³ Il est ici fait référence à l'obligation d'information en matière médicale.

1427. De manière analogue, un point fondamental du dispositif résiderait dans la temporalité de son effectivité. Une telle déclaration serait-elle valable pour un seul rapport sexuel, pour plusieurs et si oui combien ? De même, dans le cas de rapports entre personnes unies par les liens du mariage, cette obligation serait-elle toujours valable ? L'introduction au sein du Code pénal du viol entre époux semble le suggérer, en ce qu'il traduit le fait que le consentement donné à l'occasion du mariage n'emporte pas, en lui-même, un consentement à l'égard de tout rapport sexuel au cours de la vie commune¹⁸²⁴.

1428. Ce raisonnement peut paraître parfaitement absurde, et il l'est, mais il a le mérite de montrer par la caricature les apories de l'application sans subtilités ni nuances de la mécanique du contrat à une activité qui ne saurait y être insérée. On anticipe ici les futures difficultés que cette appréciation contractuelle de la sexualité, au travers du prisme du consentement, va poser, et ce particulièrement au regard des moyens de preuve à même de faire valoir la réalité, ou l'absence de ce dernier.

1429. Aussi, il paraît évident que l'application de l'obligation d'information à un domaine comme la sexualité relève davantage d'un exercice intellectuel à vocation purement spéculative, et ne saurait prospérer de manière utile dans le réel juridique. Le droit n'a pas vocation à soumettre l'ensemble des comportements individuels, mais aussi intersubjectifs, à la judicature de principes créés pour répondre à des problématiques différentes. Il ne s'agit pas ici de dire que la sphère privée devrait demeurer parfaitement hermétique à toute intervention de la puissance publique, et laisser ainsi fleurir, à l'ombre du droit, les chrysanthèmes d'individus abandonnés à la seule loi du choc de forces d'inégale intensité. L'objectif réside plutôt dans la nécessité réaffirmée de poser des bornes à la scrutation perpétuelle des comportements, de telle sorte que liberté demeure la règle, et non l'exception.

Après avoir envisagé le consentement et l'information dans une relation privée intersubjective, on peut désormais s'attacher à étudier comment, dans une perspective plus socialisée, cette obligation évolue. Cette dimension sociale, c'est celle du droit constitutionnel, au travers du consentement populaire.

¹⁸²⁴ Sur la question du viol conjugal, cf. *infra*. Partie II, Titre II, Chapitre 2, Section 1, C.

2 / L'importance de l'information dans le consentement populaire

1430. À la différence de ce qui peut exister en droit des obligations, et en droit médical, l'information sur le plan du droit constitutionnel paraît être conçue comme sensiblement moins importante, moins protégée, et cela qu'il s'agisse de l'information portant sur le candidat (a), ou de la nature des propositions de celui-ci (b).

a / Les mécanismes d'accès à l'information touchant au candidat à la représentation

1431. Après avoir examiné à quel point la dimension informationnelle est rattachée de manière tout à fait explicite à la façon dont le droit appréhende le concept de consentement, il reste à voir si ce rattachement joue également dans le droit constitutionnel, c'est-à-dire s'agissant du processus électoral. Peut-on transposer tout le luxe de précautions qui entourent la conclusion du contrat, et donc la prise en compte du consentement, au vote, et à la désignation des candidats ?

1432. Le problème qui se pose ici est donc bien celui de la détermination de la nature de l'acte électoral, et plus précisément de la votation. S'agit-il d'une institution *sui generis*, qu'on ne saurait rattacher à une autre catégorie sans méconnaître son sens, ou bien peut-on l'assimiler, au moins sur le principe, à un contrat, ce que pourrait laisser suggérer le terme même de contrat de mandat ?

1433. En réalité, il semble bien que la catégorie du mandat diffère très largement du simple contrat de mandat, dont on peut relever que, selon la lettre de l'article 1984 du Code civil, il n'est guère fait allusion à sa nature contractuelle. En effet, celui-ci dispose que « le mandat ou procuration est un acte par lequel une personne donne le pouvoir à une autre le pouvoir de faire quelque chose pour le mandant en son nom », avant d'ajouter dans l'alinéa second que « le contrat ne se forme que par l'acceptation du mandataire ». Aussi, à la lecture du seul premier alinéa, l'impression domine de l'absence de référence explicite tant à la logique consensuelle, qu'au contrat. Un « acte » ne s'épuise pas dans la catégorie des contrats, et il n'est pas fait mention du consentement. Puis, le second alinéa évoque, quant à lui,

spécifiquement la dénomination contractuelle, mais pour lui préférer le terme d'acceptation, d'un usage comparativement beaucoup plus rare que le terme de consentement¹⁸²⁵.

1434. Afin de départager les deux notions, on a souvent recours à la sphère contractuelle, et particulièrement au consentement. Il est ainsi avancé que le contrat se caractérisant en principe par la liberté de contenu des conventions, il incombe aux parties de spécifier par leur consentement, l'étendue des droits et obligations auxquels elles souhaitent adhérer. Primerait donc ici la faculté souveraine des parties de déterminer le contenu de leurs engagements, dans les limites posées par le Code civil. Ce faisant, le mandat électoral serait impropre à se voir qualifié de contrat, puisque dans celui-ci, le contenu des droits et obligations ne serait à la portée d'aucune des parties, mais résulterait d'une disposition législative ou constitutionnelle. Il n'est en effet pas possible, ni aux électeurs ni au candidat, de moduler le contenu de ce mandat.

1435. Cette présentation, qui a pour elle le mérite de la simplicité et d'une lecture apparemment rigoureuse du Code civil, ne rend pas compte de la diversité des formes de mandats envisageables.

Ainsi, en droit des sociétés, la question de l'origine des pouvoirs des dirigeants et mandataires rejoint l'interrogation à l'égard de la votation électorale. Ainsi que l'énoncent les professeurs Cozian, Viandier et Deboissy, « dans l'analyse contractuelle de la société, les pouvoirs sont attribués et délimités par les associés par une sorte de mandat; les dirigeants ne sont-ils d'ailleurs pas qualifiés de mandataires ? Il est souvent énoncé en doctrine que la qualification de mandataire est impropre au motif que l'essentiel des pouvoirs des dirigeants résulte de la loi »¹⁸²⁶. Dès lors la nature même de ce contrat est débattue. De même, au-delà de la similarité d'appellation, on peut également relever que le mandat présente d'autres points communs avec la représentation politique, en ce que le Code civil prévoit explicitement des règles concernant les éventuels conflits d'intérêts que pourrait rencontrer un mandataire¹⁸²⁷.

¹⁸²⁵ Une recherche effectuée au sein du Code civil avec le terme de « consentement » produit 111 résultats, tandis qu'avec le terme « d'acceptation », le résultat est ramené à 42 occurrences.

¹⁸²⁶ M. Cozian, A. Viandier, F. Deboissy, *Droits des sociétés*, Litec, 17e éd., n°255, p. 122.

¹⁸²⁷ Article 1596 du Code civil. Pour une analyse d'ensemble, cf. P.-F. Cuif, « Le conflit d'intérêts – essai sur la détermination d'un principe juridique en droit privé », *RTD com.*, 2005, p. 1 et s. ; J. Moret-Bailly, « Définir les conflits d'intérêts », *D.* 2011, p. 1100 et s.

1436. Or, cette crainte du conflit d'intérêts se retrouve également dans le mandat politique. En effet, même si cette notion a toujours été plus ou moins prise en compte dès le début de la Vème république, au travers des incompatibilités parlementaires, la tendance est à l'accentuation des dispositifs de contrôle des élus et, plus largement, des membres de l'administration. C'est dans ce contexte qu'a été créée¹⁸²⁸ la Commission de réflexion pour la prévention des conflits d'intérêts dans la vie publique, qui a depuis rendu son rapport. De manière analogue, un groupe de travail sur la prévention des conflits d'intérêts a vu le jour à l'Assemblée nationale, de même au Sénat au sein de la commission des lois. Or, aussi bien cette tendance que les propositions évoquées par l'ensemble de ces commissions ou groupes permettent d'illustrer l'intérêt croissant des acteurs de la vie publique à l'égard des informations disponibles sur ces différents représentants et membres de l'administration. Ceci s'est vu confirmé par le vote de la loi organique du 11 octobre 2013 relative à la transparence de la vie publique¹⁸²⁹, ainsi que de la loi ordinaire du même jour¹⁸³⁰. Cette dernière, en plus d'apporter une définition au conflit d'intérêts¹⁸³¹, crée également une autorité administrative indépendante, la Haute Autorité pour la transparence de la vie publique, chargée de contrôler la véracité des déclarations effectuées. De fait, c'est bien le lien entre consentement et information, sur le plan du droit constitutionnel, qui se trouve ici mis en évidence.

1437. De ce point de vue, le dispositif existant nous renseigne sur l'importance que le droit constitutionnel réserve à l'information. L'ensemble des dispositifs évoqués ne concerne les candidats qu'une fois ceux-ci élus, et non antérieurement à leur élection. Ce n'est donc que placé devant le fait accompli que l'électeur peut apprendre que tel ou tel représentant se trouve pris dans une situation objective de conflit d'intérêts. On peine à saisir ici la logique animant le système puisque, étant donné l'absence de possibilité de révocation de ces élus, quel intérêt, si ce n'est purement informatif, peut avoir le citoyen à apprendre qu'un élu se trouve dans cette situation ? Il serait donc beaucoup plus logique que ces déclarations soient remplies avant

¹⁸²⁸ Décret n°2010-1072 du 10 sept. 2010 instituant une commission de réflexion pour la prévention des conflits d'intérêts dans la vie publique, JORF 11 sept. 2010, p. 16505.

¹⁸²⁹ Loi organique n°2013-906 du 11 oct. 2013 relative à la transparence de la vie publique, JORF n°0238 du 12 oct. 2013, p. 16824.

¹⁸³⁰ Loi n°2013-907 du 11 oct. 2013 relative à la transparence de la vie publique, JORF n°238 du 12 oct. 2013 p. 16829.

¹⁸³¹ Loi n° 2013-907 du 11 oct. 2013, art. 2 : « 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 ».

l'élection, et portées à la connaissance du public avant que celui-ci ne vote, de telle sorte que ces éléments puissent produire des conséquences.

1438. Il en va de même s'agissant des déclarations de patrimoine obligatoires à effectuer, depuis le 20 décembre 2013, auprès de la Haute Autorité pour la transparence de la vie publique¹⁸³². Progressivement étendue au fil des ans¹⁸³³, cette obligation pèse sur l'essentiel des élus, mais également sur des emplois publics particuliers qui ne relèvent pas du champ du consentement populaire. Désormais, les parlementaires¹⁸³⁴, les membres du gouvernement, les députés européens et les élus locaux sont concernés par ce dispositif¹⁸³⁵. Il en va de même pour le Président de la République, mais ce dernier doit adresser sa déclaration au Conseil constitutionnel¹⁸³⁶. Or, ces mécanismes ont en commun le fait qu'ils ne visent pas à une information du public concerné par l'élection, mais un juge dans le cas du président de la République, et un démantèlement de l'administration s'agissant des autres élus¹⁸³⁷. De même, ils ne prennent place que postérieurement au résultat de l'élection.

Ainsi, les candidats à l'élection présidentielle doivent fournir une déclaration de patrimoine sous pli scellé au Conseil constitutionnel, qui ne sera ouverte qu'en cas de victoire à l'élection. Ce faisant, les informations contenues dedans ne seront portées à la connaissance du public que postérieurement à leur consentement sur la scène électorale. Il ne s'agit pas ici de déterminer si la situation du patrimoine d'un élu est objectivement une information pertinente dans le cadre d'une votation, mais simplement de mettre en évidence que, parmi les quelques informations sur lesquelles un contrôle est opéré dans ce domaine, la manière dont celui-ci opère procède invariablement d'un après-coup du consentement.

¹⁸³² Loi n°2013-906 du 11 oct. 2013, art. 1, I, 2°/. et loi n°2013-907, Section 4.

¹⁸³³ Loi n°88-227 du 11 mars 1988, JORF 12 mars 1988, p. 3290, modifiée par les lois n°95-126 du 8 févr. 1995, relative à la déclaration du patrimoine des membres du Gouvernement et des titulaires de certaines fonctions, JORF 9 février 1995, p. 2184, art. 1, et Loi n°96-5 du 4 janv. 1996 modifiant la loi n° 88-227 du 11 mars 1988 relative à la commission pour la transparence financière de la vie politique, JORF 5 janvier 1996 p. 160, art. 1, et par l'ordonnance 2000-350 du 19 avr. 2000, art. 15 JORF du 22 avr. 2000, p. 6147, et enfin la loi du 11 oct. 2013 relative à la transparence de la vie publique.

¹⁸³⁴ C. élect., art. LO 135-1.

¹⁸³⁵ La liste fournie ici n'est pas exhaustive, puisque sont également concernés les membres des autorités administratives indépendantes et des autorités publiques indépendantes, les membres des cabinets ministériels, etc. Sur ce point, cf. <http://www.hatvp.fr/ses-missions.html>.

¹⁸³⁶ Loi n°62-1292 du 6 nov. 1962, article 3, I, al. 4.

¹⁸³⁷ Toutefois, depuis la loi du 11 oct. 2013, les déclarations de patrimoines des parlementaires peuvent être consultées en préfecture par les électeurs inscrits sur les listes électorales. De même, la Haute Autorité pour la transparence de la vie publique publie également les déclarations de situation patrimoniale et d'intérêts des membres du gouvernement, ainsi que les déclarations d'intérêts des parlementaires et des élus locaux.

1439. On pourrait rétorquer à cela que, le candidat élu à la présidence de la république doit également fournir une autre déclaration de patrimoine en fin de mandat, soit deux mois avant l'expiration de celui-ci, soit un mois après son échéance. Cela signifie, en pratique, que si le président sortant se représente, il peut fournir une déclaration que les électeurs seront en mesure de consulter. Toutefois, on voit bien ici qu'il s'agit simplement d'une possibilité, et non d'une obligation pour le candidat. Il se peut tout à fait qu'un président sortant, qui se verrait réélu, ne publie sa déclaration qu'un mois après sa nouvelle entrée en fonction, ce qui achèverait de priver le peuple d'informations qu'il peut juger, en tant que souverain, déterminantes pour son consentement. Toutefois, on peut relever que l'information parvient, à un moment à la connaissance du peuple, puisque le Conseil constitutionnel publie la déclaration au bulletin officiel.

1440. Il n'en va pas de même s'agissant des autres élus. Ainsi, les parlementaires par exemple, doivent se soumettre à un régime tout à fait similaire à celui que l'on vient d'évoquer, à ceci près que la déclaration n'est jamais antérieure à la prise de fonction (elle doit avoir lieu dans les deux mois qui suivent celle-ci). En cas de non-respect de cette obligation, les sanctions sont relativement conséquentes¹⁸³⁸. Ceci précisé, quels sont alors les éléments de connaissance indispensables que le droit prend en compte, afin de garantir la sincérité du scrutin¹⁸³⁹, du point de vue de l'électeur ?

1441. La réponse à cette question peut paraître paradoxale, en ce que le droit justement ne garantit absolument pas tant une forme d'information minimale sur la personne du candidat, que sur ce que celui-ci propose. En effet, comme on l'a vu précédemment, le candidat n'a à justifier d'aucune qualité particulière au regard d'une expérience passée, que d'une formation qui rendrait la compatibilité avec le poste envisagé plus évidente. Cette solution, qui témoigne d'une grande liberté au sein de l'appareil institutionnel, apparaît comme profondément respectueuse de la liberté du vote. C'est en effet au peuple qu'il revient de déterminer si tel

¹⁸³⁸ C. élect., art. LO 135-1, alinéa 5: « Le fait pour un député d'omettre de déclarer une partie substantielle de son patrimoine ou de ses intérêts ou de fournir une évaluation mensongère de son patrimoine est puni d'une peine de trois ans d'emprisonnement et de 45 000 € d'amende. Peuvent être prononcées, à titre complémentaire, l'interdiction des droits civiques selon les modalités prévues aux articles 131-26 et 131-26-1 du Code pénal, ainsi que l'interdiction d'exercer une fonction publique selon les modalités prévues à l'article 131-27 du même Code ».

¹⁸³⁹ Entendue ici au sens de l'absence d'entraves à la liberté de consentement de l'électeur. Pour une analyse approfondie du concept, cf. R. Ghévantian, « La notion de sincérité du scrutin », *Les cahiers du Conseil constitutionnel*, 2003, n°13, p. 61-68.

candidat peut être considéré comme apte à exercer les fonctions pour lesquelles il se présente. Néanmoins, cette liberté joue également contre le candidat et les électeurs, puisqu'elle laisse à penser que, n'importe quel individu peut donc légitimement espérer être désigné à l'issue d'un processus impartial. Or, c'est oublié que l'égalité des candidats ici visée ne saurait présumer de l'effectivité de cette mesure d'un point de vue concret.

De fait, la seule information dont le peuple peut disposer est que, si le candidat est considéré comme légitime au regard des règles posées, alors il n'est *a priori* pas frappé d'une condamnation d'inéligibilité. À cela s'ajoute également le fait qu'est parfois évoqué le souci que, s'agissant plus spécialement des hautes fonctions, le candidat puisse justifier d'une dignité morale, ce qui avait permis au Conseil d'interdire la candidature, en 1974, d'un candidat qui avait été mis en faillite¹⁸⁴⁰. En dehors de cette qualité, il suffit simplement d'être citoyen français et majeur¹⁸⁴¹.

b / L'absence de mécanisme de protection spécifique à l'information en matière de votation

1442. Aussi, une difficulté se présente sur le plan logique. Si effectivement le consentement est compris, dans la majorité de ses utilisations juridiques, comme un synonyme de l'accord, et qu'ainsi que nous l'avons montré, il est étroitement lié avec la dimension informationnelle, quelle conséquence en tirer sur le plan constitutionnel ?

En effet, dans cette matière, à la différence des autres situations évoquées, l'information en tant que telle ne bénéficie d'aucune protection particulière, et son régime n'est nullement aménagé. Pour être plus précis, on peut dire qu'il est aménagé dans la forme et la temporalité dans laquelle l'information peut être transmise¹⁸⁴², mais absolument pas dans la nature et le

¹⁸⁴⁰ Cons. const., déc. du 21 avr. 1974, André Roustan, Rec. 1974, p. 46, cité in W. Benessiano, V. Natale, « Dignité et élections dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », in *La dignité, actes du colloque de l'école doctorale sciences juridiques et politiques*, PUAM, 2003, p. 71.

¹⁸⁴¹ Le Conseil d'Etat se reconnaît toutefois le pouvoir de censurer l'investiture d'un candidat par son parti lorsque les informations relatives au candidat « sont entachées d'erreurs qui étaient de nature à tromper les électeurs sur la qualité ou l'appartenance politique soit de ces candidats soit de la liste sur laquelle des candidats se présentaient au suffrage des électeurs ». Cf. CE, 30 mars 1996, req. n° 67291 67291 bis.

¹⁸⁴² Il est ici fait allusion à la réglementation stricte entourant la propagande électorale, visée aux articles L.47 à L. 52-3, R. 26 à R.39, L. 210-2 à L.217, R. 111; L. 240 à L. 246, R. 125 et R. 126, L. 353 à L. 359; L. 375 à L. 377, R. 185, R. 186, R. 191 et R. 192 du Code électoral. À ces dispositions s'ajoutent les recommandations émises par le Conseil Supérieur de l'Audiovisuel, qui précèdent ou accompagnent en général le déroulement de chaque élection, qu'elle soit prud'homale, cantonale, territoriale, législative, européenne ou présidentielle. Deux délibérations à visée générale ont été prises : CSA, Délibération n°2009-60 du 21 juill. 2009 relative au principe de pluralisme politique dans les services de radio et de télévision; CSA, Délibération n°2011-1 du 4 janv. 2011

contenu du message en lui-même.

Un candidat à un poste peut donc promettre tout et son contraire, mais surtout, des engagements qu'il sait par avance ne pas pouvoir ou vouloir tenir, cela ne change rien à la validité du consentement exprimé par l'électeur¹⁸⁴³. Même si ce dernier se sent trompé, par des manœuvres ou un silence pour reprendre un vocable civiliste, il n'y a aucune voie de droit ouverte pour faire valoir ce sentiment. La seule possibilité offerte consiste à ne pas renouveler la confiance apportée lors de la prochaine élection. Faut-il alors considérer le discours électoral comme l'équivalent, sur le plan politique et du droit constitutionnel, du *bonus dolus* en droit civil ?

L'analogie n'apparaît guère convaincante puisque, à « mensonge » ou omission équivalente, un contrat civil serait annulé pour *malus dolus*. En effet, ce dernier s'entend surtout des exagérations du camelot, et non pas, par exemple, de la promesse de résultats, dont on sait à quel point elle est aujourd'hui encadrée par le Code de la consommation s'agissant des publicités commerciales

1443. Aussi, si le droit comme la jurisprudence sont extrêmement sévères s'agissant du respect des conditions de la propagande électorale¹⁸⁴⁴, la même sévérité ne s'applique pas au

relative au principe de pluralisme politique dans les services de radio et de télévision en période électorale, J.O du 1er févr. 2011. Pour une analyse détaillée du régime existant, cf. B. Maligner, « Le principe d'équité entre les candidats devant les médias », *AJDA*, 2007, p. 640, version électronique, 9 pages. ; B. Maligner, « Le juge du « référé liberté » et les débats télévisés lors des campagnes électorales » – Note sous Conseil d'État (ordonnance de référé), 24 février 2001, Tibéri », *R.F.D.A.*, 2001, n° 3, p. 629, 30 pages ; Enfin, on peut remarquer que la pratique des sondages, à même d'influencer l'opinion, a été encadrée par la loi n°77-808 du 19 juill. 1977 relative à la publication et à la diffusion de certains sondages d'opinion, JORF 20 juillet 1977 p. 3837, modifiée par L. n°2002-214 du 19 févr. 2002 modifiant la loi n° 77-808 du 19 juillet 1977 relative à la publication et à la diffusion de certains sondages d'opinion, JORF 20 février 2002, p. 3257 ; Cet encadrement a été jugé insuffisant, ce qui explique qu'une proposition de loi ait été déposée par M. Hugues Portelli le 25 octobre 2010 au sénat. Toutefois, les modifications apportées ne permettent toujours pas d'annuler une élection en cas de diffusion d'un sondage pendant la période d'interdiction, sauf si l'écart de voix entre les candidats est très faible. Cf. CE, 23 janv. 1984, Élections municipales d'Étampes, conc. P.-A. Jeanneney, n° 51584, *Rec. Lebon* p. 19, *LPA*, 22 juin 1984, p. 7. De même, comme le signale le professeur Ponthoreau, « le conseil constitutionnel n'a jamais sanctionné un manquement à l'interdiction posée par l'article 11 de la loi de 1977 et il n'a jamais fait reposer l'altération d'un scrutin sur la diffusion d'un sondage (V. J.-P. Camby, *Le Conseil constitutionnel, juge électoral*, éd. Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2001, p.77 et 78), cité in M.-C. Ponthoreau, précité, p. 6.

¹⁸⁴³ On pense ici à la phrase désormais célèbre de M. Charles Pasqua, reprise à l'ancien Président du Conseil Henri Queuille : « les promesses des hommes politiques n'engagent que ceux qui les écoutent ».

¹⁸⁴⁴ Pour une illustration, cf. par exemple B. Delzangles, « Le juge administratif et la notion de « publicité commerciale » à des fins de propagande électorale », *AJDA*, 2009, p. 834, version électronique, 6 pages ; Pour une jurisprudence récente, cf. CE, 26 janv. 2011, n°338140, note à l'*AJDA*, 2001, p. 190 (un rassemblement politique en période électorale peut devenir un don) ; CE, 4 juill. 2011, n° 338033, *AJDA*, 2011, p. 1353 (une opération de communication récurrente peut être une campagne publicitaire prohibée).

regard de ce qui peut être avancé par un candidat. De ce fait, la question de savoir s'il est envisageable de parler d'un consentement véritablement éclairé reste pour le moins incertaine.

Dès lors, comment comprendre cette différence de régime ? Faut-il y voir le fait que le consentement électoral serait d'une importance moindre, tant au regard de l'information nécessaire, que des finalités du vote, en comparaison de l'achat d'un bien quelconque ? Pourquoi imposer à un professionnel des obligations particulières de diligence, de prudence, d'information à l'égard de son cocontractant, et ne pas faire de même concernant une partie du corps politique dont l'ensemble des études sociologiques s'accorde à dire qu'il s'est professionnalisé. N'entend-on pas des hommes politiques dire expressément qu'ils ont fait « carrière » en politique ?

1444. Cela produit une conséquence tout à fait intéressante et paradoxale : le vote effectué, et donc le choix opéré, ne relèvent pas de la catégorie de la connaissance. Le vote n'a donc pas besoin d'être spécialement informé pour être valable. C'est ici un point majeur de toute la théorie de la représentation, et qui concerne directement le consentement, car s'il ne s'agit pas de connaissance, alors de quoi est-il question ? Comment définir un accord qui ne se ferait pas sur la base d'informations à l'égard de l'objet de l'accord, et surtout, sur quelle(s) base(s) un tel accord peut-il être fondé ?

1445. Un argument contraire vient immédiatement à l'esprit, qui consiste à dire que l'élection n'est pas dépourvue d'information, puisque les candidats présentent en général un programme pour être élus, mais que cette présentation n'est ni obligatoire, ni contrôlée par qui que ce soit d'autre que l'électeur, au regard de son contenu. Énoncé autrement, cela consiste à dire que le monopole du jugement de pertinence, d'adéquation, en somme de raison, appartient à l'électeur et seulement à lui. Cette présentation flatteuse du pouvoir du citoyen participe également du recouvrement de la représentation sur la démocratie, mais ne tient guère si l'on se penche un peu plus en détail sur la manière dont le système fonctionne concrètement. En effet, il subsiste après avoir dit cela un nombre considérable d'obstacles théoriques qui viennent démentir cette affirmation.

1446. Si l'électeur est tellement supérieur au consommateur dans sa capacité à ne pas être fourvoyé par ce qui lui est dit ou promis, comment alors expliquer que le motif principal de

refus du recours au référendum soit souvent présenté sous les traits d'une incapacité-incompétence du peuple à se prononcer sur son avenir ? En radicalisant cette position, on en vient même à s'interroger sur la pertinence et la nécessité de représentants, puisque chaque individu-citoyen est pensé comme parfaitement à même de se saisir les enjeux et problématiques des questions auxquelles il est confronté. Pourquoi également encadrer avec tant de soin la propagande électorale puisque, de toutes les façons, l'électeur-savant saura bien distinguer le vrai du faux dans ce qui lui est présenté ? L'affirmation est d'autant plus extravagante que parmi les conditions posées pour être électeur, il n'est à aucun moment fait mention de la pratique et de la compréhension de la langue française¹⁸⁴⁵, de même qu'il n'est pas indiqué que l'électeur ne doit pas être analphabète¹⁸⁴⁶. Le citoyen français serait donc à ce point supérieur qu'il pourrait être à même de décider sans nécessairement comprendre les termes de la décision. On aura rarement poussé aussi loin l'abstraction.

Il est aisé de répondre à cela que le principe majoritaire aidant, il importe surtout que le plus grand nombre comprenne, et que les exceptions évoquées ne peuvent à elles seules remettre en cause la logique du système. Mais, c'est se leurrer gravement que de considérer que l'incompréhension est monolithique dans sa réalisation, alors qu'elle est susceptible de gradation, et que si certains électeurs ne comprennent rien, d'autres comprennent peu, et d'autres encore un peu plus, etc.

1447. De plus, le fait que les électeurs soient à même de comprendre l'information qui leur est adressée implique-t-il, *de facto*, que les candidats à une élection puissent mentir impunément, en profitant d'informations qu'il est parfois fort délicat de vérifier ? Dès lors, l'électeur est inévitablement renvoyé entre des candidats à la légitimité équivalente, mais qu'il faut bien départager sur la base de critères qui deviennent, ce faisant, non rationnels. Or, s'il ne s'agit pas de raison, c'est donc que le consentement électoral mobilise quelque chose de plus personnel, de plus intime, et qui se laissait déjà deviner. La confiance n'est en effet pas seulement le fruit d'un raisonnement, mais également l'expression d'un sentir-avec, la manifestation d'une faculté sensible. Le consentement électoral est donc, paradoxalement,

¹⁸⁴⁵ Même si sa connaissance fait partie des conditions requises pour la naturalisation, au travers du critère « d'assimilation à la communauté française ».

¹⁸⁴⁶ C'est en ce sens que l'on peut comprendre l'écart existant entre l'époque où apparaît l'adage *nemo censetur ignorare legem*, dans une République où tous les citoyens savent lire et sont instruits, et l'époque contemporaine, où selon L'agence nationale de lutte contre l'illettrisme (ANLCI), l'illettrisme touche 9 % de la population entre 18 et 65 ans. Toutefois, selon une étude pilotée par l'OCDE en 1994, le taux atteindrait en réalité 40% (!).

beaucoup plus proche du consentement comme sentir-avec, ou comme composite, que du simple accord.

1448. Toutefois, on ne peut nier qu'une lecture exactement inverse est possible. Puisqu'il importe peu de savoir à la fois ce qui est dit, mais également si le discours est reçu et compris, alors il est légitime d'envisager que le vote n'est, dans cette perspective, qu'un simple accord qui s'inscrit parfaitement dans la « suffragisation » de la démocratie selon le mot de Bruno Daugeron¹⁸⁴⁷. Par là il faut entendre que le vote ne serait que l'acte par lequel le politique assied sa légitimité, mais rien de plus. Il n'a pas à voir avec une quelconque capacité du peuple, ou souveraineté de ce dernier, mais simplement comme technique juridique permettant la désignation de représentants qui eux, incarnent la souveraineté. Mais, même si cette lecture devait être retenue, elle n'est pas antinomique du consentement comme sentir-avec, puisqu'il faut bien que les citoyens choisissent leurs candidats, et que la motivation de ce choix reste posée.

1449. La dimension informationnelle étudiée permet de mettre en lumière à quel point le consentement est d'un usage divers, et que derrière le même contenant langagier, les applications diffèrent en réalité de façon sensible selon les enjeux en question. Aussi, loin d'être apparaître comme un concept homogène, au régime unifié, le consentement ainsi que les éléments qui lui sont accolés dévoilent leur variabilité. Ce point va se trouver confirmé par la suite de l'étude, qui vise la situation dans laquelle l'utilisation du consentement aboutit à faire du corps un élément central de la relation ainsi nouée.

¹⁸⁴⁷ B. Daugeron, « La « démocratie administrative » dans la théorie du droit public... », précité, p. 30.

1450. L'analyse du dispositif juridique protecteur du consentement nous a permis d'observer quelques traits saillants, en lien avec la thématique de la subjectivité. Ainsi, au regard de l'importance conférée au consentement, du moins sur le plan de la pensée, le régime existant paraît en décalage à plus d'un titre.

1451. Ainsi, sur le plan du droit civil, lieu historique d'émergence et d'expression du concept, il est possible d'observer à quel point il est parfois délicat pour le législateur, et la doctrine avec lui, de parvenir à concilier l'impératif de sécurité juridique avec la nécessaire prise en compte de la dimension subjective. Cette dernière est en effet au principe même de l'accord, ce que traduit fort bien l'article 1165 du Code civil, au travers de l'effet relatif des conventions : c'est bien parce que l'engagement est spécifique à certains justiciables qui ont choisi de se lier par le droit qu'il n'est pas possible de lui faire produire des effets sur les tiers. De manière analogue, le caractère *intuitu personae* apparaît également comme la manifestation de ce que l'on peut vouloir contracter avec une personne précise, une subjectivité identifiée, désavouant ainsi l'idée d'une parfaite substituabilité entre justiciables. Pourtant, le régime juridique des vices du consentement ne cesse d'osciller entre appréciation objective et appréciation subjective, au prix parfois d'une méconnaissance de la subjectivité. Néanmoins, il est possible d'observer une tendance croissante à la domination de l'appréciation *in concreto*, malgré les réticences d'une partie de la doctrine.

1452. Quoi qu'il en soit, l'étude des soubassements théoriques, qui fondent la logique des vices du consentement, permet de mettre en lumière ce qui vise à être protégé dans l'esprit de la règle. Or, sur ce point, tout se passe comme si le prisme exclusif de perception consistait dans la richesse de l'information accessible et communiquée. Ce faisant, ce qui détermine le seuil d'entrée dans la sphère juridique repose essentiellement sur l'importance, non justifiée, conférée à l'information dans le processus du contrat. Cette position de principe n'est pas dépourvue d'avantages : par ce biais, on évite d'avoir à rechercher et à comprendre comment il est possible de distinguer concrètement le consentement et l'accord en matière contractuelle. Or, cette distinction est absolument fondamentale si l'on cherche vraiment, derrière le vocable de consentement, à coller au plus près de la subjectivité. Dès lors l'introduction de la dimension émotionnelle s'avère particulièrement riche pour la compréhension du processus de

formation du contrat, et pour découvrir ce qui est effectivement protégé par les vices du consentement.

1453. Du reste, si l'on adopte une vision transversale, permettant ainsi de comparer des usages divers du même concept, un premier constat s'impose : l'importance du caractère éclairé du consentement n'est absolument pas la même suivant le domaine d'action du concept. Ainsi, si l'information est effectivement essentielle dans le domaine du droit civil, et du droit de la santé, il n'en va pas de même s'agissant du droit constitutionnel, qui mobilise pourtant lui-aussi la notion de consentement. On peut donc déjà observer à quel point, en plus de la variation du sens même du consentement au travers des matières, il est également question de régimes profondément différents. Ceci pourrait être de peu d'importance si le législateur n'avait pas fait le choix d'utiliser le même terme dans ces différentes occurrences, participant ainsi à cette forme de confusion qui caractérise le concept juridique de consentement. Comme nous allons le voir maintenant, cette confusion, loin de disparaître, va s'accroître lorsque le consentement va opérer dans le champ de la sexualité.

CHAPITRE 2 : LE CONSENTEMENT A L'ÉPREUVE DU TRAITEMENT JURIDIQUE DE LA SEXUALITÉ

1454. Si nous avons évoqué quelque peu, jusqu'à présent, l'appréhension juridique de la sexualité¹⁸⁴⁸, ne serait-ce qu'au regard de l'obligation d'information, il est nécessaire d'y faire retour afin d'entreprendre une étude plus complète de cette matière. On peut déjà relever que, ne serait-ce que d'un point de vue quantitatif, les travaux de la doctrine sur ce sujet sont relativement rares. Certes, on en trouve en droit pénal, au travers de la réflexion entourant les infractions à caractère sexuel, ou bien dans l'évocation du phénomène prostitutionnel. Néanmoins, pour ce qui est des rapports sexuels se situant entre ces bornes, les sources sont beaucoup plus rares¹⁸⁴⁹.

1455. Or, le traitement juridique de la sexualité intéresse tout particulièrement notre recherche. En effet, il a ceci de particulier qu'il condense dans son être même l'ensemble des questionnements propre au consentement. Il n'est pas étonnant de ce point de vue de constater que, à côté de la jurisprudence Morsang-Sur-Orge, l'autre affaire ayant le plus mobilisé sur le plan de la réflexion le concept de consentement, touche spécifiquement à la sphère sexuelle, comme nous le verrons par la suite.

1456. Comment expliquer alors le relatif désintérêt dont ce sujet fait l'objet, similaire à celui touchant la thématique du consentement : si l'importance prêtée ne fait pas de doute, il n'en reste pas moins que la question ne semble guère passionner. Ceci peut s'expliquer de multiples façons : la première consiste à souligner le fait que la question de la sexualité peut, d'un premier abord, paraître moins académique, moins sérieuse, si l'on peut s'exprimer ainsi, que le droit des contrats, ou le droit constitutionnel. Ensuite, à l'évocation de cette problématique, une sorte de mouvement spontané prend forme, qui consiste à dire que tout cela ne fait guère question, puisqu'il est bien sûr évident que l'on ne saurait apprécier simplement une relation sexuelle, sous l'angle du droit, par le biais de la théorie contractuelle. En somme, cette

¹⁸⁴⁸ Pour une vision générale de la sexualité en rapport avec le consentement, d'un point de vue plus philosophique que juridique, cf. N. Campagna, *L'éthique de la sexualité*, La Musardine, 2011, 261 pages.

¹⁸⁴⁹ On peut néanmoins citer : D. Borrillo, *Le droit des sexualités*, P.U.F., coll. Les voies du droit, 2009, 272 pages ; F. Caballero, *Droit du sexe*, L.G.D.J., 2010, 768 pages ; Pour une version moins technique, E. Pierrat, *Le sexe et la loi*, La Musardine, coll. Attrape-Corps, 2008, 232 pages ; Concernant la question du libertinage et de l'échangisme, cf. J. Delga, *Sexualité, libertinage, échangisme et droit*, L'Harmattan, 2012, 300 pages.

formulation pourrait se résumer ainsi : soit il y a défaut de consentement, et dans ce cas c'est le droit pénal qui doit intervenir, soit le consentement est bien présent, et dans ce cas, il n'y a pas lieu de réfléchir doctrinalement sur ce point.

1457. Toutefois, une telle formulation est en réalité extrêmement problématique. L'idée selon laquelle il serait d'une évidence partagée que la sexualité ne saurait être régie par le droit des contrats est loin d'être aussi justifiée en logique. Pourquoi alors, si cela est vrai, a-t-on justement choisi de recourir à ce vocable spécifique, qui possède une histoire et un régime particulier, et qui renvoie cette fois de manière évidente au contrat ? Ainsi, on aurait choisi un terme en sachant ce à quoi il renvoie, tout en refusant justement ce renvoi ! Ensuite, quand bien même il serait possible de départager en deux catégories (consentement présent/consentement absent) l'ensemble des cas, il n'en reste pas moins qu'il est bien nécessaire de déterminer le sens du consentement dans cette hypothèse, son régime, etc. En réalité, comme nous le verrons, une telle formulation traduit bien l'idée que le consentement est bien pensé ici comme un synonyme de l'accord, insusceptible de varier une fois qu'il est donné, ce qui manifeste bien l'emprise de la pensée juridique issue du droit privé, qu'on entendait justement rejeter !

On l'observe, la situation est complexe, et nécessite une investigation approfondie qui sera d'une portée considérable pour notre recherche. Pour ce faire, on va donc étudier à la fois la manière dont la sexualité non monétarisée opère (Section 1), mais aussi l'activité prostitutionnelle qui présente l'intérêt de souligner certaines contradictions de la doctrine à l'égard du consentement (Section 2).

SECTION 1 : CONSENTEMENT JURIDIQUE ET USAGE DU CORPS : LA SUBJECTIVITÉ AU PRISME DE LA SEXUALITÉ

1458. Dans cette partie de nos développements, nous allons donc aborder la sexualité licite et non tarifée, pour réserver l'examen de ce que change l'introduction de la monnaie dans ce rapport par la suite. Ce faisant, on pourra observer si le même degré d'exigence à l'égard de ce qui constitue un consentement valide, pleinement éclairé et fruit d'une liberté non estropiée, peut être rencontré dans ce domaine.

1459. Toutefois, l'idée même que le consentement, en tant que catégorie juridique, serait d'une quelconque utilité dans le champ de l'appréhension juridique du sexuel ne relève absolument pas de l'évidence. En effet, on peut même dire que son apparition est très tardive, de même que son application dans une certaine mesure¹⁸⁵⁰. Toujours est-il que le consentement n'émerge pas de façon spontanée, en tant que principe structurant de la caractérisation juridique de la sexualité. Son avènement est en réalité progressif, et constitue plutôt une conséquence de la modification d'une incrimination pénale qui produit des conséquences considérables.

1460. C'est bien cet état de fait qui explique et justifie pourquoi nous aborderons le consentement à la sexualité au travers de l'émergence de l'incrimination de viol, particulièrement après le Code pénal de 1810. C'est bien ce dernier qui nous permettra d'entrer de plain-pied dans ce qui annonce quelque peu l'esprit du droit de notre époque, c'est-à-dire l'emprise de la morale dite consensuelle (§1).

Ainsi, on pourra observer combien la sexualité licite ne constitue pas le domaine de définition du consentement, de sa forme comme de ses caractéristiques fondamentales, à partir duquel on aurait pu penser déduire ce qui tombait dans le domaine du droit pénal. Au contraire, ce qui occupe la doctrine c'est bien la violence en relation avec la sexualité, et non le consentement en lui-même, et ce qu'il dit sur la manière dont nous concevons juridiquement ce qui constitue un rapport sexuel. C'est en ce sens que la caractérisation de la place du consentement est essentielle en dehors des seuls cas que le droit pénal entend sanctionner (§2).

¹⁸⁵⁰ On fait ici référence à la problématique du consentement à la relation sexuelle dans le cadre d'une union maritale. Sur ce point, cf. *infra*.

§1 : Le consentement à la sexualité au regard de la construction juridique du viol en droit pénal

1461.Le domaine de la sexualité constitue probablement un des points d'entrée les plus marquants de l'usage moderne du consentement. Si initialement ce dernier avait prioritairement à voir avec le contrat, au titre de ses conditions de formation, l'extension de l'appréhension contractuelle des relations intersubjectives a eu pour effet d'accroître sa sphère d'influence. Nous sommes désormais placés sous le règne du consentement, élément clef à même de départager le licite de l'illicite en matière sexuelle. Néanmoins, comme on va le voir, la réalité est plus complexe que cela, du fait même de l'utilisation du consentement.

Pour tenter d'en rendre compte, nous avons choisi de partir de la manière dont le droit pénal a compris et comprend toujours le viol, en espérant ainsi être renseigné sur ce qu'est un consentement valide au sens du droit en matière sexuelle (A). À ce titre, l'évocation et l'analyse des principaux déterminants du viol apparaissent comme autant de façon de cerner son double inversé, c'est-à-dire le consentement (B). On pourra alors constater à quel point il paraît exister un continuum, dans la manière dont le droit s'est construit autour de l'usage du consentement, entre le viol et la sexualité conjugale, alors que les deux sont normalement opposés (C).

A / L'apparition du consentement dans le champ de la sexualité : l'hypothèse du viol

1462.De façon quelque peu étonnante, l'émergence du consentement au sein de l'appréhension juridique de la sexualité coïncide avec les premières théorisations doctrinales et judiciaires du viol. Pour en apprécier la portée, on envisagera donc ce qui prévalait jusque-là (1) pour ensuite évoquer la manière dont la compréhension du viol transforme cette perception (2).

1 / Perspectives historiques sur l'âge du consentement à la sexualité

1463.Premièrement, il convient de souligner que pour que le consentement soit admis, il est nécessaire que le justiciable se voie reconnaître la capacité de consentir par le système juridique. Or, sur ce point, le régime existant diffère de celui étudié auparavant dans le

domaine du droit civil ou de la votation. Selon le Code pénal, « Le fait, par un majeur, d'exercer sans violence, contrainte, menace ni surprise une atteinte sexuelle sur la personne d'un mineur de quinze ans est puni de cinq ans d'emprisonnement et de 75000 euros d'amende ». On peut donc, a priori, inférer de la lecture de cet article, que la majorité sexuelle, c'est-à-dire la capacité reconnue à un justiciable d'avoir des relations sexuelles licites avec un majeur, à condition qu'il y consente, est de 15 ans. Il est donc différent de l'âge de la majorité civile (18 ans), qui permet d'exprimer son consentement par le vote, mais aussi de l'âge de raison en matière pénale¹⁸⁵¹. Loin d'être une donnée figée, il a varié suivant les époques.

En 1832, il est fixé par la loi à 11 ans¹⁸⁵², avant d'être ramené en 1863 à 13 ans¹⁸⁵³. Dans son commentaire sur cette loi, Albert Pellerin, substitut du procureur impérial à Alençon, déclare : « Cette mesure est extrêmement salutaire ; car il était évidemment regrettable que les enfants de onze à treize ans ne fussent pas aussi protégés par la loi. À cette époque de la vie, le consentement ne saurait être éclairé. Il y a toujours violence, sinon matérielle, au moins morale, de la part du misérable qui commet l'attentat. Vers treize ans, au contraire, âge où la presque totalité des enfants a fait sa première communion, où beaucoup de jeunes filles commencent à s'apercevoir de leur sexe, le consentement est mieux accusé ; le sentiment du mal est plus vif. La violence doit se présumer moins aisément »¹⁸⁵⁴.

Il est possible de remarquer dès à présent que le consentement est mis en défaut selon l'auteur non pas au titre de la liberté, du fait par exemple qu'un enfant de 11 ans est évidemment très impressionnable face à un adulte, ou même à un adolescent. Non, l'accent est porté davantage sur le caractère éclairé, même si l'on peine à déterminer à la fois le supplément d'information que cet âge octroie par rapport au précédent, et surtout à l'égard de quoi l'enfant serait mieux informé, pour reprendre un vocable moderne¹⁸⁵⁵. Il est donc peu évident de décider s'il s'agit avant tout de protéger la liberté ou l'intégrité corporelle de l'enfant, ou de le rendre directement responsable devant Dieu.

¹⁸⁵¹ Qui est fixée à 7-8 ans environ. Voir en ce sens Cass. Crim, 13 déc. 1956, n°55-05.772. On peut toutefois remarquer qu'en matière de responsabilité civile, l'âge du responsable du dommage est indifférent : Cass. Ass. Plén., 9 mai 1984 (4 arrêts).

¹⁸⁵² Loi du 28 avr. 1832, relative aux modifications apportées au Code pénal et au Code d'instruction criminelle, article 76, JORF 20 août 1944 p. 121, *Moniteur Universel*, jeudi 3 mai 1832, n° 124, p. 1153.

¹⁸⁵³ Loi du 13 mai 1863, article 551, JORF du 20 août 1944 page 418.

¹⁸⁵⁴ A. Pellerin, *Commentaire de la loi des 18 avril – 13 mai 1863 portant modification de soixante-cinq articles du Code pénal*, p. 171-172, éd. Auguste Durand, Paris, 1863, version numérique.

¹⁸⁵⁵ Même si l'on peut supposer que le principe de la communion suppose un certain degré de conscience de la part de celui qui s'y livre, ce qui témoignerait alors d'une plus grande maturité.

Puis, le seuil est à nouveau modifié en 1945¹⁸⁵⁶, pour être porté à celui que nous connaissons aujourd'hui. Néanmoins, cette majorité ne vaut que pour les relations hétérosexuelles, puisque s'agissant des relations homosexuelles, cet âge est fixé à 21 ans par le régime de Vichy¹⁸⁵⁷, avant d'être ramené à 18 ans en 1974¹⁸⁵⁸. Il faudra attendre 1982 pour que la majorité sexuelle hétérosexuelle et homosexuelle soit confondue¹⁸⁵⁹.

Cette brève présentation a pour objectif de mettre en lumière deux éléments concomitants, et qui se révéleront essentiels pour la suite de l'étude.

1464. Le premier est que l'âge de la majorité sexuelle, et donc du consentement dans le champ de la sexualité, n'est pas un invariant, mais semble épouser les contours de l'acceptabilité définie par le corps social¹⁸⁶⁰. Il est bien évident qu'à notre époque, et dans un contexte de lutte contre la pédophilie, une majorité sexuelle fixée à 11 ans, voire 13 ans, paraîtrait parfaitement scandaleuse. Une fois ceci dit, reste ouverte la question de la détermination de l'âge pertinent pour fixer cette majorité. Ceci ne relève, à notre sens, pas du droit, mais plutôt d'une étude psychologique, sociologique, ou autre. Nous n'évoquerons donc pas ici le bien-fondé ou non de tel âge plutôt qu'un autre.

De la même façon, il est absolument nécessaire de préciser que la notion de consentement comme sentir-avec s'accorde avec la détermination légale de l'âge de consentir, et ne saurait en aucune façon servir à un plaidoyer visant à diminuer l'âge de la majorité sexuelle. Il importe ici d'être conscient de l'utilisation néfaste qui peut être faite de ce concept, et de se garder d'une vision trop angélique des choses.

On peut tout au plus remarquer que la détermination de l'âge de la majorité sexuelle par le corps social, davantage que par la référence à une forme d'objectivité scientifique, se trouve confirmée si l'on observe que celui-ci diffère d'un pays à un autre. Cette différence touche

¹⁸⁵⁶ Ordonnance n°45-1456 du 2 juill. 1945 abroge et remplace l'art. 331 (al. 1 et 2) du Code pénal, modifié par la loi du 13-05-1863, JORF du 3 juill. 1945 p. 4010.

¹⁸⁵⁷ Loi du 6 août 1942 modifiant l'art. 334 du Code pénal concernant les peines encourues par l'auteur d'incitation à la débauche, de corruption d'un mineur de moins de 21 ans, JORF du 27 août 1942, page 2922. Cette disposition sera donc reprise à la Libération.

¹⁸⁵⁸ Loi n° 74-631 du 5 juill. 1974 fixant à dix-huit ans l'âge de la majorité, JORF 7 juillet 1974, p. 7099.

¹⁸⁵⁹ Loi n°82-683 du 4 août 1982 abrogeant le deuxième alinéa de l'article 331 du Code pénal, JORF du 5 août 1982, p. 2502.

¹⁸⁶⁰ À ce titre, il est possible d'observer la manière dont s'articule âge de la majorité sexuelle et âge de se marier, puisque le mariage implique le devoir conjugal. Or, sur ce point, l'âge du mariage était de 15 ans pour les femmes, jusqu'à ce qu'il soit ramené à 18 ans par l'article 1 de la loi n°2006-399 du 4 avr. 2006 renforçant la prévention et la répression des violences au sein du couple ou commises contre les mineurs, JORF 5 avril 2006, p. 5097.

aussi bien la fixation d'un âge précis, que les aménagements apportés dans certaines législations afin de permettre à des individus sous la limite fixée d'avoir des relations sexuelles, à condition que l'écart d'âge entre les deux partenaires ne soit pas trop significatif¹⁸⁶¹. Ce dispositif n'a toutefois pas été retenu dans la législation française. Il est également important de souligner que cet âge reçoit une dénomination particulière dans les pays anglo-saxons, puisqu'il est désigné comme « *age of consent* », ce qui tend à montrer l'importance que revêt dans ces pays le consentement dans la sphère de la sexualité.

1465. Le second, quant à lui, vise à pointer, dès à présent, le fait que le consentement ainsi décrit est susceptible de variation, non pas tant entre les époques ou les pays, qu'au sein même de l'espèce humaine. En effet, la lecture de ces évolutions et disparités met en lumière que l'État, et par extension le droit qui en est l'émanation, interviennent au cœur même du champ sexuel. On pourrait en effet penser que, après avoir déterminé un âge à même de garantir la licéité du rapport envisagé, l'intervention étatique s'arrêterait d'elle-même, sur le seuil d'une intimité vécue comme devant être protégée. Pourtant, attaché aussi bien à un objectif qu'à une certaine représentation du bien, l'État favorise ou défavorise, suivant le regard envisagé, telles pratique ou orientation plutôt qu'une autre. Ce qui apparaît ici manifeste s'agissant de la différence de régime longtemps applicable entre l'hétérosexualité et l'homosexualité va également se retrouver sur d'autres pratiques, par exemple le sadomasochisme.

2 / Approche du rôle du consentement par l'étude du viol

1466. Dès lors, à ce stade de la réflexion, un constat s'impose au chercheur qui s'aventure dans ces domaines. S'il espère trouver quelque réconfort dans des écrits antérieurs, sur lesquels il pourrait s'appuyer pour espérer obtenir une vision d'ensemble nuancée de la question, la déception est de mise. La faible importance quantitative de la réflexion doctrinale sur le consentement en lien avec la sexualité reproduit, d'une certaine façon, le relatif désintérêt dont le consentement fait l'objet en droit des obligations. On trouve bien quelques travaux consacrés à la sexualité sous différents aspects, et une quantité plus importante d'articles touchant à la question du viol, mais cela est à peu près tout.

¹⁸⁶¹ C'est le cas par exemple de certains États aux États-Unis (Arkansas, Colorado, Connecticut, etc.), mais aussi l'Autriche, l'Italie, la Suède, etc.

1467.La situation est radicalement différente par exemple aux États-Unis, où les travaux portant sur le consentement dans sa composante contractuelle au sens du droit privé se trouvent en plus faible quantité par rapport à ceux consacrés au champ de la sexualité. Certaines questions semblent ainsi passionner la doctrine américaine, tandis qu'en France elles sont presque complètement ignorées.

1468.Est-ce à dire qu'il s'agirait d'une difficulté pratique exclusivement américaine, qui ne rencontrerait pas d'équivalent sur le territoire français ? Il n'en est rien, puisque à titre d'exemple, on peut simplement ici évoquer un point tout à fait essentiel pour la réflexion : peut-on, et selon quelle forme, retirer son consentement à un rapport sexuel une fois celui-ci déjà commencé ? Nous n'avons pas trouvé d'articles de doctrine qui traitent spécifiquement de cette question, qui revêt pourtant un intérêt pratique absolument considérable, sauf à remettre en cause le rôle central que le législateur a entendu faire jouer au consentement. Ce désintérêt marqué est difficilement explicable, lorsque l'on veut bien considérer que certaines évolutions spécifiques au domaine ici étudié, par exemple la question du viol entre époux, illustrent cette mutation de l'appréhension du consentement, qui doit nécessairement inviter à une réflexion autour de ces contours nouveaux.

1469.Une fois ceci dit, il convient de s'attarder très brièvement sur les raisons qui expliquent la prégnance particulière du concept de consentement au sein du droit, et ce plus spécifiquement dans la thématique sexuelle. Il a souvent été écrit que le consentement aurait fait son entrée dans le champ pénal de la sexualité par le biais du viol, en ce que son absence permettait justement de caractériser le délit. Toutefois, comme le Code pénal de 1810 avait omis de fournir une définition de ce que cette offense pouvait être, la tâche en est incombée à la doctrine. Ainsi, Maurice Garçon le définit-il comme « coït illicite avec une femme qu'on sait ne point consentir »¹⁸⁶². Cette définition nous permet, ainsi que le note Marcela Iacub¹⁸⁶³, de distinguer trois principaux éléments : un coït, qui doit être illicite, et l'absence de consentement. Ces trois éléments vont nous permettre de caractériser de manière plus effective ce dont il est ici question.

¹⁸⁶² M. Garçon, *Code pénal annoté*, Paris, Dalloz, 1956, p. 191, cité in M. Iacub, *Le crime était presque sexuel et autres essais de casuistique juridique*, Epel, Essais, 2002, 268 pages, p. 32.

¹⁸⁶³ M. Iacub, *ibid.*

1470. Une remarque toutefois : on pourrait s'étonner de ce qu'une étude sur la place du consentement dans les relations sexuelles commence par un examen des conditions du viol. Ceci s'explique très simplement, si l'on veut bien considérer ce qui demeure, en quelque sorte et jusqu'à ce jour, un impensé du droit, à savoir la définition juridique d'une relation sexuelle.

En effet, il n'existe, à l'heure actuelle et à notre connaissance, aucune définition juridique de ce en quoi peut constituer une relation sexuelle. La seule chose à l'égard de laquelle le droit se montre loquace est ce qu'il considère comme une relation sexuelle fautive¹⁸⁶⁴, au travers des incriminations touchant la sexualité. De fait, c'est par une appréhension *a contrario* de la sexualité, au travers du viol, que l'on peut espérer approcher une première définition de la relation sexuelle.

B / L'importance des éléments constitutifs du viol dans la définition du rôle du consentement

1471. Pour mesurer l'importance de la définition du viol sur la compréhension du consentement dans le domaine sexuel, on va donc reprendre les principaux éléments concernant le viol lui-même dans sa définition du début du XIX^e siècle, c'est-à-dire un coït (1), qui se doit d'être illicite (2), ce qui révèle à quel point il a peu à voir avec l'expression de la subjectivité, mais plutôt à la protection d'une institution traditionnelle (3).

1 / Premier élément de définition : la notion juridique de coït

1472. Le premier élément évoqué concerne le coït, c'est-à-dire dans son appréhension ancienne, le seul coït vaginal. De fait, et comme le relève très justement Marcela Marcela Iacob¹⁸⁶⁵, ceci produit une conséquence d'importance, en ce que le viol devient ainsi l'acte spécifique par lequel un homme impose un coït vaginal à une femme. Impossible donc de cette façon de penser la possibilité d'un viol d'un homme par une femme, ou d'un homme par un autre homme. De même, tout ce qui ne se conforme pas à cette définition est renvoyé à la

¹⁸⁶⁴ Nous n'entrerons pas ici dans le débat, primordial mais qui dépasse le cadre de ce travail, de la nature de cette infraction, ou plutôt du *continuum* posé sans qu'il ne soit jamais démontré entre d'une part la sexualité, et de l'autre le viol, considéré comme sexualité non voulue. Or, on pourrait tout à fait envisager de considérer que le viol ne constitue en aucune façon de la sexualité, mais simplement de la violence, car le dispositif existant tend à affirmer qu'il existe deux sortes de sexualité, l'une voulue, et l'autre violente, ce qui paraît hautement discutable. Ceci suppose toutefois une réflexion d'ensemble sur ce que recouvre concrètement le vocable de « sexuel ».

¹⁸⁶⁵ M. Iacob, précité, p. 32.

qualification d'attentat à la pudeur, ou « *d'outrage public à la pudeur* », et se trouve moins sévèrement sanctionné. Dès lors, ce qui figure ainsi le modèle de la relation sexuelle acceptable, normée, c'est bien le seul acte de pénétration hétérosexuelle.

1473. Comment comprendre un tel positionnement ? Il ne s'agit pas ici de faire référence aux mœurs de l'époque napoléonienne, de la charpente religieuse de la société, etc. Ce qu'il importe de saisir ici dans toute sa précision est que le critère du consentement évoqué plus haut ne jouera que dans l'hypothèse du coït évoqué. Ce qui signifie donc, *a contrario*, qu'il n'est guère déterminant dans les autres cas évoqués, qui relèvent de l'incrimination d'attentat à la pudeur.

1474. Faut-il alors considérer que le consentement serait indifférent hors du rapport normé ? Il ne semble pas que cela soit le cas, ou en tout cas, pas selon les mêmes termes. En effet, le consentement semble ici marquer une forme de frontière invisible, qui permet de tracer le contour de la sphère privée et de la sphère sociale. En effet, les autres incriminations semblent viser avant tout à protéger un ordre social, caractérisé juridiquement par des « *mœurs* », et de ce fait, n'impliquent pas le consentement de la personne considérée. Il importe en effet peu de déterminer si celle-ci a consenti ou non, puisque ce ne sont pas ses intérêts qui sont défendus en tant que tels, mais plutôt ceux de la collectivité. Aussi, la sortie du cadre normatif sexuel a pour effet de publiciser en quelque sorte le comportement déviant, en l'offrant symboliquement à la collectivité pour qu'elle puisse en juger. Considérée ainsi, la présence du consentement dans l'hypothèse du viol se comprend alors mieux, puisque, en prenant le parti de reproduire la norme sexuelle transmise par le droit, l'individu privatise son comportement, et ainsi échappe temporairement à l'emprise du regard voyeur de ses semblables. La constitution de cet espace privatisé, c'est-à-dire dont la détermination dépend du sujet mais n'est pas fixé par un tiers, a pour effet de déplacer l'angle de la protection vers l'individu qui pourra alors décider si oui ou non, il a consenti à ce coït.

1475. Cette position est aux antipodes de la conception du consentement comme amalgame, c'est-à-dire pourvu également d'une dimension sensible. L'attention n'est pas portée sur la manière dont le plaignant a concrètement perçu et vécu les actes dont il entend contester la validité. Son consentement est indifférent à déterminer la nature de l'atteinte. Il ne lui est

loisible de l'exprimer que dans les formes spécialement aménagées à cet effet. Peu importe alors que pour la personne considérée, elle considère davantage comme viol ce qui relève des attentats à la pudeur, pour une raison qui lui appartient. Seul compte le modèle posé comme invariant, et comme étalon de la normalité.

1476. Dès lors, peut-on réellement dire, à ce stade, que l'introduction du vocable de consentement dans le champ de la sexualité vise à permettre l'expression d'une subjectivité ? La réponse paraît devoir être négative, car l'utilisation du terme n'est pas ici aménagée pour permettre à un justiciable de moduler le champ de sa liberté sexuelle. La preuve la plus manifeste de cela est que la seule utilisation du consentement est ici négative, en ce que le droit nous décrit ce qui advient lorsqu'il n'est pas là. Pour les autres hypothèses, le mystère demeure dans un silence inconfortable. Ceci va se trouver appuyé avec encore davantage de conviction par l'étude des deux autres éléments.

On peut toutefois déjà observer que si le consentement est le propre de la relation sexuelle en droit à cette époque, alors la relation sexuelle n'est juridiquement que le coït vaginal hétérosexuel.

2 / Le viol : un coït illicite : éléments pour une caractérisation temporelle du consentement

1477. Pour apprécier le second élément de la définition, on envisagera à quel point la présomption du consentement en matière de sexualité conjugale produit des conséquences d'une particulière importance (a), si bien que l'on peut se demander si la sexualité maritale ne constitue pas une obligation perpétuelle (b).

a / Les conséquences du consentement présumé en matière de sexualité licite

1478. Il faut ici distinguer entre les différents coïts, c'est-à-dire ceux qui sont licites et ceux qui ne le sont pas. Il faut bien comprendre que, par une lecture *a contrario* de la définition évoquée, on est en capacité de dire que le critère du consentement ne joue que dans l'hypothèse de l'illicéité du rapport sexuel. Ce qui revient à dire, en réalité, que lorsqu'il est licite, le consentement est indifférent, que son expression comme sa recherche ne sont d'aucun intérêt. Dès lors, cette affirmation bat en brèche l'idée selon laquelle le consentement aurait pu

être, au moment où il a été introduit dans cette matière, autre chose qu'un simple accord, dépourvu de tout substrat subjectif. Il est véritablement ici l'incarnation de l'appréhension purement contractuelle, au sens du droit des obligations, du consentement dans la sphère sexuelle. Car si celui-ci n'est pas recherché, allant bien au-delà de la présomption irréfragable, c'est donc qu'il ne peut jamais être en défaut.

De là, on peut légitimement affirmer qu'il est donc irrévocable, à ceci près qu'il n'est même pas existant dans la pensée. Cet éclairage particulier, que l'on peut juger, à l'aune de notre sensibilité moderne, indigne à l'égard de la femme mariée, va pourtant prospérer pendant près de 200 ans, comme nous le verrons après.

1479. Ceci nous permet de préciser encore davantage l'éventuelle définition de la relation sexuelle. Étant entendu que lorsqu'elle est licite, elle exclut la recherche du consentement, on peut donc dire que la relation sexuelle est juridiquement, au début du XVIII^e siècle, l'acte par lequel un homme satisfait aux obligations du mariage, et l'acte par lequel une femme est consommée au titre d'une obligation contractuelle. Une telle affirmation témoigne de ce que la convention de mariage comporte donc bien une composante corporelle essentielle, puisque c'est bien l'usage d'un corps qui est négocié, et dont la conduite doit épouser les contours des obligations auxquelles le droit s'arrime¹⁸⁶⁶.

1480. Plusieurs objections peuvent être formulées à l'égard de ce qui vient d'être dit. Premièrement, on pourrait ici évoquer le fait que le consentement n'est pas absent, inexistant, mais tout entier inclus dans l'acte initial par lequel la convention de mariage s'est formée. Ceci aurait pour effet de poser une présomption irréfragable de consentement aux relations sexuelles licites.

Puis, la définition proposée tend à donner l'impression que la pression est systématiquement masculine, réduisant ainsi l'épouse à une immobilité silencieuse. Or, en certaines occasions, il se peut que l'essentiel de la demande sexuelle soit plutôt le fait de la femme, renversant ainsi la question en interrogeant directement le consentement masculin.

Enfin, la tentative de définition amalgame dans sa formulation la présence du consentement et son absence, en faisant comme si ce dernier était toujours absent, alors qu'il se peut que les faits démentent une telle position.

¹⁸⁶⁶ Sur ce point, cf. *infra*. Partie II, Titre II, Chapitre 2, Section 1, § 1, C.

1481. Aucun de ces arguments ne convainc réellement, si l'on prend la peine de tirer les conséquences logiques de ce qui est ici avancé.

Ainsi, s'agissant du premier contre-argument, la profondeur d'une telle affirmation ne se laisse guère apprécier aisément. Certes, il est vrai que le principe même de la présomption consiste à rendre présent un élément, qui dès lors, ne doit plus justifier son existence. En somme, c'est la supposition de son existence qui le fait justement advenir à l'existence. On est donc en face d'une opération de construction de l'objet, plutôt que de découverte. L'artifice est puissant, mais ne trompe pas, car pour être opérant, il serait alors nécessaire d'admettre que ce qui est recherché dans le processus décrit est le « consentement juridique ou juridicisé », et non le « consentement concret ».

Or, l'admission de ceci consiste donc à dire qu'il peut exister une béance entre la réalité du consentement individuel de la part du sujet de droit, et sa matérialisation juridique. En somme, cela revient donc à dire qu'un consentement pourrait exister au sens du droit, sans pour autant qu'il existe du point de vue de celui à qui il est imputé ! On retrouve donc ici parfaitement les hypothèses développées dans ce travail.

Ceci produit également une conséquence, voulue à l'époque, mais qui apparaîtra par la suite trop inappropriée pour qu'elle soit maintenue. Si le consentement à la relation sexuelle peut être subsumé du consentement initial ayant permis la formation du contrat de mariage, cela revient à dire que le consentement à la relation sexuelle n'est pas révocable. Il ne peut faire en lui-même l'objet de modulation, ou autrement dit, on ne peut moduler par le consentement l'usage de son propre consentement dans la sphère sexuelle.

1482. Un tel mécanisme est lourd de conséquences : en effet, ceci implique de considérer que le consentement se trouve encore davantage entravé que ce qui était évoqué précédemment. Ainsi, on pouvait penser que ce dernier pouvait ne pas être modulé dans la durée, c'est-à-dire faire l'objet d'une présomption d'existence jusqu'à preuve du contraire, c'est-à-dire jusqu'à ce que soit affirmé le fait qu'il n'y a plus de consentement. Or, le mécanisme décrit va plus loin que cela, puisqu'il aboutit à faire fusionner dans une seule catégorie le temps et l'existence. En effet, du fait de cette présomption, c'est aussi bien la modulation temporelle que la possibilité même de contester la réalité de l'existence du consentement qui se trouvent abolies.

b / Le consentement à la sexualité maritale : une obligation perpétuelle ?

1483. Dès lors, il semble ici important d'évoquer l'hypothèse selon laquelle le consentement à la relation sexuelle pourrait être pensé, dans sa formulation première comme une obligation perpétuelle. Toutefois, il est primordial d'introduire ici un raffinement dans le raisonnement : l'interdiction des obligations perpétuelles ainsi visée touche-t-elle uniquement les engagements au sens de convention, ou bien également les obligations qu'un engagement peut contenir ? Pour le formuler autrement, un engagement non perpétuel peut-il contenir en son sein une obligation à caractère perpétuel ?

1484. La question peut paraître absurde, puisqu'il suffit alors de faire tomber la convention au principal pour que toute obligation, qu'elle soit perpétuelle ou non, disparaisse ce faisant. Sur le plan logique, cela est vrai. Néanmoins, cette interrogation a un mérite, qui est celui de montrer qu'il peut exister, d'un point de vue concret, des obligations qui s'apparentent à une forme de perpétuité. En effet, si le consentement donné à l'occasion de la formation du mariage suffit à effacer la nécessité de rechercher tout consentement ultérieur à l'occasion des relations sexuelles conjugales, cela suffit donc à caractériser le devoir conjugal, à l'intérieur du contrat, comme une obligation perpétuelle, c'est-à-dire dont on ne pourra jamais être déchargé tant que le contrat existe. Les deux partenaires sont donc tenus par une dette, en ce sens qu'ils sont débiteurs d'une obligation à l'égard de chacun d'entre eux, dont ils ne pourront jamais pendant la durée du contrat, se départir.

1485. Une telle interprétation appellerait des développements conséquents et nouveaux sur le plan de la théorie des obligations¹⁸⁶⁷, puisqu'il est nécessaire que soient explicités la nature et l'objet de l'obligation. En effet, c'est bien l'usufruit, ou le droit d'usage d'un corps morcelé¹⁸⁶⁸ dont il est ici question. Toutefois, une conséquence supplémentaire en découle également.

¹⁸⁶⁷ On pense ici au fait que le corps est supposé être hors contrat, mais aussi à l'hypothèse de la confusion. Si cette dernière se définit comme le fait de réunir les qualités de créancier et de débiteur d'une obligation, alors le devoir conjugal doit-il se comprendre ainsi ? Les deux mariés ont en effet chacun créancier de ce droit sexuel sur l'autre, et en même temps débiteur de celui-ci à l'égard de l'autre personne. La seule solution pour sortir de ce qui apparaît comme une impasse logique consiste à encore raffiner l'obligation évoquée, en distinguant un droit sur un organe sexuel masculin, et un droit sur un organe sexuel féminin, et ce afin de permettre une différenciation de l'obligation entre les deux participants. Néanmoins, une telle position achève de démontrer à quel point le corps, et plus précisément, un fragment de celui-ci est bien l'objet d'une transaction juridique.

¹⁸⁶⁸ Le terme morcelé renvoie ici spécifiquement au fait que, du fait de la seule licéité du coït vaginal, cela implique que le droit n'existe qu'à l'égard de ce seul morceau du corps.

Ainsi, si c'est bien la convention au principal qui permet ou non de qualifier une obligation de perpétuelle, alors tout engagement perpétuel aurait pour effet d'infuser sa temporalité aux obligations contenues en son sein. Dès lors, comment traiter de ce devoir conjugal dans le contrat de mariage lorsque la possibilité même de rompre le mariage est absente ? Certes, le divorce apparaît en droit interne avec la loi du 20 septembre 1792, et se trouve repris dans le Code civil de 1804. Mais, la Restauration l'abolit en 1816, avant qu'il ne soit rétabli par la loi du 27 juillet 1884. Ceci signifie donc qu'entre 1816 et 1884, il n'existe plus de divorce, et donc de moyen de rompre le contrat de mariage.

Celui-ci devient donc véritablement, dans cette période, un engagement perpétuel, et le devoir conjugal une obligation de même nature. C'est donc à un changement de nature du consentement que l'on assiste : de faculté laissée à la disposition des individus, il devient véritablement aliénant. Il manifeste ainsi un aspect qui sera plus tard particulièrement critiqué par la doctrine concernant le sadomasochisme, à savoir qu'il est possible, par son entremise, de s'aliéner de manière quasi-définitive à l'égard de quelqu'un, dans une sorte de convention d'esclavage¹⁸⁶⁹. Néanmoins, du fait du différentiel physique existant, il maintient effectivement la femme dans un état de sujétion sexuelle par rapport à son époux.

Un point supplémentaire permettra de préciser le diagnostic. Si le divorce est effectivement restauré en 1884, il ne l'est que sous une forme particulière, à savoir le divorce pour faute. Or, comme le fait d'exiger un rapport sexuel, en utilisant si nécessaire la contrainte pour y parvenir, ne constitue pas une faute puisque cela correspond au devoir conjugal¹⁸⁷⁰, alors il n'est pas possible de s'appuyer sur cette forme de divorce si le grief exclusif consiste dans le fait qu'un des partenaires est forcé à avoir des relations sexuelles. De fait, le

¹⁸⁶⁹ Encore que ce terme soit délicat d'usage ici, puisque la même obligation lie les deux participants, tandis que les obligations respectives diffèrent sensiblement dans l'hypothèse de l'esclavage avant 1848.

¹⁸⁷⁰ Marcela Iacub évoque ainsi deux affaires : la première prend place en 1887, et met en scène un homme « qui ne pouvait arriver à consommer son mariage du fait d'une vice de conformation génitale de sa jeune épouse, l'a attachée aux poutres de la toiture pour lui maintenir les jambes écartées, il lui a introduit un cylindre de bois taillé en pointe, puis a essayé à l'aide de ce bâton, de lui élargir les voies vulvo-utérines. Le mari a été jugé coupable de blessures volontaires, car les juges ont considéré qu'il n'y avait pas d'outrages illicites, contraires aux fins du mariage » (c'est nous qui soulignons).

La seconde elle, plus tardive (1910), concerne un homme marié qui a un rapport sexuel violent avec sa femme, « en présence de leurs enfants et de son frère qui l'aida en écartant les jambes de sa belle-sœur ». La Cour de cassation déclare alors : « [...] l'acte du prévenu ne saurait être qualifié de viol, ce crime se caractérisant par une conjonction illicite, que, envisagé en lui-même et en faisant abstraction de toute circonstance extrinsèque, il ne pourrait non plus constituer un attentat à la pudeur avec violence ; qu'en effet, la pudeur de la femme mariée ne saurait être offensée par un acte qui est des fins légitimes du mariage ;... » (C'est nous qui soulignons), cité in M. Iacub, précité, p. 33.

consentement à la relation charnelle est donc là encore perpétuel, puisqu'il n'est pas possible de s'en défaire en tant que tel. Il faudra donc trouver, pour le conjoint malheureux, une autre faute pour espérer se voir libéré de cette obligation.

1486. Ceci implique donc qu'entre 1814 et la reconnaissance du viol conjugal, règne dans le cadre marital une absence totale de prise en compte du consentement au titre de la relation sexuelle. Emporté par le devoir conjugal, le seul impératif est le respect de l'obligation, balayant ainsi toutes potentielles velléités contraires. Aucun des mariés n'est donc en mesure de dire non, même s'il semble nécessaire d'introduire ici une distinction suivant le sexe. En effet, la contrainte physique, c'est-à-dire la violence, demeure nécessairement majoritairement masculine, du fait du différentiel de puissance musculaire. Aussi, cette situation est-elle plus particulièrement handicapante pour la femme mariée.

À cette impossibilité de se refuser à son mari, au surplus lorsque l'exigence se conjugue à la force, la femme mariée doit également ajouter le fait qu'elle ne peut guère espérer de secours de la dissolution du mariage. En effet, la constatation de la faute dépend de la volonté de son mari de mettre un terme ou non au mariage, sauf à considérer qu'une femme pourrait elle-même invoquer le divorce pour faute, en alléguant de sa propre faute en se refusant à son mari. Toutefois, cette hypothèse pourrait paraître délicate, puisqu'on pourrait lui reprocher l'absence de légitimité de son intérêt à agir. De plus, elle suppose également que son refus d'avoir des relations sexuelles ait été pris en compte par son époux, et que ce dernier ne soit pas passé outre.

3 / Le consentement comme médium de détermination du partage de la responsabilité dans les relations sexuelles illicites ou contestées

1487. Cette brève rétrospective a pour objectif de mettre en lumière le côté paradoxal de cette mécanique juridique. Loin de représenter une manière de prendre en compte la subjectivité, la spécificité d'un ressenti, le consentement apparaît bien davantage comme un outil délicat d'usage dès sa création. En effet, on pourrait penser à première vue qu'il est le critère à partir duquel peut se distinguer, dans ce régime de pénalisation des mœurs, ce qui relève du licite et de l'illicite. Toutefois, il n'en est rien, puisque ce découpage lui est antérieur, tout entier contenu dans l'institution du mariage.

1488. Par ce biais, le consentement n'apparaît que comme la portion congrue de la normalisation juridique de la sexualité : il n'est mobilisé que lorsque le comportement étudié se trouve déjà situé dans la sphère de l'illicite, c'est-à-dire comme on l'a vu, en dehors du coït marital hétérosexuel. De fait, son usage se trouve transformé puisqu'il vise, dans les circonstances évoquées, à déterminer si la femme a bien consenti à l'illicéité, qui est en quelque sorte confondue avec l'immoralité. Aussi, le consentement n'est de ce point de vue pas pensé comme une notion permettant de faire valoir un comportement particulier au regard du droit, mais davantage comme permettant une dispense de responsabilité, qui serait autrement partagée si le consentement était avéré. En somme, la seule utilité de ce dernier, à l'époque, est de permettre la détermination du statut de la femme: est-elle également coupable de l'illicéité en cause ?

1489. Ceci explique très bien pourquoi, lorsqu'illicéité disparaît, elle emporte avec elle le consentement, qui n'est dès lors plus évoqué, comme dans le cas du devoir conjugal. Cette explication est d'autant plus probante si l'on veut bien garder en mémoire l'impossibilité du viol entre époux à cette époque mais aussi la manière dont a pu être aménagé, par les principaux concernés, le devoir conjugal.

Ainsi, lorsque celui-ci se réalise en dehors du modèle évoqué (coït hétérosexuel), l'argumentaire des juges n'évoque plus la question du consentement, mais plutôt le fait qu'il s'agit de relations « contre nature, de pratiques honteuses aussi compromettantes pour la santé de la jeune femme que pernicieuses au moral [...], des caresses et des attouchements qu'aucune honnête femme ne saurait supporter »¹⁸⁷¹. Si aucune femme ne « saurait les supporter », c'est donc qu'elle ne pourrait valablement y consentir, sauf à ce que cela soit retenu contre elle ¹⁸⁷²!

1490. De manière analogue, et touchant cette fois-ci aussi bien le mari que la femme, la question du consentement est tellement peu déterminante, que face à ce devoir conjugal auquel ils peuvent consentir, leur consentement s'arrête sur le seuil de la concrétisation précise du rapport. Ils ne peuvent consentir à des rapports dits « incomplets »¹⁸⁷³, mais aussi à ce qu'ils

¹⁸⁷¹ Cité in M. Iacub, précité, p. 34.

¹⁸⁷² Ceci s'entend ici aussi bien sur le plan judiciaire que social, eu égard au discrédit attaché à la reconnaissance publique d'un consentement à des actes immoraux.

¹⁸⁷³ C'est-à-dire incluant la sexualité autre que génitale. Sur ce point, cf. M. Iacub, précité, p. 34.

désirent obtenir par ce biais. Ainsi, comme le relève M. Iacub, les juges condamnent également le « mari ou la femme qui imposent à leur conjoint des rapports sexuels avec moyens contraceptifs »¹⁸⁷⁴.

On mesure donc ici à quel point il serait erroné de prétendre faire jouer au consentement ici étudié un quelconque rôle de prise en compte des individus dans leur singularité. De même, il ne peut être compris comme un instrument d'émancipation ou de subversion par rapport à la norme.

1491. Il demeure pourtant un espace dans lequel le consentement peut encore jouer, s'agissant des couples mariés, même si le terme n'est guère employé en tant que tel. Ainsi, les actes autres que le coït licite peuvent être punis lorsqu'ils sont imposés à l'autre partenaire, mais seulement s'il y a violence. En effet, la condition pour la qualification d'attentat à la pudeur, sous l'empire du Code pénal de 1810, est bien la présence de la violence, lorsqu'il s'agit de majeurs de plus de 15 ans : « quiconque aura commis le crime de viol, ou sera coupable de tout autre attentat à la pudeur, consommé ou tenté avec violence contre des individus de l'un ou de l'autre sexe, sera puni de la réclusion »¹⁸⁷⁵.

On voit bien ici qu'il n'est pas fait mention du consentement en tant que tel. On peut donc en déduire que la constatation de la violence permet d'établir une absence de consentement. Mais une fois encore, ce n'est pas l'individu qui est interrogé directement pour savoir si oui ou non il a consenti, de telle sorte que l'admission de la violence se détache de celui qui la subit. Il n'y a alors de violence que si elle correspond effectivement à la conception retenue par le législateur et les juges.

1492. Aussi, pour résumer, à ce stade de l'investigation, le paradoxe évoqué se manifeste dans toute sa clarté : lorsque le consentement est réputé juridiquement être présent, le droit lui-même le rend absent, en ce qu'il disparaît à ce moment tant de la lettre du texte, que des propos des juges. Lorsque sa présence est juridiquement discutable, il se manifeste davantage, soit qu'il est compris comme antinomique de la violence, soit qu'il est évoqué en tant que tel, comme dans la définition doctrinale du viol. De fait, le consentement juridique n'est jamais plus présent que lorsqu'il est justement absent !

¹⁸⁷⁴ M. Iacub, *ibid.*

¹⁸⁷⁵ C. pén. de 1810, Section IV, article 331.

1493. À cette première étrangeté s'en ajoute une autre, au travers du découplage opéré entre le réel et le réel juridique : le consentement est juridiquement présent même lorsqu'il est réellement absent dans certaines situations définies¹⁸⁷⁶, et juridiquement absent même lorsqu'il est réellement présent dans d'autres situations précises¹⁸⁷⁷.

On connaît l'opposition classique, qui consiste à dire que la chose n'a pas besoin d'être nommée pour être présente, puisqu'elle peut par exemple être représentée. Le contrat de mariage, et le devoir conjugal seraient alors ce qui re-présenterait le consentement, même si celui-ci n'est pas désigné nommément. Si tant est que cela soit vrai, ce qui est parfaitement discutable, force est de constater que son sens n'a que très peu de rapport avec le consentement tel qu'il est entendu à notre époque, et encore moins avec la conception du consentement défendue dans ce travail. Qui pourrait aujourd'hui admettre que derrière les cas d'espèces relatées plus haut, la question de la présence du consentement est superfétatoire et que la seule présence d'un contrat spécifique¹⁸⁷⁸ entre les participants aboutisse à de telles disparités ?

On va donc poursuivre l'examen en abordant désormais les liens entre viol et sexualité maritale.

C / Viol et mariage : continuité et rupture de la logique consensuelle

1494. Comme on l'a vu, le consentement dans la sexualité juridique n'existe pas, dans ses premiers temps, pour permettre de défendre l'intégrité d'un justiciable, ou de faire droit à sa subjectivité : il sert à protéger l'institution du mariage. Ceci explique à quel point les notions de sexualité conjugale et de viol sont liées, ce que la comparaison des deux permettra d'établir (1). On comprend ainsi mieux comment le viol conjugal a pu persévérer si longtemps dans une forme de relative indifférence (2). S'il est aujourd'hui admis, il subsiste néanmoins un « devoir conjugal » qui interroge directement le consentement et la subjectivité (3).

¹⁸⁷⁶ Impossibilité du viol conjugal par exemple, ou hypothèse d'une violence insuffisante pour caractériser un attentat à la pudeur.

¹⁸⁷⁷ Hypothèse de la pénalisation de l'homosexualité par exemple.

¹⁸⁷⁸ On pense ici bien évidemment au contrat de mariage, puisque les contrats ayant pour objet des rapports sexuels étaient considérés comme illicites, car contraires aux bonnes mœurs. Sur ce point, cf. M. Iacub, p. 35.

1 / Le viol, une absence de consentement, et le mariage, un contrat d'aliénation ?

1495. Mais alors, comment comprendre ce consentement, qui figure le troisième élément du triptyque permettant la qualification du crime de viol ?

On peut en effet s'étonner de constater sa présence dans la définition doctrinale, si son utilisation est si lacunaire, et ce d'autant plus si l'on considère, à la suite de Marcela Iacub, que ce qui est visé ici est bien le consentement en tant qu' « acte positif d'affirmation de la volonté [...] et non pas seulement négatif, résister »¹⁸⁷⁹. Ceci s'expliquerait selon elle par le fait que la notion serait apparue à l'occasion de l'examen judiciaire de cas dans lesquels des hommes avaient pu avoir des rapports sexuels avec des femmes endormies, ou en se faisant passer pour leur mari.

Mais, il n'en reste pas moins qu'ainsi que le déclare l'auteur, on aboutit, à l'époque, à une situation dans laquelle « les épouses, bien que résistant de toutes leurs forces, ne pouvaient pas être violées, et les autres, même si elles n'avaient pas résisté mais n'avaient seulement pas consenti, étaient considérées comme violées »¹⁸⁸⁰.

1496. Ce point est absolument fondamental pour la compréhension ultérieure des évolutions du consentement, tant il permet de saisir quelle était la volonté originelle des rédacteurs de l'époque. En effet, la situation engendrée par ce dispositif aboutit à ce que, par le biais d'un contrat de mariage, on bénéficie d'une protection moindre contre les éventuels abus sexuels, que si l'on se maintient en dehors de l'institution maritale.

Selon Marcela Iacub, il y aurait ici en réalité deux modèles qui s'affrontent : d'un côté celui dans lequel le droit intervient, pour ordonner, obliger, par le biais du mariage ; de l'autre, une sexualité laissée en quelque sorte à l'abandon par la norme, sauf lorsque les conditions de qualification des incriminations pénales sont réunies. C'est donc l'encadrement juridique de la relation maritale qui obère la protection effective dont peuvent bénéficier les justiciables, tandis que la tolérance dont fait preuve le système à l'égard de ceux placés en dehors de ce territoire du pouvoir, leur permet de prétendre aussi bien à une liberté accrue, qu'à une protection plus satisfaisante.

De fait, le mariage, dans la configuration du début du XIX^e siècle, devient alors le contrat par lequel on abandonne l'exclusivité du jugement porté sur la nature des relations

¹⁸⁷⁹ M. Iacub, précité, p. 35.

¹⁸⁸⁰ M. Iacub, *ibid.* À noter que cela suppose que soient réunies les conditions du viol.

sexuelles, pour en confier le contrôle à une instance tierce, le juge, qui peut ainsi la façonner à l'image de son avatar juridique. Le contrat de mariage est alors ce par quoi on s'offre à son partenaire, dans sa corporéité, mais aussi et surtout à un autre que son partenaire, à savoir l'ordre social. Le titulaire véritable des droits n'est donc pas tant le conjoint, que la société représentée par le juge. Le contrat de mariage est donc intrinsèquement, à cette époque, un contrat d'aliénation¹⁸⁸¹.

1497. Une telle affirmation peut sembler outrancière, mais elle ne vise pas à porter un jugement moral sur le contrat concerné. Derrière les apparences de l'institution se joue effectivement une forme de transaction qui porte sur les corps, et plus spécifiquement sur le sexe au sens de l'organe génital, et qui est mise en évidence ici. Dès lors, l'idée qui veut que ce contrat devrait être interprété par rapport à la visée de l'institution¹⁸⁸², est battue en brèche. Certes, on a fait mention du fait que les juges condamnent l'imposition de moyens de contraception. Mais ceci signifie bien qu'à compter du moment où ceci procède des deux conjoints, la condamnation tombe.

1498. Ce à quoi chacun peut prétendre, par le biais du devoir conjugal, c'est un droit au sexe, et pas tant à la procréation, qui n'est qu'une conséquence éventuelle de celle-ci. Comme le note avec beaucoup de justesse Marcela Iacub, le devoir conjugal ne cesse pas en cas de stérilité ni même lorsque l'âge avancé des participants ne permet plus de concevoir la vie¹⁸⁸³. Selon elle, « le devoir conjugal est une vieille institution canonique visant à assurer des nécessités sexuelles et non pas une descendance »¹⁸⁸⁴. On comprend donc que ce dont il est question est bien une manière socialement organisée de négocier et d'organiser l'accès au corps, et plus spécifiquement, au corps féminin. De ce point, on retrouve ici de manière très forte l'influence du droit canon, qui affirme de manière beaucoup plus franche à quel point le contrat de mariage est un contrat portant sur le droit au corps du conjoint¹⁸⁸⁵.

¹⁸⁸¹ M. Iacub note ainsi que, « dans l'ancien droit, on pouvait faire appliquer ce droit à la sexualité par un juge ». De même, elle évoque « l'astreinte pratiquée au Moyen-Âge par l'officialité de Paris qui imposait aux maris indolents de connaître charnellement leurs épouses deux fois par semaine », cité in M. Iacub, précité, p. 37.

¹⁸⁸² On entend par là le fait que l'institution du mariage est présentée habituellement comme visant à garantir la reproduction de l'espèce.

¹⁸⁸³ M. Iacub, précité, p. 36.

¹⁸⁸⁴ M. Iacub, ibid.

¹⁸⁸⁵ Sur ce point, cf. les travaux fondamentaux de Mme Madero, historienne experte sur ce sujet. À ce titre, on pourra se référer à M. Madero, *Ce droit si gênant : droit réel et jus in corpus*, Law in Context, Jus Scripta Storica, Académie royale de Belgique, à paraître (version électronique disponible) ; M. Madero, « La nature du droit au

Appréhendée ainsi, la question du consentement apparaît marginale dans le dispositif de la sexualité maritale au XIX^e siècle, et surtout, comme témoignant d'une orientation bien différente de celle qu'on lui prête aujourd'hui.

1499. Pour en rendre compte, il faut maintenant étudier les évolutions qu'a connues la matière depuis le Code napoléonien. Ainsi qu'on l'a déjà évoqué, des transformations considérables vont frapper le Code pénal, de telle sorte une véritable révolution conceptuelle va jouer au sein même de la sphère juridique. Selon Marcela Iacub, ce qui anime cette révolution est l'idée « qu'en substance, était moins important ce qu'on obligeait à faire à une femme que le fait qu'on l'oblige à le faire. Ce qui comptait, c'était son refus bien plus que le contenu de ce qu'elle se refusait à faire »¹⁸⁸⁶. Dès lors, l'accent n'est plus mis sur la nature des pratiques en question, c'est-à-dire sur le fait qu'elles seraient problématiques *per se*, en référence à l'ancien coït vaginal qui figurait la sexualité licite, mais plutôt aux conditions qui président à leur exercice.

1500. Certes, une forme de distinction est maintenue au sein de la catégorie des infractions sexuelles, entre le viol, crime premier par son importance, et « les autres agressions sexuelles » ainsi que les désigne le Code pénal dans sa nouvelle rédaction¹⁸⁸⁷. Néanmoins, le viol reçoit pour la première fois une définition textuelle, qui est élargie par rapport à sa rédaction antérieure, de telle sorte qu'il recoupe en quelque sorte ce que désignaient autrefois le viol et l'attentat à la pudeur. Désormais, il doit se comprendre comme « tout acte de pénétration sexuelle, de quelque nature qu'il soit, commis sur la personne d'autrui par violence, contrainte, menace ou surprise... »¹⁸⁸⁸. C'est dans cette perspective que l'on a considéré que le viol n'était pas tant un acte spécifique qu'une manière de faire, c'est-à-dire en somme pas tant

corps dans le mariage selon la casuistique des XII^{ème} et XIII^{ème} siècles », *Annales. Histoire, Sciences Sociales*, nov.-déc. 2010, p. 1323-1348 ; M. Madero, « Mariage et droit sur le corps d'autrui. Origines », *Revue Perspectives*, 2012, n°7, p. 6-7 ; E. Dieni, « Esprit de système et apories persistantes dans le droit matrimonial canonique », *Revue de droit canonique*, n°50/1, 2000, p. 171-196 ; Dans le même sens, cf. J. Guyader, « Quelques usages sociaux du droit canonique dans l'esprit du nouveau Code de 1983 », in « Les usages sociaux du droit », *Revue CURAPP*, 1989, 335 pages, p. 106-125, spécialement p. 118 : « Il y a là un aspect personnaliste du mariage qui était absent dans l'ancien Code puisque notamment au canon 1081 § 2 l'alliance matrimoniale était réduite à l'acceptation et à la tradition réciproque du droit au corps en vue des actes de procréation », et p. 119 : « Le changement est important car dans l'ancien droit, il suffisait pour faire un mariage valide d'accepter et de donner le droit au corps, [...] ».

¹⁸⁸⁶ M. Iacub, précité, p. 38.

¹⁸⁸⁷ C. pén., Livre II, Titre II, Chapitre II, Section 3, Paragraphe 2.

¹⁸⁸⁸ C. pén., art. L. 222-23.

une atteinte à l'ordre social qu'à l'intégrité psychique de celui qui le subit. De cette façon, la doctrine a pu parler d'un « viol du consentement »¹⁸⁸⁹.

1501. C'est donc à ce moment précis, que l'on peut dater au début des années 1980, que le consentement va trouver une place centrale au sein de la machinerie pénale touchant aux relations sexuelles. Or, si ce qui prime désormais est bien la protection d'un consentement pensé comme pierre angulaire du dispositif, c'est donc tout comportement sexuel qui peut désormais recevoir une appréciation juridique de conformité/validité par le biais du juge. Il était donc, de ce point de vue, parfaitement prévisible que l'impunité de la chambre à coucher maritale soit annihilée, et que le juge apprécie désormais l'ensemble de la sexualité.

2 / Consentement et viol conjugal

1502. C'est ainsi que va apparaître la notion de viol entre époux, à la suite de deux arrêts de la Cour de cassation, le premier rendu en 1990¹⁸⁹⁰, et le second en 1992¹⁸⁹¹. Il faudra toutefois attendre 2006¹⁸⁹² pour que le législateur inscrive ce principe dans la loi, par le biais de la formule suivante : « Le viol et les autres agressions sexuelles sont constitués lorsqu'ils ont été imposés à la victime [...], quelle que soit la nature des relations existant entre l'agresseur et sa victime, y compris s'ils sont unis par les liens du mariage. Dans ce cas, la présomption de consentement des époux à l'acte sexuel ne vaut que jusqu'à preuve du contraire »¹⁸⁹³. Le législateur ira même plus loin par la suite¹⁸⁹⁴, en faisant totalement disparaître la référence à une quelconque présomption de consentement, même dans le cadre marital.

1503. On peut donc observer l'apparition spécifique du vocable de consentement au sein du texte, marquant ainsi son importance toute particulière. Mais s'arrêter à ce simple constat n'est pas suffisant, tant les conséquences produites sont importantes pour notre propos. Marcela Iacub en a proposé une explication convaincante : « La dématrimonialisation du viol implique

¹⁸⁸⁹ M. Iacub, précité, p. 39.

¹⁸⁹⁰ Cass. Crim, 5 sept. 1990 : Bull. Crim n°313, cité in M. Iacub, précité, p.40.

¹⁸⁹¹ Cass. Crim, 11 juin 1992, *D.* 1993, somm.13, obs. Azibert, cité in M. Iacub, *ibid.*

¹⁸⁹² Loi n°2006-399 du 4 avr. 2006 renforçant la prévention et la répression des violences au sein du couple ou commises contre les mineurs, art. 11, JORF n°81 du 5 avr. 2006, p. 5097.

¹⁸⁹³ C. pén., art. L. 222-22 dans sa rédaction de 2006.

¹⁸⁹⁴ Loi n°2010-769 du 9 juillet 2010 relative aux violences faites spécifiquement aux femmes, aux violences au sein des couples et aux incidences de ces dernières sur les enfants, JORF 10 juillet 2010 p. 12762, art. 36, qui supprime cette présomption.

la création d'un espace homogène de sexualité ne différenciant plus la bonne de la mauvaise sexualité, celle qui devait être l'objet d'un consentement instantané, à chaque fois renouvelé, de celle qui n'en nécessitait pas. Mais cette homogénéisation s'est faite du côté de la mauvaise sexualité, de celle qui se passait hors mariage et qui était illicite, tolérée, grâce au consentement des partenaires, dans certains cas de figure seulement »¹⁸⁹⁵.

1504. Cette approche a le mérite de permettre une compréhension de l'évolution historique du phénomène, mais elle laisse certains aspects spécifiques du consentement en retrait. En effet, le modèle ancien de la sexualité maritale avait également une spécificité qui était son inscription temporelle. Le consentement une fois donné valait pour toute la durée du mariage. Dès lors, ce qui fait office de norme à ce moment est bien qu'il peut exister des situations, et des pratiques pour lesquelles un consentement donné une fois vaudrait de manière définitive. Le consentement renouvelé, tel qu'il est décrit par l'auteur, apparaissait comme l'ombre portée du consentement principal, sa forme appauvrie à un point tel qu'elle ne pouvait perdurer sans devoir sans cesse se réactualiser. De fait, la nouvelle définition du viol achève de fracturer la structuration temporelle du consentement à un point que l'on n'imagine guère à l'époque. Ce qui se trouvait hors d'atteinte dans la sexualité maritale, au travers de la fixité du consentement, était bien le fait qu'il n'avait pas à être prouvé, mais surtout, qu'il ne pouvait être retiré.

1505. C'est sur ce point crucial que l'une des hypothèses avancées dans ce travail va se trouver confirmée : c'est bien parce que ce qui sert de modèle à cette perception de la relation sexuelle est le contrat issu du droit civil que la seule question qui semble intéresser la doctrine est de savoir si, avant la conclusion du « contrat sexuel », on peut retirer son consentement. Ce qui est mis ici de côté est bien le fait que, en raison de la versatilité du consentement, et de la matière dont il est ici question, ce dernier peut également être modulé dans sa durée postérieurement à la formation du « contrat sexuel », c'est-à-dire au cours de la relation sexuelle elle-même ! Or, cette plasticité de la notion pourrait n'être que de peu d'importance si elle ne se conjugait pas également avec la spécificité probatoire : autant il peut être aisé de déterminer qu'un partenaire n'a pas consenti avant tout acte sexuel, autant il est

¹⁸⁹⁵ M. Iacub, précité, p. 41.

particulièrement délicat de prouver qu'après avoir accepté une relation sexuelle, l'individu va revenir sur son avis et cesser de consentir.

1506. Quoi qu'il en soit, un problème considérable va se poser concernant le terme de « sexuel », puisqu'on est là encore renvoyé à l'absence de définition textuelle de la relation sexuelle en droit. Ainsi, devant la difficulté soulevée par la détermination du pourtour du sexuel, c'est-à-dire au fait de savoir si celui s'entend des seuls organes génitaux au sens strict, une juridiction va proposer de considérer qu' un comportement pouvait « constituer un viol lorsque le mobile ayant inspiré leurs auteurs – attenter à l'intimité sexuelle de la victime – leur donnait une « nature sexuelle » »¹⁸⁹⁶. C'était là déjà le premier pas fait en direction d'une subjectivisation du sexuel, qui loin de pouvoir être déterminé objectivement, devrait être compris dans l'ensemble signifiant de celui qui s'y livre. Qu'importe apparemment si, comme l'écrit l'auteur¹⁸⁹⁷, les principes du droit pénal étaient malmenés, puisque se trouvaient ainsi amalgamés l'élément moral et l'élément matériel de l'infraction. Comme toute révolution celle-ci allait se faire avec une vision parfois trop étroite de l'ordre précédent.

1507. Il reste pourtant qu'une telle évolution est particulièrement éclairante concernant le consentement. En effet, cette prise en compte accrue de la subjectivité paraît résonner en écho avec le consentement défini comme sentir-avec, c'est-à-dire comme amalgame. Pourtant, la réalité est plus complexe que cela.

Premièrement, cette subjectivisation au niveau même des auteurs de l'infraction pose un véritablement problème de sécurité juridique. Ainsi, un même acte, suivant les motivations de ceux qui l'accomplissent, pourrait être qualifié de viol ou de violences volontaires. Aussi, en plus de la responsabilité pénale de l'acte, les auteurs de l'infraction seraient également responsables de la détermination légale de la nature de celle-ci. Dans cette perspective, la victime apparaît comme le reliquat, le médium de la relation qui unit le prévenu à la figure du juge. Elle est, d'une certaine façon, le prétexte à la discussion.

Mais, s'arrêter ici serait méconnaître que la subjectivisation évoquée peut également fonctionner dans l'autre sens, c'est-à-dire que l'on peut également envisager qu'il appartienne, dans un mouvement inverse, à la victime de décider si la nature sexuelle est avérée ou non. Puisque ce qui compte désormais est, au-delà des mots, le sens qui leur est prêté par ceux qui les manipulent, alors peut devenir sexuel ce que chacun juge comme tel. Ce problème, que

¹⁸⁹⁶ Cass. Crim., 6 déc. 1995, Bull. Crim. n°372 ; *Dr. Pénal* 1996, comm. 101, cité in M. Iacub, précité, p. 45.

¹⁸⁹⁷ M. Iacub, *ibid.*

l'on retrouvera à l'occasion de l'étude du régime juridique de la prostitution, est ici parfaitement illustré, tant il est vrai que la définition du champ du sexuel peut varier profondément d'un individu à l'autre. Que dire alors d'un justiciable à qui l'on aurait par exemple rentré contre son gré un quelconque objet dans le canal auditif, et qui alléguerait du viol parce que cet endroit de son corps résonne chez lui au diapason de son désir ? Ou d'un autre à qui l'on aurait par exemple caressé sans accord l'extrémité de ses doigts, et qui voudrait qu'un tel acte soit qualifié de viol ?

1508. On peut s'amuser devant le caractère quelque peu absurde des situations évoquées, mais pour autant, comment juridiquement infirmer la position de l'individu évoqué ? Si c'est effectivement la perception que s'en fait la victime qui détermine la nature sexuelle, alors elle est en droit de réclamer l'application du régime propre aux infractions sexuelles. De cette façon, on mesure le danger spécifique que peut poser une subjectivisation sans limites, qui aboutit à potentiellement faire du justiciable le souverain et l'interprète authentique de la norme¹⁸⁹⁸.

Que dire également du problème posé par un éventuel conflit dans la détermination de l'acte incriminé, c'est-à-dire si le suspect prétend que l'intention est sexuelle (inversement qu'elle ne l'est pas), et que la victime prétend que l'acte n'est pas sexuel (inversement, qu'il l'est) ? Qui doit-on faire primer en pareille circonstance ?

Ces difficultés expliquent probablement pourquoi une telle solution n'a pas été retenue en droit positif, même si ce faisant, c'est bien la subjectivité qui se trouve atteinte de manière potentielle.

¹⁸⁹⁸Certains membres de la doctrine ont défendu l'idée d'une définition du sexuel par le prisme de la victime. cf. J. et A.-M. Larguier, *Droit pénal spécial*, Mémentos, 11e éd., 2000, Dalloz, p. 270, cité in V. Malabat, « Infractions sexuelles, Répertoire de droit pénal », Dalloz, version électronique, §21, p. 5. Toutefois, l'auteur semble plus nuancé, et évoque ainsi le fait que, selon elle, « il ne saurait être question de sanctionner des actes que la victime considère comme sexuels mais qui sont dénués de cette signification pour un individu moyen. Ainsi, dans l'hypothèse, certes rocambolesque, d'une baisemain arraché de force à une victime, la qualification d'agression sexuelle ne paraît guère adaptée même si la victime a ressenti cet acte comme de nature sexuelle », in V. Malabat, *ibid.* Est-ce à dire qu'il y aurait donc une forme de transposition du *bonus pater familias* au champ sexuel ?

3 / Premier bilan sur le rôle du consentement à la lumière des évolutions de la définition juridique du viol : que reste-t-il du devoir conjugal ?

1509. Aussi, quel bilan provisoire tirer de cette mutation, qui vient désormais placer le consentement au cœur de la juridicisation des rapports sexuels, que ceux-ci s'inscrivent dans le cadre d'une union juridiquement formalisée (mariage, pacs) ou non ? C'est ce que l'on va étudier maintenant, au travers des défis que pose le concept de consentement dans ce domaine (a), en lien avec l'actualité du devoir conjugal en droit positif (b).

a / Les défis posés par le consentement en matière sexuelle

1510. Premièrement, cette perspective semble plus en phase avec l'idée que le consentement pourrait être plus qu'un simple accord, donné une fois pour toutes, et qui n'aurait jamais à être reformulé. C'est bien la prise en compte du fait que derrière l'accord, la sensibilité fluctue qui peut expliquer pourquoi il est ici fait usage d'un variateur d'intensité de l'accord, au travers du consentement. En raison du caractère particulièrement important reconnu à la dimension sexuelle, le législateur a estimé qu'il était impossible qu'il puisse exister des espaces vides de protection. Ceci suppose alors de s'interroger sur la nature du consentement en cause, c'est-à-dire sur le fait de savoir s'il peut être considéré comme un véritable droit.

En effet, étant donné qu'à notre connaissance, il n'a jamais été reconnu un droit à avoir des relations sexuelles, on ne peut simplement penser le consentement ici comme une liberté qui permettrait de faire usage d'un droit, ce dernier faisant défaut. Aussi, ce qui transparaît ici est bien le fait qu'il y aurait un droit au consentement, dans la sphère sexuelle, et d'une importance telle qu'il ne pourrait en aucune circonstance être présumé. Ce n'est donc pas un droit à la relation sexuelle, dont l'État serait créancier¹⁸⁹⁹, mais un droit au respect de son consentement dans la sphère sexuelle.

1511. Ensuite, cette évolution laisse à croire que désormais, le substrat psychologique innervant l'agir humain aurait trouvé sa voie d'expression, le consentement, à même d'en

¹⁸⁹⁹ Il faut noter que cette question est actuellement discutée, puisque certains militent pour la reconnaissance d'un tel droit, qui permettrait par exemple à certaines personnes handicapées de bénéficier, comme dans certains pays, d'une assistance sexuelle par le biais de personnels spécifiquement formés à cette fin. Il faut donc distinguer entre un droit à avoir des relations sexuelles, qui n'est pas garanti faute de pouvoir s'adosser à un droit à avoir un partenaire, et un droit d'entretenir des relations sexuelles, lorsque la situation le permet.

garantir le respect comme l'expression. De fait et en raison de l'atteinte d'une particulière gravité que constituerait un mépris du consentement, on est tenté de penser qu'il n'y a guère davantage à dire sur ce thème, et que l'ensemble des questions sous-jacentes se trouve en quelque sorte résolues. Mais, il importe encore pour mesurer cela de tirer toutes les conséquences de cette position assumée par le législateur. En effet, si comme on l'a souligné, c'est le consentement qui permet désormais de déterminer si un acte, dans le champ sexuel est valide, alors il suffit qu'il soit présent pour rendre, *de facto*, l'acte licite au regard du droit pénal. Comment alors expliquer le trouble soulevé par toutes les affaires touchant au sadomasochisme, affaires dans lesquelles est justement invoqué par une certaine doctrine le fait que le consentement ne saurait permettre un tel excès ?

1512. À cette première difficulté, qui n'est pas sans lien aussi bien avec le caractère axiologiquement neutre du consentement, mais aussi avec l'indétermination du sexuel, s'en ajoutent d'autres. On peut en évoquer au moins deux. Si le consentement est toujours à rechercher, car systématiquement en doute, et qu'il garantit la licéité du comportement invoqué, alors cela implique de manière nécessaire que personne ne doit être en mesure de ne pas consentir à avoir une relation sexuelle.

Il ne s'agit pas ici de dire que cet état ne serait pas réalisé du fait même de l'existence du viol, puisque l'interdiction de l'homicide reste valide même si des homicides ont bien lieu. Non, ce qui est désigné ici est bien une situation dans laquelle un individu pourrait être légalement contraint à avoir une relation sexuelle. Ce serait donc une hypothèse de consentement contraint. On peut également songer à l'hypothèse inverse, déjà esquissée, c'est-à-dire une situation où une personne qui consentirait se verrait pour autant dénier ce même consentement.

La seconde elle concerne l'articulation inachevée, probablement de manière volontaire de la part du législateur, entre le consentement ainsi consacré, et sa temporalité spécifique. S'il faut toujours prouver le consentement, combien de fois doit-il l'être effectivement ? Dans quel intervalle ? Est-ce qu'une absence temporaire de consentement peut être ultérieurement recouverte par un consentement positif, de la même façon qu'il est possible en matière contractuelle de reconstruire la légalité d'un contrat initialement illégal ? La question n'est pas simplement théorique, puisque ce qui se joue d'hier est bien la qualification pénale de viol, et non une simple annulation du contrat ou l'allocation de dommages-intérêts. On va donc tenter

ici d'envisager ces différents points.

b / L'appréciation de l'actualité du devoir conjugal au regard de la jurisprudence

1513. Si l'on s'intéresse à l'hypothèse du consentement contraint, et pour rester dans une continuité logique, il convient de vérifier si le devoir conjugal précédemment imposé est toujours aussi vivace dans le tissu juridique contemporain. Sur le plan de la volonté du législateur, une lecture des travaux préparatoires à la loi du 9 juillet 2012, et plus spécifiquement les écrits du rapporteur sur ce point¹⁹⁰⁰, laisse apparaître que l'objectif de la loi du 4 avril 2006 était déjà de « s'inscrire définitivement en faux contre l'affirmation de l'existence d'un « devoir conjugal »¹⁹⁰¹. Souhaitant aller plus loin dans ce sens, le rapporteur note que « retenir, dans le Code pénal, une présomption de consentement à l'acte sexuel dans le cas des époux, ne va pas dans le sens recherché dès lors que l'objectif de cet article est justement de sanctionner les relations sexuelles non consenties, quel que soit le lien existant entre les individus »¹⁹⁰². C'est donc logiquement qu'a été proposée la suppression de cette présomption de consentement. Il apparaît donc établi que le devoir conjugal a définitivement disparu dans l'esprit du législateur.

1514. Pourtant, il n'en va pas de même au regard de la jurisprudence. Premièrement, des décisions existent entre 2006 et 2010 qui tendent à donner un éclairage inverse : en 2006, la Cour d'Appel de Poitiers a considéré que, dans le cadre d'un divorce pour faute, cette dernière était constituée dès lors que le mari refusait de partager la chambre de sa femme, ce qui constituait une « violation grave et renouvelée des devoirs et obligations du mariage rendant intolérable le maintien de la vie commune »¹⁹⁰³. En 2008, la Cour d'appel d'Aix-en-Provence a jugé que le refus pour un conjoint d'avoir des relations sexuelles avec son conjoint est « injurieux », et constitue là encore une violation grave et renouvelée des devoirs et obligations maritales qui rend intolérable le maintien de la vie commune¹⁹⁰⁴.

¹⁹⁰⁰ Rapport n°2293, enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 10 févr. 2012, et rédigé par M. Guy Geoffroy.

¹⁹⁰¹ Rapport n°2293, précité, version électronique, p. 70.

¹⁹⁰² Rapport n°2293, *ibid.*

¹⁹⁰³ CA Poitiers 14 juin 2006, *JCP G* 2006 IV, p. 2298, cité in A.-M. De Cayeux, « Devoir conjugal et viol entre époux font-ils bon ménage ? », version électronique, disponible à l'adresse suivante : <http://www.village-justice.com/articles/Devoir-conjugal-entre-epoux-menage,10354.html>.

¹⁹⁰⁴ CA Aix en Provence 1^{er} oct. 2008, *RJPF* mai 2009, p. 24, cité in A.-M. De Cayeux, *ibid.*

Il y avait donc bien, apparemment, nécessité de modifier le Code sur ce point, puisque l'intention du législateur à l'occasion de la loi de 2006 n'avait pas été convenablement saisie. Or, au vu du libellé résultant de la loi de 2010, plus aucun doute n'est permis, le devoir conjugal a bel et bien disparu. Et pourtant, comme souvent dans ces matières, les mentalités sont plus lentes à évoluer que le texte de la loi lui-même.

1515. Ainsi, dans une affaire qui a fait grand bruit, la Cour d'appel d'Aix-en-Provence a rendu une décision en 2011¹⁹⁰⁵, par laquelle elle sanctionne un mari n'ayant pas eu de rapports avec sa femme pendant plusieurs années, en prononçant un divorce à ses torts exclusifs, mais en plus, elle ajoute à cela la condamnation au paiement de 10 000€ de dommages-intérêts en réparation du préjudice moral ainsi causé.

1516. Que dire alors d'une telle solution ? Deux observations au moins peuvent être formulées : premièrement, de nombreux commentateurs s'accordent à reconnaître le caractère tout à fait banal de l'admission de la faute dans cette situation. Ainsi, Félix Rome note : « Dès lors, si un époux refuse de façon durable d'avoir des relations sexuelles, si le lit conjugal ne devient plus qu'un simple lieu de repos, l'époux délaissé peut obtenir le divorce pour faute et engager la responsabilité civile de son conjoint indifférent. Pas de sexe, plus de mariage, en somme ! *Dura lex, sed lex !* »¹⁹⁰⁶. Le professeur Mekki déclare, quant à lui, que « dès lors que l'abstinence est imputable à l'époux et qu'aucun consentement mutuel ne peut la légitimer, le divorce pour faute est inévitable. La solution n'a rien de surprenant et les décisions antérieures, en ce sens, sont nombreuses ».¹⁹⁰⁷

1517. Donc, il existe bien un devoir des époux d'entretenir une vie sexuelle, du moins quand l'un des partenaires le souhaite, ce qui signifie donc qu'il existe toujours un devoir conjugal¹⁹⁰⁸. Il ne peut y avoir de faute que comme conséquence d'une obligation au préalable,

¹⁹⁰⁵ CA Aix-en-Provence, 3 mai 2011, n° 2011/292, RG n° 09/05752, *Dalloz Actu Étudiant* 13 sept. 2011 ; F. Rome, « Tu veux ou tu veux plus ? », *D.* 2011. 2105.

¹⁹⁰⁶ F. Rome, « Tu veux... », précité, version électronique, p. 1.

¹⁹⁰⁷ M. Mekki, « *Dura sex, sed lex...* ou le culte du sexe entre époux », *Billet Dalloz*, 7 déc. 2011, version électronique, p. 1.

¹⁹⁰⁸ Pour une analyse poussée et riche de références, cf. D. Borillo, « La luxure – L'orthodoxie matrimoniale comme remède contre les errances de la passion », in V. Fortin, M. Jezequel, N. Kasirer (dir.), *Les sept péchés capitaux et le droit privé*, éd. Thémis, 2007, 20 pages, version électronique, p. 10-15. Cf. également G. Neyrand, « De l'institution du mariage au consentement des partenaires, une mise hors-jeu de la contrainte conjugale », in *Dialogue*, éd. ères, 2010/1, n° 187, p. 9-19, qui montre bien l'oscillation entre les références à un individu libre et

qui doit se comprendre ici comme le devoir conjugal. Les relations sexuelles ne sont donc pas simplement une faculté, dans le cadre marital, mais davantage une obligation, lorsqu'au moins l'un des partenaires le souhaite. Toutefois, il s'agit d'une obligation d'un genre particulier puisqu'elle n'est plus susceptible d'exécution forcée ¹⁹⁰⁹. Elle ne peut donc qu'amener à la dissolution du mariage.

1518. Pour préciser la chose, et en pressant le regard sur le consentement, il faut désormais reformuler les termes du problème : si l'un des deux consent à une relation sexuelle, le refus de consentement constitue une faute. Certes, celui-ci doit être répété, mais aucune indication temporelle n'est fournie, permettant l'établissement d'une limite. Deux fois, cinq fois, dix fois suffisent-elles à caractériser cette abstinence volontaire ? Il appartiendra à la jurisprudence de le déterminer, mais en l'état, il ne semble pas possible de dire que le consentement est véritablement libre dans cette hypothèse. Ceci semble être également l'avis de Félix Rome, lorsqu'il déclare à la fin de sa chronique que, « en définitive, en mariage, le sexe est désormais autant affaire de liberté que de devoir et si on ne peut pas forcer son conjoint à faire l'amour quand celui-ci n'en a pas envie, on doit aussi, de temps en temps, se forcer à s'accoupler, même quand on en a perdu le goût... »¹⁹¹⁰. Autant pour la disparition du devoir conjugal donc...

1519. À cette première limitation s'en ajoute une autre, qui constitue le principal apport de l'arrêt évoqué, à savoir la condamnation à une somme plus que conséquente de dommages-intérêts en raison du préjudice subi. Ceci ne cesse d'étonner, puisque la caractérisation du préjudice ouvre en elle-même un abîme d'interrogation.

Certes, il existe des précédents en la matière. Le professeur Mekki évoque ainsi un jugement rendu le 1er mars 1993 à Nancy dans lequel il est indiqué que « doit être condamné à verser des dommages-intérêts à sa femme le mari qui considérant sa femme comme un objet sans intérêt et ayant refusé de consommer le mariage, commet une faute de nature à entraîner un préjudice pour sa femme qui, restée vierge, devra justifier de sa situation à l'égard d'un

le maintien de certaines formes de contraintes, du fait que « dans certaines situations le consentement suspecté d'être non « libre et éclairé », il est délicat d'établir objectivement une réalité qui participe d'un vécu subjectif dont la conscience n'est pas forcément claire... ».

¹⁹⁰⁹ Sur ce point, cf. l'étude fameuse de J.-M. Bruguière, « le devoir conjugal – Philosophie du Code et morale du juge », *D.* 2000, p. 10, version électronique, p. 4.

¹⁹¹⁰ F. Rome, précité, p. 2.

autre conjoint éventuel »¹⁹¹¹.

Au-delà du fait que l'on peut légitimement rester interdit devant la formulation employée, qui semble reprendre exactement la même perception objectale de la femme qui est reprochée au mari, on pensait ce genre de considérations durablement aboli. Il n'en est donc rien, et ceci est d'autant plus troublant que la notion même de préjudice ouvre la voie à un questionnement sur la nature de ce dernier.

1520. Ainsi, s'il est donc possible d'obtenir une réparation pour absence de rapport, une faible qualité des relations sexuelles permet-elle également de bénéficier d'une compensation financière ? La jurisprudence est pour le moment peu abondante sur ce thème. On évoque souvent une décision rendue en 1956, dans laquelle le juge déclare que le mari ne remplit pas son devoir, et spécifiquement son devoir conjugal, en raison du fait que les rapports qu'il avait avec son épouse étaient « si imparfaits qu'ils ne procuraient à sa femme ni espérance de maternité, ni plaisir »¹⁹¹².

Faut-il faire un lien entre la faute dans l'abstinence et l'imperfection éventuelle d'un partenaire sur ce point, étant entendu que l'appréciation même de cette dernière reste très fortement sujette à caution ? S'il est sur le principe aisé de déterminer si un couple est abstinent, il n'en va pas de même concernant la qualité ici évoquée, dont on ne sait guère ce qu'elle recouvre.

1521. La similitude de la situation avec le Moyen-Âge frappe, puisqu'à cette époque, et pour les impuissants, il existait une procédure appelée « preuve du congrès » qui consiste pour les époux à devoir accomplir « l'acte conjugal devant ou à côté d'un groupe de médecins, chirurgiens et matrones »¹⁹¹³. Faudra-t-il désormais, pour parer aux mensonges éventuels de celui à qui le comportement fautif est reproché, filmer ou enregistrer la « prestation », afin que le juge puisse décider au mieux ?

Aussi absurde qu'une telle affirmation puisse paraître, la difficulté probatoire est bien présente, et ce à l'égard des deux points évoqués. En effet, tant l'abstinence que la qualité du rapport sont particulièrement difficiles à évaluer, puisqu'elles reposent toutes deux sur les

¹⁹¹¹ M. Mekki, précité, p. 1.

¹⁹¹² Lyon, 28 mai 1956, *D.* 1956.Jur.646 ; Lyon, 28 mai 1956, cité in D. Borillo, précité, p. 11. On peut remarquer qu'il est fait référence au plaisir, et donc au sentiment.

¹⁹¹³ M. Iacub, précité, p. 76

déclarations de l'une des parties, mais sans nécessaire support permettant d'étayer cette affirmation.

Aussi, concernant la disparition annoncée du devoir conjugal, l'étude de la jurisprudence moderne paraît apporter un démenti cinglant. Certes, celui-ci n'est plus nécessairement dénommé comme tel, mais dans son principe, il conserve toute sa force, au travers du caractère fautif de l'abstinence.

1522. Cependant, les éléments évoqués jusqu'à présent ne valent qu'en tant qu'ils se rapportent à une subjectivité considérée par le droit comme capable d'articuler un consentement juridiquement audible. Reste alors à apprécier de quelle façon le système fonctionne lorsque le sujet n'est justement pas considéré comme capable, et dès lors, se trouve au moins partiellement privé de la pleine capacité de consentir. C'est ce qui va nous occuper désormais.

§2 : Caractérisation du consentement dans l'architecture juridique contemporaine en rapport avec la sexualité

1523. L'analyse de l'évolution historique de la notion de viol nous a permis de comprendre la manière dont le consentement, au sein du droit pénal, s'articule avec les autres concepts afin de produire ses effets. Il reste donc désormais à envisager plus précisément le rôle que le système juridique fait jouer, à notre époque, à ce dernier. Par ce biais, on pourra mesurer à quel point, dans son application à la sphère sexuelle, le consentement concentre l'ensemble des difficultés et problèmes distingués au cours de cette recherche.

Pour commencer sur ce terrain, il nous faut envisager dans un premier temps la question jusqu'à présent laissée de côté : qui le droit reconnaît-il comme apte à consentir à des relations sexuelles ? (A). Puis, nous examinerons la possibilité d'une sexualité entre incapables, c'est-à-dire entre individus réputés inaptes à consentir (B). Enfin, nous montrerons comment la définition du consentement comme sentir-avec permet de résoudre certains des problèmes qui se posent aujourd'hui (C).

A / Consentement sexuel, capacité et incohérences temporelles : quand faire est moins grave que voir

1524. Sur ce point, et de manière assez classique, le consentement est accolé à la reconnaissance d'une certaine qualité, dont le droit présume l'existence à partir d'un certain âge. Comme on l'a vu, l'âge de la majorité sexuelle est fixé à 15 ans par le droit. Aussi, si le développement de la raison suit la courbe de l'âge, on peut donc juger qu'aux yeux du législateur, il est moins fait usage de raison dans le fait de consentir à des relations sexuelles, que de par exemple décider de consommer de l'alcool, d'acheter du tabac, ou de voter. Ce qui différencierait donc la première activité des secondes est donc le fait que ces dernières nécessiteraient un individu plus mûr, apte à formuler des volontés qui sont l'apanage d'une certaine maturité.

1525. Toutefois, cette tentative d'explication ne convainc que partiellement. En effet, si on peut juger que la capacité de se déterminer dans ses choix sexuels ne nécessite pas d'attendre la majorité légale, comment alors expliquer cette différence d'âge, quand l'on sait les conséquences que peut avoir la sexualité ? Si par exemple, ce qui justifie l'interdiction de la vente d'alcool ou de tabac au mineur est leur propre protection, eu égard aux risques encourus, un raisonnement similaire devrait s'appliquer pour la sexualité. Le risque n'est pas étranger à la pratique, qui peut prendre la forme d'abus dans le cadre même de la relation sexuelle, mais aussi des effets engendrés par celle-ci : risque de grossesse, risque de contracter une infection sexuellement transmissible (IST), etc.

1526. Dès lors, ce choix paraît relever d'une logique contradictoire : d'un côté, le principe même de la majorité sexuelle vise à protéger ceux qui ne sont pas encore en mesure de discerner toute la portée de leurs actes, mais de l'autre, la sexualité est appréhendée en elle-même par un prisme qui vise à la rendre moins problématique que ce qu'elle peut être concrètement. Qui plus est, d'un strict point de vue économique, il est moins coûteux pour le corps social de supporter les effets néfastes d'une consommation purement personnelle¹⁹¹⁴, qui ne met en jeu que l'individu dans son rapport à lui-même, que de devoir assumer des conséquences qui sont nécessairement pluri-individuelles : la personne infectée par une IST va

¹⁹¹⁴ On fait ici référence à la consommation de tabac ou d'alcool.

pouvoir la transmettre à son tour, une grossesse octroie un droit au paiement d'aides spécifiques, etc.

1527. Ceci est d'autant plus troublant si l'on veut bien mettre en perspective l'âge légal du consentement sexuel, et l'âge légal du consentement au mariage. Ce dernier, de manière classique est fixé à 18 ans, c'est-à-dire l'âge de la majorité civile. Toutefois, des dispenses sont possibles par autorisation préfectorale. On a souvent prétendu, s'agissant de la manière dont le droit appréhendait la sexualité, que le contrat de mariage constituait une façon d'ordonner la liaison de deux individus de sexes différents, afin d'assurer la perpétuation de l'espèce par la procréation, et le statut spécifique réservé à la famille. Or, force est de constater que la disjonction qui s'opère entre d'une part, la reconnaissance légale d'une capacité à faire usage de son corps à des fins sexuelles, et le mariage semble bien achever de démontrer cette évidence. Certes, on pourra objecter à cela que des dispositions spécifiques existent depuis 1804, qui permettent à des mineurs d'accéder au statut marital sans pour autant avoir l'âge requis. Mais, il n'en reste pas moins que même en 1804, l'âge de la majorité sexuelle (11 ans) était bien inférieur à l'âge légal du mariage (15 ans). Dès lors, il y a toujours une volonté assez claire de maintenir une césure entre ces deux temps, peut-être comme si l'apprentissage de la sexualité par l'individu constituait une forme de propédeutique au mariage. À cela s'ajoute le fait que le mariage emportait des conséquences juridiques tout à fait considérables, au travers de la patrimonialité, et des droits et devoirs y afférents. Le sexe simple, illicite pour reprendre le vocable de l'époque, était maintenu dans une sorte de suspension du jugement, en tout cas s'agissant des hommes¹⁹¹⁵.

1528. Aussi, le principe est donc que, à compter de 15 ans, tout justiciable peut entretenir une sexualité avec n'importe quel autre individu qui est âgé d'au moins 15 ans lui aussi. Il n'existe donc plus d'incriminations spécifiques visant à punir un adulte entretenant des relations charnelles avec un mineur de plus de 15 ans¹⁹¹⁶. Il subsiste néanmoins une question, au moins logique, et qui rejoint celle évoquée précédemment concernant la consommation d'alcool et autres.

¹⁹¹⁵ Il faut en effet ici rappeler que les attouchements sexuels sur des jeunes filles mineures constituaient une faute non pas tant à l'égard de la principale concernée, qu'à l'honneur des parents qui pouvaient alors en obtenir réparation. La sexualité était donc relativement libre pour les hommes, mais très peu pour les femmes.

¹⁹¹⁶ Sous réserve des abus prévus par l'art. 227-27 du Code pénal.

1529. Si le droit reconnaît bien la capacité légale d'avoir des rapports sexuels à partir de 15 ans, comment alors expliquer le fait que la pornographie soit réservée à un public devant justifier d'au moins 18 ans ? En somme, le mineur pourrait consentir à effectuer des actes sur sa propre personne qu'il ne saurait souffrir observer chez un autre ? La question est même plus complexe que cela, puisque le Code pénal punit la détention de matériel pornographique mettant en scène un mineur¹⁹¹⁷. Aussi, la minorité à laquelle il est fait allusion est la minorité civile, ce qui signifie donc que se trouvent inclus par ce biais les mineurs civils mais majeurs sexuels.

Aussi, un majeur sexuel mais mineur civil qui se filmerait se livrant à des actes relevant de la pornographie, seul ou avec un autre partenaire ayant lui aussi atteint la majorité sexuelle, pourrait être poursuivi au titre de l'article L. 227-23 du Code pénal.

Si l'objectif poursuivi par le législateur, à savoir punir la pédopornographie et la pédophilie de manière plus générale, est parfaitement compréhensible et nécessaire, une telle justification ne peut ici aider à affirmer le raisonnement. En effet, les individus dont il est question ne relèvent justement d'aucune de ces catégories, c'est-à-dire qu'il ne peut s'agir par ce biais d'empêcher des majeurs civils d'entretenir des relations sexuelles avec des mineurs civils, puisque ces derniers sont justement dotés par le droit de la capacité d'entretenir ces relations.

1530. De fait, la manière dont le droit articule ici le consentement paraît peu explicite, en permettant d'un côté ce qu'il semble interdire de l'autre. Si l'on avait pu croire par le passé que l'accomplissement matériel d'un acte moralement discutable était plus grave que son illustration ou sa représentation, la logique semble désormais renversée¹⁹¹⁸. Il est donc juridiquement plus grave de consentir à visionner des images pornographiques, que de consentir à réaliser soi-même, par son corps, ce qui peut être visionné sur ces images.

¹⁹¹⁷ C. pén., art. 1.227-23.

¹⁹¹⁸ Sur ce point, cf. l'excellent ouvrage de M. Iacub, *De la pornographie en Amérique – La liberté d'expression à l'âge de la démocratie délibérative*, Fayard, 2010, 331 pages, et plus particulièrement toute la seconde partie intitulée « la puissance diabolique de l'intérêt lascif ».

B / Consentement et incapacité juridique : la logique consensuelle face aux incapables juridiques

1531. Le consentement à la sexualité emprunte les mêmes éléments constitutifs, du moins en apparence, que le consentement classique du droit des obligations. Ce faisant, on peut affirmer que pour consentir à une relation sexuelle, il faut être reconnu capable par le droit, ce qui implique de comprendre comment le droit gère à la fois la sexualité des incapables (1), mais aussi plus généralement, à souligner ainsi un manque flagrant dans la pensée juridique : comment caractériser celui qui tout en étant incapable, a pourtant des relations sexuelles ? Sur ce point, le droit comme la doctrine demeurent silencieux (2).

1 / Consentement et capacité à consentir : la question de la sexualité des incapables

1532. Une fois ceci dit, on ne peut progresser plus avant sans s'arrêter sur un point qui va accentuer la disjonction du consentement sexuel d'avec les autres formes de consentement. En effet, le Code pénal, lorsqu'il caractérise la majorité sexuelle, n'indique aucune dérogation particulière, ce qui tend à appuyer le fait que tout individu atteignant l'âge prescrit peut donc bénéficier de cette faculté. Pourtant, ce n'est pas le cas, au moins pour une catégorie particulière qui ne cesse de faire retour, à savoir les incapables. Le fait de ne pas spécifier majeur ou mineur est ici volontaire, puisqu'on va le voir, le régime qui leur est applicable ne diffère pas suivant l'accession à la majorité sexuelle, puis civile¹⁹¹⁹.

En effet, depuis un arrêt fondateur de 1961¹⁹²⁰, la Cour de cassation a considéré que le fait pour un majeur capable d'entretenir des relations sexuelles avec une majeure sexuelle, mais mineure civile, et qui plus est caractérisée comme « arriérée mentale, atteinte de débilité intellectuelle profonde », constituait un viol. Or, dans le cas d'espèce étudié, la jeune femme n'avait pas opposé de résistances particulières manifestant sa volonté contraire à celle du prévenu. La Cour a pourtant conclu à l'absence totale de consentement de cette dernière, et non pas simplement au fait que son consentement aurait été vicié. Cette qualification est délicate : si la violence fait défaut, qu'est-ce donc qui est visé dans cette condamnation, si ce n'est la capacité même de consentir dont on entend priver l'incapable ?

¹⁹¹⁹ Pour une vision d'ensemble concernant la sexualité des incapables, cf. N. Campagna, *La sexualité des handicapés. Faut-il seulement la tolérer ou aussi l'encourager ?*, Labor et Fides, coll. Le champ éthique, 2012, 216 pages.

¹⁹²⁰ Cass. civ. 1^{ère}, 6 nov. 1961, Gaz. Pal, 1962, 1, p. 195 ; D. 1961, p. 733, note Holleaux, cité in M. Iacub, Le crime était presque..., précité, p. 60.

1533. Comme le relève avec beaucoup de pertinence Mme Iacob, l'expertise psychiatrique « n'excluait pas toute conscience de ses actes et toute liberté de consentement »¹⁹²¹. Ceci, la Cour ne va pas l'entendre. Pour justifier sa solution, il sera fait état de ce que le prévenu avait connaissance de la pathologie affectant la victime, ce qui d'une certaine façon, l'immunisait contre le risque de prendre son absence de résistance pour autre chose que l'expression de son trouble. Il n'aurait en quelque sorte, armé de cette information et de ce supplément de raison, pas pu raisonnablement inférer autre chose de son comportement que l'incapacité qui est la sienne à partager le monde des raisonnants. Ainsi, pour les juges, « la volonté de Bernard T. ne pouvait être autre que de la surprendre, d'abuser d'elle, de profiter de son « imbécilité » pour en tirer une jouissance illicite. En revanche, si Bernard T. avait été lui-même un « imbécile », un « pauvre idiot » comme sa victime, le crime de viol n'aurait pas été constitué, par manque d'intention criminelle »¹⁹²².

Il faut ici saisir toute la portée, et la violence contenues dans cette seule affirmation qui, dans la chaleur confortable de sa bonne conscience, permet à certains de fendre l'humanité en catégorie distincte. Car, ce à quoi aboutit une telle décision, au prétexte de la protection de ce qui préfigure l'extension de la catégorie contemporaine du vulnérable, est bien de tracer une frontière.

1534. Dans ce nouveau monde que le droit dessine, il y a des positions que la naissance attribue, et dont on ne peut espérer s'abstraire. Né handicapé, et une fois ce statut reconnu comme tel par le droit, le champ des possibles s'arrête à la limite de votre handicap, et vous condamne à la seule compagnie de vos semblables.

En effet, ce qui se lit entre les lignes de cette décision est bien le fait que toute intimité charnelle entre un incapable et un capable est proscrite, tant pèse sur le dernier le soupçon d'abus et de perversité. Certes, il convient de ne pas adopter de position angélique sur la question, et de reconnaître qu'il existe bien évidemment des individus qui chercheront effectivement à abuser de personnes moins à même de se défendre immédiatement contre leurs assauts éventuels. Il n'en reste pas moins qu'une telle condamnation de principe ne fait pas honneur à ceux qui, au mépris de ces différences, parviennent à voir en l'autre autre chose qu'un handicap. Car, d'un certain point de vue, c'est bien cela dont il est question ici, puisque

¹⁹²¹ M. Iacob, précité, p. 62.

¹⁹²² M. Iacob, *ibid.*

ce qui est reproché à l'individu concerné est d'avoir pu, à un moment, potentiellement oublier le statut de la victime.

1535.À ceci s'ajoute un autre argument, qui témoigne de ce que cette décision qui fit jurisprudence est insuffisante. Ce qui est avancé par la Cour est le fait que, cette jeune femme, au regard de la pathologie qui obère son discernement, ne pouvait exprimer son refus dans les formes habituellement admises pour se faire. On peut suivre la juridiction sur ce point, même si l'argumentation tient ici plus lieu d'affirmation que de véritable démonstration. Subsiste toutefois une difficulté, qui n'est pas abordée ici : s'il est avéré que cette femme ne pouvait exprimer son refus, faute de comprendre la situation correctement, comment alors pourrait-on caractériser dans son comportement ce qui pourrait constituer un consentement ? La Cour nous dit en effet ce qui ne constitue pas un consentement, mais absolument pas ce qui pourrait en être un, et qui aurait permis, par comparaison avec la situation en cause, de mesurer l'écart et ainsi de constater l'effective absence du consentement en premier lieu. Aussi, face à cette absence de réponse, on reste face à deux hypothèses, pour tenter d'introduire un peu de sens là où il nous échappe.

1536.La première consiste à dire que cet oubli est volontaire, et masque ainsi le fait qu'en réalité, une personne dans une telle situation ne peut effectivement consentir, puisque ce terme n'a aucun sens dans son référentiel ; la seconde, quant à elle, peut se résumer dans une tentative de remédier aux difficultés probatoires que pose un tel consentement : en restreignant la sexualité des incapables aux seuls incapables, on s'assure ainsi du fait que le doute sur la réalité du consentement sera partagé par les deux participants. On échappe ainsi à la situation où le consentement de l'un est avéré, ce qui a pour effet de reporter sur lui le poids d'une faute présumée. Si les deux participants sont incapables, le doute à l'égard du consentement peut être alternativement balancé de l'un à l'autre, de telle sorte qu'on crée ainsi les conditions mêmes du rejet de la plainte : chacun pouvant tour à tour être considéré comme victime et comme coupable, on aboutit à une offense sans victimes, ou sans coupables, et donc à une absence de condamnation.

On peut apprécier ici le talent logique dont il est fait preuve, mais également se désespérer de ce que celle-ci triomphe au détriment des ressentis concrets des protagonistes.

Dans le cas où c'est la première des hypothèses que l'on choisit de retenir, les

conséquences sont lourdes. Si une personne affectée d'un handicap ne peut être considérée comme pouvant exprimer un consentement à une relation sexuelle au sens du droit pénal, alors cela signifie au moins deux options entre lesquelles il convient de se déterminer. La première consiste à dire, en prenant acte de cette position, que les incapables juridiques sont également des incapables sexuels. Concrètement, puisqu'ils ne peuvent formuler un consentement valide, c'est donc qu'ils ne peuvent avoir de relations sexuelles licites au sens du droit pénal. De ce point de vue, le recours à une sexualité s'inscrivant exclusivement dans des rapports de semblable à semblable ne constitue en aucune façon une solution pertinente : au mieux, l'illicéité est partagée par les deux protagonistes, au pire, les deux sont également coupables des faits commis.

1537. La seconde option, qui n'est pas nécessairement incompatible avec la première consiste à dire que la sexualité des personnes considérées comme incapables au sens juridique se situe dans un en-dehors du droit, c'est-à-dire que leur serait appliquée une sorte de régime d'exception les plaçant aux franges de la légalité. Dans cet espace indéterminé qui leur est assigné, ils sont exempts d'avoir à justifier des règles qui prévalent pour le reste du corps social. Toutefois, cette exemption ne vaut que tant qu'il ne s'extrait pas de leur position d'incapable. Si d'aventure leur prenait l'envie ou le désir d'épouser la différence, au travers d'une intimité charnelle partagée avec un capable, alors c'est ce dernier qu'il mettrait en danger par leur simple action.

Aussi, l'impossibilité qui est la leur à la suite de cet arrêt d'exprimer un consentement sexuel aboutit à les condamner, au titre de leur protection, soit à l'absence pure et simple de sexualité, soit à une sexualité exclusivement endogamique.

2 / Que fait celui qui ne peut consentir lorsqu'il a une relation sexuelle ?

1538. Aussi, les incapables se trouvent-ils dans la situation où ils peuvent effectivement avoir des relations sexuelles, sans pour autant être capables de consentir. Dès lors, on voit bien que le consentement dans sa forme actuelle ne peut fonctionner dans cette situation (a), ce qu'atteste à notre sens l'absence de réponse du droit positif à l'égard de la faculté ainsi mise en œuvre par les incapables dans ce domaine (b).

a / Le consentement à la sexualité face à l'incapacité : un nécessaire dépassement du consentement juridique.

1539. Sur ce point, les évolutions de la législation pénale ont apporté quelques précisions. Ainsi, la nouvelle définition proposée par le législateur s'agissant des agressions sexuelles aboutit à faire rentrer dans le champ d'application de ces incriminations la sexualité des incapables. En effet, selon le Code pénal, « constitue une agression sexuelle tout atteinte sexuelle commise avec violence, contrainte, menace ou surprise »¹⁹²³. Or, la définition doctrinale de la surprise consiste dans le fait « d'accomplir l'acte sur la victime sans que celle-ci ait pu donner un consentement éclairé parce qu'elle ne se rend pas compte des actes qu'elle est en train de subir. Autrement dit, le consentement surpris est celui qui n'est pas lucide »¹⁹²⁴. On semble donc bien être ici dans le cas spécifique des incapables, comme le confirme l'auteur par la suite en déclarant que la situation étudiée concerne celle « où la victime des actes sexuels, du fait de son état physique ou mental, ne peut en comprendre la nature et ne peut donc y consentir. [...] La preuve de l'aliénation ou de l'état d'inconscience de la victime, quelle qu'en soit la cause, suffit à montrer que son consentement, si l'on peut parler de consentement, a été surpris »¹⁹²⁵.

1540. C'est donc bien la présence du consentement en tant que tel qui est mise en doute, sans que pour autant, l'auteur fournisse un substitut satisfaisant. Car si l'individu concerné ne peut véritablement consentir, que peut-il alors faire, dans ce domaine ?

Soit il se trouve privé de la possibilité de relations sexuelles, soit, s'il conserve cette faculté, il faut alors inventer une notion qui permettrait d'inscrire ce comportement dans la licéité, mais qui ne saurait pas être un consentement. Il y aurait alors deux concepts mis côté à côté dans la pénalisation de la sexualité, d'un côté le consentement, qui de manière positive pourrait être mis en œuvre exclusivement par les justiciables capables au sens du droit, et de manière négative par tous les justiciables ; de l'autre, un nouveau concept, qu'il reste à nommer, et qui serait spécifique aux incapables, ce qui de ce point de vue contribuerait à les obliger à n'avoir de relations charnelles qu'avec leurs semblables. En effet, si ce concept leur est spécifique, un majeur capable ne pourra donc pas en faire usage, sous peine de tomber

¹⁹²³ C. pén., art. L. 222-22, al. 1.

¹⁹²⁴ V. Malabat, « Infractions sexuelles », précité, §32, p. 7.

¹⁹²⁵ V. Malabat, précité, §34, p. 7. C'est nous qui soulignons.

nécessairement sous l'incrimination du viol.

On retombe ici devant une problématique déjà entr'aperçue précédemment, au travers de la délicate détermination du concept adéquat pour qualifier la sexualité des mineurs de moins de 15 ans.

1541. L'autre point qui va concerner directement les incapables sur le plan du droit pénal touche au fait que le handicap constitue en lui-même une circonstance aggravante des agressions sexuelles¹⁹²⁶. En effet, c'est sous le vocable du vulnérable que l'on a fait entrer l'incapable majeur. De fait, puisque la vulnérabilité constitue un motif d'aggravation des peines pour l'ensemble des agressions sexuelles, cela aboutit en pratique à rendre tout à fait impossible la sexualité entre un incapable et un non-incapable. Marcela Iacub évoque à ce titre, au travers de l'étude de différentes décisions de la Cour de cassation, l'existence d'un véritable « interdit sexuel entre handicapés mentaux et bien portants »¹⁹²⁷. Elle relate à cette occasion une décision¹⁹²⁸ de la CourEDH qui condamne les Pays-Bas pour ne pas avoir pris de mesures spécifiques dans leur législation permettant de protéger efficacement les incapables sur le plan sexuel.

L'auteur en conclut donc que face à cette difficulté d'appliquer à des personnes dont on dénie la capacité à consentir une logique consensualiste, le droit a créé « des îlots de sexualité différentielle, c'est-à-dire des espaces normatifs locaux, avec des règles propres. À l'intérieur de ces mondes créés et fermés par le droit, l'on ne peut entretenir des rapports sexuels qu'avec ses semblables »¹⁹²⁹.

b / L'absence de réponse du droit positif à l'égard du consentement à la sexualité des incapables juridiques.

1542. Si nous partageons cette conclusion, elle nous semble incomplète, en ce qu'elle laisse de côté le fait que l'espace normatif créé n'est en réalité pas délimité, ne possède, normativement parlant, pas de frontières. Les incapables sont en effet davantage exclus de la

¹⁹²⁶ Pour le viol : C. pén., art. L. 222-24, al. 3 : « lorsqu'il est commis sur une personne dont la particulière vulnérabilité, due à son âge, à une maladie, à une infirmité, à une déficience physique ou psychique ou à un état de grossesse, est apparente ou connue de l'auteur » ; Pour les autres agressions sexuelles : C. pén., art. L. 222-29, al. 2 : « A une personne dont la particulière vulnérabilité due à son âge, à une maladie, à une infirmité, à une déficience physique ou psychique ou à un état de grossesse, est apparente ou connue de son auteur ».

¹⁹²⁷ M. Iacub, précité, p. 66.

¹⁹²⁸ CourEDH, Affaire X. et Y. c/ Pays-Bas, Req. N°8978/80, 26 mars 1985, cité in M. Iacub, précité, p. 67-68.

¹⁹²⁹ M. Iacub, précité, p. 69.

sexualité consensuelle qui irrigue le Code pénal, qu'ils ne sont véritablement dotés de règles spécifiques. Les seules règles applicables sont celles qui, à l'occasion du franchissement de cette barrière, visent à punir quiconque s'aviserait d'avoir des relations sexuelles avec un incapable, de telle sorte qu'en plus d'être normative, l'exclusion se doublerait d'une dimension concrète et socialisée.

1543. Ce que l'auteur n'envisage pas, c'est bien la description et la caractérisation de ce qui peut exister dans cet en-dehors de la morale consensualiste. Comment les rapports sexuels entre incapables peuvent-ils être licites ? Un incapable peut-il agresser sexuellement un autre incapable, puisque le critère du consentement ne s'applique, *a priori*, pas pour eux¹⁹³⁰ ? Tout cet espace reste à défricher, et le relatif désintérêt dont il fait l'objet témoigne de la gêne du législateur, de la doctrine, et aussi du corps social à essayer de faire face aux apories du système existant, mais surtout, à formuler une solution alternative, respectueuse des droits des incapables.

Ainsi, Marcela Iacub remarque plus loin qu'à la différence des mineurs, « la présomption d'absence de consentement est vouée à être permanente »¹⁹³¹. Cela est vrai, mais dans ce cas, qu'est-ce qui remplace sa présence dans les rapports entre incapables ? Il faut en effet bien prendre conscience que cette exclusion signifie donc, au moins sur le plan symbolique et juridique, que lorsque des incapables ont des relations sexuelles, ils ne consentent pas. Qu'est-ce donc qui se passe alors dans leur tête, et dans l'intimité de leur corps à ce moment précis si ce n'est un consentement pensé comme accord ? Une réponse négative serait proprement intenable, car elle signifierait par la même occasion qu'on tolérerait une forme de sexualité qui ne serait pas le produit d'un accord, même si elle se déroule exclusivement entre incapables !

1544. Cette affirmation nous permet d'arriver au dernier point particulièrement signifiant concernant la caractérisation de la juridicité de cette sexualité des incapables. Marcela Iacub

¹⁹³⁰ Ce point est d'importance : par définition, le viol suppose toujours un consentement, si l'on peut le qualifier ainsi, du côté de l'agresseur. Pour qu'il y ait viol, il faut bien qu'il ait voulu agresser sexuellement sa victime. Le viol est donc caractérisé par une dissymétrie du consentement, et il n'existe à notre connaissance aucune décision condamnant pour viol un individu qui aurait été forcé à avoir une relation sexuelle avec une personne non consentante. Ceci est absolument capital pour les incapables : puisqu'ils ne peuvent pas consentir, ils ne peuvent donc pas en toute logique être auteurs d'un viol, et ce indépendamment de leur éventuelle irresponsabilité pénale pour cause de trouble psychique ou neuro-psychique.

¹⁹³¹ M. Iacub, précité, p. 69.

s'interroge ainsi sur la logique qui préside à ce système, lorsqu'elle note : « si ce n'est pas leur consentement, il faudrait savoir ce que le droit protège, en vérité, lorsqu'il qualifie de viol les rapports sexuels que ces personnes peuvent entretenir avec les bien-portants »¹⁹³². En effet, l'intégration de la morale consensualiste au sein du droit pénal marquait la volonté de protéger une forme d'intégrité psychique, dont le consentement était le gardien. En son absence, c'était donc l'intimité du justiciable qui était bafouée. Mais une fois cet agent révélateur disparu, que reste-t-il ?

Bien peu de choses en somme. Puisqu'on ne peut espérer protéger ce qu'on déclare ne pas exister, il ne peut donc s'agir du consentement. En somme, tout se passe comme si l'on faisait application d'une maxime du type « dans le doute, abstiens-toi ». Devant l'impossibilité de déterminer si tel incapable est favorable ou non à un rapport sexuel, l'idée est d'éviter la survenue de l'activité problématique. C'est donc une véritable morale de l'abstinence qui se fait jour ici, et qui implique potentiellement le fait qu'il y aurait d'autres moyens de protéger une intégrité psychique que le seul concept de consentement dont on avait entendu faire l'alpha et l'oméga. Mais, cette première explication ne peut durablement prospérer, car pourquoi une protection similaire ne s'appliquerait-elle pas concernant l'ensemble du champ sexuel, et pas seulement pour ce qui touche à la sexualité « mixte » ?

Une réponse pourrait être de dire qu'une interdiction globale de la sexualité serait impossible juridiquement, car trop liberticide. Toutefois, comme nous allons le voir par la suite, le système existant qui est déjà plus respectueux, *a priori*, de la liberté, n'encourt pas moins une condamnation du fait de son caractère trop restrictif.

1545. Peut-être faut-il alors chercher un début d'explication ailleurs, dans une justification plus dérangeante pour nos conceptions du bien et du juste. On peut ainsi envisager que ce qu'il s'agit de protéger avant tout ici, c'est l'absence de mixité, c'est-à-dire le fait qu'il n'y a pas de mélange biologique entre le monde des capables et des incapables. Redessinant en des termes juridiques la frontière entre le normal et le pathologique, le système actuel viendrait donc réaffirmer l'interdit, la transgression que constituerait l'amalgame ou le mélange. Le droit, comme tout système logique, est friand de ces dichotomies organisatrices, qui permettent le découpage de l'existant en ensembles manipulables par la suite à loisir.

¹⁹³² M. Iacub, précité, p. 70.

1546. À ceci s'ajoute un autre élément, qui est là encore spécifique au handicap. Jusqu'à très récemment, comme on l'a vu, la problématique de la maîtrise de son propre corps par un incapable se résolvait majoritairement par le contrôle de son tuteur légal. C'est donc ce dernier qui consentait à sa place dans la sphère médicale. Or, cette dernière comprend bien sûr la contraception et la grossesse. De fait, la pratique de la stérilisation forcée, à la demande du tuteur légal, a été une réalité pendant longtemps en France. De même, la décision de mener une grossesse à terme, et donc du recours ou non à l'avortement, était réglée par la personne du tuteur légal. Aussi, le maintien d'une sexualité entre incapables ne posait-il pas de problème spécifique, puisque la question des conséquences matérielles de celle-ci était du ressort du représentant juridique¹⁹³³. On peut donc potentiellement retrouver l'idée d'un cloisonnement des incapables, et d'une forme d'encadrement ou de contrôle de leur devenir. Toutefois, la matière va connaître des évolutions conséquentes au regard de la nouvelle conception de l'incapacité qui se profile derrière les textes les plus récents en la matière.

C/ La nécessaire évolution du cadre législatif existant : la nouvelle définition du consentement comme attention à la subjectivité

1547. Le consentement, dans sa forme actuelle, ne permet donc pas de rendre compte avec suffisamment de précision et de pertinence de ce qui se passe dans les situations que nous avons étudiées. Or, à cet égard, le consentement comme sentir-avec permet de lever une part conséquente des difficultés rencontrées, et paraît rejoindre tant les mouvements récents du droit (1), que de permettre de redonner place dans le champ de l'humanité à ceux que la conception ancienne excluait (2).

1 / L'impossible conciliation du système existant avec les derniers mouvements du droit

1548. Le système, dans sa logique actuelle, va devoir être modifié. En effet, la ratification par la France de la Convention des Nations-Unies relatives aux droits des personnes handicapées oblige le législateur national à revoir sa copie. Cette convention, particulièrement libérale dans

¹⁹³³ Ce qui témoigne aussi de la faible attention portée, pendant cette période, à la dimension psychique de l'incapacité.

les droits qu'elle reconnaît aux handicapés entendus au sens large, comprend des dispositions spécifiquement applicables à notre champ d'étude.

À ce titre, l'article 23 relatif au respect du domicile et de la famille évoque dès les premières lignes le fait que les personnes handicapées ne doivent pas être discriminées s'agissant de « ce qui a trait au mariage, à la famille, à la fonction parentale et aux relations personnelles, sur la base de l'égalité avec les autres ... ». Puis, poursuivant sur ce que les États Parties à la convention doivent reconnaître, de manière effective, cette dernière évoque, « à partir de l'âge nubile, le droit de se marier et de fonder une famille sur la base du libre et plein consentement des futurs époux »¹⁹³⁴, et « le droit de décider librement et en toute connaissance de cause du nombre de leurs enfants et de l'espacement des naissances ainsi que le droit d'avoir accès, de façon appropriée pour leur âge, à l'information et à l'éducation en matière de procréation et de planification familiales ; .. »¹⁹³⁵.

1549. On constate, à la lecture de ces énoncés, l'écart existant avec la législation à l'œuvre sur le territoire national. Plus que les textes à proprement parler, c'est bien toute la façon d'appréhender l'incapacité qui se trouve ici transformée, et l'on peine à imaginer comment un tel changement de paradigme va pouvoir effectivement être intégré dans le système français.

Que peut bien vouloir dire pour nous le fait de permettre à un incapable de se marier par l'exercice « d'un libre et plein consentement »?

1550. Tout ce que nous avons dit jusqu'à présent tend à démontrer que c'est justement la faculté de consentir qui fait défaut, selon le droit, à l'incapable. Dès lors, il est impossible qu'il puisse faire usage de celui-ci. On pourra certes raffiner l'énoncé, et déclarer que le consentement qui est visé ici n'est pas le même que celui des capables. Mais cela n'apporte rien, puisqu'à l'endroit du mariage, le droit n'admet qu'un type de consentement, uniforme, qui a vocation à être utilisé par tous. C'est justement pour cette raison que les incapables ne pouvaient pas, jusqu'à il y a peu de temps, se marier par eux-mêmes¹⁹³⁶. Si la situation se transforme aujourd'hui, c'est par un changement graduel mais néanmoins puissant qui vise à distinguer dans la catégorie des incapables suivant les capacités réelles du justiciable

¹⁹³⁴ Convention des Nations-Unies relatives aux droits des ..., précité, art. 23, a/, p. 16.

¹⁹³⁵ Convention des Nations-Unies..., précité, art. 23, b/, p. 16.

¹⁹³⁶ La précision est d'importance, car le juge reconnaissait aux tuteurs la possibilité de marier l'incapable. Dans quelle mesure ce dernier conservait-il le pouvoir de dire non, la question reste posée, mais semble pencher vers une impossibilité en ce sens. Toutefois, cette prérogative n'existe plus aujourd'hui.

concerné. En prenant acte du fait que l'incapacité ne valait pas nécessairement interdiction totale de toute expression du consentement, certains incapables ont ainsi pu se marier de leur propre décision.

1551. Mais la différence essentielle avec le régime français est bien que la formulation de la Convention ne laisse guère de place à une telle modulation, en ce qu'elle évoque seulement les personnes handicapées, sans véritablement distinguer entre ceux dont les facultés seraient trop altérées pour que puissent leur être reconnu un consentement au sens du droit, et les autres. De plus, le terme même de « *plein consentement* » n'a pas d'équivalent en droit français, qui ne connaît que le consentement libre et éclairé. Peut-être est-il fait ici allusion, au travers de ce consentement morcelé, au fait que l'on pourrait reconnaître un handicapé capable de consentir dans certains domaines, et non dans d'autres. Mais, du fait qu'il n'existe pas de critères spécifiques permettant de déterminer, de manière objective, à compter de quel moment une personne sera considérée comme ne pouvant consentir à une relation sexuelle, au sens du droit pénal, la formulation de la Convention risque de poser de sérieuses difficultés.

1552. Que dire alors de la partie touchant au droit de choisir librement le nombre des enfants que le justiciable incapable souhaite avoir ? Cet énoncé est encore plus problématique, puisque se trouvent visées directement aussi bien la sexualité que ses conséquences. Or, ce droit reconnu à tous ne peut être concilié avec le fait que tout rapport sexuel entre un incapable et un capable s'assimile directement à un viol, sauf à considérer que le premier peut décider du nombre de fois où il désire être violé.

2 / Sexualité des incapables et apports du consentement comme sentir-avec

1553. Une fois ceci pris en considération, il importe d'apprécier en quoi la conception renouvelée du consentement, qui est défendue dans le cadre de ce travail, possède une valeur heuristique, et/ou pratique dans ce domaine spécifique. Premièrement, il est évident que seule une appréhension renouvelée du consentement permet de donner un sens à cette butée logique qu'incarne le régime pénal actuel. En effet, si l'on adopte l'idée d'un consentement qui serait plus que le seul produit d'un calcul rationnel, d'une raison raisonnante, alors on peut éclairer sous une lumière nouvelle ce qui peut se produire dans l'intimité de ces individus. S'ils ne peuvent peut-être pas être accessibles à un discours qui prendrait les formes que nous utilisons

usuellement, de telle sorte qu'ils ne pourraient pas simplement répondre à la question posée avec les termes que nous attendons, cela n'implique en rien qu'ils soient privés de toute dimension sensitive. Dès lors, dépourvu de ce langage qui est le nôtre, il convient d'en trouver un autre, quitte à l'inventer, pour rendre compte de ce monde commun qu'il nous faut partager et habiter.

1554. Ainsi, un incapable peut tout à fait éprouver un désir, d'ordre sexuel, pour une autre personne, indépendamment de savoir si celle-ci est ou non affligée d'un handicap. Elle peut expérimenter un sentir-avec, une communion avec un autre individu qui ne doit pas inévitablement être son complément en miroir. Si l'on fait du consentement la seule expression de la raison, alors effectivement, l'incapable ne peut consentir puisqu'il est considéré justement comme tel du fait de sa raison déraisonnante. Mais, si le consentement est le produit de la raison, mais aussi de la sensation, d'une empreinte émotionnelle, alors la frontière autrefois tracée disparaît, et les incapables peuvent rejoindre les autres justiciables placés sous l'empire de la morale consensualiste.

Aussi, le renouvellement du consentement apparaît sur ce point particulièrement important du point de vue de la compréhension des mécanismes en place, et de la manière de les harmoniser pour qu'ils épousent au mieux les contours de la variabilité humaine.

1555. Qu'en est-il alors du plan pratique ? En quoi ce changement conceptuel produit-il des effets sur le plan pratique qui soient ou non appréciables ? Dans un premier temps, il permet de mettre en conformité, avec quelques modifications, la législation française pour la mettre en accord avec les derniers mouvements juridiques. Ensuite, c'est le statut même des incapables qui se trouve réécrit, en ce qu'ils redeviennent des justiciables à part entière, et non des esprits fracturés dont le droit ne renverrait qu'une image déformante. Enfin, un obstacle subsiste, au travers de la manière de faire fonctionner les incriminations pénales relatives aux agressions sexuelles. Si l'on reconnaît aux incapables le fait de pouvoir consentir, comment déterminer s'il y a eu viol, puisque l'agresseur alléguera bien sûr que le consentement était présent, ou du moins qu'aucune volonté contraire n'a été manifestée. Autant de points auxquels il appartiendra au législateur de répondre.

1556. Il nous reste alors à envisager un domaine, apparemment proche, mais qui diffère pourtant sur un certain nombre de points. Il s'agit de la prostitution, qui suppose donc qu'une composante monétaire conditionne la possibilité d'une relation sexuelle. Or, cet ajout n'est pas neutre puisque comme on va le voir, il a pour effet de susciter des interrogations nouvelles en lien avec le consentement et la subjectivité.

SECTION 2 : CONSENTEMENT ET PROSTITUTION : L'IMPOSSIBILITÉ DE PENSER UN CONSENTEMENT LIBRE

1557. Le phénomène prostitutionnel constitue probablement l'un des champs les plus connus du grand public, du fait de la médiatisation particulière dont il fait l'objet. Néanmoins, si ce sujet est souvent évoqué, il est parfois difficile de déceler dans la multiplicité des regards qui se pressent pour l'observer, ce qui relève directement du phénomène juridique à proprement parler. En effet, il est tantôt fait allusion à la condition du prostitué¹⁹³⁷, soit pour en dénoncer l'exploitation, soit pour au contraire tenter d'y voir le symbole, si ce n'est pour certains le paragon, d'une forme ultime de liberté. Dès lors, c'est souvent dans des eaux troubles, mêlant indistinctement la sociologie, l'étude de genre, la philosophie et le droit que ce phénomène est le plus souvent appréhendé.

1558. Dès lors, il apparaît nécessaire, dès à présent, de définir la position à partir de laquelle il est possible de pouvoir raisonner dans le cadre juridique. Néanmoins, une pure appréhension de cette activité par le seul prisme du droit semble par trop insuffisante, et cela à plus d'un titre. Même s'il ne s'agit pas ici de traiter de cette activité en tant que telle, d'un point de vue purement conceptuel, l'emprunt à la philosophie est inévitable, en ce que la règle de droit ne fait ici qu'inscrire dans le corps social une valeur qu'elle entend défendre. À ceci s'ajoute le fait que tant le discours du législateur que celui de la doctrine empruntent souvent à d'autres registres que la seule application de la règle. En effet, comment comprendre autrement que par le détour à des notions extra-juridiques la question de l'interdiction ou non de l'activité prostitutionnelle ? Sauf à se limiter à constater sa présence ou son absence, il paraît

¹⁹³⁷ À rebours de l'orthographe dominante voulant que le terme soit systématiquement féminin, nous préférons utiliser ici la version masculine, et ce pour au moins deux raisons. La première est que ce phénomène ne concerne pas seulement les femmes, même si ces dernières restent très majoritaires (les derniers chiffres, toujours discutables donnent la proportion suivante : près de 80% des prostitués sont des femmes). La seconde est que les règles d'orthographe imposent en cas de pluralité de genres, que la graphie masculine soit retenue.

particulièrement indispensable dans le cadre d'une étude du consentement de s'arracher à la seule matérialité juridique, ce que ne manquent pas de faire ses partisans comme ses détracteurs, lorsqu'est invoquée devant le prétoire l'éventuelle atteinte à la dignité que constitue la prostitution, ou, en sens inverse, le refus de sa reconnaissance pleine et entière¹⁹³⁸. De la même manière, la question de la prostitution demande des développements spécifiques au regard du consentement, en ce qu'il nous permettra d'observer si l'appréciation monétaire d'une activité est susceptible de transformer celui-ci. Enfin, le fait d'envisager la prostitution du point de vue de ceux qui s'y livrent aide également à déterminer la manière dont le droit accueille, ou non, la subjectivité de la personne prostituée.

1559. Pour ce faire, il convient de rappeler dans un premier temps le régime juridique en place. Si le racolage actif comme passif est désormais puni de deux mois d'emprisonnement et de 7500€ d'amendes¹⁹³⁹, l'activité prostitutionnelle en tant que telle est toujours licite. Ainsi, aussi bien le client que le prostitué ne peuvent être poursuivis, pour le moment, au titre, de la prestation sollicitée et accomplie. Reste alors une difficulté de tailler à surmonter : définir l'activité prostitutionnelle en tant que telle, puisque de la reconnaissance de celle-ci dépend l'éventuelle applicabilité des infractions afférentes, tel le racolage, mais également le proxénétisme. Ceci se trouve renforcé si l'on considère le projet aujourd'hui discuté de pénaliser le client de telles pratiques¹⁹⁴⁰.

1560. Afin de tenter de comprendre ce dont il retourne, et la manière dont la monétarisation du rapport introduit ou non des changements dans la perception du consentement, on essaiera de définir avec précision ce qui constitue la prostitution au sens du droit, en lien avec le consentement (§1), ainsi que le régime juridique y afférent (§2).

¹⁹³⁸ À ce titre, l'arrêt de la CourEDH Tremblay c. France en constitue une illustration topique : CourEDH 11 sept. 2007, Tremblay c/ France, *RTD civ.* 2007 p. 730, obs. J.-P. Marguénaud. Cf. également M. Fabre-Magnan, « Le domaine de l'autonomie personnelle, indisponibilité du corps humain et justice sociale », *D.* 2008, n°1, p. 31.

¹⁹³⁹ C. pén., art. 225-10-, introduit par la loi n°2003-239 du 18 mars 2003. Il est à noter que cette infraction figure au sein du livre II, titre 2, chapitre 5 intitulé « des atteintes à la dignité de la personne ».

¹⁹⁴⁰ Proposition de loi n° 1437 renforçant la lutte contre le système prostitutionnel, déposée par Bruno Le Roux et autres, enregistrée à la Présidence de l'Assemblée nationale le 10 octobre 2013, qui fait depuis le 4 déc. 2013 l'objet d'un examen en première lecture au Sénat. Il est à noter que le texte prévoit également, dans son article 13, de supprimer le délit de racolage. La CNCDH a émis des réserves à l'égard de cette proposition : cf. CNCDH, *Avis sur la proposition de loi renforçant la lutte contre le système prostitutionnel, Assemblée plénière du 22 mai 2014*, version électronique, 18 pages ; cf. également E. Bourdier, « La Commission nationale consultative des droits de l'homme critique sur la proposition de loi renforçant la lutte contre le système prostitutionnel », *Revue des Droits de l'Homme*, Actualités Droits-Libertés, juin 2014, version électronique, 7 pages.

§1 : Détermination de l'activité prostitutionnelle au regard du droit

1561. La thématique de la prostitution va nous occuper un temps conséquent, en ce qu'elle concentre dans son principe la plupart des questionnements relatifs au consentement. En effet, elle présente cet avantage pour la recherche de contenir tous les éléments qui se retrouvent dans l'appréhension juridique de la sexualité, en y ajoutant la dimension marchande. Or, cet ajout est d'importance : il permet en effet d'interroger directement le caractère libre et informé du consentement, puisque l'on se retrouve ici dans une configuration plus familière pour le raisonnement du fait de la similarité avec le contrat.

1562. Néanmoins, pour prospérer ce raisonnement a besoin d'un cadre dans lequel s'exercer. Ces questionnements terminologiques peuvent sembler dénués de lien direct avec la problématique du consentement, mais il n'en est rien. En effet, ce dont il est ici question est d'interroger l'environnement dans lequel le concept de consentement est amené à opérer. Or, l'essentiel des débats portant sur la pertinence ou non du consentement dans cette situation, suivant la manière dont on l'appréhende, fait peu de cas des difficultés qui président déjà à sa rencontre. Comment en effet songer que le seul consentement pourra permettre de trancher ces situations, alors qu'il subsiste de redoutables incertitudes sur la nature même de l'activité en cause ? Ce qui est pointé ici est donc que la question du consentement semble à elle seule, dans l'esprit de ses commentateurs, résumer l'ensemble de la problématique en cause, alors que le concept juridique de consentement, pour faire sens, doit déjà trouver sa place dans l'architecture normative qui l'encadre. Pour résumer, on pourrait ainsi dire qu'il y a peu de sens à consentir juridiquement à une activité sans que celle-ci puisse être identifiée au sein du droit, sauf à considérer que le consentement serait une sorte de clef juridique universelle permettant le déverrouillage de toute situation ou complexité. Ceci implique donc que l'on s'accorde au préalable sur la définition même de l'activité prostitutionnelle, qui est loin d'être évidente, mais qui peut se caractériser en première approche comme une rencontre de corps (A). Toutefois, ce qui fait sa spécificité, et qui la distingue ainsi de la sexualité dite ordinaire, est bien le fait qu'un prix est attaché à son exercice (B).

A / La prostitution : une activité nécessairement corporelle

1563. À ce titre, les définitions varient selon les époques. Selon le Digeste, « On entend par un commerce public le métier de ces femmes qui se prostituent à tout venant et sans choix. Ainsi ce terme ne s'étend pas aux femmes mariées qui se rendent coupables d'adultère, ou aux filles qui se laissent séduire : on doit l'entendre des femmes prostituées »¹⁹⁴¹. Au début du XX^e siècle, le professeur Le Poittevin la définit comme « le fait d'employer son corps, moyennant une rémunération, à la satisfaction des plaisirs du public, quelle que soit la nature des actes de lubricité accomplis ».¹⁹⁴² Absente du droit positif, la première définition jurisprudentielle extensive sera donnée par la Cour de cassation en 1996 sous la forme suivante : « la prostitution consiste à se prêter, moyennant une rémunération, à des contacts physiques de quelque nature qu'ils soient, afin de satisfaire les besoins sexuels d'autrui »¹⁹⁴³. Plus récemment, un auteur a proposé la définition suivante : « la prostitution consiste en un acte, sexuel par nature ou par destination, impliquant au moins deux personnes, l'une versant et l'autre recevant rémunération »¹⁹⁴⁴.

1564. Que dire alors des définitions ainsi proposées ? On ne peut que remarquer que l'évolution va vers un périmètre plus large du pourtour de l'activité en question, afin de pouvoir inclure une plus grande variété de comportements. Mais il n'en reste pas moins que chacune des définitions proposées semble poser comme évidente la compréhension des termes employés, tandis qu'il n'en est rien. Pour tenter d'y voir clair, il convient de marquer un arrêt à chacun des termes ainsi usités¹⁹⁴⁵.

1565. Ainsi, la définition proposée par la Cour de cassation semble déjà marquer la nécessité d'un contact physique, « un contact des deux épidermes »¹⁹⁴⁶ afin de pouvoir être caractérisée, ce qui semble pouvoir exclure en première intention les activités ne mettant pas de manière

¹⁹⁴¹ Digeste, lib. XIII, t. II, no 43, cité in B. Py, « Prostitution – proxénétisme – racolage », *Rép. pén. Dalloz*, 2006, version électronique, § 24, p. 10.

¹⁹⁴² Cité in B. Py, *ibid.*

¹⁹⁴³ Cass. crim. 27 mars 1996, n° 95-82.016, *Dr. pén.* 1996, n° 182, obs. M. Veron, *Rev. sc. crim.* 1996, p. 853, obs. Y. Mayaud, cité in D. Borillo, « Liberté érotique et exception sexuelle », in D. Lochak et al., *Les libertés sexuelles*, précité, p. 56.

¹⁹⁴⁴ V. Johanne, « La répression de la prostitution à la conquête de nouveaux espaces », *Archives de politique criminelle*, 2010/1 n° 32, p. 75-92, p. 76.

¹⁹⁴⁵ L'étude ici proposée s'inspire beaucoup de la démarche et des réflexions proposées par Norbert Campagna dans son ouvrage remarquable : *Prostitution et Dignité*, éd. La Musardine, 2008, 277 pages.

¹⁹⁴⁶ Cité in B. Py, précité, § 27, p. 13.

matérielle deux individus directement en contact. Ce point est d'importance puisqu'il exclut du champ de la qualification pénale l'ensemble des activités dites de téléphone rose, mais également les services nouvellement apparus de webcams proposant des entretiens multisensoriels (ouïe et vision en l'occurrence) avec des femmes ou des hommes qui peuvent dans la pratique être captifs de réseaux de traites d'êtres humains¹⁹⁴⁷.

Ce qui se traduit ici est donc une dissociation de la sexualité et de la génitalité dont elle était antérieurement captive au sein du droit. Dès lors, ce qui prime est bien l'intention sexuelle, davantage que la pratique ou la réaction du client. C'est ainsi qu'une activité de massage accompagnée de caresses spécifiques peut être considérée comme relevant de la prostitution¹⁹⁴⁸.

Aussi, ce n'est pas tant l'acte qui prime, que l'intention qui préside à sa concrétisation. On retrouve ici l'une des difficultés classiques du droit pénal, à savoir la nécessité de réunir l'élément matériel et moral afin de constituer l'infraction. Or, la sexualité apparaît comme un terrain d'investigation particulièrement complexe, tant la signification qu'elle revêt peut varier d'un individu à un autre¹⁹⁴⁹.

1566. Toutefois, même l'élément matériel n'est pas ici sans poser problème. En effet, la réalité de la pratique prostitutionnelle témoigne de ce que certains individus cherchent avant toute chose une forme de contact, de chaleur humaine auprès du prostitué, sans que pour autant il n'y ait aucune activité sexuelle à proprement parler. Certains prostitués insistent ainsi sur leur rôle d'écoute face à des individus qui n'ont parfois plus personne à qui parler. Peut-on qualifier pour autant cette écoute d'activité prostitutionnelle, et comment prouver, au retour du client, la nature des rapports précédemment entretenus ?

B / La prostitution ou l'évaluation monétaire du consentement

1567. Si la délimitation de la nature de l'activité se présente comme problématique, il en va également de même concernant un point apparemment facile à comprendre, à savoir la notion de rémunération. Comme le note le professeur Py, « l'acte gratuit ne serait au plus que de la

¹⁹⁴⁷ Certains pays réputés malheureusement pour le « tourisme sexuel » réfléchissent ainsi à pénaliser ces activités au titre de la prostitution, ce qui tend à prouver que la définition peut également varier suivant les pays.

¹⁹⁴⁸ À ce sujet, cf. CA Grenoble, 25 sept. 1996, Juris-Data n° 044172, cité in B. Py, *ibid.*

¹⁹⁴⁹ Que dire à ce titre par exemple d'un individu qui demanderait à un prostitué de lui masser uniquement le cuir chevelu, zone la plus investie érotiquement chez lui ?

débauche, activité qui ne saurait être qualifiée de prostitutionnelle »¹⁹⁵⁰. Mais comment entendre précisément cette rémunération ? Doit-elle consister nécessairement en une somme d'argent ? Doit-elle être nécessairement concomitante à la prestation sexuelle ?

1568. La littérature sur le sujet¹⁹⁵¹ nous apprend ainsi qu'au début du XX^e siècle, à New York, un mouvement se constitue, qualifié par la suite de « *charity girls* », qui se caractérise par le fait que ses membres refusent catégoriquement de percevoir une quelconque somme d'argent en échange d'un service sexuel, mais seulement des biens matériels, tels des tickets de cinéma voire de la viande. On pourra certes objecter que la différence est surtout d'ordre cosmétique, et que sur le fond, cela revient strictement au même. Il n'en reste pas moins que du point de vue des femmes concernées, cette différence était hautement signifiante, et visait précisément à les démarquer des prostituées au sens classique.

Cette situation ne s'est apparemment pas encore rencontrée dans la jurisprudence française, mais cela ne saurait tarder au regard de l'accroissement du phénomène qualifié de « prostitution étudiante »¹⁹⁵².

1569. Il ne s'agit toutefois pas de la seule interrogation que cette notion de rémunération soulève. En effet, si l'on vient à considérer qu'elle peut s'entendre également de toute forme de contrepartie¹⁹⁵³, alors le risque est grand de devoir reconsidérer certaines relations antérieurement qualifiées de purement privées. Ainsi, peut-on considérer que dans le cadre d'une relation maritale ou non, entre deux individus, celui qui a un rapport sexuel avec son partenaire dans l'espoir d'obtenir un avantage matériel (un voyage, un bijou, un vêtement, une somme d'argent, etc.) se livre à la prostitution¹⁹⁵⁴?

¹⁹⁵⁰ B. Py, précité, §28, p. 13.

¹⁹⁵¹ Elizabeth Alice-Clement, *Love for Sale. Courting, Treating, and Prostitution in New-York City, 1900-1945*, Chapel Hill, The University of North Carolina Press, 2006, cité in N. Campagna, *Prostitution et dignité*, éd. La Musardine, 2008, p. 34.

¹⁹⁵² Il est ici fait allusion à la pratique qui consiste, en raison du coût prohibitif du logement dans les grandes villes, à offrir un logement à une personne en contrepartie de relations sexuelles plus ou moins régulières. Peut-on alors considérer le montant du loyer non payé comme une « rémunération » au sens de l'article 225-10-1 du Code pénal ?

¹⁹⁵³ C'est la position adoptée par Lucile Ouvrard dans sa thèse sur la prostitution, où elle déclare : « La rémunération ne doit pas être limitée par le sens commun du terme, à savoir l'argent reçu pour le prix d'un service. Elle doit, si on ne veut pas être trop restrictif, s'entendre de toute forme de compensation économique. L'ensemble des actes sexuels impliquant une compensation (même si en pratique l'argent reste largement employé) entrent donc dans la définition de la prostitution », in L. Ouvrard, *La Prostitution, Analyse juridique et choix de politique criminelle*, Paris, l'Harmattan, 2000 p. 22.

¹⁹⁵⁴ On se souvient ici des écrits de Bertrand Russell sur le sujet, qui à une époque de grande dépendance économique des femmes dans le cadre marital, en avait conclu au fait qu'il y avait probablement plus de sexualité non désirée dans le mariage, du fait même de cette dépendance, que dans le cadre de la prostitution. Cf. B.

Une telle assertion peut sembler particulièrement choquante, mais à s'en tenir à la lettre du texte du Code, il ne paraît pas possible de l'exclure d'un simple revers de main. Comme le note Norbert Campagna, « [...] à l'intérieur d'un couple, nous trouvons des actes et des intentions qui ressemblent à ceux caractéristiques de la situation prostitutionnelle »¹⁹⁵⁵. C'est en ce sens que ce dernier définit la prostitution comme « un rapport sexuel fondé sur une transaction de biens hétérogènes, l'un de ces biens étant de nature sexuelle, l'autre non, le tout moyennant un contact corporel »¹⁹⁵⁶.

1570. On le voit, la situation n'est pas aussi simple qu'il y paraît, ce qui du point de vue de l'effectivité de la norme, peut constituer un avantage (une plus grande évolutivité et applicabilité) tout comme un inconvénient (risque d'insécurité juridique). Un dernier point achèvera de démontrer que la question du consentement, pour être valablement comprise, doit également s'inscrire dans un ensemble à la signification relativement précise, sans quoi il peut prêter à tous les usages.

§ 2 : Caractérisation et régime juridique de la prostitution : le doute à l'égard du consentement

1571. Une fois la question de la définition étudiée en détail, on peut s'attacher à essayer de caractériser ce qui relève du régime juridique de la prostitution. En effet, puisque le consentement y joue un rôle central, alors tout ce que nous pourrions évoquer concernant la manière dont le droit appréhende cette pratique, ne pourra que nous renseigner, par incidence, sur le consentement lui-même.

Sur ce point, la complexité soulevée précédemment ne disparaît pas sur le plan du régime. Le consentement est, à ce titre, dans une situation paradoxale : il est à la fois recherché en tant que condition de validité de l'acte prostitutionnel, alors qu'en même temps, une partie

Russel, *Marriage and Morals*, éd. Allen & Unwin, London, 2001, p. 102, cité in N. Campagna, précité, p. 149. Cf. également, G. Fraisse, *Du consentement*, précité, p. 52-58, pour une étude de la comparaison entre le mariage et la prostitution.

¹⁹⁵⁵ N. Campagna, précité, p. 39. L'auteur évoque ainsi les travaux de Christine Dessieux qui déclare : « Combien d'épouses subissent passivement, sans désir, sans plaisir, les assauts répétés, dénués de tendresse de leur époux réclamant son dû ? Combien d'entre elles font des comptes en faisant l'amour, et transforment ainsi l'acte sexuel en un fonds de commerce ? Si la femme se forçant ou forcée d'accomplir l'acte d'amour le transforme en une transaction matérielle, il y a prostitution conjugale ! Si la femme consciemment fait l'amour avec son mari en échange du manteau de fourrure tant convoité, il y a prostitution conjugale ! », in C. Dessieux, *La Prostitution conjugale. Des femmes témoignent*, Paris, Albin Michel, 1993, p. 21, cité in N. Campagna, précité, p. 38.

¹⁹⁵⁶ N. Campagna, précité, p. 27.

de la doctrine ne cesse de récuser son existence dans cette situation.

1572. Cette ambivalence n'est pas sans liens avec le fait que l'objet du contrat touche au corps, matière sacrée même dans notre droit laïc, qui concentre ainsi des problématiques qui dépassent la question de la prostitution : si le corps peut bien être objet d'un contrat, ici de travail, alors c'est le statut de ce dernier qui doit être révisé, et avec lui, le droit des obligations (A). Cette sacralité du corps s'articule également avec la valeur symbolique particulière associée à la sexualité, qui ne fait que renforcer l'hésitation première (B).

Aussi, afin de faire obstacle au consentement, qu'il soit libre et éclairé ou non, une certaine partie de la doctrine a cru bon de mobiliser le concept juridique de dignité, ce qui pose des difficultés assez conséquentes (C).

A / Le corps comme objet du contrat : la prostitution est-elle réductible au travail ?

1573. La doctrine, et avec elle la société, sont divisées quant au statut juridique de l'activité prostitutionnelle. Elles se demandent, en effet, si elle est assimilable à un contrat. On trouvera des partisans de l'une ou l'autre des réponses. On peut néanmoins déjà remarquer qu'il y a au moins l'emprunt d'un vocabulaire marqué par la dimension contractuelle, par la référence au consentement (1). Cette qualification n'est pas neutre, puisqu'elle vise par exemple à se demander si elle peut être un contrat comme un autre, et à ce titre, se ranger dans la catégorie des contrats de travail (2).

1 / Prostitution et acte prostitutionnel : une relation contractuelle ?

1574. Une fois ceci posé, comment comprendre dans le cadre de cette activité, le rôle et la place que peut prendre le consentement ? Tout d'abord, il semble nécessaire de s'interroger sur la nature du lien unissant le prostitué à son client. Si c'est un lien contractuel, on peut alors envisager de raisonner sur le consentement au titre de la formation du contrat, mais également sur la nature du contrat en cause.

1575. En effet, si les mots ont un sens, le contrat prostitutionnel ne peut en aucune façon être considéré comme revenant à vendre un corps. La vente, au sens du droit, suppose que

l'acheteur, à l'issue de la transaction, devient propriétaire du bien en question. La propriété, telle qu'elle est définie à l'article 544 du Code civil, ne saurait en aucune façon s'appliquer ici. Qui peut réellement affirmer qu'à l'occasion d'un contrat de ce type, le client peut disposer du prostitué « de la manière la plus absolue qui soit » suivant les termes même du Code ? C'est ici faire bien peu de cas du prostitué que de considérer qu'il se livrerait ainsi aussi totalement. Il y a donc ici comme une forme de projection dans ce dénigrement de la capacité du prostitué à pouvoir fixer des limites dans le cadre de l'exercice de cette activité, comme si en quelque sorte, les prostitués, éternels enfants, seraient incapables d'être autre chose qu'un objet, tant dans leur relation à eux-mêmes, que dans la manière dont le client les perçoit¹⁹⁵⁷.

Il est donc faux, sur le plan du droit, de considérer que la reconnaissance d'un cadre légal, ou même l'impunité pénale du fait prostitutionnel constitue des atteintes au principe du corps humain comme étant hors-commerce.

1576. Une fois cette objection levée, on peut néanmoins entendre l'argument qui consiste à dire que certaines choses ne doivent pas, en tant que telles, faire l'objet d'échanges marchands. Les raisons varient, le bien considéré pouvant appartenir à tous (hypothèse de la *res communis*), ou bien être frappé d'interdiction pour des raisons d'ordre public (ventes d'armes à feu) ou de santé publique (interdiction de la vente de stupéfiants¹⁹⁵⁸). De même, il est souvent allégué que la sexualité aurait à voir avec la dimension la plus intime de l'individu, qu'elle participerait à la construction du Soi, ce qui constituerait autant d'obstacles à sa commercialisation. Il s'agirait donc ici d'une forme de protection de la subjectivité. On semble retrouver une séparation ancienne entre les biens dits spirituels, non-vendables, et les biens matériels et ainsi susceptibles de vente. En somme, tout se passe comme s'il s'agissait d'une forme moderne de simonie, c'est-à-dire ce crime dont se rend coupable Simon le Mage dans les Actes des Apôtres lorsqu'il demande à acheter la capacité d'octroyer l'Esprit Saint¹⁹⁵⁹.

¹⁹⁵⁷ Il n'est pas question de faire ici preuve d'angélisme, tant il est vrai que de très nombreux prostitués sont victimes d'agressions physiques et sexuelles, d'humiliations, etc. Mais, il est tout aussi vrai que ce n'est pas systématique, et qu'il convient dès lors de s'interroger sur ce qui modère la réflexion : interdit-on la vente de couteaux, parce que certains servent à blesser ou tuer ?

¹⁹⁵⁸ Ce point est particulièrement important concernant le consentement, puisque au-delà de l'éventuelle liberté de décider de l'usage ou non de ces stupéfiants, le régime actuel ne se comprend qu'au regard d'une catégorisation préalable du stupéfiant. On peut donc choisir d'en consommer, à la condition que ceux-ci ne soient pas reconnus comme tels par le droit.

¹⁹⁵⁹ Cité in N. Campagna, précité, p. 71.

1577.La sexualité serait alors du domaine de ces biens spirituels, qui en tant que tels, ne peuvent valablement faire l'objet d'un commerce. Il n'en reste pas moins que la justification à cela tenait par le passé à ce que cette capacité appartenait, en quelque sorte, en propre à Dieu. Une fois cette justification abandonnée, comme nous y invite le caractère libéral et laïc de l'État, comment justifier ceci ? Est-ce à dire par exemple que si la sexualité n'appartient pas véritablement à l'individu, en ce qu'il ne lui est pas loisible d'en disposer par conventions, alors c'est qu'elle appartient à la catégorie particulière sous laquelle il se subsume, c'est-à-dire l'humanité ? Si cela est vrai, cela signifie aussi qu'elle appartient en quelque sorte à tous les membres de cette catégorie ainsi définie. Or, il est particulièrement étonnant de remarquer le paradoxe qui se constitue ainsi, puisque à l'époque romaine, c'est justement par son appartenance à tous, et non à un seul homme, que l'on identifie également le prostitué !

1578.Toujours est-il que cette qualification du vendable et du non-vendable pose un problème particulier, en ce que les raisons qui y président ne sont jamais directement explicitées, que ce soit par la doctrine ou par le législateur. Il s'agit en effet ici de savoir si, pour faire obstacle au consentement du prostitué, la raison se trouve dans la nature de l'activité en elle-même, c'est-à-dire l'engagement d'un corps avec un autre selon des modalités qui peuvent varier, ou bien s'il est plus directement fait ici référence, en lien avec la définition de la Cour de cassation, au besoin sexuel.

Ainsi, le philosophe Norbert Campagna s'interroge dans son ouvrage sur la question sur le fait de savoir si des pilules permettant d'activer les mêmes récepteurs cérébraux que ceux mis en jeu dans les rapports sexuels venaient à être disponibles et commercialisées, cela ferait-il de la personne qui les vend automatiquement un prostitué¹⁹⁶⁰ ? Sans une véritable réflexion, et l'affirmation d'une position de principe par le législateur sur ce point, il n'est pas possible de répondre à cette question. Il apparaît toutefois que ce qui pose ici problème n'est pas tant le fait de procurer du plaisir en tant que tel, loin des débats théologiques du premier christianisme, mais plutôt cette commercialisation du corps que nous avons évoquée précédemment, et sur laquelle il convient désormais de s'arrêter.

¹⁹⁶⁰ N. Campagna, précité, p. 102.

2 / Prostitution, contrat portant sur le corps et contrat de travail

1579. En réalité, il semble bien ici que le problème n'est pas réellement le corps en tant que tel, puisque la prohibition posée par le Code civil vise surtout à éviter un morcellement de ce dernier¹⁹⁶¹, au travers par exemple de la vente d'organes. Or, comme nous l'avons déjà dit, il est impossible de considérer que dans l'acte prostitutionnel, il y a une vente au sens du droit. Dès lors, comment le ranger dans la catégorie des contrats qui lui préexistent¹⁹⁶²? C'est ici qu'un point déterminant surgit, et qui consiste en la possibilité de considérer ou non la prostitution comme un travail, afin d'en tirer les conséquences juridiques afférentes. Il est certain qu'en l'état, la prostitution ne peut trouver sa place dans le contrat de travail, qui suppose un lien de subordination, ce qui immédiatement a pour effet de nous faire basculer dans l'incrimination de proxénétisme.

1580. On peut proposer dans un premier temps, en lien avec une obligation de faire qui serait la prestation sexuelle, la qualification de contrat de louage d'ouvrage, que le Code civil définit comme « le contrat par lequel l'une des parties s'engage à faire quelque chose pour l'autre, moyennant un prix convenu entre elles »¹⁹⁶³. Comme le souligne Jean Danet, le reproche principal fait à cette affirmation consiste en une comparaison avec les risques encourus par l'entrepreneur, comparaison qui serait donc défavorable à l'activité prostitutionnelle.

On retrouve ici un argument classiquement mobilisé par les auteurs féministes opposés à la prostitution, et que l'on peut résumer ainsi : la prostitution ne saurait être un travail comme un autre, puisque c'est le seul qui vous confronte directement au risque de tomber enceinte¹⁹⁶⁴. Cette affirmation apparaît particulièrement étonnante et de peu de poids. En effet, l'admettre suppose que tomber enceinte constitue un risque inacceptable, ce qui laisse songeur sur la possibilité même d'une sexualité¹⁹⁶⁵. Ensuite, il existe d'autres activités, considérées comme du

¹⁹⁶¹ Il n'est donc guère étonnant de ce point de vue de remarquer que c'est cette crainte du morcellement qui est mobilisé par certains philosophes afin de souligner l'outrage que constituent les conventions de mères-porteuses. Cf. par ex : S. Agacinsky, *Corps en miettes*, éd. Flammarion, coll. Café Voltaire, 2009, 100 pages.

¹⁹⁶² Les réflexions suivantes s'inspirent fortement de J. Danet, « La prostitution et l'objet du contrat : un échange tabou ? », *Cahiers de recherche sociologique*, janv. 2007, n° 43, p. 109-120.

¹⁹⁶³ C. civ., art. 1710.

¹⁹⁶⁴ N. Campagna, précité, p. 134, qui cite Sheila Jeffreys, *The Idea of Prostitution*, éd. Spinifex, Melbourne, 1997, p. 186-7 : « La possibilité d'une grossesse doit certainement être considérée comme un risque déraisonnable d'un travail salarié et servir à remettre en question l'acceptabilité de ce travail ».

¹⁹⁶⁵ En effet, peut-on véritablement affirmer que ceux qui s'engagent dans un rapport sexuel ne consentent pas à la possibilité d'une fécondation, à l'heure où il n'existe, sauf hypothèses très particulières, aucune forme de contraception qui soit absolument infaillible ?

travail par la société et le droit, et qui pourtant font courir des risques considérables à ceux qui les pratiquent : ainsi du soldat, qui met sa vie en jeu, ou du médecin urgentiste qui risque une contamination du fait d'une exposition au sang des patients qui lui sont amenés, etc. De fait, l'argument du risque n'apparaît pas probant. En généralisant, certains auteurs ont ainsi fait remarquer que cette critique pourrait s'appliquer à l'ensemble du travail salarié, et que, dans ce cadre, ce qui est acheté n'est pas tant le résultat en lui-même, que le travail effectivement fourni. Pour reprendre les termes de M. Supiot, « c'est le travail qui est payé et non son résultat, qu'il s'agisse d'un bien matériel ou d'un service »¹⁹⁶⁶.

1581. Ceci explique le lien tout à fait particulier qui unit le salarié à l'employeur, et qui marque l'implication du corps même du salarié au sein de la convention, en ce qu'il n'est pas loisible, en cas d'inexécution de ses obligations de la part du salarié, de faire appel à une autre personne pour exécuter la même tâche. Ainsi que l'indique le professeur Fabre-Magnan, « le salarié participe de la définition du contrat de travail ; il est, au moins en partie, l'objet du contrat de travail »¹⁹⁶⁷. De fait, pour qualifier ce contrat de travail qui semble si problématique, le professeur Fabre-Magnan, comme le note J. Danet, propose « de redécouvrir, comme un juste milieu entre l'obligation de faire et de donner, l'obligation de *proestare* dont l'historien Gazzaniga rappelle qu'elle se définissait en droit romain comme l'obligation de livrer une chose corporelle au créancier sans lui en transférer la propriété »¹⁹⁶⁸.

Le recours à ce concept a l'avantage de permettre un surassement des apories du contrat de louage précédemment évoqué, en ce que ce dernier laissait entendre que le travail, c'est-à-dire ce qui est directement produit par le corps du salarié, pourrait être distinct de celui-ci, à la différence du résultat.

1582. Néanmoins, il ne s'agit pas tant ici d'essayer de déterminer la qualification juridique la plus appropriée au contrat de travail. Plus simplement, on vise ici à mettre en lumière que le contrat de travail met en œuvre une dimension corporelle indéniable, et qu'il ne saurait donc être question de balayer la possibilité d'encadrer juridiquement l'activité prostitutionnelle au motif que celle-ci porterait sur le corps seul. Aussi, s'il est clair que la prostitution ne peut en

¹⁹⁶⁶ A. Supiot, *Critique du droit du travail*, éd. P.U.F., coll. Les voies du droit, 1994, p. 51 et s., cité in J. Danet, précité, p. 158.

¹⁹⁶⁷ M. Fabre-Magnan, « Le contrat de travail défini par son objet », in A. Supiot (dir.), *Le travail en perspectives*, éd. L.G.D.J., coll. Droit et société, 1998, p. 101-124, cité in J. Danet, précité, p. 113.

¹⁹⁶⁸ J. Danet, précité, p. 114.

aucune façon rentrer en l'état dans la catégorie du contrat de travail, puisqu'il manque par exemple un des éléments essentiels que constitue la subordination, il n'en reste pas moins que d'autres contrats peuvent être envisagés.

Ainsi du contrat de louage de service, visé aux articles 1779 et 1780 du Code civil¹⁹⁶⁹. On pourrait également envisager la qualification de contrat de prestation de service, qui se comprend comme un contrat conclu entre un prestataire et un client, par lequel le premier s'engage à mettre à disposition, souvent contre rémunération, un savoir-faire particulier qui peut être aussi bien intellectuel que matériel, même si l'assimilation semble trouver sa limite dans le régime spécifique prévu en cas d'inexécution.

B / Une mise en doute du consentement liée à une certaine sacralité de la sexualité et du corps

1583. La remise en cause de la validité du consentement, non par ceux qui en sont l'auteur, mais par ceux qui entendent interdire cette pratique pour d'autres qu'eux-mêmes, se comprend en référence à une certaine sacralité conférée au corps, et à la sexualité comme sanctuaire de l'intimité (1). Ce faisant, on comprend alors comment, dans cette perspective, la prostitution peut difficilement résulter d'un libre choix (2), ou même être le fruit d'un consentement éclairé par la raison (3).

1 / Prostitution et valeur du corps et de la sexualité

1584. Dès lors, comment comprendre la situation juridique actuelle entourant le phénomène de la prostitution ? Tout comme la sexualité prise au sens large, cette activité semble reposer fondamentalement sur le consentement reconnu aux parties dans la détermination de leurs conduites. Il n'est pas question ici de la prostitution forcée qui constitue à n'en pas douter un crime, mais qui ne relève pas de notre étude en ce qu'elle suppose, par définition, une absence de consentement. Pourquoi alors, lorsque celle-ci est dite libre, il paraît délicat de prétendre encadrer cette pratique ?

¹⁹⁶⁹ Que l'on peut intégrer dans la catégorie plus générale des contrats d'entreprise.

1585. À cette question, les réponses apparaissent multiples. On peut déjà observer que ce qui semble ici poser problème *ab initio* est bien l'aspect marchand de la transaction. En effet, c'est bien parce qu'une somme d'argent est versée, et que partant, certains peuvent être tentés d'en vivre, que la prostitution semble cristalliser un ensemble de critiques qui la dépassent souvent largement. Il est dans cette optique assez clair qu'une personne se livrant à des pratiques sexuelles avec de multiples partenaires encourt tout au plus une forte désapprobation de la part du corps social, ce qui mériterait en soi d'être interrogé, mais qu'il n'est pourtant pas question d'interdire par le droit le libertinage, l'échangisme, etc.

Tout se passe en quelque sorte comme si le droit ne trouvait de point d'accroche sur ce phénomène que par le biais de son appréhension monétaire, qui permet la qualification de la prostitution, mais aussi du proxénétisme, et qui s'illustre surtout par l'intervention du droit fiscal qui vient imposer les revenus de la prostitution. C'est donc le supplément d'immoralité de l'argent qui vient permettre l'application de la règle de droit, du moins en droit français, car la CJUE n'a pas manifesté les mêmes scrupules en considérant que l'activité de prostitution exercée à titre indépendant était une activité économique au sens du droit communautaire¹⁹⁷⁰.

1586. Néanmoins, la seule référence à l'aspect monétaire ne convainc pas non plus, sauf à considérer spécifiquement que le champ de la sexualité ne devrait jamais être concerné par cette marchandisation, ce qui ne peut raisonnablement être le cas puisqu'aucune proposition juridique ne vise, à notre connaissance, à interdire la pornographie, les sex-shops, ni même l'utilisation de corps nus dans des contextes sexualisés aux fins de publicité ou de commercialisation. Toutefois, ces activités soulèvent, comme dans le cas de la prostitution, une forme de désapprobation morale, que le droit entretient par un ensemble de mesures relatives aux bonnes mœurs¹⁹⁷¹.

1587. Cette stigmatisation sociale n'est pas nouvelle, mais oscille suivant les époques, entre différentes professions ou activités qui ont toujours en commun de mettre en opposition un corps individuel agissant face à un corps social spectateur. Dans un article remarquable sur ce

¹⁹⁷⁰ CJCE, 20 nov. 2001, Jany c/ Pays-Bas, Aff. C-268/99, note S. Retterer, Rec. Dalloz, 2002, p. 2144. Ceci signifie donc implicitement qu'il existe bien au sens du droit communautaire une différence juridique entre la prostitution forcée et la prostitution dite libre. Dans le même sens, cf. CourEDH, Tremblay c. France, précité.

¹⁹⁷¹ Dans ce sens, cf. B. Lavaud-Legendre, « Le droit pénal, la morale et la prostitution : des liaisons dangereuses », in *Droits*, P.U.F., n°49, 2009, p. 57-81.

sujet¹⁹⁷², la philosophe Martha Nussbaum évoque ainsi au travers de quelques exemples, l'évolution de cette longue hostilité.

1588. Ainsi, si le prostitué à l'époque romaine est stigmatisé socialement, c'est semble-t-il surtout en tant qu'il n'a pas de maître, de *dominus* identifié, et non en raison du commerce auquel il se livre¹⁹⁷³. Plus tard, au XVII^e siècle, le chanteur d'opéra sera très défavorablement marqué par le corps social, son activité s'apparentant à une forme de prostitution. Pourquoi ? Car il est considéré comme immoral et impudique de se faire rémunérer pour exposer ainsi son corps à la vue de tous, immoralité renforcée par le fait qu'il manifeste publiquement des émotions, des ressentis¹⁹⁷⁴. Un traitement analogue est appliqué en France aux acteurs qui pendant longtemps seront condamnés aux sépultures communes, et à l'interdiction des enterrements religieux par l'Église. Cette stigmatisation sera encore renforcée lorsque les femmes prendront part à ces activités artistiques, leur corps même portant la trace de l'immoralité du péché originel¹⁹⁷⁵ : ainsi les rôles féminins sont joués pendant très longtemps exclusivement par des hommes, et ce même à l'opéra, ce qui explique la présence et l'utilité à cette époque des castras¹⁹⁷⁶.

1589. S'appuyant sur Adam Smith, l'auteur entreprend alors d'interroger notre relation au corps au travers de l'étude de différentes professions et de la manière dont celles-ci engagent le corps. Elle envisage ainsi un employé qui doit plumer des poulets congelés toute la journée, un domestique, un chanteur de bar, un professeur de philosophie, une masseuse experte et une performeuse au sens artistique¹⁹⁷⁷. Après avoir étudié les caractéristiques propres à chacune dans une optique de comparaison avec la prostitution, l'auteur en arrive à une première conclusion selon laquelle les deux explications possibles reposent sur l'immoralité de la pratique ou le fait qu'elle s'appuie et entretient une hiérarchie sociale fondée sur le genre.

¹⁹⁷² M. Nussbaum, «« Whether from reason or prejudice »: taking money for bodily services », *Journal of Legal Studies*, University of Chicago, vol. Xxvii, January 1998, p. 693-724.

¹⁹⁷³ Certains évoquent même le fait que la prostitution aurait pu bénéficier de derniers publics à cette époque, même si cette affirmation est soumise à controverse. Sur ce point, cf. M. Nussbaum, précité, p. 713, notes de bas de page n°44.

¹⁹⁷⁴ M. Nussbaum, précité, p. 699. L'auteur évoque à ce sujet « *the expression of passionate emotion* ».

¹⁹⁷⁵ M. Nussbaum, *ibid.*

¹⁹⁷⁶ M. Nussbaum évoque ainsi le fait cette gêne par rapport au corps n'est pas spécifique du monde occidental, puisque jusqu'à très récemment en Inde, il était très mal perçu pour une femme de danser en public.

¹⁹⁷⁷ Le nom employé (*colonoscopy artist*) étant intraduisible, nous l'avons remplacé par performeuse. L'auteur évoque plus spécifiquement une performeuse qui se soumettrait à des coloscopies afin de tester la portée et les capacités de ces procédés.

1590. Concernant la première branche, l'argument lui paraît peu convaincant dans une société dans laquelle l'État n'a pas pour charge de définir une morale particulière de l'existence, mais plutôt d'entretenir et de rendre possible la coexistence d'une pluralité de conceptions de la vie bonne¹⁹⁷⁸.

Pour ce qui est de la seconde, la prostitution serait alors un moyen employé pour juguler la sexualité de femmes qui mettraient ainsi en péril les institutions familiales, mais aussi la domination masculine. Dès lors, dans cette perspective, le mouvement régulationniste ne visait pas tant à permettre aux prostitués d'exercer librement leur activité, mais plutôt de les contenir dans une sphère précise et limitée afin d'en empêcher l'expansion. En somme, une application de la devise de Saint Augustin : « Supprime les prostituées, les passions bouleverseront le monde ; donne-leur le rang de femmes honnêtes, l'infamie et le déshonneur flétriront l'univers »¹⁹⁷⁹.

1591. À la suite de cela, l'auteur entreprend donc de vérifier la pertinence des critiques habituellement utilisées dans le but d'interdire cette pratique¹⁹⁸⁰. Après avoir évacué l'argument du risque en remarquant qu'il peut être beaucoup plus important dans le cadre de pratiques sportives tolérées telle la boxe, elle s'attache ensuite à montrer le caractère inique de l'argument impliquant une perte d'autonomie¹⁹⁸¹. En effet, s'il est souvent allégué que le prostitué serait en quelque sorte à la merci du client, soumis à son bon vouloir, cette approche est fautive à plusieurs titres.

1592. Premièrement, il n'est pas dit que le prostitué dispose de moins de liberté dans l'exercice de son activité qu'un individu placé sur une chaîne de montage et qui doit exécuter le même geste mécanique tout au long de son temps de travail. Ensuite, il semble bien que cette vision découle d'un positionnement tout à fait particulier de la part des détracteurs de cette pratique. Il ne s'agit pas ici de supposer une quelconque malveillance, ou de chercher des motivations sous-jacentes qui seraient autant de suppositions maladroitement.

¹⁹⁷⁸ M. Nussbaum, précité, p. 707.

¹⁹⁷⁹ Saint Augustin, *De Ordine*, 2.4.12 : « *Aufer meretrices de rebus humanis, turbaveris omnia libidinis : constitute matronarum loco, labe ac dececore dehonestaveris* ». La formulation latine est citée in J. Brundage, *Law, Sex and Christian Society in Medieval Europe*, University of Chicago, 1990, p. 107.

¹⁹⁸⁰ On peut trouver une démarche similaire chez R. Ogien, *Le Corps et l'argent*, éd. La Musardine, coll. Attrape-corps, 2010, p. 89-106.

¹⁹⁸¹ M. Nussbaum, précité, p. 710-712.

1593. Néanmoins, une question se pose : pourquoi systématiquement dénier au prostitué la capacité et le statut de sujet moral ? Serait-il tellement contaminé par la perversité de ses actes qu'il ne puisse lui-même définir une frontière qu'il entend faire respecter ? Être prostitué ne signifie pas nécessairement accepter toutes les pratiques demandées par le client, et plus largement, renoncer à sa capacité à dire non. Sur ce point, le non d'un prostitué a et devrait avoir autant de valeur, tant pour le droit que pour le corps social. Certes, il existe effectivement des prostitués qui, dans un état de détresse et de misère absolues, souvent pris dans les filets de la polytoxicomanie, abandonnent pour ainsi dire les exigences qu'ils avaient pu avoir précédemment, et deviennent ainsi soumis au bon vouloir du client. Mais cette situation tragique ne saurait prétendre à décrire, ni même résumer, l'ensemble de l'activité prostitutionnelle ; il est des individus qui, au sein de cette pratique, conservent un socle inébranlable qu'ils considèrent comme leur dignité.

2 / La prostitution peut-elle résulter d'un libre choix ?

1594. Il reste encore à envisager l'argument massue, et à dire vrai quelque peu irréfutable dans le mode de pensée actuelle, et qui consiste à dire qu'il ne saurait y avoir de prostitution libre, puisque par définition la prostitution est toujours le fruit d'une servitude, qu'elle soit psychique, physique, économique, etc.¹⁹⁸². Dès lors, le consentement des prostitués à leur activité serait sans effet, puisque celui-ci serait lui-même la résultante de contraintes qui le déterminent. C'est une position classique du courant féministe, qui tend même parfois à l'assimiler à l'esclavage¹⁹⁸³. Cette prédétermination recouvre en général deux types d'arguments, le premier s'exprimant dans le fait que la prostitution reconduirait la domination machiste en place, et que les femmes seraient donc déjà déterminées dans leur représentation

¹⁹⁸² M. Iacub, *Le crime était presque...*, précité, p. 104. Cf. également C. Bugnon, « L'encadrement de la prostitution par le droit, reflet d'un ordre juridique insaisissable », in *Le traitement juridique du sexe*, Acte de la journée d'étude de l'Institut d'Études de Droit Public (IEDP), éd. L'Harmattan, 2010, p. 157, qui résume cette position ; voir également, pour une illustration caractéristique de ce point : M. Marzano, *Je consens donc...*, précité, p. 145-158, qui déclare ainsi : « Même si une femme se prostitue « volontairement », personne n'a le droit de justifier la prostitution comme le fruit d'un choix totalement libre », p. 149. Mais quel choix peut véritablement être déclaré libre ?

¹⁹⁸³ M. Iacub, précité, p. 103. Cf. également G. Fraisse, *Du consentement...*, précité, p. 100.

de la sexualité¹⁹⁸⁴ ; le second concerne plutôt les états de détresse sociale, économique, etc. Les deux ne produisent pas les mêmes conséquences, mais sont très souvent amalgamés.

1595. Ainsi, on peut s'étonner, s'agissant du premier, que ceux qui l'invoquent ne tirent pas les conséquences de leur affirmation : si toute sexualité est nécessairement contrainte, alors il ne peut exister de rapports sexuels hétérosexuels, et tout avatar de ceux-ci est donc à considérer comme un viol au sens du droit¹⁹⁸⁵. Pourtant, les détracteurs de la prostitution n'expriment jamais leur souhait d'interdire radicalement toute sexualité. Il y a donc une forme de traitement particulier à l'égard de la prostitution, qui se double ici d'un versant véritablement inique : en effet, nul mot n'est prononcé à l'égard des prostitués de sexe masculin, puisque ceux-ci viennent battre en brèche l'idée selon laquelle les prostituées, en tant que femmes, seraient nécessairement victimes des hommes.

Ce point, en apparence trivial, est pourtant d'importance, puisqu'il conditionne une grande part de la représentation sociale de la prostitution, et donc du consentement en tant que libre et éclairé. En effet, du fait que celle-ci est très majoritairement féminine, la prostituée est presque systématiquement perçue comme une victime face à la puissance d'hommes nécessairement oppresseurs et violents. Ceci fait en réalité écho à une perception sociale plus générale qui tend à penser la femme exclusivement sous ce rapport. Comme le soulignent les auteurs d'un essai remarqué sur le sujet¹⁹⁸⁶, « Il existe une catégorie d'êtres humains qui seraient victimes par état, ce sont les femmes. La cause de leur victimisation tient en un mot : ce sont les hommes ». De même, dans un ouvrage consacré à la question, il est noté « l'association femme-victime s'avère être un *topos* de notre tradition culturelle (...). On aurait presque envie de dire que dans notre imaginaire culturel la victime est un substantif féminin »¹⁹⁸⁷.

¹⁹⁸⁴ Certaines auteurs féministe soutiennent ainsi le fait que la psyché féminine aurait en quelque sorte été colonisée par la domination masculine, ce qui rendrait impossible pour elle l'expression d'un consentement authentiquement libre. Cf. S. Bartky, « Feminine masochism and the politics of personal transformation, in *Femininity and Domination*», Londres, *Routledge*, 1990, p. 45-62, et S. Jeffrey, « Anti-Climax : A feminist perspective on the Sexual Revolution », Londres, *The Women's Press*, 1990, cités in M. Marzano, *Je consens donc...*, précité, p. 148.

¹⁹⁸⁵ Cette position a été ouvertement affirmée par un courant féministe américain.

¹⁹⁸⁶ C. Eliacheff, D. Soulez-Larivière, *Le temps des victimes*, Albin Michel, 2006, 293 pages.

¹⁹⁸⁷ F. Prescendi, A. A. Nagy, *Victimes au féminin, l'équinoxe*, éd. Georg Editeur, 2012, cité in A. Giard, « La femme est-elle une victime ? », article disponible ici : http://sexes.blogs.liberation.fr/agnes_giard/2012/06/la-femme-est-elle-une-victime.html.

1596. Sans vouloir ici nier le différentiel physique de contrainte existant entre les hommes et les femmes, ce qu'atteste la sociologie juridique des agressions sexuelles, il ne nous paraît pas pour autant indispensable de considérer avec une régularité qui dissimule tout autant qu'elle révèle, que tous les hommes sont des agresseurs en puissance si ce n'est en devenir, et que toutes les femmes constitueraient ontologiquement ce sans quoi ils ne pourraient être les bourreaux qu'ils sont destinés à être. Dès lors, cette vision nous semble être à rejeter, en ce qu'elle participe volontairement ou non à la stigmatisation sociale d'un groupe que ses détracteurs entendaient pourtant protéger.

1597. L'autre versant de la thèse¹⁹⁸⁸, qui concerne la détermination physique, économique¹⁹⁸⁹, etc., procède de la même logique que celle évoquée plus haut, c'est-à-dire de façon extrêmement problématique du point de vue scientifique, et de la rigueur du raisonnement.

1598. Il suppose, en parfaite contradiction avec la loi de Hume, la généralisation d'un raisonnement après l'observation d'un ou plusieurs faits singuliers. Bien évidemment, il existe dans la pratique des personnes soumises et contraintes, et pour lesquelles il est parfaitement impossible de parler d'une quelconque forme de liberté dans l'exercice de la prostitution. Mais ce faisant, on sort du cadre du raisonnement adopté ici, sous peine de retomber dans l'affirmation selon laquelle prostitution et liberté sont antinomiques. Reste alors à envisager les déterminants économiques et sociaux qui peuvent mener à ce type d'activité¹⁹⁹⁰.

1599. On peut relever que, sur ce point, il est demandé aux prostitués de faire la démonstration d'un élément supplémentaire par rapport à n'importe quel individu qui choisirait une autre activité. Il leur appartiendrait en effet d'apporter la preuve que leur choix est bien libre et réfléchi. Si ceci peut se comprendre eu égard à la nature de l'activité, que l'on ne peut pas a priori pas considérer comme parfaitement substituable à n'importe quelle autre, le même raisonnement ne s'applique pas dans d'autres champs de l'activité humaine. On pense ici en premier lieu aux acteurs et actrices de films pornographiques, mais ce raisonnement peut être significativement élargi. Que dire par exemple des motivations qui peuvent pousser quelqu'un à vouloir être portier ou videur dans une boîte de nuit, activité qui le condamne à une

¹⁹⁸⁸ Qui consiste toujours à s'interroger sur le caractère libre du consentement dans ces hypothèses.

¹⁹⁸⁹ Pour des références sur ce point, cf. C. Bugnon, précité, p. 158, note 37, et p. 162-163.

¹⁹⁹⁰ Sur ce point, N. Campagna, précité, p. 185-190.

exposition quasi quotidienne à la violence physique, sur les clients comme sur sa propre personne ? N'est-ce pas là un travail qui présente des risques considérables, qui engage le corps dans sa matérialité, et qui pourtant ne souffre pas du même besoin de justification ?

1600. De manière plus générale, cette question ne concerne-t-elle pas l'ensemble des travailleurs, quelle que soit la nature de leur activité ? Nous sommes tous, à des degrés divers, mus par des désirs et des angoisses qui nous poussent à privilégier telle activité plutôt qu'une autre, sans pouvoir pour autant affirmer avec la certitude demandée que ce choix est bien le fruit de notre liberté. Combien travaillent simplement pour survivre, à défaut d'autre chose, en attente d'un ailleurs ? Il semble bien que ce soit un privilège que d'avoir pour travail une activité qui épanouisse, et qui corresponde vraiment à ce que l'on a toujours désiré faire. Et quand bien même, qui pourra alors affirmer que ce désir est bien le sien, et qu'il n'est pas l'artefact d'une éducation, d'une situation singulière ou toute autre chose ? On voit ici l'un des obstacles majeurs à ces raisonnements dont la réfutabilité ne peut jamais être remise en cause, ni même testée au sens poppérien.

3 / Prostitution et possibilité d'un consentement éclairé

1601. Aussi, si l'argument de la liberté, lorsqu'il n'est pas directement invoqué par le prostitué ne peut convaincre, tant il est vrai qu'il est délicat de prétendre décider à la place d'un autre de la réalité de sa liberté, on peut alors essayer d'envisager l'autre versant du consentement. Il s'agit donc ici de s'interroger sur son caractère éclairé.

Le raisonnement est délicat, puisque si l'on suit les propos des opposants à cette pratique, il est nécessaire de montrer aux prostitués qu'une autre façon de gagner leur vie est possible, qui les soustrairait aux vicissitudes précédentes. Sauf à supposer la majorité des prostitués ignorants à l'égard de la possibilité d'exercer une autre activité, on peut supposer que ce choix peut être considéré, sauf preuve du contraire, comme éclairé. Il n'en reste pas moins que l'on peut tout à fait accompagner une telle affirmation de mesures préventives permettant de s'assurer que ceux qui y demeurent le font en toute connaissance de cause.

1602. Ainsi, M. Nussbaum révèle¹⁹⁹¹ qu'en Inde, où la prostitution est souvent le dernier recours, le gouvernement et des groupes privés ont pris un certain nombre de mesures propres à améliorer cette situation, telles par exemple le fait de fournir aux femmes une éducation afin d'augmenter leur potentialité de choix ou leur permettre d'accéder au micro-crédit.

Il est frappant, par comparaison, de constater que dans le débat français sur ce point, de pareilles mesures d'accompagnement ne sont jamais évoquées, comme si la finalité n'était pas tant de permettre à ceux qui se prostituent de réussir à vivre, mais tout simplement d'interdire une pratique jugée inacceptable. Qu'advient-il alors, dans le contexte français, si la prostitution est effectivement interdite ou rendue pratiquement impossible, de tous ceux qui y sont aujourd'hui plongés ? Cette question ne paraît guère passionner beaucoup de ceux qui entendent s'opposer farouchement à cette pratique¹⁹⁹².

1603. Mais, la question du consentement éclairé peut également s'envisager par le prisme des conditions concrètes d'exercice de l'activité prostitutionnelle. Peut-on véritablement dire qu'une personne décidant de se livrer à la prostitution peut avoir une idée précise de la dureté de cette activité, des risques auxquels elle sera confrontée ? Certains semblent en douter, telle Josie Washburn, qui au début du XX^e siècle aux États-Unis, écrit qu'aucune femme ne pourrait décider d'entrer dans la prostitution si elle savait « qu'elle sera méprisée et insultée par des gens respectables, qu'elle sera terriblement maltraitée par des hommes saouls, qu'elle sera jetée dans le véhicule de patrouille, paradée à travers les rues et enfermée dans une sale prison ; que chaque fois qu'un homme politique aura besoin de son argent, elle sera frappée et menottée par la police, et qu'elle aboutira dans la pire pauvreté et dégradation que l'humanité peut connaître »¹⁹⁹³.

Une telle description ne peut en effet qu'inquiéter toute personne soucieuse de sa liberté, et de celle des autres. Néanmoins, cette description factuelle ne constitue pas pour autant une explication définitive du phénomène étudié. En effet, elle méconnaît plusieurs éléments, soit par omission, soit par confusion.

¹⁹⁹¹ M. Nussbaum, précité, p. 722, qui fournit un inventaire beaucoup plus conséquent de ces mesures.

¹⁹⁹² Même si une part significative du mouvement dit abolitionniste œuvre à la réinsertion sociale des personnes prostituées. Toutefois, le parallèle est troublant avec l'affaire Morsang-sur-Orge, où le rapporteur comme les détracteurs de cette activité d'un goût discutable ne se sont jamais préoccupés de ce point. Cf. infra. Partie II, Titre II, Chapitre 3, Section 1, §1. Cf. également B. Lavaud-Legendre, « Le droit pénal, la morale... », précité, p. 81 : « Il ne doit néanmoins jamais perdre de vue que si les personnes prostituées ont besoin d'être protégées, c'est bien évidemment de ceux qui les exploitent, mais également de ceux qui veulent les rendre invisibles ».

¹⁹⁹³ J. Washburn, *The Underworld Sewer. A Prostitute Reflects on Life in the Trade, 1871-1909*, éd. University of Nebraska Press, 1997, p. 325, cité in N. Campagna, précité, p. 203, note n°1.

1604. Ainsi, on peut espérer que depuis que cette narration a été faite, les conditions se sont améliorées, du moins sur le territoire français. De fait, cette description apparaît inadéquate, ou en tout cas, insuffisante à résumer l'ensemble des situations de prostitution.

1605. Ensuite, les éléments décrits sont certes tragiques, mais témoignent surtout d'une insuffisance de protection à l'égard du prostitué, plus que de la nature de l'activité elle-même. En ce sens, tout ce qui relève du registre de la violence physique ou verbale ne saurait être admis, si telle n'est pas l'intention ou le désir des deux participants, au motif qu'il s'agit d'un prostitué. Ce dernier dispose en effet des mêmes droits que tout justiciable, et peut donc légitimement les faire valoir devant le juge, de même qu'il est nécessaire de lui prêter le concours de la force publique afin que ces troubles cessent.

1606. Mais, il est oublié un point extrêmement important : s'il est possible de parler de liberté dans le choix d'entrer dans la prostitution, alors il est évident qu'il faut reconnaître au sujet la même liberté pour en sortir. Cela consiste donc à dire que jamais l'individu n'aliène irrémédiablement sa capacité à pouvoir mettre à fin à l'activité dans laquelle il se trouve engagé. Si les conditions ou la situation lui paraissent trop violentes, trop injustes, et qu'il en éprouve une souffrance suffisamment intense pour lui faire vouloir que cela cesse, il doit pouvoir le faire à tout moment. C'est par le biais de cette même autonomie qu'on lui reconnaît à l'entrée qu'il peut librement en sortir.

Comme le souligne avec beaucoup de justesse Norbert Campagna, « une des erreurs fondamentales d'un certain type de libéralisme consiste à poser le sujet autonome comme une donnée dont les décisions sont normativement contraignantes et ne permettent dès lors plus de remise en question »¹⁹⁹⁴. Le respect de l'autonomie individuelle de chacun, et donc de la liberté de décider pour lui-même reconnue à tout individu, n'interdit pas pour autant de porter une appréciation critique sur les conduites adoptées, que ce soit de la part de celui qui s'y prête que du corps social. Toutefois, cette appréciation critique n'est absolument pas équivalente à une interdiction légale. Si elle peut dans certains cas y aboutir, elle ne saurait être vue comme un synonyme trop pratique. Mais, dans un second mouvement, on peut également tirer les conclusions de cette possible remise en question, en n'excluant jamais la possibilité pour le prostitué de décider de mettre fin à son activité. Les deux se rejoignent et se complètent en

¹⁹⁹⁴ N. Campagna, *ibid.*

reconnaissant à l'autonomie sa portée pleine et entière.

1607. Surtout, une telle vision se trouve parfaitement en accord avec celle développée dans le cadre de ce travail, à savoir le consentement pensé comme sentir-avec, c'est-à-dire une forme composite qui va bien au-delà de l'accord. C'est justement parce que le consentement dans sa forme nouvelle n'exclut pas les mouvements internes de la sensation et du ressenti, que l'on peut pleinement admettre que tout ce qui a été commencé puisse connaître une fin. Ceci est d'autant plus juste si l'on veut bien considérer qu'il peut par exemple exister des raisons rationnelles à persévérer dans cette activité, telle par exemple la possibilité de gains financiers plus conséquents dans un laps de temps réduit. Si l'on en reste à ce stade, il devient irrationnel à proprement parler pour un individu d'arrêter de se prostituer pour exercer une autre activité. C'est par le recours à cette dimension interne, qui dépasse comme dans un mouvement dialectique le seul calcul rationnel, que l'on peut alors tout à fait comprendre que les raisons évoquées ne suffisent pas à permettre la continuation de cette pratique.

C / La pertinence incertaine de la dignité comme obstacle à l'activité prostitutionnelle

1608. Face à toutes ces inquiétudes que soulève la prostitution, tant sur le plan théorique que pratique, certains partisans de sa disparition ont cru pouvoir trouver dans la dignité de la personne humaine un concept barrage permettant d'opposer une limite au consentement (1). Toutefois, cette vision n'est pas neutre, et participe elle-même de l'atteinte à la dignité des personnes qui s'y livrent (2). En ce sens, il est peut être nécessaire de dépasser ici l'opposition classique entre abolition et régulation (3).

1 / Prostitution et limites du consentement : la dignité comme frontière ?

1609. Néanmoins, il est un point que l'on a vu passer au cours du raisonnement, sans pour autant s'attarder dessus, et sur lequel il convient de revenir. Si le consentement relié à l'autonomie permet effectivement de faire le choix d'entrer ou de sortir du monde de la prostitution, peut-il pour autant tout permettre à l'intérieur de celui-ci ?

Plus pratiquement, la question qui se pose est de savoir si par exemple le prostitué peut consentir à être insulté par son client, à être humilié, en somme, molesté du point de vue moral

ou physique. Ici, le point est délicat et peut difficilement recevoir une réponse tranchée. Chacun peut se sentir choqué par de tels agissements, car placé en tant que tiers à la situation, l'objectivité de la position inhibe en quelque sorte la possibilité de se raccorder aux sentiments qui habitent les participants. Ceci n'est guère surprenant si l'on veut songer au fait que la capacité empathique joue le plus souvent dans des situations de détresse, et non lorsque celui qui est observé manifeste avec force sa joie. De manière analogue, on dit de quelqu'un qu'il sait faire preuve d'empathie lorsqu'il est attentif à l'état émotionnel le plus souvent triste qui l'entoure. Rousseau déjà évoquait cela, lorsqu'il théorisa sa notion de pitié, à même selon lui d'expliquer le fait qu'un homme puisse se soucier du sort d'un autre. Or, à cet égard, Rousseau mentionne bien le spectacle d'un homme diminué, de telle sorte que s'imaginer subir un sort pareil nous fait vouloir que l'on vienne à notre secours.

Néanmoins, cette position a la caractéristique de ne s'accorder toujours qu'à la vision que l'on a d'un événement, comme si celui-ci résumait en lui-même son sens, sa raison, et sa portée. Pétrifiés par la puissance de l'image, nous nous trouvons impuissants à nous projeter au-delà de sa seule présence figurative. Comment alors saisir le désir potentiel qui anime ces participants, ou le plaisir qu'ils peuvent ressentir dans le fait de s'adonner à de telles pratiques ?

1610. Ce à quoi nous faisons face ici, et qui avait déjà été approché précédemment, consiste dans ce mur que peut incarner le mystère de la subjectivité. Certaines perceptions ou certains sentiments peuvent nous être parfaitement obscurs, inaccessibles, lorsque nous ne les éprouvons pas au premier chef. Pour autant, faut-il douter de leur existence, et remettre systématiquement en doute la parole de ceux qui prétendent les ressentir ? Il ne s'agit pas de dire ici qu'au prétexte qu'un comportement considéré correspondrait à un désir ou une envie, il serait *de facto* insusceptible d'être interrogé, voire interdit. Le désir ne vaut pas licence ou permission, quelle que soit la situation. Pour autant, cette incompréhension initiale doit-elle également permettre l'interdiction de ces pratiques au regard de cette seule justification ? La réponse nous semble devoir être négative. Il y a tant de comportements, particulièrement dans le domaine de la sexualité, qui nous échappent, que l'on ne saisit pas, mais qui doivent être préservés au titre de la liberté de détermination de son existence reconnue à chacun.

On objectera à cela que la situation est différente ici, puisque ce qui lie les individus n'est pas simplement la volonté d'être ensemble, mais bien la vénalité de la transaction. De

fait, la question se déplacerait alors sur un autre plan, à savoir celui consistant à s'interroger sur la moralité relative au fait d'effectuer certaines actions spécifiques en échange d'une contrepartie financière, ce que nous avons déjà abordé précédemment¹⁹⁹⁵.

1611. Le seul obstacle qu'il reste alors à étudier consiste dans l'invocation traditionnelle dans ce thème du concept de dignité. La prostitution en elle-même ne saurait perdurer, en ce qu'elle constitue partout et pour tous, une atteinte à la dignité de la personne humaine¹⁹⁹⁶. Au-delà des problèmes familiers que le recours à ce concept occasionne, la dignité dans ce concept trouve une illustration particulière, à forte valeur heuristique pour notre recherche.

En effet, si la dignité est ici invoquée, c'est bien dans le but de faire obstacle spécifiquement au jeu du consentement. Le consentement du prostitué serait donc indifférent, du fait du caractère ontologiquement inadmissible de la pratique. Cette argumentation a l'avantage d'apparaître, du moins dans un premier temps, comme non stigmatisante pour les individus concernés, puisque ce ne sont pas eux qui sont directement en cause, mais davantage ce à quoi ils s'adonnent. Toutefois, une analyse plus serrée des ressorts de cette logique permettra de faire apparaître son ambiguïté.

1612. Sur le plan de la filiation du concept, c'est la figure de Kant qui est traditionnellement invoquée afin de justifier l'impossibilité des atteintes à la dignité humaine, valeur en quelque sorte supérieure à l'individu lui-même. Or, sur ce point, les partisans de Kant n'évoquent que trop rarement le fait que ce dernier semble bien moins rigide sur cette question que ne le sont ses épigones. Ainsi, il distingue entre deux catégories de délits sur le plan moral, les crimes contre la nature et les crimes selon la nature, les seconds étant plus admissibles que les premiers, sans que pour autant ils soient jugés favorablement. Au titre des crimes contre la nature, Kant range par exemple l'homosexualité et la masturbation, tandis que la prostitution elle relève de la deuxième catégorie. Cette dernière cumule en réalité deux torts selon lui, à savoir le fait de correspondre à l'un des errements de la libido, mais qui de plus s'associerait à une forme de commerce. La condamnation morale est donc double.

Toutefois, selon Norbert Campagna, Kant lui-même évoque un « *pactum*

¹⁹⁹⁵ Pour de plus amples développements sur ce thème, au regard de la sexualité au sens large, cf. *infra*.

¹⁹⁹⁶ Sur ce point, cf. L. Ouvrard dont les premiers mots de sa thèse consacrée à la prostitution sont : « En tant qu'activité sur les corps à vendre ou à louer, la prostitution porte atteinte à la dignité humaine », in L. Ouvrard, précité, p. 15.

fornicationis », que l'on peut comprendre comme un 'pacte ou un contrat par lequel deux personnes s'engagent à avoir des rapports sexuels, l'une des deux personnes s'engageant à payer pour ces rapports, et l'autre à se mettre à disposition de la première »¹⁹⁹⁷.

1613. Ce contrat selon Kant serait à rapprocher d'un contrat de location. Il est étonnant de constater que celui que l'on invoque de manière usuelle pour justifier toutes sortes d'interdictions au regard de la dignité¹⁹⁹⁸, juge précisément plus graves moralement certaines pratiques qui nous semblent aujourd'hui parfaitement admissibles¹⁹⁹⁹, mais aussi paraît adopter le langage du droit pour décrire une relation prostitutionnelle. Malgré cela, il serait erroné de prétendre que Kant est favorable dans ses écrits à la prostitution. Il ne l'est pas, du fait que cela revient pour lui à se considérer comme une chose que l'on offre, et non plus comme un être humain. C'est ici que réside l'abandon, selon lui, de la dignité. Plus précisément, l'argument de Kant consiste en une mise en garde à l'égard de ce processus de chosification²⁰⁰⁰. Ce qui menace ici est le risque, une fois que l'on a choisi de s'offrir comme chose, d'être considéré par tous et pour toujours comme tel. Cet argument paraît peu convaincant.

1614. Premièrement, il consiste à faire porter le poids d'une responsabilité qui n'est pas celle du prostitué à ce dernier. Il y a un déplacement du centre de gravité du comportement du prostitué, qui était examiné jusqu'ici, à l'attitude de tiers par rapport à ce même comportement. Sommes-nous directement responsables, et de manière exclusive, de la manière dont les autres choisissent de nous appréhender ? C'est en somme ce qui est ici affirmé à par Kant à l'égard du prostitué.

1615. À ceci s'ajoute le fait qu'une telle position, ainsi que le souligne Norbert Campagna²⁰⁰¹, méconnaît complètement le rôle protecteur du droit et de l'État. Ce dernier a également pour charge d'éviter que la collectivité n'empiète trop sur la liberté d'un citoyen, et c'est donc

¹⁹⁹⁷ N. Campagna, précité, p. 129.

¹⁹⁹⁸ Sur ce point, cf. *infra*. Partie II, Titre II, Chapitre 3, Section 1, §2.

¹⁹⁹⁹ On pense ici à la dépénalisation de l'homosexualité depuis 1982. Il est également à noter que Kant s'oppose par principe à toute relation sexuelle en dehors du cadre marital, et ce même si les participants sont animés des intentions les plus nobles à l'égard de l'humanité. Le mariage permet en effet d'octroyer un droit du partenaire sur les organes sexuels de l'autre partenaire, et réciproquement, ce qui a pour effet de les constituer tous deux en sujets de droit. Sur ce point, cf. par exemple, M. Marzano, *Je consens donc...*, précité, p. 154.

²⁰⁰⁰ Étant entendu que Kant n'est pas opposé à l'utilisation d'une autre personne comme moyen, mais simplement au fait de ne la considérer que comme telle. Sur ce point, cf. N. Campagna, précité, p. 123.

²⁰⁰¹ N. Campagna, précité, p. 131.

également son rôle que de garantir à celui qui ne désire pas être considéré exclusivement comme un objet de ne pas l'être. De ce point de vue, la reconnaissance juridique du viol d'un prostitué souligne bien qu'il ne saurait être question d'exclure les prostitués du champ de la protection du droit. De la même façon, ce point illustre magistralement le fait qu'il ne s'agit en aucune façon de considérer que le prostitué, parce qu'il a éventuellement consenti une fois à avoir à un rapport sexuel rémunéré, serait de fait déchu de sa capacité à pouvoir consentir à ne plus vouloir. Le consentement initial n'emporte donc pas renoncement au consentement ultérieur, ce qui cadre parfaitement avec le concept de consentement comme sentir-avec.

1616. Il nous semble ici nécessaire de réaffirmer que si le consentement est bien accolé à la dignité, en tant que faculté fondamentale liée à l'appartenance à l'espèce humaine, celui-ci est aussi bien faculté de dire oui, que de dire non. C'est méconnaître la dignité même de la personne en cause que de considérer que celle-ci serait nécessairement inapte à refuser certaines pratiques, ou à vouloir mettre un terme à l'exercice de cette activité. Comme le remarque très justement M. Campagna, « ne pas respecter la dignité de quelqu'un, c'est ne pas respecter son droit de dire non, de s'opposer à ce que l'on veut faire avec lui. Et dire que l'être humain ne peut pas renoncer à sa dignité signifie que tout « Oui » à la renonciation à dire « Non » peut à tout moment se transformer en un « Non » dont celui à qui il est adressé devra tenir compte. Ne pas respecter ma dignité, c'est me traiter comme un être qui n'a plus de « Non » moralement pertinent à opposer à ce que je veux lui faire »²⁰⁰².

Dès lors, on peut s'interroger légitimement sur ce qui constitue précisément une atteinte à la dignité, à savoir la pratique elle-même, ou la réaction du corps social à cet égard, qui a pour effet de la remettre en cause.

2 / Des conséquences de l'appréhension par le prisme de la dignité de la prostitution

1617. En premier lieu, s'il s'agit de préserver cette dignité tant invoquée, il paraît logique de considérer que tout ce qui est fait dans le sens d'améliorer les conditions de ces prostitués ontologiquement victimes doit être regardé comme permettant de préserver, même si ce n'est pas encore assez, leur dignité. Si les mots ont un sens, il faut donc encourager tous ceux qui dans l'attente d'une résorption complète du phénomène, de son assèchement nécessaire,

²⁰⁰² N. Campagna, précité, p. 133.

œuvrent à permettre que ces hommes et ces femmes bénéficient des conditions les plus favorables pour survivre.

1618. Comment alors expliquer qu'un tribunal allemand a condamné le propriétaire d'un établissement dans lequel des femmes se livraient à la prostitution, sans qu'il n'ait jamais été question d'une contrainte, au motif que celui-ci leur octroyait des conditions de travail trop agréables, ce qui en tant que tel constituait une incitation à la prostitution²⁰⁰³ ? Il aurait donc mieux fallu, en quelque sorte, qu'il les prive de ces quelques avantages, pour respecter leur dignité ? Une telle position ne paraît pas tenable au vu du sens même que l'on prétend conférer à la dignité.

1619. Ceci a probablement à voir avec le fait qu'il ne s'agit pas tant de respecter une dignité fantasmée, que de trouver un moyen argumentatif permettant de faire valoir un point de vue particulier, militant.

Or, s'interroge-t-on jamais sur les conséquences produites sur les destinataires de ces discours, et sur le fait que ceux-ci peuvent se sentir privés de leur dignité non pas en raison de leur activité, mais au regard de ce qui est dit d'elle au travers du jugement porté sur leur activité ?

C'est justement de ce point de vue paternaliste-maternaliste que procède la caractérisation contemporaine du prostitué en tant que nécessairement victime, de quelqu'un ou de quelque chose, même s'il n'en a pas conscience. Ceci n'est pas sans lien avec le fait que les études sur la prostitution sont majoritairement d'inspiration féministe, qui trouvent alors dans cette activité le point culminant de la domination masculine, même si leurs conclusions diffèrent.

Néanmoins, que dire des lignes suivantes, écrites par un auteur italien : « Si pour lors certaines personnes ne connaissent ou ne reconnaissent pas d'autres raisons, si ce n'est les raisons vénales [...], alors le châtement pour la violée consentante (*stuprata consenziente*) est celle qu'une communauté humaine réserve généralement aux traîtres »²⁰⁰⁴. Au-delà de la

²⁰⁰³ Cité in N. Campagna, *Prostitution...*, précité, p. 196, n.b.p. 1 : « Peu avant que la nouvelle allemande entre en vigueur, un tribunal avait condamné un propriétaire de bordel pour avoir permis aux prostituées travaillant pour lui d'exercer dans des conditions qui étaient trop bonnes. Selon la cour fédérale, était à considérer comme contraire à la loi toute mesure contribuant à maintenir une personne dans la prostitution, et pouvant l'inciter à ne pas l'abandonner. Selon l'interprétation de la cour, cela ne visait pas seulement des mesures violentes ou coercitives, mais également des mesures destinées à améliorer la situation des personnes prostituées ».

²⁰⁰⁴ Tamara di Davide, *Le Radici della prostituzione*, Diegaro di Cesena, Macro Edizioni, 2002, p. 150, cité in N. Campagna, précité, p. 168. Plus tôt, l'auteur écrit également : « Qui a trahi les femmes ? Les femmes elles-

violence considérable d'une telle affirmation, qui n'aurait jamais pu être écrite par un homme sans qu'on le voue aux gémonies, cette assertion traduit bien le fait que chez un certain nombre d'auteurs, ce n'est pas la condition concrète de réalisation de cette activité qui est mise en cause, mais bien sa moralité, ou plutôt son immoralité intrinsèque.

1620. De fait, la question se déplace alors sur un autre terrain, et consiste à se demander si, dans l'état donné du droit, il est plus conforme à la dignité de refuser une assistance aux prostitués, que celle-ci soit juridique, sociale, économique, ou bien au contraire d'inscrire encore davantage la désapprobation sociale par un renforcement du dispositif législatif. Or, sur ce point, il semble bien y avoir une certaine confusion, en ce sens que le fait de reconnaître un statut juridique spécifique au prostitué ne signifie en aucune façon que l'État promeut, encourage ou vante les mérites de cette activité. Simplement, il veille à garantir que, dans une situation où elle n'est pas proscrite, elle peut s'exercer dans des conditions qui la rendent la moins pénible possible.

Ceci se trouve parfaitement confirmé par comparaison avec la situation allemande. Dans celle-ci, les prostitués bénéficient d'un véritable statut juridique qui leur permet d'exercer cette activité de manière indépendante et plus sécurisée que dans le système français, tout en bénéficiant de la protection sociale. C'est en ce sens qu'un auteur de la doctrine allemande a pu écrire, à l'occasion d'une analyse de la loi légalisant la prostitution : « Avec la loi sur la prostitution, le concept de dignité humaine, qui conçoit également l'autodétermination de la femme dans sa décision pour la prostitution comme faisant partie de sa dignité humaine, est développé par des dispositions législatives de premier ordre »²⁰⁰⁵. C'est donc le recours à la notion de dignité qui a permis aux prostitués de bénéficier de ces avancées législatives. Une fois encore, le concept de dignité se manifeste comme ce qu'il est, c'est-à-dire apte à permettre de justifier une position, comme son exact contraire. Sauf à supposer une particulière indignité de la part du peuple allemand, on ne peut qu'être frappé par cette différence d'appréhension, et par la facilité avec laquelle il est possible de tordre les mots lorsque ceux-ci, faute d'être définis précisément, se prêtent à tous les usages.

mêmes ? Celles qui se prostituent, certainement, oui. Surtout celles qui se prostituent « par libre choix », c'est-à-dire par libre trahison, dans la mesure où le dommage symbolique qu'elle inflige aux femmes est incalculable », T. Di Davide, précité, p. 42, cité in N. Campagna, p. 169. Cf. également, M. Iacob, précité, p. 105-106.

²⁰⁰⁵ Margarete Gräfin von Galen, *Rechtfragen der Prostitution, München*, C.H. Beck, 2004, p. 24, cité in N. Campagna, précité, p. 12.

3 / Pour un dépassement de la dichotomie régulation /abolition

1621. C'est par ce biais que l'on peut comprendre les positions diamétralement opposées qui subsistent au sein du corps social sur ce point, mais également au sein de la communauté juridique. Ainsi, Daniel Borillo s'exprime-t-il très clairement en faveur de la reconnaissance de la prostitution comme travail, s'appuyant pour ce faire sur la thématique du consentement : « De quel droit l'État interdirait-il à une personne la faculté d'avoir des relations sexuelles moyennant rétribution et de faire de cela sa profession habituelle ? »²⁰⁰⁶. Marcela Iacub défend des positions similaires lorsqu'elle déclare : « on peut conclure que les arguments visant à condamner la prostitution ont plus pour vocation de maintenir, par le droit, une morale sexuelle substantive que de donner des bonnes raisons pour faire des entorses à une morale sexuelle consensuelle »²⁰⁰⁷.

On a même tenté, dans le but d'éviter les difficultés posées par le concept de dignité²⁰⁰⁸, d'appuyer le droit de se prostituer sur la liberté reconnue par la CourEDH dans l'affaire K.A et A.D de pratiquer des comportements sexuels potentiellement dangereux et moralement discutables²⁰⁰⁹, sans peut-être réaliser que c'est maintenir cette activité dans le pourtour d'une violence envisagée comme consubstantielle à la prostitution. Or, si elle lui est consubstantielle, il devient alors inutile de lutter contre, sauf à faire disparaître l'activité en elle-même.

1622. De l'autre, comme le souligne Caroline Bugnon, « dans le cadre de la politique prostitutionnelle française, le droit reconnu à l'individu de disposer librement de son corps s'efface au profit du principe de non-patrimonialité du corps humain. L'état des personnes est d'ordre public ; le lien établi entre le corps et la personne intéresse directement la collectivité dans son ensemble, de sorte que la liberté individuelle de disposer librement de son corps cède nécessairement devant l'intérêt général matérialisé dans le respect de l'humanité »²⁰¹⁰.

²⁰⁰⁶ D. Borillo, « la liberté érotique et l'exception sexuelle », in D. Borillo, D. Lochak, précité, p. 45.

²⁰⁰⁷ M. Iacub, précité, p. 107.

²⁰⁰⁸ Un auteur a ainsi proposé un rapprochement entre la prostitution et l'affaire du lancer de nains. Cf. L. Ouvrard, précité, p. 51 ; Cf. N. Campagna, précité, p. 138-139.

²⁰⁰⁹ C. Bugnon, précité, p.159-161.

²⁰¹⁰ C. Bugnon, précité, p. 166-167.

1623. Ce faisant, les partisans de la dignité, comme ses détracteurs, se trouvent renvoyés dos à dos, les deux se trouvant persuadés du bien-fondé de leur position. Mais dans cette querelle qui ne connaît pas de vainqueurs, il subsiste un perdant, à savoir le prostitué. Car, pris dans cette indétermination, il souffre des travers des deux positions : la liberté incomplète qui lui est reconnue ne suffit pas à effacer son stigmate social, et amoindrit la protection juridique dont il pourrait bénéficier ; de l'autre côté, la reconnaissance des conditions indignes que subissent la majorité des prostitués a pour effet de disqualifier l'ensemble des prostitués, et de ne les faire exister qu'en tant que victimes, qu'en tant qu'anormalité qu'il faudrait camoufler à défaut de l'éradiquer totalement.

Aussi, une voie autre peut être envisagée, qui tire les conséquences de la difficulté de trancher cette question morale, en donnant la pleine mesure des deux positions, à savoir permettre un exercice libre et protégé de l'activité prostitutionnelle, et fournir tous les moyens aux prostitués de sortir du système de la prostitution.

1624. Ces deux visions ont en effet comme point commun le fait qu'elles s'articulent seulement autour d'une alternative dichotomique²⁰¹¹, en la forme de la dyade prostitution légale/ prostitution interdite, sans pour autant s'intéresser nécessairement aux alternatives possibles à la prostitution, pour ceux qui sont véritablement confrontés à leur propre survie. En ce sens, certains ont pu évoquer « le choix hideux entre mourir de faim et vice, choix qui constitue peut-être la plus grande disgrâce de la civilisation »²⁰¹², tandis que d'autres, d'inspiration féministe et plutôt hostiles à la prostitution, déclaraient qu'une « femme a le droit d'être une prostituée aussi longtemps que la société ne réussit pas à lui fournir des alternatives qu'elle éprouve comme préférables »²⁰¹³. De fait, une réflexion soucieuse des conséquences d'un positionnement particulier ne peut éluder la recherche de solution propre à permettre l'exercice d'un choix le mieux informé, et le plus libre.

1625. On pourrait s'étonner que l'étude proposée ici n'aborde pas la question du rôle du client, puisque l'acte prostitutionnel suppose la réunion de deux consentements, celui du prostitué et

²⁰¹¹ On retrouve parfaitement ceci dans l'article de C. Bignon sur la question, mais aussi dans la thèse de Lucile Ouvrard, dont les deux parties correspondent à la prostitution comme liberté individuelle, et la prostitution contraires à la dignité.

²⁰¹² J. Adams, *A New Conscience and an Ancient Evil*, 1912, Urbane/Chicago, University of Illinois Press, 2002, p. 23, cité in N. Campagna, précité, p. 187.

²⁰¹³ C. Hoigard, L. Finstad, *Backstreets. Prostitution, Money and Love*, éd. Pennsylvania State University Press, 1992, p. 182, cité in N. Campagna, précité, p. 232.

celui du client. Ceci s'explique pour deux raisons au moins : la première est que la question de la pénalisation du client n'a de sens qu'en tant que matérialisation d'un choix antérieur portant sur l'acceptabilité de l'activité prostitutionnelle. Ainsi, si la prostitution est considérée comme parfaitement admissible, il est évident que la pénalisation des clients paraîtrait absolument saugrenue. C'est bien le regard porté sur l'activité au principal qui détermine en quelque sorte le sort réservé au client ; ensuite, la question de savoir si face à une activité légale, il est souhaitable ou non qu'un justiciable s'y adonne, relève non plus de la sphère juridique, mais davantage de la responsabilité morale individuelle.

1626. Il est certes possible de pencher d'un côté plutôt qu'un autre, suivant la manière dont on appréhende le champ de la sexualité, ou la relation au corps, mais ceci ne constitue que l'expression de préférences subjectives dont on ne peut faire système. Dès lors, il ne nous semble guère pertinent de prendre position sur le fait de savoir si le « *besoin sexuel* » évoqué par la Cour de cassation dans sa définition de la prostitution est un véritable besoin ou une envie²⁰¹⁴, de la même façon que l'on ne se préoccupe pas véritablement de cette question lorsque l'on aborde la consommation d'alcool et de tabac par un justiciable, consommation qui peut être considérée comme immorale²⁰¹⁵ et même mortifère. On pourrait objecter à cela que la sexualité ne saurait consister en une consommation, et que pas davantage elle ne pourrait être comparée à l'achat des biens évoqués. Néanmoins, ceci impliquerait des développements considérables sur la distance existante entre ce discours, et la réalité de l'hypersexualisation de la vie quotidienne, au travers de la propagande publicitaire, et à l'égard de laquelle l'attitude du client des prostitués n'apparaît que comme un avatar, et non le point d'origine.

1627. Aussi, la voie tracée, en accord avec le consentement, consiste-t-elle à essayer de donner plein effet au sentir-avec, c'est-à-dire en permettant à ceux qui le désirent réellement de pouvoir exercer cette activité, tout en offrant le maximum de garanties permettant de s'en extraire si tel est le choix du prostitué. À ce titre, une réflexion sur ce que pourrait être, d'un point de vue pratique, une prostitution libre semble nécessaire, et n'est que trop rarement avancée par les partisans de cette pratique. Ainsi, Sybil Schwarzenbach énumère 6 conditions

²⁰¹⁴ L. Ouvrard, Prostitution..., précité, p. 20 : « L'expression laisse perplexe : de plaisirs, on est passé à besoins. Comme si les clients s'adressaient aux personnes prostituées pour assouvir une sexualité qu'ils ne contrôlent pas ! Le glissement est inquiétant car il aboutit à faire de la prostitution une nécessité... ».

²⁰¹⁵ Dans le sens où, s'agissant par exemple de la consommation tabagique, celle-ci n'est que négative d'un point de vue biologique, et correspond donc à une forme de conduite autodestructrice.

permettant de définir une prostitution vivable²⁰¹⁶ : (1) la personne prostituée doit être adulte, (2) la personne prostituée doit être en possession de ses capacités psychiques, (3) la personne prostituée doit se prostituer volontairement, (4) la personne prostituée doit travailler en sécurité, (5) la personne prostituée doit conserver le droit de refuser certains clients et certaines pratiques, (6) la personne prostituée ne doit pas abandonner des capacités essentielles à la détermination de son moi.

Ces conditions ne résolvent pas à elles seules les questions soulevées par cette étude, mais constituent néanmoins un bon début de réflexion sur le plan pratique, réflexion qui dépasse trop largement le cadre de ce travail, ce qui explique que nous ne la mènerons pas à son terme.

²⁰¹⁶ S. Schwarzenbach, « Contractarians and feminists debate prostitution », *New York University Review of Law and Social Change*, n°18, 1990/1991, cité in N. Campagna, précité, p. 173.

1628. Comme nous l'avons déjà annoncé précédemment, l'étude du traitement juridique de la sexualité s'est révélée particulièrement féconde pour notre recherche. Ceci était à prévoir puisque se trouvait concentré dans ce domaine l'ensemble des difficultés les plus importantes que le concept de consentement a à connaître.

1629. Premièrement, et de manière manifeste, le rôle joué par le consentement dans ce domaine est très éloigné de la présentation officielle trop souvent répandue. Ainsi, l'approche historique du consentement au travers de la problématique du viol permet bien de montrer que le consentement n'avait alors pas vocation à protéger une quelconque subjectivité, mais plutôt un ordre social. À ce titre, le sort réservé pendant longtemps à la femme mariée constitue probablement le démenti le plus flagrant de l'idée selon laquelle l'introduction du vocable de consentement dans ce domaine avait vocation à permettre une protection accrue de tout justiciable. En effet, dès son commencement, le consentement à la sexualité est envisagé de façon différente suivant le sujet visé : il n'est déjà pas le propre de tout le monde, puisque le contrat de mariage permet, par exemple, de se séparer de son emprise.

1630. Cette variabilité du titulaire de la capacité de consentir n'est pas spécifique au mariage, et trouve un aboutissement dans le droit contemporain. Ainsi, si le principe de la relation sexuelle légale se comprend comme un consentement donné par des sujets aptes à consentir, alors un problème majeur survient : comment caractériser juridiquement la sexualité entre incapables sexuels ? Il en va ainsi des mineurs sexuels et des incapables majeurs, qui peuvent effectivement avoir des relations sexuelles, mais uniquement dans une forme de vide juridique. En effet, si la logique veut que l'absence de consentement permette, entre autres de caractériser le viol, alors comment qualifier une relation sexuelle entre individus inaptes à en fournir une version juridiquement audible ? Sur ce point, tant la doctrine que le législateur sont parfaitement muets, et le silence qui accompagne une telle question témoigne bien à lui seul de ce que le consentement sexuel n'est pas immédiatement assimilable au consentement en droit civil, au consentement constitutionnel, etc.

1631. De façon analogue, l'examen du dispositif encadrant la sexualité nous aura permis de faire retour à quelques idées forces développées précédemment, et qui sont confirmées ici. Ainsi, la question de la temporalité trouve-t-elle ici un théâtre d'expression particulièrement saisissant : c'est bien la méconnaissance de cette réalité de la variabilité du consentement, au travers de l'exclusion de la dimension émotionnelle, qui permet de comprendre comment pendant des années, des femmes ont pu être violées sous le regard désintéressé du droit.

1632. Enfin, la question prostitutionnelle incarne l'acmé des questionnements relatifs au consentement. Au travers des objections qui sont faites à cette pratique, il est possible d'observer à quel point le consentement prospère et se nourrit de son absence de définition. Ce qui était réputé légal par le fait même du consentement est ici remis en cause au titre du caractère monétaire. Pourtant, il n'a jamais été dit que le consentement devait être nécessairement gratuit, mais une telle objection ne paraît pas poser problème. De manière analogue, la possibilité même d'un consentement valide en cette matière est déniée par certains auteurs, sans que pour autant ils appliquent les mêmes critères d'appréciation aux autres domaines d'élection du concept juridique de consentement.

1633. Ceci n'est rendu possible que par le fait que la pensée sur le consentement est trop lacunaire, et que la sectorisation dans laquelle il baigne, c'est-à-dire le fait qu'il évolue dans des matières aux frontières relativement étanches, aboutit à créer d'une certaine façon des concepts différents et singuliers de consentement, propres à chaque matière.

1634. Cette idée va se trouver confirmée à l'occasion du dernier temps du raisonnement, c'est-à-dire lorsque le consentement intervient dans des domaines peu ordinaires et déroutants, mais également lorsqu'il est invoqué sur le plan de la subjectivité psychique.

Ces conditions ne résolvent pas à elles seules les questions soulevées par cette étude, mais constituent néanmoins un bon début de réflexion sur le plan pratique, réflexion qui dépasse trop largement le cadre de ce travail, ce qui explique que nous ne la mènerons pas à son terme.

CHAPITRE 3 : LE CONSENTEMENT FACE AUX FRONTIÈRES PHYSIQUES ET PSYCHIQUES DU SUJET DE DROIT

1635. Les développements que nous avons consacrés à la manière dont fonctionne le régime juridique de la sexualité ont permis de montrer à quel point la transposition d'un concept qui ne possède pas de définition pose de nombreux problèmes. Battant en brèche l'idée selon laquelle il serait possible de faire ainsi circuler, au sein d'un même ordre de connaissances, des notions sans qu'elles soient transformées au préalable, le sexe en droit manifeste avec force les imprécisions de la pensée juridique à l'égard du consentement.

Plus spécifiquement, la thématique de la sexualité présentait l'avantage indéniable de concentrer en son sein toute la problématique du consentement en lien avec la subjectivité. À notre sens, aucune autre matière n'incarne ce lien d'intimité si fort avec la matière et avec la perspective adoptée dans ce travail. Mais, au-delà de ces éléments, l'évocation de la sexualité nous a permis de franchir un stade, d'ordre qualitatif, puisqu'il ne s'agissait plus de raisonner dans le cadre d'un objet du contrat qui serait une pure chose, objet concret dans le commerce juridique, mais de s'intéresser cette fois à la possibilité que le contrat projeté vise un être humain. Dans ce domaine, on peut citer deux situations principales²⁰¹⁷ : l'une vise le contrat où le corps humain, par ce qu'il peut produire, est bien l'élément essentiel du contrat. On fait donc ici allusion au contrat de travail, qui suppose une rémunération; l'autre, quant à elle, caractérise celle où le corps, l'accès à une partie de celui-ci, sont l'objet du contrat, mais cette fois de manière gratuite. Dans ce cas, c'est l'hypothèse de la sexualité licite non monétarisée. De ce point de vue, la question prostitutionnelle permet de bien illustrer le passage de l'une à l'autre, et le problème spécifique de l'intimité²⁰¹⁸ et de la corporéité.

1636. Mais, la sexualité n'épuise pas totalement la question de la place réservée au corps dans la logique du consentement juridique. En effet, la prostitution laissait déjà suggérer qu'il pourrait y avoir des activités, pratiques ou autres qui, nonobstant le consentement des participants, pourraient ne pas être acceptables pour autant. Il s'agit peut-être de la

²⁰¹⁷ En excluant ce qui relève du consentement au soin, puisque la qualification de la relation thérapeutique comme contractuelle fait débat dans la doctrine. Sur ce point, cf. *supra*.

²⁰¹⁸ Qui ne constitue qu'un avatar particulier de la subjectivité : c'est parce que la sexualité entretient des liens avec l'intimité qu'une partie de la doctrine estime impossible qu'elle puisse faire l'objet d'un échange marchand, comme si l'on ne pouvait monnayer ce que l'on avait de plus intime et singulier.

transposition sur le plan corporel de la nécessité que les objets du contrat soient dans le commerce : ainsi, on ne pourrait consentir à un contrat de vente qui porterait sur des produits stupéfiants. De la même façon, une telle prohibition s'appliquerait à l'égard de certains comportements. Toutefois, à la différence de la première hypothèse, l'interdiction ici ne va prendre la forme d'une disqualification de l'objet, mais va nécessiter le recours à un concept-obstacle en la forme de la dignité de la personne humaine (Section 1).

Or, pour mesurer à quel point la dignité apparaît comme le compagnon quasi exclusif des questions corporelles²⁰¹⁹, on essaiera d'observer quelle liberté le droit moderne offre sur le plan de la subjectivité psychique. Autrement dit, après avoir observé ce à quoi il est possible de consentir au titre des objets concrets, puis de la latitude dont le justiciable dispose à l'égard de son corps, on pourra enfin passer à l'examen de la façon dont il est possible de faire valoir sa subjectivité, seule ou avec d'autres, par la communication d'idées et de principes religieux et politiques (Section 2).

SECTION 1 : CONSENTEMENT ET PRATIQUES CORPORELLES : LE CONSENTEMENT FACE À LA DIGNITÉ

1637.Après avoir évoqué la façon particulière dont le consentement est appréhendé dans l'évocation juridique de la sexualité, il convient maintenant de faire retour à un autre cas qui illustre, à sa façon, la problématique du consentement. À ce titre, il est patent que la jurisprudence dite Morsang-sur-Orge²⁰²⁰ constitue une étape majeure dans la réflexion contemporaine autour du consentement. En effet, celle-ci constitue probablement ce par quoi la question du consentement et de ses limitations a fait irruption sur la scène du droit public, et

²⁰¹⁹ On fait ici référence à la récente interdiction d'un spectacle au motif que les propos tenus au cours de ce dernier étaient attentatoires à la dignité de la personne humaine. Même si cela ne constitue pas le seul support de cette décision, il s'agit de la première fois, à notre sens, que le concept de dignité est mobilisé en ce sens. Cf. CE ord., 9 janv. 2014, *Ministre de l'Intérieur / Soc. Les Productions de la Plume et Dieudonné M'Bala M'Bala*, n°374508 ; CE ord., 10 janv. 2014, *Soc. Les Productions de la Plume et Dieudonné M'Bala M'Bala*, n°374528 ; CE ord., 11 janv. 2014, *Soc. Les Productions de la Plume et Dieudonné M'Bala M'Bala*, n°374553 ; Cf. également X. Dupré de Boulois, « Les ordonnances Dieudonné entre continuité jurisprudentielle et choix politique du juge », *RDLF* 2014, chron. n°10, disponible en ligne.

²⁰²⁰ CE, Ass., 27 oct. 1995, *Commune de Morsang-sur-Orge*, n° 136727, *Rec. Lebon* p. 372; *RFDA.*, 1995, conclusions Frydman; *RFDD.* 1996, n° 3, conclusions Frydman et observations Vigouroux; *RTDH.* 1996, p. 657, conclusions Frydman et note Deffains; *AJDA.* 1995, p. 878, chronique Stahl et Chauvaux; *D.* 1996, p. 177, note Lebreton; *JCP.* 1996, II.22630, note Hamon; *RDP.* 1996, p. 536, notes Gros et Froment ; Cette jurisprudence a ensuite donné lieu à une contestation devant l'ONU, qui a donné raison au gouvernement français : cf. Comité des droits de l'homme Des nations Unies, 26 juill. 2002, *Wackenheim c. La France*, note M. Levinet, *RTDH.* 2003, n° 55, p. 1017-1042.

plus généralement, dans la philosophie du droit. Certes, le consentement jouait déjà un rôle, ne serait-ce qu'au travers de la matière contractuelle avec laquelle il est si fréquemment associé. Mais, la spécificité de cette jurisprudence réside dans le fait que l'argumentation qui en est le support se distinguait, à l'époque, de tout ce qui avait pu être rencontré jusque-là.

1638. Ce qui avait pu être observé à l'occasion de cette jurisprudence s'est également manifesté dans deux autres affaires, dont l'histoire juridique garde trace, et qui concerne toutes deux, en première lecture, le sadomasochisme. On comprend bien ici à quel point un tel domaine d'exercice du consentement interroge directement le concept, selon les modalités que nous avons évoquées : il est à la fois question de la liberté de celui qui consent, de ce à quoi il est possible de consentir, de la durée et du retrait de ce consentement, etc. On étudiera donc ces deux cas ensemble, en essayant d'observer s'il existe une forme de continuité logique entre les deux (§1).

Ce faisant, nous arriverons nécessairement à ce point frontière de la logique consensuelle, c'est-à-dire ce lieu dans lequel il est fait échec au consentement par l'invocation de principes qui le soumettent. C'est le rôle joué par la dignité, dont l'émergence coïncide de manière presque parfaite avec ces cas célèbres que nous étudierons (§2).

§1 : L'exemple de pratiques jugées incompatibles avec le consentement

1639. Si l'importance d'une jurisprudence se mesure aux commentaires que celle-ci a suscités dans la doctrine, et aux mentions qui en sont faites à travers l'ensemble des commentaires, alors il est évident que la jurisprudence Morsang-sur-Orge est véritablement un arrêt majeur du droit administratif. Ceci explique pourquoi nous ne commenterons pas tant l'arrêt lui-même, puisque l'essentiel a déjà été dit, que la manière dont celui-ci active la problématique du consentement et de la subjectivité (A). De la même façon, nous supposerons ici que les faits sont suffisamment connus pour ne pas nécessiter un rappel, tant il est vrai que l'on trouve même des allusions à cet arrêt dans des travaux qui dépassent très largement le cadre juridique²⁰²¹.

²⁰²¹ Cf. par ex. N. Campagna, *Prostitution et dignité...*, précité, p. 136-144 ; F. Orobon, *Santé publique et libertés individuelles. L'exemple des conduites par lesquelles on peut se nuire à soi-même*, Thèse pour le doctorat en philosophie, Univ. Lyon, 2012, 463 pages, p. 292-297 ; R. Ogien, *La Liberté d'offenser : Le sexe, l'art et la morale*, éd. La Musardine, coll. Attrape-corps, 2007, 112 pages, p. ; C. Hervé, *Visions éthiques de la personne*, L'Harmattan, 2001, 256 pages, p. 220.

Une fois ceci terminé, nous pourrions alors nous attarder sur l'autre grande thématique qui a concentré l'essentiel du débat doctrinal autour de la question du consentement, qui se révélera riche d'enseignements pour ce dernier, à savoir le sadomasochisme. Il sera fait référence ici à deux arrêts célèbres, dans une perspective chronologique : l'arrêt Laskey, suivi de l'arrêt K.A et A.D (B).

A / La jurisprudence Morsang-sur-Orge : la dignité comme obstacle à la liberté corporelle

1640. Pour tenter d'apprécier l'innovation et la portée de cette jurisprudence, dans une perspective critique, on s'attachera à démontrer comment le handicap du requérant constitue l'horizon indépassable du juge (1). Ceci n'est pas sans conséquence à l'égard de la subjectivité, qui se trouve en quelque sorte figée par ce procédé (2), mais aussi directement associée à l'identité socialement conférée, ce qui est lourd de conséquences. Enfin, cette décision s'illustre également par le recours non dissimulé aux émotions en tant que support de l'argumentation et de la motivation (3).

1 / Une essentialisation du handicap : l'impossible arrachement à la condition matérielle

1641. Si l'on reprend donc cette affaire, il nous semble que parmi tous les commentaires autorisés, ceux du professeur Cayla sont les plus éclairants sur la question particulière du consentement. En effet, la majorité des écrits sur la question s'attachent surtout au rapport entre le consentement et la dignité, posée comme limite extérieure, et évoquent donc surtout la question d'un rapport de conciliation entre des normes d'importance possiblement différentes. Mais, l'analyse de M. Cayla nous introduit à une dimension supplémentaire du raisonnement, en ce qu'il évoque la question spécifique du rapport que l'individu, sujet de droit, peut ou non entretenir avec sa propre personne, sans que le recours à une médiatisation par une figure tierce n'apparaisse nécessaire.

En effet, la novation de cet arrêt consiste bien, à notre sens, dans le fait que le droit étend son pouvoir d'intervention à un domaine dans lequel il ne s'agit plus de protéger un tiers, que le comportement examiné pourrait mettre en cause d'un point de vue physique ou

moral²⁰²², mais plutôt dans le fait qu'il s'agit ici d'un rapport purement individuel, ce que le professeur Cayla nomme « rapport de soi-à-soi ». Certes, il n'est pas nouveau que le législateur, et avec lui le juge, puissent ainsi prétendre protéger un individu contre lui-même, par exemple s'agissant du port de la ceinture de sécurité ou l'interdiction de la consommation de stupéfiants²⁰²³. Mais, la spécificité, dans le cas présent, réside dans le fait que l'activité en question ne présentait pas de dangers spécifiques pour l'intégrité physique de M. Wackenheim. Il s'agissait donc de le protéger contre quelque chose qui ne le menaçait pas, au moins sur le plan physique, en raison des équipements de protection dont il bénéficiait.

1642. On pourrait comprendre cette solution comme la démonstration d'une attention particulière portée à l'égard de la subjectivité, puisqu'il est vrai que toute l'argumentation développée par M. Frydman dans ses conclusions s'attache spécifiquement à incarner M. Wackenheim dans sa subjectivité concrète. Ainsi il note qu'« en outre, ce n'est pas n'importe quelle personne qui est lancée, mais, spécifiquement et exclusivement, un *nain* »²⁰²⁴. Cette concrétisation du requérant n'est pas d'apparition unique, puisqu'il sera ensuite fait allusion aux « *Untermenschen* », aux jeux du Cirque, aux « phénomènes de foire », aux « monstres en tous genres », à une comparaison avec le sort réservé à l'animal, à une personne handicapée²⁰²⁵. De la même façon, et pour ancrer cette subjectivisation du raisonnement, il est également fait allusion au témoignage de « l'association nationale des personnes de petite taille », ainsi que de Mme Mimie Mathy²⁰²⁶. Dès lors, on pourrait donc se féliciter de ce qui, a priori, il soit fait ici grand cas de la subjectivité du requérant.

1643. Toutefois, un premier élément frappe à la lecture de cette perception : la subjectivisation ainsi opérée produit un effet étonnant, qui est l'assignation à une catégorie particulière. En somme, à une essentialisation de M. Wackenheim qui ne devient ainsi *que* nain. En effet, quelle peut bien-être sinon la raison du recours à l'avis de l'association ou de la comédienne évoquée, si ce n'est de dire qu'il faut bien trouver un représentant, ou plutôt, un

²⁰²² Comme cela peut être le cas dans l'hypothèse du sadomasochisme. Sur ce point, cf. *infra*.

²⁰²³ C'est le sens des conclusions de M. Frydman : cf. P. Frydman, « L'atteinte à la dignité de la personne humaine et les pouvoirs de police municipale. À propos des « lanciers de nains » », *RFDA*, 1995, p. 1204 et s., version électronique, p. 6-7.

²⁰²⁴ P. Frydman, précité, p. 5. À ce titre, le qualificatif de « nain » apparaît 38 fois dans tout le texte des conclusions, tandis que le terme de « requérant » n'est utilisé qu'une fois, le terme de plaignant n'est jamais employé, et enfin, le nom de l'intéressé est lui mobilisé seulement 29 fois.

²⁰²⁵ P. Frydman, *ibid.*

²⁰²⁶ P. Frydman, *ibid.*

semblable qui puisse ainsi exprimer l'avis de la communauté ? Lorsque les litiges mettent en cause des personnes handicapées par exemple, fait-on systématiquement appel à l'avis d'une association les représentant pour avoir une idée de ce qu'il est bon de faire ? De manière analogue s'agissant des personnes âgées, des femmes ? Cela ne revient-il pas à dire, de manière implicite, que la seule personne qui peut se prononcer sur le bien-fondé de la pratique considérée est une personne identique dans ses attributs physiques ? Aussi, au lieu d'une subjectivisation, on fait plutôt face ici à une catégorisation, à une communautarisation du justiciable. L'idée qui nous semble sous-tendre ce mode de raisonnement est que, fondamentalement, il n'y a rien qui ressemble davantage à un nain qu'un autre nain. On imagine ici les conséquences produites par une telle perspective, qui permettrait ainsi de justifier que des hommes ne puissent être jugés que par d'autres hommes, des femmes par des femmes, etc. Aussi, ce n'est donc qu'une subjectivisation de façade dont il est question ici, puisqu'il s'agit avant de retrouver une forme de référent abstrait, objectif et raisonnable, dans la forme d'un identique-à-lui-même. On pouvait pourtant penser que M. Wackenheim, avant d'être un nain, était surtout un être humain, de telle sorte que si atteinte à la dignité il y avait, elle se réalisait en sa qualité d'homme, et non pas en raison de ses attributs physiques.

1644. On objectera à cela que l'ensemble du cas évoqué ne repose que sur le fait que la personne destinée à être projectile est nécessairement naine²⁰²⁷. Cela nous semble tout à fait erroné, puisque l'on pourrait tout à fait concevoir une situation inverse, c'est-à-dire celle où un homme doté d'une force physique particulière pourrait se livrer à un numéro consistant à envoyer un spectateur le plus loin possible. Or, il y a fort à parier que dans cette situation, le raisonnement déployé aurait été tout autre, et l'ensemble de l'argumentaire visant à mettre en exergue les caractéristiques de M. Wackenheim serait tombé *de facto*²⁰²⁸. De manière

²⁰²⁷ P. Frydman, précité, p. 5 : Or, cet état de fait ne s'explique pas seulement, bien entendu, par le faible poids d'un tel individu, qui rend possible l'exercice ». Cela est tout à fait confirmé à l'occasion de l'examen de cette affaire par le Comité international des droits de l'homme qui note, pour rejeter la demande de M. Wackenheim, que « l'interdiction du lancer prononcée par l'État partie dans la présente affaire s'applique uniquement aux nains[...]. Ainsi, la distinction entre les personnes visées par l'interdiction, à savoir les nains, et celles auxquelles elle ne s'applique pas, à savoir les personnes qui ne sont pas atteintes de nanismes, est fondée sur une raison objective et n'a pas d'objet discriminatoire », cité in Comité international des droits de l'homme, Communication n°854/1999, Wackenheim c/ la France.

²⁰²⁸ Dans le même sens, cf. B. Lavaud-Legendre, *Les bonnes mœurs en droit privé contemporain*, Thèse pour le doctorat en droit, Univ. Montesquieu-Bordeaux IV, 2003, 510 pages, publiée sous le titre *Où sont passées les bonnes mœurs ?*, P.U.F., 2005, 253 pages, p. 149 : « Il est évident que si la personne jetée avait été de taille moyenne, le jeu aurait eu une signification tout à fait différente. Il n'aurait aucunement constitué une négation de la dignité de la personne humaine, mais simplement un jeu un peu idiot ».

analogue, la situation aurait-elle été la même si le « projectile humain » avait été un individu particulièrement menu, sans pour autant être atteint de nanisme ? Il nous semble permis d'en douter²⁰²⁹.

1645. Aussi, et par l'effet même produit par ce raisonnement, l'affaire cesse de concerner le rapport du consentement d'un homme à un autre homme, pour devenir celle du rapport d'une personne handicapée à un individu non handicapé²⁰³⁰. Cette assignation à une détermination indépendante de la volonté ne semble pas poser de problèmes à M. Frydman, et à une partie de la doctrine avec lui. Que M. Wackenheim puisse justement aspirer à être considéré sous un rapport autre que sa seule apparence physique, ou son syndrome médical ne semble même pas effleurer l'esprit du commissaire du gouvernement. En quelque sorte, nain il était, nain il est appelé à demeurer, qu'il le veuille ou non. Mais cette caractéristique physique ne saurait résumer l'intégralité de la personne du requérant, qui heureusement, déborde très largement ce seul corps. Sans quoi, si l'on adopte cette façon de faire, alors c'est le principe même de non-discrimination qui s'effondre, puisque l'âge devient alors un critère déterminant, de même que le sexe, etc. Il n'y a donc encore une fois pas de subjectivisation ici, mais une assignation identitaire à une subjectivité normativement déterminée.

2 / Une subjectivité figée appréhendée sous l'angle unique du devoir

1646. Cette idée se trouve renforcée si l'on poursuit l'investigation des traces d'une prise en compte d'éléments subjectifs. En effet, les conclusions du commissaire se soutiennent également d'une pseudo-attention portée cette fois à la subjectivité des individus appelés à participer à ce lancer. À cet égard, il est inscrit que cette attraction renvoie « fût-ce, chez la plupart des spectateurs, inconsciemment – au sentiment obscur et profondément pervers [...] », puis d'une « connotation de mépris », au fait que les spectateurs se « défoulent en manipulant brutalement une personne handicapée, avec toute la cruauté inhérente à une telle démarche », et enfin, « à la canalisation des pulsions sadiques de la population ». Ici, on franchit encore une étape dans le raisonnement, puisqu'il s'agit désormais de juger non pas le

²⁰²⁹ En ce sens, le Comité international semble partager l'avis de M. Frydman, puisque qu'il note dans l'arrêt précité, que « si ces personnes (les nains) sont visées à l'exclusion des autres, la raison en est qu'elle sont susceptibles d'être lancées ».

²⁰³⁰ On peut ici émettre l'hypothèse que cette généralisation du handicap à l'égard du requérant témoigne de l'empreinte du mode de raisonnement classique s'agissant de la capacité. Selon celle-ci, désormais datée, soit on est juridiquement capable, de manière générale, soit on ne l'est pas de manière tout aussi générale.

comportement en lui-même, mais le regard qu'un autre peut porter sur le comportement en question²⁰³¹. En somme, M. Wackenheim n'est pas tant coupable de l'activité en question, mais le devient du fait de ce que les individus qui y participent vont y investir. C'est un renversement de raisonnement absolument stupéfiant, puisqu'il devient alors possible d'être empêché dans ses actions non pas à raison de ce que l'on fait, ce qui constitue la base du principe même de la responsabilité, mais pour ce que des tiers pourraient penser des actions en question. Ce faisant, on devient donc responsable non plus de soi, mais également des autres, et de ce qu'ils pourraient faire ou penser. Pour prendre un exemple tout à fait concret, si l'on suit ce raisonnement, le coutelier devient responsable des agressions commises avec les pièces qu'il fabrique, et de l'investissement sadique qu'un autre individu pourra faire de son ouvrage.

1647. C'est en ce sens que le professeur Cayla a pu écrire que le rapport de l'individu à lui-même se trouvait médiatisé, par la figure d'un tiers. Mais, plus que médiatisé, ce dont il est question ici, c'est plutôt la généralisation du panoptique benthamien, puisque tous les comportements passent ainsi sous l'œil toujours vigilant d'un autre qui observe et qui juge. Ce n'est donc pas une affaire de subjectivité, mais davantage une pulvérisation de cette dernière, puisqu'elle se trouve dissoute et accaparée dans le regard des autres membres du corps social. À cette forme de propriété collective du corps que nous avons évoquée précédemment s'ajoute également une appropriation de l'intimité, puisque l'intériorité se trouve tout entière absorbée dans la figure de l'observateur. Pour reprendre un vocable psychanalytique, aux exigences surmoïques habituelles s'ajoute désormais un surmoi entièrement socialisé, détaché de l'individu, et pour le coup, absolument tyrannisant.

1648. Cette référence n'est pas inutile, puisque comme on l'a vu, les individus spectateurs sont déjà coupables, sans même le savoir. Car, même « inconsciemment », ce qui les anime, c'est bien la perversité. Voici donc un nouvel élément de responsabilisation : le sujet doit donc rendre des comptes concernant son inconscient. Qu'importe, en fait, la matérialité des actes en eux-mêmes²⁰³², ce qui est déterminant c'est bien ce mobile inconscient, cette perversité que M.

²⁰³¹ On trouve ici un point essentiel qui annonce de manière très claire le raisonnement adopté concernant la loi portant interdiction de dissimulation du visage dans l'espace public.

²⁰³² Que dire en effet de la situation où le lancer considéré aurait été accompli par un individu particulièrement délicat, attentif et précautionneux à l'égard de M. Wackenheim ?

Frydman a découverte²⁰³³ chez ces individus. Or, puisque le référent abstrait de l'homme raisonnable ne dispose pas a priori d'inconscient, ceci semble devoir signifier qu'une attention accrue est bien accordée à la subjectivité. Seuls les êtres de chair, mais surtout de paroles, peuvent être ainsi dirigés par ces mouvements inconscients. On pourrait donc se réjouir, au titre de cette recherche, de ce que le juge accorde ainsi une place à l'inconscient dans la détermination de la solution du litige. Pourtant il n'est en rien.

1649. Les allusions que nous avons faites à ce savoir, qui irrigue la présente étude, ne visent en aucune façon à plaquer des interprétations déjà constituées sur des comportements, indépendamment de leurs formes concrètes, pas plus qu'elles ne visent à poser un nouveau principe de responsabilité. L'attention à la dimension inconsciente a pour finalité, selon nous, de permettre de mettre en lumière que l'*homo juridicus* n'est pas exclusivement un être de raison, mais aussi de sensibilité, de sentiment, tant il est vrai que le lien entre inconscient, sentiment, et sensibilité est déterminant. De la même façon, il ne s'agit absolument pas de faire de cet enseignement un principe justificatif qui permettrait à chacun d'exciper de son inconscient pour en même temps, échapper à sa responsabilité. Au contraire, l'intégration de ce surplus, dans la définition de l'être humain, ne cherche qu'à nous rendre, individuellement et collectivement, plus lucides à l'égard de ce que nous sommes, et ainsi à pouvoir revendiquer la paternité la plus authentique possible des comportements dont nous sommes les auteurs. Au surplus, l'inconscient ne s'interdit pas par la loi. Ceci revient donc à dire que malgré l'interdiction prononcée, les individus conserveront néanmoins leur perversité, qu'ils mettront au profit d'autres activités.

1650. Toutefois, à supposer que l'on prenne au sérieux la remarque faite par M. Frydman concernant cette part inconsciente, et perverse, comment ne pas constater qu'un même raisonnement, s'il est généralisé, est d'une portée liberticide considérable ? En effet, à peu près tous les comportements, dans une utilisation sauvage de la psychanalyse, peuvent être ici superficiellement appréhendés de telle façon qu'on puisse les qualifier selon son envie²⁰³⁴. Comment trouver alors le point d'équilibre et de mesure ? Par exemple, si le critère primordial

²⁰³³ On ne reviendra pas ici sur le fait qu'une telle interprétation se rapproche davantage d'une forme de parapsychologie que d'une psychanalyse, tant l'analyse à distance, et sans entretiens avec les individus apparaît profondément absurde.

²⁰³⁴ Sur ce point, cf. *supra*.

permettant de discriminer parmi l'ensemble réside dans la perversité inhérente, comment alors qualifier une certaine presse qui fait fortune du malheur des célébrités ? Ou, de manière plus générale, comment expliquer que puisse être diffusé l'ensemble des émissions que l'on range sous le qualificatif de « télé réalité », sans que cela ne pose de soucis ²⁰³⁵ ? Il n'a jamais été question de les interdire, mais simplement de réglementer leur diffusion, alors que la dimension perverse est au moins aussi présente²⁰³⁶.

1651. Ensuite, et concernant toujours la question de la subjectivité, il est frappant de considérer que, si tant est que l'on comprenne l'allusion à l'inconscient comme une démonstration de celle-ci, alors deux conclusions au moins s'imposent. La première c'est qu'aucune décision de la juridiction administrative, à notre connaissance, ne contient dans ses motifs une allusion à un « inconscient »²⁰³⁷. Il s'agit donc, en quelque sorte, d'une spécificité de la jurisprudence Morsang-sur-Orge. Ensuite, il est frappant de constater que le moment où il est fait appel à une concrétisation de la figure abstraite du justiciable ne vise pas tant à lui permettre de bénéficier de droits nouveaux, mais bien davantage, à l'astreindre à des devoirs supplémentaires. La subjectivisation, dans la perspective du juge, n'est donc pas facteur d'émancipation, mais plutôt de limitation. La subjectivité astreint, appesantit plutôt qu'elle n'élève. Ce principe, on le verra, se retrouve parfaitement s'agissant de la dignité de la personne humaine.

1652. Dès lors, la culpabilité de M. Wackenheim est double : premièrement, il choisit de se livrer à une activité qui n'est rendue possible que par l'enveloppe physique dont le hasard l'a pourvu, et ce faisant, il commet une offense contre tous ses semblables appelés à venir témoigner contre lui de son indignité. Mais, à cette première faute s'ajoute une autre : par

²⁰³⁵ À ce sujet, cf. CSA, *Bilan de la réflexion sur les émissions dites de « télé réalité », 21 sept. 2011*, 22 pages, qui évoque des atteintes à la dignité pour ces émissions. La Ministre de la culture a également indiqué son souhait que ces émissions, à l'avenir, respectent « la dignité de la personne humaine, de ceux qui jouent et des téléspectateurs qui les regardent ». De manière analogue, une réflexion est en cours actuellement au sein de cette institution pour réglementer la diffusion de ces émissions, en ne les autorisant qu'après 22h. Sur ce point, cf. : http://www.lexpress.fr/culture/tele/mesures-du-csa-faut-il-interdire-la-telerealite-avant-22h_1239246.html.

²⁰³⁶ On pense ici à G. Carcassonne, « Libertés : une évolution paradoxale », *Pouvoirs*, 2009, n° 130, p. 13, qui évoque cet arrêt : « Un principe éminent avait ainsi été mobilisé pour dissuader les distractions de mauvais aloi. Plus de quinze ans après, le nombre et la fréquence des distractions douteuses semblent n'avoir pas vraiment décru. En faire le tri n'entraîne sans doute pas dans l'office du juge. Le principe de la dignité humaine, ainsi appliqué, inquiète plus qu'il ne sauvegarde ».

²⁰³⁷ Une recherche sur Légifrance avec le terme « inconscient » donne 8 résultats, qui concernent tous des personnes en situation d'inconscience physique (perte de conscience), et en aucune manière un inconscient au sens psychanalytique.

son agir-même, il nous révèle, à nous qui ne sommes pas dotés du même corps, notre perversité et nous permet de nous y vautrer²⁰³⁸. Il est donc coupable de consentir, et coupable de nous permettre par ce consentement, de donner libre-cours à notre obscurité. Voilà donc comment une activité de très mauvais goût, mais somme toute d'une assez faible portée, permet de mettre en scène un procès métaphysique, où M. Wackenheim se trouve sommé de devoir répondre, devant l'Espèce, de cet attentat. De ce qu'un juge puisse ainsi s'auto-instituer en tant que représentant et oracle d'une espèce entière, voilà qui ne lasse pas d'étonner. À ce titre, et probablement de manière inconsciente, se trouvent ici rejoués sur la scène moderne, les procès médiévaux d'animaux²⁰³⁹.

1653. Ceci est d'autant plus vrai, si l'on veut bien songer que l'argumentation de M. Wackenheim, qui fait justement valoir des éléments ayant trait à sa vie concrète, et sa situation spécifique se trouve immédiatement rejetée : « pour moralement embarrassante qu'elle soit, cette argumentation pathétique n'entame en rien la valeur des considérations qui précèdent »²⁰⁴⁰. Le vocabulaire employé ici est particulièrement signifiant, et témoigne véritablement de la volonté permanente de prononcer l'interdiction, dans cette forme de syllogisme inversé dont a parlé le professeur Cayla²⁰⁴¹. Dès lors, en plus de devoir supporter cette responsabilité considérable que nous avons évoquée, M. Wackenheim n'est pas jugé apte à articuler un discours qui puisse être considéré comme audible. La subjectivisation de la situation que pourrait ainsi opérer le principal acteur n'est acceptable que dans un sens : elle ne sert qu'à alimenter l'argumentation de M. Frydman, afin de charger moralement²⁰⁴² les faits de l'espèce, mais ne permet pas au requérant de construire sa défense. C'est donc une subjectivisation exclusivement à charge. Ceci est indiqué de manière explicite : « Le respect de la dignité de la personne humaine, concept absolu s'il en est, ne saurait en effet

²⁰³⁸ P. Frydman, p. 6 : « Du reste, on pourrait être tenté de se demander si une attraction aussi méprisante que le lancer de nains ne porte pas, à la vérité, tout autant atteinte à la dignité des spectateurs qui y participent ou y assistent qu'à celle des nains eux-mêmes... ». Ceci demeurera à l'état d'interrogation, puisque c'est le lancer en lui-même qui sera contraire à la dignité.

²⁰³⁹ À ce titre, cf. D. Chauvet, *La personnalité juridique des animaux jugés au Moyen-Âge, XIIIe-XVIIe siècles*, L'Harmattan, 2012, 155 pages.

²⁰⁴⁰ P. Frydman, précité, p. 6.

²⁰⁴¹ O. Cayla, « Y a-t-il une contrainte du (bon) sens dans la construction des cas ? », in M. Troper, V. Champeil-Desplats, C. Grzegorzcyk (dir.), *Théorie des contraintes juridiques*, L.G.D.J., 2005, 216 pages ; Cf. également S.-M. Maffesoli, « Le sens de l'évidence », in F. Jule-Laferrrière, D. Guinard, S.-M. Maffesoli (dir.), *Quel sens pour le droit ?*, éd. L'Harmattan, 2008, 171 pages, p. 89-101, spécialement, p. 93-94 et p. 96.

²⁰⁴² Le commissaire du gouvernement proposait en effet de rattacher la dignité à la moralité publique, et non d'en faire une composante à part. Sur ce point, cf. P. Frydman, précité, p. 7-11.

s'accommoder de quelconques concessions en fonction des appréciations subjectives que chacun peut porter à son sujet »²⁰⁴³.

3 / L'assimilation de l'identité à la subjectivité, et le recours aux émotions comme fondement de la décision

1654. Pour autant, peut-on dire, à la suite du professeur Cayla, qu'il s'agit ici d'une forme nouvelle du rapport à soi, puisqu'elle inclut désormais un tiers ? Il est parfaitement juste de considérer que cette jurisprudence aboutit en effet à considérer que même une décision individuelle engage un rapport collectif, et que ce faisant, « même lorsqu'il agit de manière consentie, un sujet n'engage pas que lui-même »²⁰⁴⁴. Mais, cela n'est pas le fait de cette décision, et correspond même parfaitement à l'assignation identitaire qui régit le principe du fonctionnement social, et que le professeur Cayla décrit dans l'un de ses ouvrages : « C'est dire si l'identité de l'individu, permettant de rapporter ses propres actions à la même d'un point d'imputation fixe et immuable, ne peut naître que d'une décision arbitraire [...] celle d'une altérité ayant la puissance d'imposer à l'individu l'obligation de se conformer à la fiction de son identité »²⁰⁴⁵.

Dès lors que l'identité individuelle est immédiatement un fait social, rapporté à cette fiction attributive, alors il n'y a de consentement, et de rapport avec soi-même, que socialisé, puisque justement le soi auquel on se rapporte est déjà une construction sociale. Aussi, si l'on tire les conséquences des postulats théoriques évoqués, la décision n'apparaît pas étonnante, mais au contraire conforme à ceux-ci. C'est ici qu'à notre sens se jouent l'intérêt, et la spécificité de la subjectivité. En effet, à la différence de la pure question de l'identité, celle-ci est plus rigoureusement indépendante du rapport au social. Elle entre bien en contact avec les autres subjectivités, par le biais des rapports intersubjectifs, mais ne découle pas d'un rapport à l'autre qui la constitue en même qu'il l'assigne. Il peut ainsi y avoir, et c'est même souvent le cas, une distance, un écart entre l'identité réelle et l'identité sociale. Mais cela ne peut exister dans un rapport intrasubjectif, qui n'a pas besoin pour exister de faire appel aux fictions de

²⁰⁴³ P. Frydman, précité, p. 6. Pourtant, plus tôt dans ses conclusions, il avait cru pouvoir écrire, p. 4 : « A cet égard, se pose d'abord une question préalable, qui ne peut d'ailleurs trouver sa solution que dans l'intime conviction de chacun, et qui est de déterminer si le lancer de nains encourt effectivement ou non, par sa nature même, un tel reproche ».

²⁰⁴⁴ F. Orobon, précité, p. 296.

²⁰⁴⁵ O. Cayla, Y. Thomas, *Du Droit de ne pas naître – A propos de l'affaire Perruche*, éd. Gallimard, coll. Le débat, 2002, p. 82-83.

l'identité, qui n'introduit pas de dissociation entre un vécu et une qualification extérieure de ce vécu. En ce sens, le consentement comme sentir-avec, en lien avec la subjectivité, présente l'avantage selon nous considérable de penser à la fois le consentement avec-soi-même, ainsi que le consentement avec autrui. Par la même, il permet également de saisir un en-propre, c'est-à-dire un substrat irréductible qui n'a pas tant à voir avec l'identité qu'avec l'existence elle-même.

1655. On pourra certes par la suite venir qualifier de toutes les façons ce vécu subjectif, le parer de tous les adjectifs visant à l'amoindrir ou bien l'encenser, il n'en reste pas moins que la conviction de son existence et de son invariance sont hors d'atteinte du social. C'est en ce sens que la subjectivité ainsi définie permet aussi de redonner ses lettres de noblesse au principe d'humanité, en ce qu'elle est ce dont on ne peut priver quiconque. C'est pourquoi, si nous partageons le principe de la critique adressée par le professeur Cayla, nous n'en partageons pas les moyens ni le raisonnement. En effet, si l'arrêt Morsang-sur-Orge se distingue, ce n'est pas spécialement dans l'intervention du tiers dans un rapport originellement pensé comme de soi-à-soi, ce que l'on rencontre en vérité plus fréquemment que l'on croit²⁰⁴⁶. Qu'il s'agisse des soins sans consentement, de la lutte contre la toxicomanie, de la destination de son cadavre, les exemples abondent qui témoignent de ce que cette catégorie n'est pas nouvelle, mais tient plutôt au principe même de la socialité institutionnalisée telle qu'elle est pensée dans le monde judéo-chrétien²⁰⁴⁷. La véritable innovation de l'arrêt étudié, au-delà du recours à la dignité que nous allons évoquer ensuite, se situe davantage dans deux aspects.

1656. Le premier tient à la concrétisation du cas, mais d'une concrétisation qui n'a pour dessein que d'essayer de rendre substituables l'identité et la subjectivité. En effet, l'appel fait au pathétique et à la détresse de M. Wackenheim, qui sont autant d'éléments que l'on peut rattacher à des déterminations de sa subjectivité, sont immédiatement rapportés à la dimension sociale du regard des autres, à l'appartenance identitaire et communautaire au groupe des

²⁰⁴⁶ Et qui interroge directement sur la question de la fondation axiologique de la règle juridique : le droit existe-t-il en tant qu'il permet à chacun d'assumer et de mettre en acte sa liberté, dans le respect de celle d'autrui, ou bien vise-t-il à assurer le règne d'une liberté, indépendamment de la question de sa concrétisation ?

²⁰⁴⁷ Par-là, on entend le fait que la responsabilité n'a jamais été pensée véritablement comme individuelle. Dans une partie de la pensée grecque, on est responsable face à une cosmologie qui figure un principe d'ordre naturel. Puis, dans l'histoire judéo-chrétienne, c'est face à la figure du Divin. Dans notre modernité qui se prétend détachée du religieux, il semble bien que nous ayons substitué la figure de l'État-Souverain au montage précédent.

personnes de petite taille, etc. En somme, c'est une forme de publicisation de la subjectivité, sur laquelle on espérerait pouvoir rabattre la thématique de l'identité. De manière analogue, l'insistance toute particulière qu'a la commissaire du gouvernement à rappeler le nanisme du requérant interroge directement sur les frontières entre la subjectivité et l'identité. En effet, être nain, est-ce un déterminant de la première ou de la seconde ? Autrement dit, est-ce une identité socialement attribuée ou bien un élément essentiel constitutif de la subjectivité ?

La réponse apportée ici dans les conclusions est évidente : elle est les deux puisque les deux notions sont, dans l'esprit de M. Frydman, identiques. En effet, M. Wackenheim, on l'a vu, ne peut pas dans le raisonnement adopté être autre chose que *nain*, c'est même sa qualité essentielle. Cette qualification le définit non pas en tant qu'identité, mais en tant qu'individu singulier²⁰⁴⁸. Néanmoins, la perspective est immédiatement socialisée, puisque cette subjectivité n'est jamais que la réplique exacte de celles des autres nains appelés à s'exprimer au travers des associations. À ce premier mouvement s'en ajoute un autre, puisque la catégorisation opérée tient aussi à ce que les autres individus, potentiels lanceurs, verront de lui. Ce faisant, on aboutit à l'idée que l'on n'est jamais que ce que les autres perçoivent de nous. Et voilà le théorème accompli, et l'identité et la subjectivité devenir rigoureusement équivalentes²⁰⁴⁹.

1657. Le second aspect novateur tient selon nous au recours si manifeste, si peu dissimulé qu'il en devient choquant, aux sentiments et à l'émotion comme support de l'argumentation. Là où, de manière habituelle, le juge essaye de s'astreindre à une objectivité la plus rigoureuse possible, ici les qualificatifs abondent qui dénotent une emprise manifeste des passions dans le dispositif argumentatif. On pourrait se réjouir, dans l'hypothèse du sentir-avec, qu'il en soit ainsi, mais l'utilisation qui en est faite, ainsi que le champ lexical dominant, indique bien que si c'est de sentiments qu'il s'agit, ceux-ci renvoient plutôt au dégoût, à la honte²⁰⁵⁰. En somme, les émotions et sentiments ne servent qu'à une chose, c'est à susciter une forme d'empathie du dégoût, et à ainsi influencer l'esprit du lecteur. On aurait pu en effet envisager une situation inverse : qu'en égard à la situation particulière de M. Wackenheim, on puisse

²⁰⁴⁸ C'est-à-dire que dans la perspective rapportée, il l'est indépendamment même du regard des autres.

²⁰⁴⁹ Ce qui pose des difficultés absolument considérables : puisque l'identité est socialement attribuée et construite, et que la subjectivité le devient aussi, alors comment même penser l'hypothèse des troubles dans le genre, et du transsexualisme ?

²⁰⁵⁰ On retrouve donc ici parfaitement les travaux de M. Nussbaum évoqués précédemment, et particulièrement M. Nussbaum, *From Disgust to humanity...*, précité, et M. Nussbaum, *Hiding from humanity. Disgust, Shame and the Law*, précité.

faire preuve d'empathie, et ainsi considérer que ce qui normalement n'est pas admissible le devienne par l'effet d'un principe de sympathie rousseauiste. Dès lors, il n'y a pas ici de véritable prise en compte du sentiment, en ce sens que le consentement comme sentir-avec, suppose l'accord avec quelque chose, qu'il s'agisse de sa propre intériorité, ou d'un autre individu. Ici, on fait face à l'unilatéralité d'une appréciation émotionnelle, qui n'entend pas donner égale valeur, sur le plan du raisonnement, aux émotions ressenties par un autre que le locuteur principal.

1658. Aussi, si cette décision est d'importance, au-delà de la question de la dignité, c'est selon nous en raison de l'embaras conceptuel qu'elle évoque, et de la conception particulière qu'elle annonce de la subjectivité-identité, que l'on va pouvoir retrouver par la suite dans d'autres cas similaires. De la même manière, cette nouvelle conception n'est pas sans lien avec l'émergence du concept de dignité, que nous étudierons après avoir évoqué le cas du sadomasochisme.

B / Consentement, subjectivité et désirs extrêmes : le cas du sadomasochisme

1659. À côté de la jurisprudence Morsang-sur-Orge, deux arrêts²⁰⁵¹, cette fois rendus par la Cour européenne des droits de l'homme, ont déclenché une réaction de très forte intensité au sein de la doctrine. Peut-être cela tient-il aux faits de l'espèce, et à la thématique considérée, mais la doctrine s'est divisée de manière assez franche, et souvent, a paru franchir le Rubicon du jugement axiologique. Il faut dire que les affaires portant spécifiquement sur le sadomasochisme²⁰⁵² sont relativement rares en jurisprudence²⁰⁵³, et faisaient jusque-là l'objet

²⁰⁵¹ CourEDH, 19 févr. 1997, Affaire Laskey et autres c. Royaume Uni, req. n° 21627/93 ; 21628/93 ; 21974/93, obs. J.-M. Larralde, *D.* 1998, p. 97, note J.-P. Marguénaud, *D.* 1997, p. 1013, com. M. Levinet, *RTDH*, 1997, p. 738 ; Cour EDH, Affaire K.A et A. D c. Belgique, 17 févr. 2005, req. n° 42758/98 et 45558/99, M. Fabre-Magnan, « Le sadisme n'est pas un droit de l'homme », *D.* 2005 chron. 2973 ; *RTD civ.*, 2005, p. 341 note J.-P. Marguénaud.

²⁰⁵² Sur la question du sadomasochisme, on pourra se reporter aux ouvrages suivant : en général, cf. V. Poutrain, *Sexe et pouvoir. Enquête sur le sadomasochisme*, éd. Belin, coll. Nouveaux mondes, 2003, 176 pages ; G. Rubin, *Surveiller et jouir – Anthropologie politique du sexe*, éd. Epel, coll. Les grands classiques de l'érotologie moderne, 2010, 484 pages ; Pour une approche philosophique, qui vise à récuser la classification psychopathologique de narcissisme, cf. G. Deleuze, *Présentation de Sacher-Masoch – le froid et le cruel*, éd. de Minuit, coll. Reprise, 2007, 119 pages ; G. Deleuze, *Critique et clinique*, éd. de Minuit, coll. Paradoxe, 1999, 187 pages ; Pour une approche psychanalytique de la notion, cf. J. Andre (dir.), *L'énigme du masochisme*, P.U.F., petite bibliothèque de psychanalyse, 2006, 142 pages ; P.-L. Assoun, *Leçons psychanalytiques sur le Masochisme*, éd. Anthropos, coll. Psychanalyse Poche, 2007, 112 pages ; B. Rosenberg, *Masochisme mortifère et masochisme gardien de la vie*, P.U.F., coll. Monographies de la revue française de psychanalyse, 2003, 160 pages ; S. Nacht, *Le masochisme*, éd. Payot, Coll. Petite bibliothèque Payot, 2008, 217 pages ; S. André, *Les perversions*, éd. Le

d'une attention distante de la part de la doctrine. C'est par l'affaire Laskey que nous commencerons à envisager cette hypothèse (1), avant d'apprécier comment cette jurisprudence a évolué dans l'arrêt K.A et A.D (2). On pourra alors conclure sur la manière dont la doctrine appréhende le phénomène sadomasochiste, et par conséquent, le consentement et la subjectivité qui s'y expriment (3).

1 / L'introduction de la problématique du consentement au sein de l'appréhension juridique du sadomasochisme : l'affaire Laskey, Jaggard et Brown c. Royaume-Uni.

1660. C'est dans cette matière que l'on peut apprécier avec le plus force à quel point, lorsque les arguments traditionnels échouent, et en réalité même lorsqu'ils opèrent, la tentation est grande d'en appeler aux émotions pour susciter l'adhésion du lecteur (a). Ce faisant, c'est l'objectivité du juge qui se trouve mise en cause, ce que soulignait déjà la question de la moralité publique (b).

a / Une appréciation des faits transformée par un vocabulaire spécifique : le juge, la doctrine et les émotions.

1661. Dans la première, la Cour avait admis que gouvernement britannique puisse valablement intervenir pour pénaliser les agissements des requérants, au regard du fait que la protection de l'intégrité corporelle apparaissait comme une mesure nécessaire au sens de l'article 8§2 de la convention. Aussi, s'il y avait ingérence au sein de la vie privée protégée par l'article 8, celle-ci se trouvait justifiée par le motif de cette intervention. Un point important mérite toutefois d'être souligné ici : aucun participant à ces pratiques n'était venu déposer plainte en raison des dommages. La seule explication qui justifie les poursuites au principal consiste dans le fait que la police britannique avait eu accès, « par le plus grand des hasards » selon l'expression du professeur Marguénaud²⁰⁵⁴, à des enregistrements de ces séances de sadomasochisme. Dès lors, la question du consentement des parties entre elles ne

Bord de l'eau, coll. La Mulette, Tome 2 le sadisme, 2013, 76 pages, et tome 3, le masochisme, 2013, 62 pages ; G. Rubin, *Sadomasochisme ordinaire*, éd. L'Harmattan, coll. Études psychanalytiques, 2000, 204 pages.

²⁰⁵³ Ainsi, la base de données Légifrance ne renvoie que 3 résultats pour le terme « sadomasochisme » dans la jurisprudence judiciaire, et 10 résultats pour le terme « sadisme », mais les affaires évoquées ne concernant pas le sadomasochisme en tant que pratique sexuelle consentie.

²⁰⁵⁴ J.-P. Marguénaud, « Sadomasochisme et droit au respect de la vie privée », *RTD civ.*, 1997, p. 1013.

faisait pas de doute, ce qui ne présage en rien de l'appréciation de validité par les autorités étatiques.

1662. En effet, l'arrêt n'entendait pas absolument pas exclure de manière totale le jeu du consentement comme principe justificatif de l'atteinte au corps, puisque la Cour déclare elle-même que « le choix du niveau de dommage que la loi doit tolérer lorsque la victime est consentante revient en premier lieu à l'État concerné car l'enjeu est lié, d'une part, à des considérations de santé publique et à l'effet dissuasif du droit pénal en général, et d'autre part, au libre-arbitre de l'individu »²⁰⁵⁵. Dès lors, une telle affirmation signifie bien qu'il existe un niveau de dommage que le consentement permet effectivement de rendre licite au regard du droit, même si la question de sa détermination ne relève pas la compétence de la Cour. On peut également déjà s'interroger sur la formulation employée, en ce que deux termes se trouvent accolés : victime et consentante. On aurait en effet pu penser, de façon spontanée, que la qualité de victime s'opposait justement au consentement²⁰⁵⁶. Or, ici, il n'en est rien, et l'on doit donc distinguer entre des victimes consentantes et des victimes non-consentantes, ce qui paraît traduire le fait que l'appréciation de la qualité de victime est déconnectée de la personne qui a subi le dommage, puisque nonobstant sa conviction personnelle, elle peut être désignée comme telle malgré elle. La qualification de victime n'est donc pas un rapport à un individu, à une subjectivité, mais un rapport à une norme, ce qui ouvre le questionnement relatif au véritable préjudice : s'agit-il de défendre un être humain, ou bien plutôt l'observance d'une règle ?

1663. Toujours est-il que, s'agissant de cette affaire, la doctrine a été divisée²⁰⁵⁷ entre d'un côté, les auteurs plutôt favorables à la solution, comme le professeur Marguénaud²⁰⁵⁸, le professeur Levinet²⁰⁵⁹, M. Edelman²⁰⁶⁰, ainsi que le professeur Fabre-Magnan²⁰⁶¹, et ceux

²⁰⁵⁵ Considérant 44 de l'arrêt *Laskey et autres c. Royaume-Uni*.

²⁰⁵⁶ À cet égard, l'étymologie et l'histoire du terme de victime est assez éclairante. En effet, dans l'antiquité, le terme désigne celui qui va être sacrifié à une divinité. C'est avec l'avènement du christianisme qu'il devient possible de parler de victime volontaire, eu égard à la figure du Christ. Les autres sens du terme évoquent plutôt la passivité du sujet, qui subit des atteintes, soit provenant des autres, soit de lui-même.

²⁰⁵⁷ Nous n'évoquerons ici que les contributions principales sur le sujet. La liste fournie n'est donc pas exhaustive mais vise simplement à donner une illustration des positions respectives des intervenants.

²⁰⁵⁸ Ainsi le professeur écrit « qu'on ne peut qu'applaudir à la solution retenue », même s'il évoque une menace pour la liberté sexuelle et un risque d'ordre moral. À ce titre, la Cour aurait été mieux inspirée d'utiliser le concept de dignité de la personne humaine pour appuyer cette solution. Cf. J.-M. Marguénaud, *Sadomasochisme...*, précité.

²⁰⁵⁹ M. Levinet, « La légitimité de la répression par l'État des pratiques sadomasochistes », *RTDH*, 1997, p. 738-

plutôt hostiles, comme M. Larralde²⁰⁶², Madame le professeur Roman²⁰⁶³, M. Borillo²⁰⁶⁴, ou très franchement hostiles comme le professeur Cayla²⁰⁶⁵.

Ce dernier, dans l'article qu'il consacre à la question, soulève à nos yeux un point déterminant. En effet, tout le dispositif de l'arrêt repose sur la nature des actes commis, qui sont assimilés à de la torture. Surtout, la description qui est faite par les juges anglais des activités en question n'est absolument pas neutre, en ce qu'elle aboutit effectivement à un retournement de la perception. En effet, si les requérants prétendent bien inscrire leurs activités dans le cadre du sadomasochisme, il n'en reste pas moins que ce dont il est question n'est pas le consentement à infliger de la douleur, mais bien le consentement à en recevoir. Ainsi, on ne s'interroge jamais sur le consentement du bourreau, en ce sens que la punition s'attache à la protection de la victime. Peut-on imaginer une affaire similaire, dans laquelle serait en cause non pas le consentement de celui qui va subir les violences, mais plutôt de celui qui les infligera ? En ce sens, le caractère sadique des requérants n'est jamais démontré, puisqu'il se trouve tout entier contenu dans l'affirmation de Lord Templeman selon laquelle il n'était pas « disposé à concevoir un moyen de défense fondé sur le consentement, s'agissant de rencontres à caractère sadomasochiste qui engendrent et exaltent la cruauté (...). La société a le droit et le devoir de se protéger contre le culte de la violence. Il est pervers de tirer du plaisir de la souffrance d'autrui. La cruauté est barbare »²⁰⁶⁶. Aussi, comme le note le professeur Cayla, « ce qui était défini par eux comme une recherche du plaisir à travers la souffrance reçue d'autrui se mue ici en son contraire, c'est-à-dire en une recherche de plaisir à travers la souffrance infligée à autrui »²⁰⁶⁷. Ce faisant, on fait bien face à un procédé qui permet à la Cour « d'allouer une signification exactement inverse de celle qu'ils revêtent aux

745.

²⁰⁶⁰ B. Edelman, « Naissance de l'Homme sadien », *Droits*, 2009, n°49, p. 107-133, p. 126.

²⁰⁶¹ Même si le professeur Fabre-Magnan n'a pas consacré d'articles spécifiques à cette affaire, elle a beaucoup écrit sur l'arrêt K.A et A. D dans laquelle elle regrette justement l'abandon de la jurisprudence Laskey. Sur ce point, cf. *infra*.

²⁰⁶² J.-M. Larralde, « Vie privée et pratiques sadomasochistes », *D.* 1998, p. 97 et s. Dans cette note, l'auteur considère que le recours à la protection de la santé n'est qu'une apparence pour masquer un contrôle à caractère moral sur les pratiques sexuelles considérées, qu'elle se refuse à accomplir elle-même en déléguant cette charge aux États. Cf. également, M. Larralde, « L'article 8 de la convention européenne des droits de l'homme et la protection de l'identité sexuelle », *RTDH*, 2006, n°65, p. 35-54, spécialement p. 38-43.

²⁰⁶³ D. Roman, « Le corps a-t-il des droits que le droit ne connaît pas ? la liberté sexuelle et ses juges : étude de droit français et comparé », *D.* 2005, p. 1508, version électronique, p. 6.

²⁰⁶⁴ D. Borillo, « Liberté érotique et « exception sexuelle » », in D. Borillo, D. Lochak (dir.), *La liberté sexuelle*, P.U.F., 2005, 239 pages, p. 38-63, p. 57-58.

²⁰⁶⁵ O. Cayla, « le plaisir de la peine et l'arbitraire pénalisation du plaisir », in D. Borillo, D. Lochak (dir.), *La liberté sexuelle*, précité, p. 89-106.

²⁰⁶⁶ Arrêt Laskey et autres, précité, considérant 20.

²⁰⁶⁷ O. Cayla, *Le plaisir de la peine...*, précité, p. 95.

yeux de leurs auteurs : à leur point de vue subjectif, elle propose de substituer le point de vue surplombant de l'objectivité, celui qui est supposé découler d'une prise en considération de la qualité intrinsèque de ces pratiques »²⁰⁶⁸.

1664. En lien avec cette idée, il est en effet possible de remarquer le champ lexical tout à fait particulier qui vise à soutenir cette solution. Outre les propos évoqués, on trouve également les termes « dangereuse », « pernicieuse », « cruauté », « torture », « contamination », « corruption », dans l'argumentation des juges britanniques, et, dans l'opinion concordante du juge Pettiti, est évoquée le « viol », des « abus sexuels », le « libertinage », la « pédophilie », « l'indignité », et « l'immoralisme délictuel ». Le professeur Marguénaud, quant à lui, juge dans sa note sous l'arrêt qu'une telle solution pourrait être utile dans des affaires de « bizutage », et « d'asservissement par les sectes »²⁰⁶⁹.

Comment ne pas être frappé par l'emploi de ces termes spécifiques, qui visent tous à créer une certaine impression sur le lecteur, pour ne pas dire à créer un sentiment ou un ressenti ? On voit bien que ce dont il est question ici n'est donc pas tant l'appel à la raison, en tant que pure opération intellectuelle, mais plutôt au sentiment profond, viscéral, de dégoût face à ce qui est conçu comme immoral. Dès lors, et puisque, comme on l'a vu, est mobilisé l'argument de la dignité, on retrouve ici la même stratégie argumentative, et le même procédé rhétorique que dans la jurisprudence Morsang-sur-Orge avec les conclusions Frydman.

1665. Aussi, dans cette perspective, il paraît clair que, s'agissant du consentement comme sentir-avec, et de la subjectivité, une telle jurisprudence ne peut en aucune façon être satisfaisante. Si on retrouve bien cette idée du sentiment, du ressenti, il est plutôt du côté des juges, et par extension, des lecteurs qu'ils espèrent gagner à leur cause. Toutefois, du côté des requérants, l'argument de leurs propres satisfactions, de leurs propres ressentis est lui complètement passé sous silence. Il ne saurait donc subsister qu'une seule subjectivité, la seule audible, c'est-à-dire celle du juge. Il n'est à cet égard guère étonnant de constater que l'on retrouve ici exactement le même procédé que dans l'affaire Morsang-sur-Orge.

On objectera à cela que les pratiques en question sont extrêmes, et ne peuvent de faire être simplement mises sur le même plan que n'importe quelle activité sexuelle. Ce faisant, on

²⁰⁶⁸ O. Cayla, *Le plaisir de la peine...*, précité, p. 94.

²⁰⁶⁹ J.-P. Marguénaud, précité.

retrouve bien ici l'idée développée par le professeur Lochak²⁰⁷⁰, à la suite des travaux du professeur Rials²⁰⁷¹, selon laquelle l'opération de qualification de du comportement au regard de la norme est en réalité, en même temps, opération de constitution de l'objet étudié dans son rapport à la norme. Par là il faut entendre que, si l'on appréhende une pratique qualifiée d'anormale, cette anormalité ne préexiste pas à l'examen, mais est plutôt le produit de l'opération de jugement. Dès lors, est anormal ce qui est justement considéré par le juge comme anormal. De manière analogue, c'est bien cette même idée, inspirée par les sentiments de répugnance que nous avons évoqués, qui a servi pendant des années à justifier, par exemple, la pénalisation de l'homosexualité²⁰⁷².

b / La moralité publique : entre appréciation juridique et jugement de valeur

1666. Or, ce dont il est question, dans cette jurisprudence, n'est pas de prétendre imposer à tous, au même titre que la norme abstraite et générale est imposée au corps social, les pratiques sadomasochistes à l'ensemble des citoyens. Cela n'a jamais été dans l'intention des requérants, et s'il faut leur reconnaître une liberté particulière à pouvoir exercer ces activités, la même doit être reconnue à chacun de pouvoir justement les refuser. Mais, cette perception est complètement étrangère au raisonnement du juge, qui ne vise donc pas à discerner une activité mauvaise pour un individu, pris dans son existence concrète, mais une activité mauvaise en soi, comme si, en quelque sorte, le juge parvenait ainsi à saisir la chose-en-soi. Ce fantasme, car c'est bien de cela dont il s'agit, selon lequel la figure du juge pourrait ainsi s'abstraire de tout ce qui le constitue comme individu pour parvenir à un niveau de compréhension supérieur au commun, constitue bien la base du raisonnement juridique. Mais, appliqué à des matières dans lesquelles se trouve placée, en face de ce positionnement, l'intimité d'un justiciable, ce qui pouvait apparaître comme bénin dévoile les difficultés considérables que ce procédé met en œuvre.

²⁰⁷⁰ D. Lochak, « Le droit à l'épreuve des bonnes mœurs. Puissance et impuissance de la norme juridique », CURAPP, 1994, 445 pages, p. 15-53, ici p. 46-47.

²⁰⁷¹ S. Rials, *Le juge administratif français et la technique du standard*, Thèse pour le doctorat en droit, éd. L. G. D. J, coll. Bibliothèque de droit public, 1980, p. 71-72.

²⁰⁷² Il faut en effet attendre l'arrêt CourEDH, Dudgeon c. Royaume Uni, de 1981, pour que la Cour décide que l'homosexualité ne peut plus fonder une répression pénale entre adultes consentants, au titre de la morale. Sur ce point, cf. D. Lochak, la liberté sexuelle, une liberté (pas) comme les autres ?, in la liberté sexuelle, précité, p. 7-37, spécialement, p. 11 et p. 25-26.

1667. Il ne s'agit pas de remettre en cause l'institution judiciaire, ou le juge de manière abstraite, dans une critique qui manquerait nécessairement sa cible du fait d'un trop grand degré de généralité. Ce dont il est question ici consiste plutôt à montrer que si expertise du juge il y a, celle-ci ne saurait valoir comme un principe a priori, dans toutes les composantes du droit. En effet, le réel juridique est lui-même un amalgame de situations diverses : certaines présentent un haut degré de technicité, pour laquelle une formation spécifique, ainsi qu'une expérience particulière justifient pleinement la faculté laissée au juge de trancher de manière définitive le litige. Mais, d'autres domaines eux, ne mettent justement pas en cause la technique, au sens juridique. En effet, ce qui concerne par exemple la question de l'intimité sexuelle, à partir du moment où celle-ci est effectivement libre et que ce critère n'est pas remis en cause, ne dépend absolument pas d'une compétence ou d'un savoir technique spécifique. De ce point de vue, le juge ne se différencie guère d'un autre individu de même rang que lui. Cette idée se trouve parfaitement confirmée par le fait que l'utilisation faite par le juge des bonnes mœurs vise quasi systématiquement à rejeter la paternité de l'interprétation utilisée, en se retranchant vers le caractère consensuel, socialement accepté de la définition proposée²⁰⁷³. En somme, ce n'est pas le juge qui décide, c'est la société dont il se fait le relais.

1668. Ce point est bien spécifique aux questions sociales, et si le juge rend bien le droit au nom de la société, il ne prétend pas pour autant être autre chose que lui-même lorsqu'il exerce sa compétence dans les autres champs du droit. Or, cette référence à l'idée que l'interprétation n'est pas le fait du juge, mais un commandement du corps social, témoigne à notre sens de deux choses. La première, c'est que dans ces domaines, il est fait appel de manière directe, au consentement de la population pour fonder la validité de la solution de justice. Il s'agit ici véritablement d'une illustration du consentement comme sentir-avec, tant en raison du procédé que du fait que les matières concernées mobilisent assurément un au-delà du simple accord. La seconde conséquence, qui fait lien avec la première, peut être résumée de façon simple : si c'est bien la moyenne des citoyens qui est à l'origine de la décision, en ce que ce sont eux qui

²⁰⁷³ À ce titre, la définition de la moralité publique proposée par le commissaire du gouvernement Guldner dans ses conclusions sur l'arrêt Société nationale d'éditions cinématographiques (CE, 20 déc. 1957, *Rec. Lebon* p. 702) est exemplaire : «la moralité publique, c'est-à-dire le respect des idées morales communément admises à un moment donné par la moyenne des citoyens, est un des éléments du bon ordre », cité in D. Lochak, *Le droit à l'épreuve...*, précité, p. 34. Ce n'est donc pas le juge qui donne un sens à la norme, mais le corps social dont le juge se fait l'oracle.

donnent sens à la notion de bonnes mœurs, alors cela signifie que la décision n'est pas à proprement parler juridique.

En effet, si l'on admet l'idée selon laquelle le corps social ne dispose pas d'un savoir spécifique en matière juridique, faute d'une formation adéquate, alors cela implique que la notion juridique de « bonnes mœurs » n'est pas une qualification qui, dans un premier temps, repose sur des règles de droit. Aussi, dans cette hypothèse, ce qui fonde le jugement ou l'appréciation citoyenne est un jugement de valeur, sur la nature morale ou non de tel comportement. C'est donc un raisonnement simplement axiologique. Ce faisant, puisque le juge ne fait que prendre acte de cette opération qui le précède, alors la caractérisation du moral et de l'immoral, au regard des bonnes mœurs, est bien un jugement de valeur, et non un jugement de droit. Certes, les conséquences qui découleront de cette opération de classification seront juridiques, en ce que le juge appliquera le régime correspondant. Néanmoins, ce qui met le système en marche, et qui donc conditionne la possibilité d'application du régime, est bien une décision extrajuridique. On mesure ici à quel point on se trouve éloigné des postulats du positivisme dominant, qui prétend les valeurs exclues du champ du droit.

1669. Mais, ce procédé, pour convaincant qu'il soit en apparence, ne séduit pas entièrement. En effet, une telle opération ne serait valable, sur le plan logique, qu'à la condition que celui à la place duquel on prétend parler, ici le peuple, puisse faire effectivement valoir son consentement ou non avec la solution adoptée. Or, de ce point de vue, il n'existe aucune possibilité en ce sens. Les interprétations judiciaires ne peuvent faire l'objet d'un recours citoyen, ce qui risquerait de déstabiliser trop fortement l'édifice juridique.

1670. On le voit, le système paraît organisé pour empêcher l'expression authentique de la subjectivité, que celle-ci soit le fait d'un individu isolé, et de la signification qu'il attache à ses actes, ou d'une multitude de subjectivités dans l'hypothèse du corps social. La seule subjectivité appelée à demeurer, mais sans qu'elle se dévoile pour ce qu'elle est, est celle triomphante du juge. Cet escamotage du sujet, condamné à ne pouvoir être que ce référent abstrait doté d'une rationalité calculante, à défaut d'une sensibilité, se révèle donc dans toute sa vérité. Il ne s'agit pas ici de faire l'apologie de telle pratique, de considérer que tout serait immédiatement substituable, dans une vaste équivalence généralisée. Ce que nous voudrions

plutôt pointer du doigt, c'est le fait que, au-delà de l'appréciation individuelle que chacun peut porter sur ces comportements, il existe dans la sphère juridique un arbitraire de la qualification. Ceci ne serait pas nécessairement problématique si ce fait était porté à la connaissance des justiciables, qui dès lors, sauraient effectivement qu'ils ne peuvent pas prétendre à autre chose que ce que cet arbitraire détermine. Or, ceci n'est jamais présenté comme tel, et l'on ne cesse de prétendre que le processus de décision serait objectif, que le droit serait rigoureusement séparé d'un système de valeur, de telle sorte que, par une aspiration légitime, le justiciable peut effectivement prétendre à une liberté non bornée par des considérations morales. De même, ce qui interroge n'est pas tant la référence à la morale, aisément soupçonnée, que le lieu d'expression de cette morale. Car si le droit ne peut être pensé comme radicalement distinct d'un système de valeur, il n'en reste pas moins que la question du domaine d'influence et d'effectivité de ces valeurs est une autre question, qui demande elle aussi une investigation particulière.

Les questionnements ébauchés ici vont se retrouver avec une intensité particulière lors de l'examen de la façon dont le droit, dans sa forme contemporaine, entend régir la pratique sadomasochiste.

2 / L'affaire K.A et A.D c. Belgique : l'occasion d'une critique systématique du consentement et de la subjectivité

1671. L'affaire K.A et A.D a suscité un émoi considérable dans la doctrine, aussi bien en raison des faits narrés que de la solution de la CourEDH. On a ainsi voulu mesurer le caractère de revirement de cette jurisprudence, en considérant qu'il s'agissait d'un autre cas de sadomasochisme. Toutefois, cette dernière affirmation doit être mise en cause, ce que l'analyse précise des arguments judiciaires et doctrinaux permettra de souligner (a). Une fois encore, dans ces matières frontalières du consentement juridique, il est fait grand usage des émotions, mais qui ne visent encore ici qu'à accentuer l'horreur d'un comportement, et non à relier la subjectivité juridique et la subjectivité concrète (b).

a / Détermination du cadre du raisonnement et inventaire des arguments doctrinaux

1672. Cette affaire a semble-t-il heurtée plus profondément encore la conscience d'une partie de la doctrine. Il faut dire que la narration qui est faite des faits laisse entrevoir une intensité dans la souffrance qui ne peut qu'ébranler le lecteur. Celle-ci ayant déjà été reproduite dans le menu détail dans différents articles, nous ne la reprendrons pas ici. Cette jurisprudence a donné lieu à des commentaires abondants, qui une fois encore, séparent de manière assez tranchée la doctrine en deux camps opposés, opposition que nous étudierons plus loin.

1673. Simplement, un premier point mérite d'être abordé. On a voulu relier cet arrêt au sadomasochisme, du fait des allégations des requérants et de leur fréquentation de club sadomasochiste. De même, l'arrêt est riche d'enseignements sur la nature des pratiques, qui paraissent relever effectivement dans un premier temps de l'univers évoqué. Puis, une escalade dans l'intensité a lieu dans ces dernières, jusqu'à aboutir à la condamnation des deux requérants par la Cour d'Appel belge, condamnation confirmée par la Cour de cassation. Devant la CourEDH, les requérants seront également déboutés, au motif que « les poursuites engagées contre les requérants et leur condamnation étaient des mesures nécessaires dans une société démocratique à la protection des « droits et libertés d'autrui » au sens de l'article 8§2 de la Convention »²⁰⁷⁴.

1674. Toutefois, la qualification même de sadomasochisme doit être récusée. En effet, pour que celle-ci se justifie, il faut que l'ensemble des participants consente effectivement à leur participation. Or, cette dernière est le plus souvent encadrée par un ensemble de règles qui visent à prévenir les débordements éventuels. Aussi, loin d'être un lieu de violence aveugle, le sadomasochisme est en général assez fortement normé, et ne peut s'exercer effectivement que grâce à des règles dont la détermination appartient aux participants²⁰⁷⁵. C'est en ce sens que l'on a pu qualifier cette pratique comme une subversion du contrat, puisqu'il s'agit

²⁰⁷⁴ Affaire K.A. et A. D., précité, considérant n° 87.

²⁰⁷⁵ Ainsi, la règle dominante dans ce milieu est celle d'inspiration américaine, attribuée à David Stein, selon laquelle la pratique devrait s'inscrire sous la règle « safe, sane, consensual », parfois également appelée RACK pour Risk Aware Consensual Kink. Sur ce point, cf. G. Rubin, *Surveiller et jouir*, précité; Cf. également « Du droit au consentement – Sur quelques figures contemporaines du paternalisme, des sadomasochistes aux Témoins de Jéhovah », in *Raisons politiques*, 2012, n° 46, 222 pages, p. 79-94, spécialement p. 87 où l'auteur mentionne les travaux de Gayle Rubin et déclare ainsi que « ces mondes sont organisés par des règles bien plus précises, des Codes de bonnes pratiques bien plus explicites (et des sanctions sociales très fortes pour ceux qui ne les respectent pas) que ce qu'on rencontre dans la sexualité dite normale ».

d'emprunter la logique contractuelle pour la pousser jusqu'à son extrême limite²⁰⁷⁶. Or, dans l'affaire K.A. et A.D, rien de tel ne se rencontre, du moins dans la nature des pratiques qui ont effectivement emporté la condamnation des requérants. Loin de se plier à leur propre règle, et à l'utilisation du mot-sécurité par lequel il était convenu que tout devait cesser, les deux individus jugés ont complètement effacé cette protection dont bénéficiait la victime. Dès lors, il n'y a plus consentement, sous quelque forme que l'on se représente ce dernier, et il ne peut être question de sadomasochisme au sens d'une pratique sexuelle consensuelle. Il s'agit donc de violences sadiques, et l'on peut même s'interroger sur la pertinence de les qualifier de viol au titre du droit belge²⁰⁷⁷. Dès lors, si cette jurisprudence concerne le sadomasochisme, ce n'est que de manière incidente, par ricochet.

1675. Ensuite, l'arrêt de la Cour ne peut faire sens que si on le replace à la suite de l'arrêt *Pretty*²⁰⁷⁸, dans lequel la Cour a dégagé la notion d'autonomie personnelle, entendue comme « faculté pour chacun de mener sa vie comme il l'entend », qui peut de ce fait « inclure la possibilité de s'adonner à des activités perçues comme étant d'une nature physiquement ou moralement dommageables ou dangereuses pour sa personne »²⁰⁷⁹. Toutefois, la possibilité ainsi offerte n'exclut absolument pas l'intervention des États, qui ont le « le droit de contrôler, au travers de l'application du droit pénal général, les activités préjudiciables à la vie et à la sécurité d'autrui. Plus grave est le dommage encouru et plus grand est le poids dont pèseront dans la balance les considérations de santé et de sécurité publique face au principe concurrent de l'autonomie personnelle »²⁰⁸⁰. Aussi, quand bien même serait reconnue aux justiciables une capacité d'autodétermination, au travers de l'autonomie personnelle, il ne s'agit en aucune façon d'une liberté absolue qui ne connaîtrait aucune restriction.

²⁰⁷⁶ Cf. M. Naab, « Pénalisation du BDSM : des pratiques sexuelles condamnées par les juridictions nationales et européennes », in G. Delmas, S.-M. Maffesoli, S. Robbe (dir.), *Le traitement juridique du sexe*, éd. L'Harmattan, Coll. Press. Univ. De Sceaux, 2010, 185 pages, p. 83-99, spécialement p. 90-99, où l'auteur tente d'étudier la validité juridique d'un contrat de type BDSM ; Cf. également V. Poutrain, *Un corps sans limites : sadomasochisme et auto-appartenance*, Cités, 2005, n°1, p. 31-45 qui étudie également cette question, spécialement p. 33-39.

²⁰⁷⁷ En effet, l'article 375 du Code pénal belge en donne la définition suivante, dans son premier alinéa : « Tout acte de pénétration sexuelle, de quelque nature qu'il soit et par quelque moyen que ce soit, commis sur une personne qui n'y consent pas, constitue le crime de viol ».

²⁰⁷⁸ CourEDH, 29 avr. 2002, *Pretty c. Royaume-Uni*, req. n° 2346/02, RTDH 2002. 71, obs. O. de Schutter ; AJDA 2003. 1383, note B. Le Baut-Ferrarèse ; RTD civ. 2002. 482, obs. J. Hauser, et 858, obs. J.-P. Marguénaud ; RSC 2002. 645, obs. F. Massias ; D. 2002. IR. 1596.

²⁰⁷⁹ Arrêt *Pretty c. Royaume-Uni*, précité, considérant 62.

²⁰⁸⁰ Arrêt *Pretty c. Royaume-Uni*, précité, considérant 74.

1676. Ceci précisé, on observe les mêmes oppositions doctrinales, mais cette fois accentuées. Ceci s'explique par le fait que la Cour, même si elle a confirmé la condamnation des requérants, paraît dans son raisonnement avoir laissé une plus grande place au consentement, et donc à la possibilité d'en faire un fait justificatif à l'égard des violences. Le danger ne serait donc pas tant l'arrêt lui-même, que les conséquences dont celui-ci serait gros. Dans cette querelle, il est possible de retrouver au titre des opposants farouches le professeur Levinet²⁰⁸¹, le professeur Fabre-Magnan²⁰⁸², M. Edelman²⁰⁸³, tandis que le professeur Marguénaud²⁰⁸⁴ paraît lui beaucoup plus favorable à cette jurisprudence. Du côté des partisans de l'importance donnée au critère du consentement se trouvent le professeur Dreyer²⁰⁸⁵ ainsi que Madame le professeur Roman²⁰⁸⁶.

1677. Si l'on s'attarde quelque peu sur les arguments mobilisés par les détracteurs²⁰⁸⁷, il est possible de relever les éléments suivants. Premièrement, sous la plume du professeur Levinet, il est fait grief à la cour, à la différence de la jurisprudence Laskey, d'avoir recherché s'il y avait un consentement de la victime, tandis qu'auparavant elle ne s'était préoccupée que des atteintes à l'intégrité physique et à la santé. Dès lors, le recours au consentement apparaît problématique, en ce qu'il permettrait de rendre licites des pratiques qui ne sauraient l'être en tous les cas. À cela s'ajoute le fait que la dignité n'est pas évoquée, pas plus qu'elle n'est utilisée pour faire barrière au consentement. De plus, selon le même auteur, puisqu'il s'agit de pratiques sadiques, et que le sadisme ignore par définition le sujet-objet sur lequel il entend exercer son pouvoir²⁰⁸⁸, alors la question du consentement est au mieux inutile car absente de

²⁰⁸¹ Cf. par exemple M. Levinet, « La notion d'autonomie personnelle dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », *Droits*, 2009, n°49, p. 3-18, spécialement p. 16-18 ; Cf. également le débat opposant M. Levinet, F. Tulkens, J.-P. Marguénaud, M. Fabre-Magnan, « Controverse sur l'autonomie personnelle et la liberté du consentement », *Droits*, 2008, n°48, p. 3-58.

²⁰⁸² M. Fabre-Magnan, *Controverse...*, précité ; M. Fabre-Magnan, « Le sadisme n'est pas un droit de l'homme », *D.* 2005, p. 2973. Pour une critique plus générale de la notion d'autonomie personnelle, qui joue ici un rôle considérable, cf. M. Fabre-Magnan, « Le domaine de l'autonomie personnelle, indisponibilité du corps humain et justice sociale », *D.* 2008, chron. 35.

²⁰⁸³ B. Edelman, *Naissance de l'homme...*, précité, p. 126.

²⁰⁸⁴ J.-P. Marguénaud, *Controverse...*, précité ; J.-P. Marguénaud, « Sadisme, masochisme et autonomie personnelle », in O. Dubois, J.-P. Marguénaud (dir.), *Sexe, sexualité et droit européens : enjeux politiques et scientifiques des libertés individuelles*, Pédone, 2007, 156 pages ; J.-P. Marguénaud, « Sadisme et autonomie personnelle », note sous CourEDH, 17 févr. 2005, K.A. et A. D, c. Belgique, précité.

²⁰⁸⁵ E. Dreyer, « La dignité opposée à la personne », *D.* 2008, p. 2730, version électronique, p. 7.

²⁰⁸⁶ D. Roman, « Le corps a-t-il des droits... », précité ; D. Roman, « « A corps défendant ». La protection de l'individu contre lui-même », *D.* 2007, n°19, p. 1284.

²⁰⁸⁷ Pour les besoins de la démonstration, nous utiliserons le débat « Controverse sur l'autonomie personnelle... », précité, qui a le mérite de présenter un condensé des arguments des opposants.

²⁰⁸⁸ Sur ce point, cf. par exemple : M. Marzano, A. Milon, « Le corps transgressé : du consentement au souci de

l'esprit de l'auteur des violences. Toutefois, immédiatement après, l'auteur relève qu'il est possible que la victime ait consenti au dommage, et que ce faisant, la question du consentement ne pouvait être aussi facilement balayée que ce qu'a fait la Cour.

Selon le professeur Fabre-Magnan, dans son premier article, la Cour par le jeu du critère de l'autonomie personnelle, et du consentement comme fait justificatif, aurait consacré un véritable droit au sadisme²⁰⁸⁹. Ce faisant, selon elle, la Cour aurait potentiellement ouvert la porte aux « actes et tortures les plus divers, et même pourquoi pas le meurtre » puisqu'il suffirait désormais de justifier que ces actes sont effectués dans un but d'excitation sexuelle. Il est fait également référence aux nazis²⁰⁹⁰, à l'excision et à la polygamie qui se verraient justifiées par le recours au consentement, qui est de toute façon toujours fragile²⁰⁹¹, ainsi que de la possibilité, par le jeu du consentement, de faire sauter le verrou de l'appréciation non monétaire des usages du corps²⁰⁹². Au final, c'est bien la dignité de la personne humaine que la Cour aurait méconnue, et avec elle, l'humanité tout entière, puisque l'on ne saurait admettre que « torturer et humilier une femme est un droit de l'homme »²⁰⁹³. Dans une contribution ultérieure²⁰⁹⁴, les arguments sont à peu près les mêmes, à ceci près qu'une charge plus violente est adressée au principe même du consentement, à son caractère libre et éclairé dans l'espèce²⁰⁹⁵.

1678. S'agissant des partisans, le professeur Dreyer récuse radicalement l'idée que l'on pourrait voir dans cette solution un quelconque droit au sadisme, et souligne que la Cour a préféré recourir, de manière opportune selon lui, au consentement plutôt qu'à la dignité pour fonder sa décision. Le professeur Roman, quant à elle, s'attarde davantage sur le fait que cette décision s'inscrit dans un mouvement de reconnaissance tant de la liberté sexuelle, que de l'autonomie personnelle. Dès lors, il existerait une forme « d'égalité des orientations

soi », in D. Borillo, D. Lochak (dir.), *La liberté sexuelle*, précité, p. 107-130, spécialement p. 121-122.

²⁰⁸⁹ M. Fabre-Magna, « *Le sadisme...* », précité, p. 5 : « Au nom du droit au respect de la vie privée, ce qu'a finalement entériné la Cour, c'est un droit de frapper et blesser autrui dans un but de jouissance sexuelle, donc ce qu'on pourrait appeler un « droit au sadisme », qui deviendrait même un droit de l'homme puisque la Cour le déduit de l'article 8 de la Convention ».

²⁰⁹⁰ M. Fabre-Magnan, *ibid.* : « Ceux qui, au lendemain des horreurs nazies, ont œuvré pour le développement des droits de l'homme, seraient sans aucun doute consternés devant le retournement ainsi cautionné par la Cour européenne, et devant un tel détournement des droits de l'homme ».

²⁰⁹¹ M. Fabre-Magnan, précité, p. 7.

²⁰⁹² M. Fabre-Magnan, précité, p. 8.

²⁰⁹³ M. Fabre-Magnan, précité, p. 11-12.

²⁰⁹⁴ On fait ici allusion au débat évoqué précédemment : « Controverse sur l'autonomie personnelle et la liberté du consentement.. », précité.

²⁰⁹⁵ M. Fabre-Magnan, « Controverse... », précité, p. 28-30.

sexuelles » devant le droit, conséquence d'une neutralité éthique propre à l'État libéral, même si celle-ci est encore imparfaite dans le domaine sexuel et au-delà.

b / L'utilisation des émotions dans le discours doctrinal pour asseoir l'argumentation

1679. On le voit, l'opposition et les arguments avancés sont assez classiques, et soulèvent les questionnements habituels concernant l'autonomie, la dignité et la libre disposition de soi. Toutefois, et de manière analogue à ce que nous avons pu évoquer s'agissant de la jurisprudence Morsang-sur-Orge, ou de l'arrêt Laskey, le choix de termes particuliers, appelés à colorer les faits de leur puissance évocatrice, est ici manifeste. Ainsi, l'article²⁰⁹⁶ du Professeur Marguénaud sur l'arrêt K.A et A.D s'ouvre sur une mise en garde introductive, qui évoque des faits d'une « gravité inhabituelle », un « devoir d'alerte » à l'égard du lecteur qui pourra donc « choisir en toute connaissance de cause de les éviter ou de s'y reporter directement... ». Puis, il est question de « comparses lubriques », et d'un « médecin et d'un magistrat indignes ». Ceci est encore plus explicite chez le professeur Fabre-Magnan, qui évoque dans son premier article la « perversion », la « barbarie », « des actes de torture », « un véritable supplice », le fait de « hurler de douleur », de se faire « martyriser », les « femmes battues au domicile privé », des « pratiques sadomasochistes barbares », et de « l'humiliation ». Puis, dans le débat sur le même thème, il est fait appel au caractère « inquiétant », à un « concept insensé de la liberté individuelle », à « des actes immoraux », « la polygamie », « la contrainte », « l'injustice », le « meurtre », la possible « légalisation de relations incestueuses consenties », le « cannibalisme », la « marchandisation », les « faibles face aux forts », etc.

Une situation similaire peut s'observer, de manière moins marquée, chez le professeur Levinet, qui souligne également une « béance extrêmement inquiétante », des « pratiques abominables », la « barbarie », « des actes aussi répugnants », « l'ignominie », etc. Ce type de vocabulaire est bien souvent absent des chroniques favorables à cette jurisprudence, et l'on trouve seulement évoquer des pratiques « ultra violentes » chez le professeur Roman²⁰⁹⁷.

²⁰⁹⁶ J.-P. Marguénaud, « Sadomasochisme et autonomie personnelle... », précité.

²⁰⁹⁷ D. Roman, « Le corps a-t-il des droits que le droit ne connaît pas ? ... », précité, p. 1.

1680. Cet inventaire a pour but de mettre en lumière comment, tout comme dans l'affaire Morsang-sur-Orge, puis Laskey, le recours à un type de vocabulaire précis vise à faire impression sur le lecteur, de telle façon que sa conviction soit emportée. En effet, à lire les choses de manière littérale, ne pas souscrire à certaines positions évoquées, c'est donc être favorable à la torture, à l'humiliation, au nazisme, etc. Ceci ne laisse donc guère de place à la discussion, en ce que le point de vue opposé se trouve immédiatement disqualifié. Mais, à ceci s'ajoute un élément encore plus déterminant pour notre recherche, puisque se trouve confirmée ici l'idée selon laquelle la thématique de la dignité n'est compréhensible que si l'on incorpore une dimension sensible et subjective dans le raisonnement. En effet, comment ne pas constater que des mots si forts dans ce qu'ils évoquent, dans leur connotation, en appellent certes à la raison, mais également au sentiment. En effet, le lecteur ne peut que se sentir directement interpellé, soit en raison de l'indignation que de tels qualificatifs suggèrent, soit du fait d'une empathie, pour ne pas dire une forme de pitié rousseauiste pour la victime de ces actions. Le contraire serait en effet surprenant, et supposer qu'un lecteur puisse rester de marbre face aussi bien à la description des faits, qu'à la manière dont une part de la doctrine les qualifie, interrogerait directement sur la propre capacité émotionnelle de ce sujet.

1681. Certes, il est également fait appel à la raison, ne serait-ce que par le biais des argumentations développées, qui nécessitent de manière inévitable la mise à profit de capacités intellectuelles. Mais, le choix des comparaisons (nazisme, cannibalisme, femmes battues, etc.) vise nécessairement à provoquer un choc chez le récepteur du discours, un choc qui dépasse largement le cadre de la raison, sauf à déclarer cette dernière propre à ressentir des émotions par elle-même. Aussi, soit on considère la raison dans la perspective tracée par l'économie, que l'on ramène ainsi à une machine à calculer des intérêts individuels et éventuellement collectifs ; soit, on considère la raison comme apte à déterminer le bon et le juste, mais cette détermination n'est en aucune façon exclusive²⁰⁹⁸ à la fois de jugement de valeur, et d'un recours à la sensibilité et aux émotions. Dès lors, cette part importante de la subjectivité est mobilisée par la doctrine pour faire comprendre son propos, et susciter l'adhésion, mais ne devrait pas pour autant être utilisée par le justiciable à l'occasion du procès ? Ce paradoxe ne paraît guère compréhensible en l'état, sauf à considérer une

²⁰⁹⁸ Elle suppose même, à vrai dire, une détermination axiologique et sensible du bon.

disjonction entre la compréhension des faits de l'espèce, et la description des faits par le principal concerné qui cette fois, devrait se faire sans appui de la sensibilité.

1682. Si l'on examine ensuite les arguments développés, non pas tant à l'égard de la décision que des conséquences dont elle serait porteuse, alors une difficulté supplémentaire intervient. À côté des arguments traditionnels relatifs à la moralité et à la dignité, invoqués ici encore au titre d'un principe limitant, c'est sur le versant du consentement que le problème se fait jour.

En effet, il est ainsi fait grief à la Cour de ne pas s'être exprimée sur la nature même de l'activité sadomasochiste, en se réfugiant derrière le consentement, tandis qu'elle a dans d'autres circonstances fait preuve de moins de retenue, par exemple s'agissant du voile islamique²⁰⁹⁹. L'argument est convaincant, mais ne résiste pas à l'analyse, et dénote effectivement une forme de gêne de la part de la Cour. Néanmoins, il n'est aucunement généralisable, car on ne voit pas pourquoi il ne pourrait pas jouer dans d'autres domaines : pourquoi alors ne devrait-il pas également s'appliquer en matière de convictions religieuses, s'agissant par exemple du baptême ou de la circoncision²¹⁰⁰ ? Ce dont il est question n'est donc pas le consentement à proprement parler, mais l'appréciation morale qu'il est possible de porter sur certains comportements ou pratiques²¹⁰¹.

3 / Contrôle objectif, motifs subjectifs : des critiques qui dépassent très largement leur objet

1683. À l'occasion de la confrontation entre contrôle objectif et motifs subjectifs, des critiques vont être formulées à l'égard du consentement, sans que pour autant toutes les conséquences soient tirées de telles propositions (a). Ce faisant, on verra à quel point le discours est sous-tendu par l'idée de subjectivités concurrentes à l'importance variable (b).

²⁰⁹⁹ M. Levinet, « Controverse... », précité, p. 11.

²¹⁰⁰ Sur ce point, cf. *infra*. Partie II, Titre II, Chapitre 3, Section 2, §1.

²¹⁰¹ Le professeur Levinet s'oppose ainsi au fait que la Cour n'a pas disqualifié, au titre de la dignité humaine, la pratique même de la prostitution. Sur ce point, cf. M. Levinet, « Controverse... », précité, p. 36-37.

1684. Ceci est encore plus juste si l'on étudie l'argumentation du professeur Fabre-Magnan. En plus de l'argument moral, cette dernière s'appuie sur l'idée qu'elle entend critiquer selon laquelle dans certains cas (polygamie, port du voile islamique), il serait possible d'interdire ces pratiques malgré le consentement revendiqué, tandis que s'agissait du sadomasochisme, ce serait impossible. Il y a effectivement ici une dissymétrie, que l'auteur appelle « deux poids deux mesures », mais que l'on peut tout à fait retourner. En effet, on pourrait parfaitement penser que, comme dans le sadomasochisme, il n'est pas possible de porter une appréciation à caractère moral sur les pratiques considérées lorsque celles-ci ne sont pas déjà interdites par la loi. Aussi, l'argumentation de M. Fabre-Magnan ne vise donc pas tant à réduire la liste des interdictions qu'à l'allonger. De façon analogue, les questionnements relatifs au contrôle du consentement, ici mis en doute au motif que « cette dame avait sous doute ingurgité également des litres de bière »²¹⁰², n'emportent pas l'adhésion. Il est ainsi fait mention de la nécessaire recherche d'une « qualité du consentement », recherche que la Cour n'aurait pas effectuée convenablement²¹⁰³. Dès lors, au vu des difficultés posées par l'appréciation du caractère « libre et éclairé » du consentement, il serait préférable de recourir à un « contrôle objectif des actes » plutôt qu'un « contrôle du consentement ». En effet, « contrôler l'intention des actes signifie en outre que l'on va s'ériger en juge des mobiles. Le droit s'engouffre alors dans un subjectivisme qui est en outre d'une grande naïveté d'un point de vue anthropologique : l'individu n'est déjà pas transparent à lui-même ; il ne le sera pas davantage à l'État et aux juges »²¹⁰⁴. Sont alors cités les cas des mères porteuses, dont il serait difficile d'apprécier la réalité du consentement, de même pour les prostitués ou la vente d'organes, etc. Ce faisant, et par le jeu de l'autonomie personnelle alliée au consentement, on mettrait « les faibles à disposition des forts, les pauvres au service des riches »²¹⁰⁵.

1685. Une telle description est en effet hautement inquiétante, mais passe à complètement à côté, selon nous, de l'objectif visé. Ceci tient à ce que l'auteur ne tire pas les conséquences de ce qu'elle affirme elle-même. Les doutes exprimés à l'égard du consentement sont tout à fait

²¹⁰² M. Fabre-Magnan, « Controverse... », précité, p. 29.

²¹⁰³ M. Fabre-Magnan, « Controverse... », p. 42.

²¹⁰⁴ M. Fabre-Magnan, « Controverse... », p. 42-45.

²¹⁰⁵ M. Fabre-Magnan, « Controverse... », p. 45.

justes, et tiennent à la nature même du concept, et au lien que celui-ci entretient avec le for intérieur. C'est en ce sens que l'on peut effectivement constater, dans la pratique juridique, une différence entre un consentement et un accord, comme nous l'avons montré auparavant. Toutefois, s'il s'agit de prendre véritablement au sérieux les arguments employés par Mme Fabre-Magnan, alors c'est le consentement en lui-même qu'il faut abolir, puisque ces difficultés se retrouvent dans tous les domaines d'utilisation du terme. Dès lors, il faut abattre toute la théorie contractuelle et une partie de la théorie des obligations si cette notion s'avère à ce point redoutable. Or, on remarque que ce n'est absolument pas l'intention de l'auteur, qui entend simplement lui faire cesser de jouer un rôle dans ce domaine précis. Mais, le problème survient en ce que les arguments mobilisés pour ce faire ne sont pas spécifiques à la situation, mais propres au terme de consentement ! Dès lors, la démonstration est à ce point convaincante, qu'elle aboutit en réalité à faire disparaître totalement le consentement !

1686. Il en va de même si l'on fait retour à l'idée selon laquelle le consentement pourrait être mis en doute à raison d'une consommation d'alcool par la victime. Mais, une fois encore, si on doit suivre cet argument, cela implique au moins une chose : tout rapport sexuel qui a été précédé d'une ingestion d'alcool doit être remis en cause, et le consentement avec lui. Il n'est donc plus possible à quiconque d'avoir une sexualité dans ces conditions. Mais comment faire en pratique ? Y-a-t'il un quantum d'alcool qui permet de faire tomber la validité du consentement ? La partie qui a consommé doit-elle nécessairement en avertir celui avec qui la possibilité d'une relation sexuelle existe ? On le voit, un tel argument, loin d'être libérateur, ne produit en réalité qu'une conséquence : juridiciser encore davantage les rapports intersubjectifs, et ainsi accroître la sphère de pouvoir du juge. Si l'on élimine donc le consentement dans cette matière, comment alors le droit pourra-t-il distinguer la sexualité licite de la violence à caractère sexuel ? En réalité, se trouve ici révélée une difficulté de la doctrine française à penser la temporalité conjuguée au consentement, c'est-à-dire à penser la variabilité du terme²¹⁰⁶. Du fait de l'empreinte contractuelle, on suppose en quelque sorte le consentement définitif. Mais ici, s'il y avait consentement au début, il a totalement disparu par la suite. C'est cela le point crucial, trop peu interrogé : comment juridiquement construire un dispositif à même de rendre compte de ce caractère mouvant du consentement, c'est-à-dire d'un consentement qui ne serait pas donné une fois pour toutes ? Or, de ce point de vue,

²¹⁰⁶ Cf. par ex. dans le domaine de la bioéthique F. Bellivier, « Le droit de retrait en bioéthique sur la voie de l'émancipation », in *Droits*, 2008, n°48, p. 131-146.

l'appréhension juridique du sexuel offre un cadre de raisonnement tout à fait propice sur ce point.

1687. Ensuite, le troc proposé, qui consiste à substituer au contrôle des motifs, jugés inacceptables²¹⁰⁷ car ouvrant la voie à un subjectivisme naïf, un contrôle objectif de l'acte considéré est aussi peu convaincant. Premièrement, apparaît ici de manière manifeste la crainte attachée à la subjectivité, qui serait ainsi capable de subvertir, voire de détourner les droits de l'homme au profit de ses désirs éventuellement pervers. Mais, qui donc va effectuer ce contrôle objectif, si ce n'est d'autres subjectivités, cette fois jugées acceptables sans que l'on sache pourquoi ? Peut-être faut-il entendre par l'objectivité le fait de recourir à une appréciation par des personnes qui ne sont pas elles-mêmes sadomasochistes. Or, puisque par définition, une telle compréhension est impossible et moralement douteuse²¹⁰⁸, alors l'idée est bien que seule l'interdiction peut prospérer. De plus, pourquoi et comment le juge et la doctrine pourraient être davantage objectifs sur cette appréciation que le requérant éventuel ? Quelles qualités présentent-ils pour cela ? De cela il n'en est pas fait mention. Mais, plus largement, qu'est-ce donc qu'un contrôle objectif ? Dans quelle mesure est-ce que l'appréciation des motifs subjectifs ne peut-elle pas également se faire objectivement ? C'est en ce sens que l'on peut ici mesurer à quel point contrôle objectif s'oppose ici non pas à contrôle subjectif, mais à la subjectivité elle-même. Ce qu'il s'agit de maintenir le plus possible en dehors du prétoire, et du raisonnement juridique, c'est bien la subjectivité des requérants, qui devrait ainsi laisser place à l'objectivité du savant, dans la personne du juge ou de la doctrine.

Pourtant, cette idée semble devoir être dénoncée, puisque de l'aveu même de l'auteur, quelques pages plus loin²¹⁰⁹, il n'y a pas d'objectivité, mais seulement une subjectivité consciente d'elle-même, formule empruntée au professeur Atias. Dès lors, dans quelle mesure l'objectivité pourrait-elle être utilisable en pratique, et surtout, éviterait les problèmes

²¹⁰⁷ Ce qui est d'autant plus étonnant dans l'argumentaire du professeur Fabre-Magnan, puisque cette dernière ne cesse de souligner la nécessaire intervention du droit pénal en la matière, au titre de la protection de la personne et de l'intégrité physique. Or, le droit pénal est par définition le lieu de rencontre de l'élément matériel de l'infraction, mais également de l'élément moral. Or, la recherche de ce dernier passe inévitablement par un contrôle des motifs et de l'intention, ce qui n'est pas remis en cause ici.

²¹⁰⁸ En effet, généraliser ce positionnement mène à des situations assez délicates sur le plan moral : doit-on faire apprécier la validité morale de la sexualité hétérosexuelle par des personnes homosexuelles ? Faire en sorte que dans les cas de discrimination par le genre ou par l'ethnie, les juges ne soient pas eux-mêmes de du genre ou de l'ethnie considérée, afin d'être objectifs ?

²¹⁰⁹ M. Fabre-Magnan, « Controverse... », précité, p. 56.

spécifiques posés par la subjectivité ?

b / Des subjectivités d'importance variable dans le discours doctrinal

1688. Une fois encore, ce dont il est question est bien le fait que certaines subjectivités sont moins problématiques que d'autres, pour des raisons qui demeurent néanmoins mystérieuses. Plus largement, on peut s'interroger sur ce qui différencierait une appréciation subjective et une appréciation objective du sadomasochisme ? Est-ce à dire que dans la seconde hypothèse, on déconnecterait complètement les pratiques étudiées de la recherche du plaisir sexuel, pour les apprécier dans leur seule matérialité ? Mais, un tel raisonnement produit des conséquences redoutables : appréciée objectivement, qu'est-ce qui différencie par exemple la violence que l'on inflige pour se défendre, et la violence qu'on inflige dans le but d'agresser ? Dans les deux hypothèses, le regard porté sur les actes purs est identique, puisqu'ils sont dans les deux hypothèses des manifestations de violence. Pourtant, l'un se différencie radicalement de l'autre, en raison justement des mobiles et motifs qui le déterminent. De manière analogue, que pourrait donner par exemple l'appréciation objective de sports de combat, tels par exemple la boxe ? Objectivement, il ne s'agit que de coups échangés entre des participants, sans raison particulière. Ce n'est que grâce à l'introduction de l'intention des participants qu'il est possible de comprendre réellement ce qui les motive à agir en ce sens.

1689. On le voit, les difficultés sont assez considérables, et paraissent orienter la réflexion dans un sens : l'appréciation objective vise, comme dans la perspective kantienne, à dépasser le point de vue de l'individu pour se faire législateur universel. Mais, on a vu chez Kant que cette appréciation objective aboutit chez lui à récuser par exemple le mensonge de manière générale, même lorsqu'il permet de sauver la vie de quelqu'un²¹¹⁰. Il semble douteux que le droit sorte grandi d'une telle généralisation.

1690. Enfin, l'argument selon lequel l'autonomie personnelle alliée au consentement aboutirait à mettre les faibles au service des forts, et les pauvres à disposition des riches, est probablement celui qui est le moins convaincant. En effet, comment comprendre que la critique de l'auteur se limite ainsi exclusivement au sadomasochisme, alors que cette

²¹¹⁰ Sur ce point, cf. *supra*. Partie I, Titre II, Chapitre 2, Section 1, § 1.

dissymétrie entre les parties est un des problèmes récurrents de la logique contractuelle, et ce depuis le XIX^e siècle. La position égalitaire des parties aux contrats est un mythe, qui repose sur une forme d'abstraction des contractants qui ainsi dépouillés de leurs attributs respectifs, en arrivent effectivement à être égaux le temps d'une expérience de pensée. Mais, il n'en reste pas moins que, dans la matérialité de leurs existences, les parties ne sont souvent pas égales. À ce titre, le contrat de travail met très fréquemment face à face des pauvres et des riches, de la même façon que le droit de la consommation organise la rencontre du faible et du fort, en tentant d'en ménager les effets les plus pervers²¹¹¹. Aussi, si cette critique est pertinente, et que l'on peut en tirer les conséquences nécessaires, alors c'est probablement le principe même du contrat qui risque de disparaître.

1691. Aussi, pour conclure sur ce thème, l'appréciation critique faite par la doctrine des jurisprudences évoquées trahit selon nous une inquiétude par rapport à la subjectivité, et à ses débordements éventuels. Dès lors, le consentement, en tant qu'outil permettant de faire valoir ses préférences subjectives est interrogé, critiqué, et même désavoué avec l'aide d'arguments qui dépassent de loin la seule question du sadomasochisme. Or, puisqu'il n'est a priori pas dans l'intention de ces auteurs de réviser totalement la théorie des obligations, et d'abolir le consentement de manière générale, alors cela implique que ce n'est pas le consentement qui pose véritablement problème, mais davantage le fait que l'on puisse consentir à ces pratiques. En réalité, le consentement ne sert ici que de voie d'accès à une critique à caractère moral sur la nature même de ces activités, que l'on cherche à faire interdire. Il y aurait donc des consentements acceptables, quand bien même ils mettraient en scène certaines des critiques évoquées (forts et faibles, riches et pauvres), et d'autres qui le seraient moins, du fait du domaine dans lequel il s'exerce. Que certains abus soient tolérables, et d'autres non, voilà matière à réflexion pour une doctrine qui se revendique de l'inspiration kantienne et de son principe d'universalisation !

1692. Dès lors, au-delà du fait que ces matières témoignent de ce que la généralisation du concept de consentement, et avec elle, l'appréhension contractuelle des relations

²¹¹¹ V. Poutrain, « Un corps sans limites... », précité, p. 45 : « Les relations BDSM sont hétérogènes et ne diffèrent en rien de n'importe quel autre type de relation. On y trouve, comme partout ailleurs, des mécanismes de domination et d'appropriation de l'autre. Cependant, elles sont aussi l'endroit où un véritable échange peut s'observer. Ainsi, elles ne constituent pas plus que d'autres une entorse au respect des personnes ».

intersubjectives posent comme difficultés spécifiques, le consentement apparaît comme le parent pauvre de la réflexion. Certes, on l'évoque et le cite, mais sans jamais fournir de définition permettant de l'apprécier effectivement. Il est ainsi fait allusion à son caractère libre, éclairé, autant de qualificatifs qui visent à le préciser, mais qui dépendent néanmoins d'une définition au principal qui fait ici défaut. Car au fond, c'est la question du consentement à un objet variable qui est étudiée, mais non celle du consentir, c'est-à-dire indépendamment de sa relation objectale. Or, ce n'est qu'une fois admise une certaine définition du concept, qu'il est possible de comprendre la relation qu'il entretient avec les objets auxquels il se lie. Ici, le consentement comme sentir-avec permet de comprendre qu'il ne s'agit pas simplement d'un accord qui se voudrait exclusivement rationnel, mais qu'il est également investi pulsionnellement, ce qui implique une appréciation particulière.

1693. Or, c'est bien la question du désir, et de sa place dans le droit, qui est ici mise en lumière et qui paraît susciter l'essentiel des critiques²¹¹². Il est en effet particulièrement ardu à quelqu'un qui n'est pas inscrit dans ce type de pratiques de comprendre ce qui peut motiver une telle recherche, et la satisfaction qui en découle. Le désir a justement ceci de particulier qu'il n'est pas directement transposable d'un individu à l'autre. Cela ne signifie pas que tout doit être autorisé au regard de ce motif, ce que ne dit de toute façon pas la Cour elle-même dans les deux arrêts étudiés. Les limites sont, et demeurent nécessaires. Néanmoins, la détermination de lieux dans lesquelles elles doivent avoir cours ne peut se passer d'une justification sérieuse, au prétexte que le désir en lui-même serait à exclure du droit. Car il faut ici se rappeler la belle formule de Pierre Legendre selon laquelle « nul ne peut rêver à la place d'un autre ».

Nous pouvons alors aborder l'étude de cette notion que nous avons aperçue dans de nombreux domaines d'expressions du droit, et qui paraît accompagner la marche du consentement, non pas tant pour le soutenir, que pour jouer le rôle d'une butée pour le désir. Nous allons donc essayer de caractériser avec davantage de précision ce qu'il est possible de dire du lien entre consentement, subjectivité, et dignité de la personne humaine.

²¹¹² À ce titre, l'article de M. Edelman, « Naissance de l'homme sadien... », précité, est topique de cette crainte. Ainsi, sa première partie s'intitule « l'entrée du désir dans le droit », pour ensuite évoquer, dans sa deuxième partie « le suicide du droit ». Que l'un mène à l'autre en dit long sur l'appréhension de l'auteur à l'égard du désir subjectif.

§2 : Dignité et consentement : la négation de la subjectivité

1694. Un autre apport majeur de ces jurisprudences, et particulièrement de celle de Morsang-sur-Orge, commentée de manière particulièrement abondante, réside dans l'utilisation par le juge du concept de dignité de la personne humaine, qui fait ainsi son entrée dans le droit administratif général. À côté de la moralité publique, vient désormais se loger la dignité comme composante de l'ordre public.

Toutefois, ce qui va nous intéresser ici n'est pas tant la dignité en elle-même que la manière dont elle va être mobilisée par le juge et la doctrine, et ce en lien avec la problématique de la subjectivité. Toutefois, avant d'aborder spécifiquement cette question, il est nécessaire de revenir quelques instants sur la dignité en elle-même, en tant que catégorie juridique (A).

Constatant l'absence de définition dont elle fait preuve, la dignité pose de redoutables difficultés sur le plan logique, ce que la transcription pure et simple d'un concept philosophique pouvait suggérer (B).

Enfin, l'utilisation qui en est faite traduit deux points fondamentaux : le premier est qu'elle a vocation à permettre de dresser une barrière devant les prétentions de la subjectivité ; le second est qu'elle manifeste la place latente conférée aux émotions comme support du discours juridique (C).

A / La dignité juridique : une fondation incertaine résultant d'une interprétation partielle

1695. La dignité en tant que concept juridique est déjà un paradoxe en soi : bien qu'elle soit d'apparition fort récente dans le discours doctrinal, elle est pourtant présentée comme ayant toujours existé, manifestant ainsi une forme de falsification historique qui n'est pas sans rappeler ce que nous avons rencontré au sujet du mythe de l'autonomie de la volonté (1). Qui plus, elle est le produit d'une lecture idéologiquement orientée, mais surtout partielle et lacunaire de la pensée kantienne (2).

1696. Premièrement, le déroulement même de cette création-émergence n'est pas sans rappeler ce qui a déjà été étudié concernant la théorie de l'autonomie de la volonté. De manière logique, avant que l'expression n'émerge, on ne peut la retrouver dans le discours de la doctrine²¹¹³. Mais, une fois celle-ci apparue, voilà qu'elle fleurit partout, et surtout, qu'il est prétendu qu'elle a en fait toujours été là, même dissimulée. Il en va de l'autonomie de la volonté comme de la dignité : avant d'exister en tant que principe à valeur constitutionnelle, puis de faire son entrée dans les éléments constitutifs de l'ordre public, la dignité est peu ou prou absente. Mais, une fois qu'elle se voit consacrée, la doctrine ne semble voir plus qu'elle, la décelant là où hier encore elle n'était pas, en trouvant des manifestations toutes plus nombreuses les unes que les autres. Cette opération qui paraît relever de l'illusion rétrospective est restée relativement peu critiquée, et l'on ne s'étonna guère de pouvoir à la fois affirmer qu'un tel principe pouvait être, par exemple, « matriciel »²¹¹⁴ des droits fondamentaux selon l'expression du professeur Mathieu, sans que pour autant on n'ait jamais jugé utile de l'évoquer auparavant²¹¹⁵. Cette assertion paraît d'autant plus étonnante si on la rapporte à l'utilisation faite par le juge de ce concept dans la jurisprudence, qui apparaît comme l'image inversée de l'importance conférée. Quoi qu'il en soit, la dignité juridique a donné lieu à de très nombreux commentaires doctrinaux en France²¹¹⁶ comme à l'étranger²¹¹⁷.

²¹¹³ Qu'il faut ici distinguer du travail plus spécifiquement historique, puisque cette question de la dignité avait déjà été étudiée par d'autres auteurs, comme par exemple Kantorowicz, cf. E. Kantorowicz, *Les Deux Corps du Roi – théologie politique au Moyen-Âge*, éd. Gallimard, coll. Bibliothèque des Histoires, éd. 1989, 640 pages.

²¹¹⁴ B. Mathieu, « Pour une reconnaissance des principes matriciels en matière de protection de protection constitutionnelle des droits de l'homme », *D.* 1995, p. 211 : « Le droit à la dignité est la matrice d'un certain nombre de garanties qui formellement sont légales, mais dont la protection est nécessaire pour assurer le respect du principe lui-même ». Dans le même sens, cf. L. Weil, « La dignité de la personne humaine en droit administratif », in M.-L. Pavia, T. Revet (dir.), *La dignité de la personne humaine*, éd. Economica, coll. Études Juridiques, 1999, 183 pages, p. 85-106, qui déclare p. 85 : « La dignité est à la personne humaine en droit administratif ce que l'intérêt général est à l'Administration, à savoir sa substance même » ou p. 92 : « la dignité est en conséquence au principe de tous les principes ».

²¹¹⁵ À ce sujet, cf. X. Bioy, thèse précitée, p. 774 et s.

²¹¹⁶ La liste fournie ici n'est pas exhaustive, mais correspond seulement aux articles et ouvrages que nous avons consultés, et qui traitent spécifiquement de la dignité : B. Mathieu, « Pour une reconnaissance... », précité ; B. Mathieu, « La dignité de la personne humaine : quel droit ? quel titulaire ? », *D.* 1996, p. 282 ; B. Edelman, « La dignité de la personne humaine, un concept nouveau », *D.* 1997, p. 185 et s. ; J.-P. Théron, « Dignité et libertés. Propos sur une jurisprudence contestable », in *Études offertes à Jacques Mourgeon*, éd. Bruylant, 1999, p. 295 ; M.-L. Pavia, « La portée de la constitutionnalisation du principe de dignité de la personne humaine », in B. Mathieu, M. Verpeaux (dir.), *La constitutionnalisation des branches du droit*, éd. Economica, 1998, p. 133 et s. ; V. Saint-James, « Réflexions sur la dignité de l'être humain en tant que concept juridique du droit français », *D.* 1997, p. 61 ; B. Maurer, « Le principe de respect de la dignité humaine et la Convention européenne des droits de l'homme », Paris, *La documentation française*, 1999 ; G. Lebreton, « Les ambiguïtés du droit français à l'égard

S'opposent ainsi les partisans du concept, pour qui ce dernier incarne un rempart contre une subjectivité tyrannique, tandis que les autres regrettent son indétermination et son potentiel liberticide²¹¹⁸.

1697. Le point le plus déterminant, pour notre étude, touche au fait que le concept de dignité est utilisé pour la première fois dans une affaire qui met en cause, directement, la notion de

de la dignité de la personne humaine », in *Droit constitutionnel - Mélanges Patrice Gélard*, L.G.D.J, 1999, 520 pages, p. 53 et s. ; F. Borella, « Le concept de dignité de la personne humaine », in *Éthique, droit et dignité de la personne. Mélanges C. Bolze*, Economica, Paris, 1999, p. 29-38 ; S. Guillen, « Dignité de la personne humaine et police administrative. Essai sur l'ambivalence du standard », in *Éthique, droit et dignité...*, précité, p. 75 et s. ; M.-L. Pavia, T. Revet (dir.), *La dignité de la personne humaine*, Economica, coll. Études juridiques, 1999, 183 pages ; T. Pech, « La dignité humaine. Du droit à l'éthique de la relation », in *Le Corps humain saisi par la justice*, D. 2001, p. 90 et s. ; M.-L. Pavia, « La dignité de la personne humaine », in R. Cabrillac, M.-A. Frison-Roche, T. Revet, *Libertés et droits fondamentaux*, 8^e éd., Dalloz, 2002, p. 129 et s. ; C. Girard, S. Henette-Vauchez (dir.), *La dignité de la personne humaine. Recherche sur un processus de juridicisation*, P.U.F. Coll. Droit et justice, 2005, 318 pages ; J.-M. Pontier (dir.), *La dignité, Actes du colloque d'Aix-en-Provence*, 2003, Press. Univ. D'Aix-Marseille, 2003, 392 pages ; C. Lecompte, « Des dignités à la dignité », in *Fondations et Naissance des droits de l'homme, Odyssées des droits de l'homme*, L'Harmattan, 2003, Tome 1, p. 159-166 ; C. Maubernard, « Le droit fondamental à la dignité humaine en droit communautaire : la brevetabilité du vivant à l'épreuve de la jurisprudence de la Cour de justice des communautés européennes », *RTDH* n°54, 2003, p. 483-513 ; V. Gemeno-Cabrera, *Le traitement jurisprudentiel du principe de dignité de la personne humaine dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel français et du Tribunal constitutionnel espagnol*, Thèse pour le doctorat en droit, L.G.D.J, 2005, 400 pages ; S. Gaboriau, H. Pauliat (dir.), *Justice, éthique et dignité*, Press. Univ. De Limoges, 2006, 387 pages ; P. Martens, « La dignité humaine : réflexion d'un juge sur la promotion par les juges d'une norme suspecte », in *Les droits de l'homme au seuil du troisième millénaire – Mélanges en hommage à P. Lambert*, Bruylant, 2000, 1072 pages, p. 561-579 ; F. Mbala Mbala, *La notion philosophique de dignité à l'épreuve de sa consécration juridique*, Thèse pour le doctorat en droit, Univ Lille 2002, 2007, 465 pages ; M. Durand-Mercereau, *La dignité de la personne humaine en droit de l'Union européenne*, Thèse pour le doctorat en droit, Université Paris X, 2011,

²¹¹⁷ On vise ici les commentaires doctrinaux en langue française, publiés à l'étranger, ou les commentaires publiés dans des revues étrangères, nonobstant leur langue de rédaction. La liste n'est pas exhaustive et ne comprend que les références que nous avons consultées : N. MI Goolam, « Human Dignity – Our supreme constitutional value, Revised paper of a speech delivered at the International Conference on Development in the Contemporary Constitutional State », *Potchefstroom University*, 2-3 November 2000, version électronique, 19 pages ; S. Henette-Vauchez, « When Ambivalent principles prevail. Leads for explaining western legal order's infatuation with the human dignity principle », *European University Institute, Law*, 2007/37, version électronique, 24 pages ; C. Dupré, « Unlocking Human dignity : towards a theory for the 21st Century », *World Congress of the International Association of Constitutional Law*, Athens, 2007, draft version, 19 pages ; G. E. Carmi, « Dignity – The enemy from within : a theoretical and comparative analysis of human dignity as a free speech justification », *Journal of Constitutional Law*, vol. 9, n° 4, p. 957-1001 ; S. Henette-Vauchez, « A Human dignitas ? The contemporary Principle of Human Dignity as a Mere reappraisal of an ancient legal concept », *European University Institute, Law*, n°2008/18, version électronique, 30 pages ; C. McCrudden, « Human Dignity and Judicial Interpretation of Human Rights », *The European Journal of International Law*, vol. 19, n° 4, 2008, p. 655-724 ; P. G. Carozza, « Human Dignity and Judicial Interpretation of Human Rights : A Reply », *The European Journal of International Law*, vol. 19, n° 5, 2008, p. 931-944 ; N. Rao, « On the use and Abuse of Dignity in Constitutional Law », *Columbia Journal of European Law*, vol. 14, 2008, p. 201-255 ; I. Martin, « Reconnaissance, respect et sollicitude : vers une analyse intégrée des exigences de la dignité humaine », *Lex Electronica*, vol. 15.2, 2010, version électronique, 30 pages ; N. Rao, « Three concepts of dignity in constitutional law », *Notre Dame Law review*, n°86/1 2011, p. 183-272 ; L. R. Barroso, « Here, there and everywhere » : human dignity in contemporary law and in the transnational discourse », 2011, 73 pages, disponible à l'adresse suivante : http://works.bepress.com/luisroberto_barroso/1 ; E. Venckiené, « The right to dignity : terminological aspects », *Revue Jurisprudencija*, 2011, n°18, p. 91-109.

²¹¹⁸ Pour une présentation des différents arguments en présence, cf. C. Girard, S. Henette-Vauchez, *La dignité de la personne...*, précité.

consentement. C'est par son entremise que l'on va pouvoir dépasser la logique consensuelle qui prévaut habituellement. En effet, dans l'affaire Morsang-sur-Orge, il n'a pas été question d'une cause illicite ou d'un objet hors commerce, points d'achoppement coutumiers du consentement ; De la même façon, le droit pénal n'étant pas applicable, le principe du rejet du consentement comme fait justificatif dans cette matière ne pouvait pas non plus être invoqué. Dès lors, il fallait bien trouver une butée sur laquelle le consentement viendrait se briser, quitte à devoir la créer de toutes pièces. C'est alors, à ce moment précis, que la dignité intervient dans le raisonnement juridique. De ce qu'un principe à vocation protectrice apparaisse dans une affaire qui vise justement à empêcher une personne d'exercer sa liberté, voilà qui devrait interroger la doctrine sur les fondements de cette notion.

1698. On répondra à cela que justement, la dignité n'apparaît pas pour protéger une personne, mais pour protéger la catégorie plus large à laquelle celle-ci appartient. Avant d'être une personne, on est déjà le représentant d'une espèce. On évoque alors le préambule de la Constitution de 1946, puisque c'est sur celui-ci que le Conseil constitutionnel s'est basé pour faire du principe de « sauvegarde de la dignité humaine » un principe à valeur constitutionnel (PVC). Mais on oublie un peu vite que, d'une part, le terme dignité n'y figure pas, mais est le produit d'une certaine interprétation²¹¹⁹ ; d'autre part, que ceux responsables de cette dégradation de la personne humaine sont « les régimes », et non les individus pris isolément. Cette substitution implicite, qui vaut extension du champ d'application de la norme, va à ce point fonctionner qu'on l'a retrouvée, à l'identique, s'agissant du principe de laïcité, désormais applicable entre individus privés²¹²⁰.

1699. Au-delà de cet escamotage historico-interprétatif, il est tout d'abord étonnant de constater que, avide de trouver une fondation ou une définition chez un auteur dont l'autorité éclipserait toutes questions relatives à l'arbitraire, la doctrine a cru pouvoir trouver refuge auprès de Kant. Que l'histoire puisse se répéter ainsi est assez surprenant. Kant serait donc à la

²¹¹⁹ En effet, la partie évoquée du préambule de 1946 est la suivante : « Au lendemain de la victoire remportée par les peuples libres sur les régimes qui ont tenté d'asservir et de dégrader la personne humaine, le peuple français proclame à nouveau que tout être humain, sans distinction de race, de religion ni de croyance, possède des droits inaliénables et sacrés ». Le conseil a donc choisi d'y voir une référence implicite au principe. Mais, ce que l'on a choisi de traduire par dignité aurait pu également être dénommé « principe du respect de la personne humaine », « principe d'égale importance de chaque être humain », ou bien même « principe de bienfaisance juridique » ou « principe du potentiel humain universel » pour reprendre une expression de Taylor, cité in P. Ricoeur, *Parcours de la reconnaissance*, Stock, 2004, 394 pages, p. 314.

²¹²⁰ Sur ce point, cf. *infra*. Partie II, Titre II, Chapitre 3, Section 2, §1.

source de deux inventions majeures de la doctrine en droit : l'autonomie de la volonté et le principe de dignité humaine. Or, le principe même de ce choix, c'est-à-dire le fait de poser une philosophie particulière comme prééminente, n'est jamais discuté par la doctrine : on en vient ainsi à croire qu'il n'existe, à proprement parler, que Kant dans l'histoire de la philosophie. Dès lors, l'arbitraire qu'on prétendrait évacuer par le recours à cet auteur, se retrouve en réalité parfaitement démontré dans le choix de ce dernier, puisqu'il existe de nombreuses alternatives à la pensée kantienne²¹²¹.

2 / Une interprétation idéologique et lacunaire de la pensée kantienne

1700. Quoi qu'il en soit, il va être possible de retrouver les mêmes torsions de texte, les mêmes contresens que ceux que nous avons pu observer s'agissant de l'autonomie de la volonté. À ce titre, deux références reviennent toujours, extraites des *Fondements de la Métaphysique des Mœurs*, selon laquelle l'humanité en chacun doit être traitée comme fin, et non comme moyen²¹²², et l'opposition, dans le règne des fins, entre ce qui a un prix et une dignité²¹²³. Ces citations, qui se répètent entre les articles sans variation ou presque, témoignent d'une chose : le fait que beaucoup des auteurs qui les utilisent n'ont en réalité jamais lu Kant. En effet, le terme de dignité n'est pas spécifique à cet ouvrage, et on le retrouve dans la *Métaphysique des Mœurs*, dans la *Critique de la raison pratique*, dans *Théorie et pratique*, dans les *Leçons d'Éthique*, et dans ses *Réflexions sur l'éducation*. Ensuite, la lecture faite par la doctrine des propositions à tirer de la doctrine kantienne est fautive, ce qu'a montré de façon extrêmement convaincante le professeur Hennette-Vauchez²¹²⁴. Au-delà de la critique interne à la philosophie de Kant, on peut néanmoins relever que Kant n'appelle absolument pas à une sanction juridique lorsque la volonté n'est pas universelle, et en tant que

²¹²¹ Sur la question de la dignité, cf. par ex. T. de Konnick, *De la dignité humaine*, P.U.F., Quadrige, 2002, 244 pages, B. Baertschi, *Enquête philosophique sur la dignité : anthropologie et éthique des biotechnologies*, éd. Labors et Fides, 2005, 309 pages et G. Hottois, *Dignité et diversité des hommes*, Vrin, 2009, 198 pages, qui brossent un portrait large et très complet des principales contributions philosophiques sur la question ; La doctrine de la dignité se retrouve également dans le stoïcisme, chez Descartes, Pascal, Ricoeur, Levinas, etc. Pour une approche plus juridique, mais qui évoque de manière précise et documentée l'histoire de la notion de dignité, cf. X Bioy, « La dignité : question de principes », in S. Gaboriau, H. Pauliat, Justice, *Éthique et dignité...*, précité, p. 47-86.

²¹²² Kant, *Fondements de la métaphysique des mœurs*, précité, p. 105.

²¹²³ Kant, *Fondements...*, précité, p. 113.

²¹²⁴ S. Hennette-Vauchez, « Kant contre Jehovah ? Refus de soins et dignité de la personne humaine. Analyse critique des usages (para)juridictionnels et doctrinaux de l'argument kantien », *D.* 2004, p. 3154-3160 ; Pour une vision générale de la pensée de Kant en rapport avec la dignité, cf. Z. Klein, *La notion de dignité humaine dans la pensée de Kant et de Pascal*, Thèse pour le doctorat en philosophie, Vrin, 1968, 135 pages.

telle, n'est pas morale²¹²⁵. Dès lors, prétendre rattacher à Kant cette sanction judiciaire est comparable à la même interprétation arbitraire et idéologique évoquée précédemment. Ceci est d'autant plus vrai si l'on se réfère par exemple à *Théorie et pratique*, ouvrage dans lequel Kant s'oppose de manière catégorique à l'idée qu'un gouvernement puisse prétendre choisir et imposer à un individu une certaine conception du bonheur²¹²⁶ en lieu et place de la sienne propre.

1701. À ces raisons s'ajoute une autre, qui est assez spécifique de l'approche purement utilitaire qu'une partie de la doctrine adopte à l'égard des éléments de savoirs non juridiques. Par ceci, on entend le fait que l'on va aller piocher un concept qui sert le raisonnement, que l'on va importer avec plus ou moins de succès. Mais, surtout, on occulte complètement l'ensemble de la théorie dans laquelle le concept fait sens. En somme, on traite chaque notion comme si elle était rigoureusement distincte, désincarcérée de la théorie, et autosuffisante. Il est à cet égard étonnant de constater que l'on utilise, pour limiter les prétentions d'un sujet posé comme trop individualisé, une individualisation excessive du concept dans la théorie philosophique de son auteur. Or, comme on l'a montré s'agissant de Kant, sa théorie se soutient grâce des éléments qui ne sont jamais évoqués, et qui sont pourtant essentiels à la compréhension du rôle de la dignité. Il en va ainsi s'agissant de du principe d'universalisation, qui ne paraît guère devoir s'imposer dans les autres domaines du droit. De manière analogue, si l'on relit la *Doctrine de la vertu*, dans laquelle on trouve la notion de devoirs envers soi-

²¹²⁵ Sur ce point, cf. S. Hennette-Vauchez, précité, ainsi que S. Goyard-Fabre, « Responsabilité morale et responsabilité juridique chez Kant », *Archiv. De Philosophie du droit*, 1977, tome 8, p. 113-129, citée dans le même article ; Dans le même sens, cf. B. Lavaud-Legendre, thèse précitée, p. 142 : « Selon Kant, c'est l'autonomie de la volonté qui fait la loi morale. Par conséquent, si la loi morale est imposée par la loi civile, la première perd sa qualité morale puisque alors elle n'est plus le fruit de l'autonomie de la volonté ».

²¹²⁶ E. Kant, *Théorie et pratique*, trad. J.-M. Muglioni, éd. Philosophie, 2008, version électronique, p. 48 : « La liberté, comme liberté de l'homme. J'en exprime le principe qu'elle fournit à la constitution d'un corps commun dans la formule : nul ne peut me contraindre à être heureux à sa manière (celle dont il comprend le bien-être des autres hommes) ; mais il est permis à chacun de chercher son bonheur par le chemin qui lui semble bon à lui, pourvu qu'il ne nuise pas à cette liberté qu'ont les autres de poursuivre une fin semblable, qui peut s'accorder avec celle de chacun suivant une loi universelle (c'est-à-dire s'il ne nuit pas au droit d'autrui). – Un gouvernement fondé sur le principe de la bienveillance envers le peuple, semblable à celle d'un père envers ses enfants, c'est-à-dire un gouvernement paternel (*imperium paternale*), où donc les sujets, comme des enfants mineurs qui ne peuvent distinguer ce qui leur est véritablement utile ou nuisible, sont réduits au rôle simplement passif d'attendre du seul jugement du chef de l'État qu'il décide comment ils doivent être heureux, et de sa seule bonté qu'il veuille bien s'occuper de leur bonheur : un tel gouvernement est le plus grand despotisme qu'on puisse concevoir (constitution supprimant toute liberté des sujets qui par suite n'ont absolument plus aucun droit) ». Cette référence est évoquée, dans une édition différente, in F. Orobon, thèse précitée, p. 290.

même et envers autrui, on se rend compte que les présupposés kantien aboutissent à une liste très conséquente d'interdictions²¹²⁷.

1702. Pour M. Hottois, plus spécifiquement dans le domaine de la bioéthique, le prisme kantien adopté par la doctrine aboutit à donner « l'illusion de l'unité de la philosophie », et repose sur un « parti pris spiritualiste dogmatique », en ce que la « référence kantienne relève donc, qu'on le veuille ou non, que l'on en ait conscience ou non, d'un parti pris philosophique caractéristique de l'idéalisme universaliste et essentialiste proche du spiritualisme chrétien et des traditions philosophiques du droit naturel »²¹²⁸. Or, ceci n'est presque jamais expliqué, ou même justifié, comme si l'autorité de l'auteur devait couper court à toutes réflexions critiques à cet égard.

B / La dignité en droit : un problème de définition source de paradoxes logiques.

1703. Miroir inversé de l'importance qui lui est conférée dans le discours, la dignité ne se rencontre en réalité, dans la jurisprudence, que de manière particulièrement rare (1). Surtout, elle n'est utilisée que dans un seul sens : celui qui vise à restreindre les prétentions d'un justiciable (2). Ce faisant, dans cette lutte contre une subjectivité vécue comme menaçante, c'est l'ordre juridique au travers de la figure du juge qui manifeste ainsi la contradiction inhérente qui le porte : le juge est lui aussi doté d'une subjectivité (3).

1 / Une utilisation marginale de la dignité dans la jurisprudence administrative, en lien avec son absence de définition

1704. Au-delà de ses problèmes d'ordre épistémologique, la dignité présente, sur le plan du droit, des difficultés assez considérables. La première, la plus évidente, concerne son absence

²¹²⁷ Ainsi, s'agissant des devoirs que l'on a envers soi en tant qu'être animal, il faut compter la prohibition du suicide, de la masturbation, et l'abrutissement par l'excès d'aliments ; puis, concernant les devoirs envers soi-même en tant qu'être moral, se trouvent prohibés : le mensonge, l'avarice, et la fausse humilité. Nous n'évoquons même pas ici les devoirs spécifiques qui visent autrui, comme par exemple la bienfaisance, etc. cf. E. Kant, *Métaphysique des mœurs*, précité.

²¹²⁸ G. Hottois, *Dignité et diversité...*, précité, p. 37. Dans la même page, l'auteur note que « la référence kantienne est tout le contraire d'une référence neutre, innocente : elle conforte les conceptions dualistes, universalistes, essentialistes, idéalistes, spiritualistes et religieuses chrétiennes : la croyance en l'existence de Dieu et de l'âme, ou encore en un plan finalisé de la Nature, en relèvent directement, au moins à titre de postulats légitimes et raisonnables. [...] Coupée de ses attendus conceptuels, la dignité humaine tient en l'air. La référence kantienne est-elle plus qu'une mise en scène à moindre frais philosophique ? ».

de définition, de telle façon qu'il n'est guère possible de prévoir si tels ou tels comportements ou pratiques sont bien conformes à la dignité. Comme on l'a déjà évoqué s'agissant du lancer de nains, le raisonnement appliqué semble être assez spécifique à cette activité, et non nécessairement extensible à d'autres activités potentiellement suspectes à ce titre²¹²⁹. Aussi, et sur le seul territoire national, il n'y a, à notre connaissance, pas d'autres activités relevant du droit public qui aient pu être considérées, *per se*, comme attentatoires à la dignité de la personne. Qu'un principe si important, si fondamental, ne puisse se retrouver que dans une affaire, pour une activité si précise, voilà qui devrait interroger sur la réalité de sa portée. Mais, en plus de cette potentielle relativité de l'appréciation de la dignité au sein de l'ordre interne, s'ajoute également celle tenant à la différence d'appréciation entre pays frontaliers ou non. Ainsi, et c'est l'exemple connu, l'activité de Laserquest a été jugée contraire à la dignité en Allemagne²¹³⁰ tandis qu'elle est parfaitement licite en France. Mais, de manière inverse, les débats actuels en France autour de la pénalisation du client en matière de prostitution reposent sur le fait que cette activité est jugée comme attentatoire à la dignité humaine. Pourtant, dans le même temps, c'est sur ce fondement même qu'une partie de la doctrine allemande comprenait la loi légalisant la prostitution²¹³¹. On pourrait multiplier ici les exemples²¹³², mais ce qu'il importe de retenir c'est que le concept se prête à des interprétations divergentes entre nations, mais également entre individus au sein de cette même nation. Aussi, « l'absolu » que l'on pensait pouvoir trouver dans la dignité se trouve récusé par la relativisation de ses appréciations.

1705. Puis, si l'on se réfère cette fois à l'usage qui est fait du terme dans la jurisprudence, deux points émergent particulièrement. Le premier est la très faible occurrence du terme dans le raisonnement du juge administratif²¹³³, et dans une moindre mesure, dans celui du Conseil

²¹²⁹ Sur ce point, cf. L. Weil, précité, p. 101 qui évoque ainsi le cas des spectacles pornographiques dans des sex-shops, ou les combats de catch féminins dénudés et s'exécutant dans la boue ; Le professeur Molfessis, quant à lui, y voit une trace dans les anciennes annulations de contrat au titres des bonnes mœurs, comme par exemple la convention de strip-tease, ou celle « relative à l'exécution d'un tatouage sur les fesses d'un modèle et à son enlèvement par exérèse à des fins mercantiles », in N. Molfessis, N. Molfessis, « La dignité de la personne humaine en droit civil », in M.-L. Pavia, T. Revet (dir.), *La dignité...*, précité, p. 107-136, p. 116.

²¹³⁰ CJCE, 14 oct. 2004, Omega Spielhallen-und Automatenaufstellungs-GmbH, affaire C-36/02.

²¹³¹ Sur ce point, cf. *supra*. pour l'analyse des liens entre prostitution et dignité.

²¹³² Un auteur a ainsi proposé que l'on applique la jurisprudence Morsang-sur-Orge à la corrida : cf. P. Harang, « La corrida, l'anguillon et le nain », *AJDA*, 2013, p. 2196 et s.

²¹³³ S'agissant du Conseil d'État, le terme de dignité apparaît dans 374 arrêts, ce qui représente environ 0.2% du total des décisions rendues par cette juridiction. Si l'on raisonne cette fois toute juridiction confondues, alors le terme est employé dans 1051 décisions, soit dans 0.3% des décisions des Cours d'appel administrative, 0.03% des arrêts des tribunaux administratifs, et 0.06% des arrêts du Tribunal des conflits. Le terme correspond donc à

constitutionnel²¹³⁴. À ce titre, la jurisprudence Morsang-sur-Orge n'a pas eu une « une descendance abondante »²¹³⁵. On a évoqué, dans la continuité de cette jurisprudence, une ordonnance de référé de 2007²¹³⁶ concernant la distribution d'une soupe aux cochons par une association attachée à l'extrême-droite. De l'avis même de la doctrine autorisée, si référence il y a, elle est « implicite »²¹³⁷. En ce sens, le texte de l'ordonnance n'emploie le terme de dignité qu'une seule fois, en le rattachant à l'arrêté attaqué, de telle sorte que l'appel à la dignité semble davantage être le fait de l'arrêté que de l'ordonnance du Conseil²¹³⁸. Cette réticence du Conseil, et d'une partie de la doctrine avec lui, à utiliser le concept ainsi découvert²¹³⁹ est observable dans au moins deux autres circonstances. Ainsi, le rapport Veil de 2008²¹⁴⁰, touchant au préambule de la Constitution, s'était-il montré très prudent à l'égard de ce concept, en évoquant le fait que si l'inscription dans la Constitution devait advenir, il ne pourrait s'agir que du sens d'une « égale dignité », comprise comme le fait que l'État est habilité à régir la relation d'un individu à son semblable [...] »²¹⁴¹. Puis, dans son étude de 2010 relative à l'interdiction du port du voile intégral, le Conseil d'État s'était montré encore plus critique à l'égard de l'utilisation possible de ce concept²¹⁴², dont le fondement serait « discutable juridiquement ». En fait, l'utilisation la plus proche de la jurisprudence Commune de Morsang-sur-Orge semble pouvoir être trouvée dans la jurisprudence dite Dieudonné, et qui concerne l'interdiction préventive d'un spectacle considéré comme antisémite²¹⁴³.

0,3% de la production jurisprudentielle administrative.

²¹³⁴ Le terme de « dignité » est utilisé dans 90 décisions, soit environ 7% du total des décisions.

²¹³⁵ M. Franc, Une relecture de l'arrêt Commune de Morsang-sur-Orge, *AJDA*, 2014, n°2, p. 106 et s., version électronique, p. 2.

²¹³⁶ Ordonnance du juge des référés du 5 janv. 2007 n° 300311 - Ministre d'état, ministre de l'intérieur et de l'aménagement du territoire c/ l'association « Solidarité des français », note F. Dieu, *RTDH*, 2007, n°71, p. 885-908.

²¹³⁷ F. Dieu, « La «soupe au porc» et le juge des référés du conseil d'État de France : la validité de l'interdiction d'une manifestation discriminatoire du fait de sa nature même », précité, p. 896. L'ensemble de la note témoigne de la gêne à qualifier juridiquement les motifs juridiques qui sous-tendent cette ordonnance.

²¹³⁸ Il est fait ici allusion au considérant suivant : « Considérant que l'arrêté contesté prend en considération les risques de réactions à ce qui est conçu comme une démonstration susceptible de porter atteinte à la dignité des personnes privées du secours et de causer ainsi des troubles à l'ordre public ». L'emploi du terme « conçu » semble à nos yeux relever davantage d'une appréciation sur la motivation de l'arrêté, que de la motivation de l'ordonnance elle-même.

²¹³⁹ On n'évoque ici que la dignité utilisée en tant que composante de l'ordre public. On ne fait donc pas référence à la dignité du cadavre, à la liberté de la presse, ou à la bioéthique, etc.

²¹⁴⁰ Comité de Réflexion sur le préambule de la Constitution, *Rapport au Président de la République*, déc. 2008, La documentation française, 209 pages, version électronique.

²¹⁴¹ Rapport précité, p. 134.

²¹⁴² Conseil d'État, *Étude relative aux possibilités juridiques d'interdiction du port du voile intégral*, Rapport adopté par l'assemblée générale plénière du Conseil d'État le jeudi 25 mars 2010, 46 pages, version électronique, p. 19-20.

²¹⁴³ C.E, ordonnance du 10 janv. 2014, considérant n°8 : « Considérant qu'au vu des éléments dont il disposait, le

2 / La dignité : un principe limitant et non universel

1706. Avant d'évoquer plus précisément le rapport entre dignité, consentement et subjectivité, il paraît nécessaire de pointer quelques éléments caractéristiques du concept. Le premier consiste à repérer que la dignité de la personne humaine, telle qu'elle est mobilisée dans la jurisprudence Morsang-sur-Orge et ses suites, n'est en aucune façon un principe qui permet de découvrir des droits nouveaux. Pour le formuler autrement, et au regard de l'impératif éthique qui la sous-tend, on aurait pu penser que fort de ce concept, il allait désormais être possible de le mobiliser dans des affaires sensibles. Ainsi, il paraît très évident que la misère financière et sociale est profondément attentatoire à la dignité de la personne humaine. Pourtant, le droit au logement opposable a nécessité l'intervention d'une loi particulière, preuve que la dignité ne suffisait pas en tant que telle, et surtout, ne produit absolument des effets d'une fermeté comparable à celle de l'interdiction du spectacle de M. Wackenheim. Il est donc considéré qu'au regard de la dignité, être propriétaire de logements vacants inutilisés²¹⁴⁴ est une prétention équivalente à celle visant à se voir accorder la possibilité d'un logement, pour ne pas vivre dehors. Or, il faut rappeler que la dignité kantienne va de pair avec une obligation de bienfaisance et de charité à l'égard des autres membres de l'humanité, ce qui ne semble pas heurter ici les promoteurs du concept. De manière similaire, la dignité aurait pu jouer comme un principe fort dans le contentieux des arrêtés anti-mendicité, en soutenant le fait que priver de sa seule source de revenus une personne qui se trouve déjà dans une situation de détresse intolérable ne pouvait être qu'attentatoire à la dignité de la personne humaine. Pourtant, ceux-ci sont licites, à la condition qu'ils ne correspondent pas à des interdictions générales et permanentes, et soient justifiés par des circonstances locales particulières²¹⁴⁵. Dès lors, la dignité, « principe absolu » selon les mots de M. Frydman, peut-être mise en échec par des circonstances particulières, dans un raisonnement exactement inverse à celui adopté lors de l'arrêt Morsang-sur-Orge²¹⁴⁶.

juge des référés de première instance a pu estimer, à bon droit, qu'au regard du spectacle prévu, tel qu'il a été annoncé et programmé, les allégations selon lesquelles les propos pénalement répréhensibles, de nature à porter de graves atteintes au respect de valeurs et principes tels que la dignité de la personne humaine [...] ».

²¹⁴⁴ Selon un article du Guardian, il y aurait deux fois plus (11 millions) de logements vacants en Europe que de personnes sans domicile fixe. Cf. : <http://www.theguardian.com/society/2014/feb/23/europe-11m-empty-properties-enough-house-homeless-continent-twice>.

²¹⁴⁵ CE, 16 juin 2003, n° 229618, M. Laurent L. et Association AC Conflent. Cf. également P. Cassia, « Le droit de la rue », *Pouvoirs*, 2006, n° 116, p. 65-85.

²¹⁴⁶ L. Weil, *La dignité...*, précité, p. 99 : « La dignité a ses exigences et apparaît ici comme un luxe ; la société

C'est en tout cas l'avis du professeur Molfessis, qui rejette toute idée d'un droit à la dignité. Ainsi il déclare : « la dignité de la personne humaine n'est pas un droit. Elle fait naître un devoir, celui de ne pas y porter atteinte. Elle peut bien justifier l'octroi de droits, elle n'est pas, en elle-même, un droit subjectif »²¹⁴⁷.

1707. Ce premier aspect, qui donne déjà des indices sur l'orientation idéologique du concept, se trouve conforté par un second. Si la dignité de la personne humaine vise bien à protéger l'espèce, la collectivité dans son ensemble, avant l'individu qui est en le dépositaire et le représentant, alors il faut tirer des conséquences juridiques d'une telle affirmation. Puisque chaque justiciable est lui aussi membre de cette espèce, alors il doit pouvoir revendiquer un droit à la protection de cette dernière. Une telle conception de la dignité, pulvérisant la notion classique d'intérêt à agir dans le contentieux administratif, doit effectivement aboutir à la création d'un recours ou d'une action spécifique. À la manière du droit des sociétés, qui oppose l'action sociale *ut universi* et l'action individuelle *ut singuli*, il faudrait donc créer, si l'on prend au sérieux le concept même de dignité, une action permettant à tous de la faire respecter²¹⁴⁸. C'est là l'une des conséquences les plus simples du principe, selon laquelle même les actions individuelles sont immédiatement publiques. Puisque toute la société est partie à la relation qui se noue de l'individu à lui-même, alors il est légitime que chacun puisse prétendre y intervenir. Or, du fait même de l'absence de définition du terme, il y a fort à parier que le contentieux gonflerait de manière considérable. Étrange conception donc que celle qui vise à doter chacun d'une nature particulière, et d'en vanter la nécessaire protection, tout en le privant des possibilités de la faire respecter.

1708. De manière analogue, si la dignité est le propre d'une nature, et non d'un individu, alors cela signifie que la protection y afférent doit s'émanciper de la distinction entre citoyens et non-citoyens, pour devenir universelle. Dès lors, chaque individu aurait le droit au respect et à la protection de sa dignité par l'État français et ses représentants, ce qui n'est déjà pas le cas

dans ce cas n'a pas les moyens de sa moralité ».

²¹⁴⁷ N. Molfessis, « La dignité de la personne ... », précité, in M.-L. Pavia, T. Revet (dir.), *La dignité...*, précité, p. 129-130.

²¹⁴⁸ Ce qui inaugurerait la notion de recours collectif, ou d'action populaire, dans le contentieux administratif. C'est l'avis du Professeur Molfessis s'agissant du droit civil. Cf. N. Molfessis, « La dignité de la personne humaine... », précité, p. 129 : « le respect de la dignité de la personne humaine devrait alors permettre à quiconque d'agir en nullité du contrat ayant le lancer de nain pour objet – action *ut humaniti* ».

des étrangers présents sur le territoire national²¹⁴⁹. Que dire aussi de la question de la dignité des prisonniers²¹⁵⁰ ? À compter du moment où la vétusté de certains locaux et la surpopulation carcérale empêchent *de facto* une détention respectueuse de la dignité, alors quelles conséquences en tirer ? Si ce principe est bien absolu, implique-t-il le fait qu'il doit avoir la préséance sur l'exécution de la peine, si cette dernière doit se faire dans les conditions évoquées ? De manière générale, ce caractère « absolu » va à l'encontre de la jurisprudence constante du Conseil constitutionnel selon laquelle il n'existe pas de hiérarchie de la fondamentalité, mais simplement une conciliation entre des principes d'importance égale. Or, sauf à supposer que tous ces principes soient absolus, ce qui reviendrait à dire qu'aucun ne l'est, la dignité pensée ainsi viendrait bouleverser cet ordre²¹⁵¹.

1709. De ces quelques éléments, il est possible de déduire un principe simple : en fait de protection, la dignité de la personne humaine, telle qu'elle est mobilisée par le juge, est un principe de limitation et d'interdiction²¹⁵². À notre connaissance, il n'existe pas une seule décision dans laquelle, par l'invocation de ce principe, un droit nouveau aurait pu émerger au profit du justiciable. La formule n'est donc pas tant « parce que vous êtes digne, vous pouvez prétendre à », mais davantage « en raison de votre indignité, vous ne pouvez ». Mme Lavaud-Legendre évoquait déjà dans sa thèse le fait que la dignité viendrait remplacer, du moins de manière partielle, la notion classique de bonnes mœurs²¹⁵³. Elle est donc un principe limitatif de la liberté personnelle, qui paraît traduire, en creux, l'idée selon laquelle la protection est

²¹⁴⁹ Le président de la République, après consultation de sept organisations de défense des droits des étrangers, s'est ainsi engagé à la signature d'un « pacte de dignité » dans ce domaine. Cf. par ex. CA Rennes, 29 sept. 2008, Époux Sivnadiyan, et la note de G. Armand, « La dignité humaine des étrangers placés en détention administrative : entre dialogue jurisprudentiel et dualisme juridictionnel. À propos de CA Rennes, 29 sept. 2008, Époux Sivanadiyan », *CRDF*, 2009, n° 7, p. 165-174.

²¹⁵⁰ Cf. par ex. S. Tzitzis, « Humanisme, dignité de la personne et droits des détenus », *Études et analyses de l'institut pour la justice*, Déc. 2009, 21 pages.

²¹⁵¹ Cf. M. Levinet, « Dignité contre Dignité... », précité, p. 1041 : « C'est que, susceptible, « tout à la fois », d'être « placée en dehors et simultanément au fondement même du droit », la dignité humaine s'est muée d'une notion méta-juridique en un « droit fondamental de valeur absolue et de portée relative », en raison de sa « mise en concurrence avec d'autres droits ». Comment dans ces conditions la concilier avec eux, alors qu'elle « touche à l'essence des droits de l'homme » ? ». Les passages entre guillemets renvoient, pour le premier, à H. Moutouh, « La dignité de l'homme en droit », *RDP*, 1999, p. 159, pour le second à B. Mathieu, « La dignité de la personne : du bon (et du mauvais ?) usage en droit positif français d'un principe universel », in A. Seriaux et alii, *Le droit, la médecine et l'être humain. Propos hétérodoxes sur quelques enjeux vitaux du XXI^e siècle*, éd. PUAM, 1996, p. 224 et s, et pour le troisième à B. Mathieu, « La dignité de la personne humaine : quel droit ? quel titulaire ? », *D.* 1999, chron., p. 282.

²¹⁵² Selon le professeur Weil, la dignité « a une double fonction dans le champ référentiel du juge administratif. Elle apparaît tant comme une notion protectrice des droits de la personne que comme une limite opposable à ces mêmes droits ». in L. Weil, « La dignité humaine.. », précité, p. 103. L'affirmation est juste, mais elle vise bien la personne, et non la subjectivité en tant que telle. Dès lors que l'on pense la différence entre les deux, alors le caractère protecteur de la dignité tant à disparaître au regard de l'impératif d'interdiction.

²¹⁵³ B. Lavaud-Legendre, thèse précitée, p. 125-183.

nécessairement restrictive, comme si « respecter » devait nécessairement se comprendre comme « limiter » et non comme « permettre ».

3 / L'impossibilité de penser la subjectivité du juge : la contradiction logique au cœur de l'appréhension juridique de la dignité

1710. Mais, dans quelle mesure la dignité peut-elle être rattachée à la notion de subjectivité ? Doit-on la considérer comme permettant une éclosion favorable de cette dernière, ou plutôt comme un outil visant à en amoindrir la portée ? Sur ce point, les conclusions Frydman sont éclairantes, de même que les travaux postérieurs de la doctrine. En effet, dès le début du raisonnement, on peut comprendre que si ce concept a été choisi, c'est bien parce qu'en regard à ce qu'il est supposé protéger, on ne saurait lui opposer « des appréciations subjectives que chacun peut porter à son sujet »²¹⁵⁴. Mais, cette subjectivité menaçante n'est pas le fait de tous les intervenants au procès. Par un mystère qui reste encore à expliquer, le juge n'est lui pas atteint, pas contaminé par sa propre subjectivité, tandis que M. Frydman ne fournit pas lui-même de définition du concept. Toutefois, il reconnaît que « même à une époque donnée – et c'est bien là que réside toute la difficulté – la notion d'atteinte à la dignité de la personne humaine est également susceptible de varier, dans une certaine mesure, suivant les conceptions éthiques et les appréciations subjectives de chacun. Aussi, le danger d'une éventuelle utilisation abusive de votre jurisprudence d'aujourd'hui par certains maires [...] doit-il être pris sérieusement en considération »²¹⁵⁵. Subjectivité des maires, subjectivité des requérants, mais pas de subjectivité du juge, qui n'est donc pas incluse dans « la subjectivité de chacun ». Est ainsi accomplie la belle ambition rousseauiste d'une dissociation complète entre l'individu et le citoyen, réalisée ici par le juge entre sa fonction et sa personne. Que de maîtrise donc ! Voilà qui interroge directement la nature authentiquement humaine de cette figure, puisque la subjectivité est à n'en pas douter une composante essentielle de la condition humaine. À ce titre, la subjectivité est bien une condition nécessaire à un droit à visage humain, et qui de ce fait, présente également des fragilités comme marques de ce caractère.

1711. Dès lors, il semble possible d'affirmer, à ce point, que la dignité est avant tout conçue comme devant échapper à l'emprise de la subjectivité, que celle-ci soit supposée présente ou

²¹⁵⁴ P. Frydman, précité, p. 6.

²¹⁵⁵ P. Frydman, précité, p. 11.

au contraire, présumée absente. Mais, en même temps, l'ensemble des auteurs s'accorde sur la difficulté à en proposer une définition précise²¹⁵⁶, et dès lors souligne le caractère éminemment subjectif de la définition retenue. Aussi, la subjectivité pourrait-elle faire retour par ce biais, si un justiciable pouvait revendiquer éventuellement une protection particulière à l'égard de ce qu'il jugerait comme attentatoire à sa dignité. Mais, ceci n'est qu'apparence, puisque le principe même de la subjectivité est rejeté, en raison des fins poursuivies par le concept.

1712. Pourtant, une difficulté se présente, d'ordre logique, au regard du principe de dignité. S'il s'agit d'une qualité que l'être humain possède en propre, du fait qu'il est un être humain, alors comment est-il logiquement envisageable qu'il puisse la perdre par un acte quelconque ? Pour être valide, une telle assertion supposerait que l'on puisse effectivement cesser d'être humain. Si cela a pu exister par le passé²¹⁵⁷, rien de tel n'existe aujourd'hui, justement parce que la dignité vient marquer l'irréfutable appartenance de chacun au genre humain. Dès lors, un individu qui adopte un comportement indigne n'en cesse pas moins d'être digne, puisqu'il est toujours un être humain. C'est par ce biais que l'on peut appréhender la question de la subjectivité en lien avec la dignité.

1713. En effet, puisque la subjectivité n'est pas exclusive de l'appartenance du sujet à un ensemble plus vaste, ici l'espèce humaine, alors cela signifie que, quelles que soient les manifestations positives par lesquelles la subjectivité s'affirme, elle ne peut se défaire pour autant de son appartenance première. Or, du fait même de cette dernière, tous les représentants de cet ensemble sont supposés dignes. Ce faisant, la subjectivité réalise en quelque sorte le problème du principe de non-contradiction : c'est par le biais de celle-ci que l'on peut effectivement avoir un comportement indigne, mais en même temps, on ne peut pas ne pas être digne, puisque la subjectivité est exclusivement humaine, et que tout humain est digne. Dès lors, cela implique que l'on peut être digne et indigne en même temps, ce qui n'est pas sans poser problème d'un point de vue logique.

²¹⁵⁶ Cf. L. Weil, « La dignité... », précité, p. 99-102 ; N. Molfessis, « La dignité... », précité, p. 110-113.

²¹⁵⁷ Nous faisons ici allusion à l'hypothèse du bannissement et de la zone intermédiaire dans laquelle l'individu se trouve, entre nature et culture. Sur ce point, cf. G. Agamben, *Homo sacer...*, précité.

C / La dignité : l'émotion subjective au profit d'une protection objective détachée du sujet

1714. Derrière le concept de dignité se livre une bataille silencieuse : celle qui oppose l'abstraction de la personne juridique à l'individu concret qui entend faire résonner sa parole (1). Pour le moment, l'issue est toujours la même, et seul triomphe le référent abstrait, en tant que bouclier contre cette subjectivité qui menace d'envahir le prétoire (2). Pourtant, une telle relation repose sur un édifice bien précaire, car la raison seule ne peut expliquer pourquoi la dignité devrait être aussi importante que ce qu'une partie de la doctrine allègue (3).

1 / L'objet de la protection juridique de la dignité : référence abstraite et individu concret

1715. De manière plus fondamentale et plus essentielle, la subjectivité interroge directement la notion même de dignité. En effet, elle permet de poser la question de l'objet de la protection : s'agit-il de protéger un référent abstrait, une valeur, ou bien un individu singulier pris dans un contexte spécifique ? Autrement dit, la thématique de la dignité réactive les débats entourant les droits fondamentaux. Ainsi, la question s'est posée, s'agissant du principe d'égalité, de savoir si celui-ci devait être compris comme une pure égalité abstraite, un traitement identique qui avec une régularité quasi algorithmique, permettait l'application de décisions déjà contenues dans la norme. Dans une autre lecture, il devenait possible de concrétiser le principe, en l'adaptant à des situations particulières, et en intégrant la question du fait dans le raisonnement juridique. Selon cette perception, c'est l'homme situé, et non abstrait, qui était objet de protection. Or, la lecture moderne du principe d'égalité tend à accréditer la seconde orientation, puisque c'est désormais sur la base de ce dernier qu'il est justement possible d'adopter des mesures discriminatoires, afin que l'égalité réelle des justiciables tende le plus possible à l'égalité formelle. C'est ici toute la thématique des quotas, et plus généralement, de la discrimination positive.

1716. Or, cette lecture présente une particularité tout à fait capitale, en ce qu'elle associe, dans un même regard, l'objectif et le subjectif. En effet, c'est bien en se rapportant à la figure indifférenciée de l'homme des droits de l'homme, qui ne possède ni âge, ni sexe, ni qualités particulières qu'il est possible d'accorder, dans un premier temps, les mêmes droits à tous les

justiciables. Puis, c'est par le jeu d'une concrétisation qui vise à incarner cette abstraction dans le corps du justiciable qu'il devient alors possible de lui faire bénéficier de droits et avantages particuliers. Ce n'est qu'à l'occasion de cette incarnation, que nous avons déjà évoquée s'agissant de la capacité²¹⁵⁸, que l'homme des droits de l'homme se situe dans un contexte sociopolitique particulier, qu'il acquiert les déterminants de son unicité. Mais, un point absolument fondamental doit ici être relevé : cette transformation ne s'arrête simplement pas à cette première étape, sans quoi les effets produits ne pourraient valoir qu'à l'occasion du litige considéré. Ainsi, cette lecture particulière des droits fondamentaux se retrouve également dans l'œuvre du législateur. Aussi, les effets de ce changement de perspective ne s'arrêtent pas simplement au cas d'espèce, mais s'impriment en quelque sorte dans l'abstraction elle-même, enrichie ainsi de ce passage dans le réel. L'alternance de l'objectivité-subjectivité-objectivité aboutit donc à doter la référence abstraite de nouveaux droits qu'il est possible de faire valoir, lorsque, à l'occasion d'une concrétisation future, le cas particulier étudié correspondra aux droits revendiqués.

1717. Il est frappant de constater que dans le mécanisme ainsi décrit, il n'est question que de droits, qui seraient gagnés, et non pas d'obligations particulières. Cette précision est d'importance, puisqu'elle tend à montrer que, si les droits sont attachés à cette référence abstraite à caractère individuel, les obligations pèsent sur la référence abstraite à caractère collectif, à savoir le corps social, la société, en somme, l'institution en tant qu'objet d'investissement symbolique et pulsionnel. C'est la société, dans son ensemble, qui se voit être redevable de ces nouveaux droits, afin d'assurer l'égalité réelle en plus de l'égalité formelle. Dès lors, cette mécanique n'a pas pour effet de priver les individus concernés de droits particuliers, ou de les astreindre à des obligations spécifiques.

1718. Au regard de ces éléments, on mesure bien la différence flagrante avec le concept de dignité de la personne humaine, tel qu'il est mobilisé dans le contentieux administratif. Le processus évoqué plus tôt s'arrête dès ses balbutiements, puisque l'on ne passe pas de l'objectivité à la concrétisation subjective, du moins dans la majorité des occurrences. Le sujet qui entend donc offrir par son cas, un espace d'incarnation dans son corps propre, se voit immédiatement arrêté dans sa prétention. La dignité ne s'incarne pas, elle se contemple. On

²¹⁵⁸ Sur ce point, cf. *supra*. Partie II, Titre I, Chapitre 1, Section 1.

objectera à cela qu'il arrive bien que le procédé diffère, comme l'illustre l'affaire Morsang-sur-Orge, puisque l'on a vu que le nanisme jouait bien un rôle essentiel dans le prononcé de cette solution. Mais cette lecture ne convainc pas, après les observations faites sur l'assimilation de l'identité et de la subjectivité dans les conclusions du commissaire du gouvernement.

1719. Si l'on y songe avec quelque attention, il n'y a pas de dignité spécifique à telle ou telle catégorie de personnes, telle une dignité spécifique pour les personnes âgées, pour les personnes malades, etc. À ce titre, on parle à la fois de la dignité de la personne, et de la dignité du malade, sans spécifier autrement cette situation, ce qui paraît logique, puisque la dignité vise avant tout l'espèce et non l'individu. Il n'y a donc pas de dignité subjectivée à proprement parler. À la place, pour combler ce vide, s'est développée une catégorie juridique qui vise à rendre compte de la spécificité de ces situations : la vulnérabilité²¹⁵⁹.

1720. Pour autant, les deux notions sont-elles réellement substituables ? La réponse paraît devoir être négative. Premièrement, la dignité est un principe à valeur constitutionnelle, tandis que la seconde décrit simplement l'aménagement d'un régime spécifique pour qui peut justifier des conditions nécessaires à son application. Dès lors, il y a bien une hiérarchie d'importance entre les deux, de telle façon que l'on peut supposer que la seconde découle de la première. Ensuite, la vulnérabilité est le propre de certains individus juridiquement désignés comme tels, tandis que la dignité concerne l'ensemble des justiciables. Aussi, personne ne peut se prévaloir de la protection spécifique ouverte par le champ de la vulnérabilité, sans justifier d'un corps ou d'un esprit qui en serait le support.

1721. Toutefois, un trait commun semble les unir, du moins au regard de la façon dont la dignité est utilisée par le juge. Ce point a justement à voir avec la subjectivité. En effet, les

²¹⁵⁹ L. Dutheil-Warolin, *La vulnérabilité de la personne physique en droit privé*, Thèse pour le doctorat en droit, Université de Limoges, 2004, 653 pages, qui comprend de très nombreuses occurrences du terme dignité, de telle sorte que les situations qui justifient une protection ou un régime particulier eu égard à la vulnérabilité, sont quasi-systématiquement associées à des atteintes à la dignité humaine ; On retrouve également cette idée chez Mme Maurer, puisque selon elle, la personne non née doit être protégée au titre de sa vulnérabilité. Or, les débats sur la nature de l'embryon mobilisent systématiquement la dignité humaine. Cf. B. Maurer, *Le principe du respect...*, thèse précitée, p. 360, citée in L. Dutheil-Warolin, précité, p. 170 ; cf. M.-L. Lanthiez, *De la vulnérabilité en droit pénal*, Thèse pour le doctorat en droit, Univ. Paris 1, 2006, 691 pages; Pour une approche qui vise à rendre objective la vulnérabilité en tant que qualité commune à toute personne, cf. V. Gittard, *Protection de la personne et catégories juridiques : Vers un nouveau concept de vulnérabilité*, Thèse pour le doctorat en droit, Univ. Paris 2, 2005, 580 pages.

deux notions ne sont pas susceptibles de subjectivisation. Aussi, pour celui qui est effectivement considéré comme vulnérable, il n'est pas de voies permettant de s'abstraire de ce régime spécifique. En somme, on ne peut renoncer à sa vulnérabilité juridique, qui transcende donc la pure détermination volontaire. Dans cette perspective, aussi bien la dignité que la vulnérabilité sont des qualités dont le sujet juridique se voit doté par l'effet d'une norme extérieure à sa volonté, et qui l'assignent à une certaine place. Dès lors, on retrouve bien ici l'idée de la protection indépassable, quand bien même il s'agirait de protéger l'individu contre lui-même. Il est toutefois vrai que s'agissant de la vulnérabilité, celle-ci tire sa légitimité d'une inscription concrète dans une condition particulière. De manière plus générale, la vulnérabilité n'existe qu'en tant qu'elle vient soit protéger contre les agissements des tiers, soit contre les errements de la volonté du sujet au principal, comme dans certaines hypothèses de délais de réflexion.

1722. Mais, l'absence de fundamentalité du principe de vulnérabilité oblige à ce que son application soit toujours sectorielle, fonction d'une norme qui viendra préciser un régime particulier dans telle situation, puis un autre dans une configuration différente, et ainsi de suite. Elle n'irrigue pas l'ensemble du droit, à la manière dont on voudrait concevoir la dignité en première intention. Or, si l'on observe, de manière très superficielle, les lieux d'activation du concept juridique de vulnérabilité, ainsi que l'utilisation qui en est faite par le juge, on remarque qu'il n'y a pas d'application similaire à celle de l'arrêt Commune de Morsang-sur-Orge. La vulnérabilité n'est donc pas utilisée pour interdire une activité à un justiciable, mais bien davantage pour offrir de nouveaux droits dont il peut faire usage²¹⁶⁰.

Aussi, dans la perspective de la subjectivité, la vulnérabilité se révèle plus attentive à son égard que l'est, de manière immédiate, la dignité. Toutefois, l'impossibilité de pouvoir s'en défaire révèle en creux une logique similaire à la première, même si son application s'avère davantage protectrice.

²¹⁶⁰ Il faut ici faire une distinction entre la vulnérabilité et la capacité. Les privations qu'on associe fréquemment à une vulnérabilité particulière, comme pour les personnes âgées, sont en réalité le fait d'un mécanisme de protection qui a trait à la capacité, et non à la vulnérabilité. Cette dernière est donc disjointe, ce que confirme le fait qu'on la retrouve en dehors des mécanismes de protection de la capacité.

2 / La dignité de la personne humaine : un rempart contre la subjectivité

1723. Dès lors, que conclure s'agissant du rôle de la dignité en lien avec le consentement comme sentir-avec et la subjectivité ? En l'état, la dignité a peu à voir avec le consentement, que celui-ci soit saisi dans sa formulation ancienne, ou dans la nouvelle conception proposée dans cette étude. Elle n'existe avant tout que comme frontière pour ce dernier, soit que celui-ci est déclaré invalide eu égard à la façon dont un tiers l'a obtenu, ou bien parce que le consentement ne respecte pas la dignité qui lui est prééminente. Ce faisant, il est manifeste que, dans son abstraction et son absoluté, la notion est en l'état davantage un adversaire du consentement qu'un soutien pour ce dernier.

1724. S'agissant de la subjectivité, un constat similaire s'impose. Faute de pouvoir s'appropriier le terme de dignité, afin de le faire vivre dans la géographie d'une situation particulière, la dignité échoue trop souvent à permettre une expression authentique de la subjectivité du justiciable. Sans compter les difficultés théoriques posées par son émergence, la dignité s'avère doublement déficiente en ce qu'elle témoigne d'un fantasme sous-jacent, celui d'un droit qui se voudrait à ce point scientifiquement pur qu'il en viendrait à perdre son visage humain. Ainsi, nous avons évoqué à quel point, dans les conclusions Frydman, la question de la subjectivité du juge n'était pas considérée. Mais, cette dernière, loin d'être uniquement attachée à l'émergence de la notion, se retrouve en réalité à chacune de ses utilisations. En effet, puisque depuis 1995, aucune définition de la dignité n'a été apportée, à chaque fois que la notion est mobilisée et interprétée par le juge, l'opération de création se reproduit. Or, celle-ci est nécessairement subjective. On objectera à cela qu'il existe également un contrôle des décisions judiciaires, ne serait-ce que par le biais de l'appel et de la cassation. Mais, cette objection traduit exactement ce qui est évoqué : le fait de remonter un degré dans l'échelle de la juridiction n'implique aucunement que le ou les juges appelés à juger seront davantage immunisés à l'égard de leur propre subjectivité. Aussi, cette subjectivité à visage unique nous paraît-elle inadéquate au regard de la logique du consentement comme sentir-avec.

1725. Du reste, ceci avait déjà été évoqué précédemment par des juridictions d'importance. Ainsi, le professeur Flauss dans sa note sur l'arrêt du tribunal administratif qui inaugure le cas Morsang-sur-Orge note que : « Dans le cadre de leurs jurisprudences respectives, Cour et

Commission européenne des droits de l'homme (et accessoirement comité des ministres) ont opté pour une définition du traitement dégradant privilégiant le facteur psychologique. Le traitement dégradant est celui qui humilie grossièrement un individu devant autrui ou le pousse à agir contre sa volonté ou sa conscience. Il « suppose des mesures de nature à créer chez des individus des sentiments de peur, d'angoisse et d'infériorité propres à les humilier, à les avilir, et à briser éventuellement leur résistance physique ou morale ». Autrement dit, le droit de la Convention retient avant tout une conception subjective (ou subjectivée) du traitement dégradant. Un traitement ne peut être dégradant que si la personne le subissant le considère comme tel »²¹⁶¹.

On retrouve donc dans cette formule tous les éléments évoqués plus tôt, c'est-à-dire le souci, afin de préserver la liberté individuelle, de faire en sorte que l'atteinte soit subjective, et non pas pensée de manière abstraite et désincarnée. Il faut donc que l'atteinte s'incarne concrètement dans un vécu subjectif pour qu'elle puisse produire ses effets, sauf à devoir défendre des crimes sans victime.

1726. Toutefois, le professeur Flauss évoque à la suite le fait que dans une espèce au moins, la Commission européenne des droits de l'homme a estimé que le traitement pouvait être dégradant aux yeux d'autrui²¹⁶². Toutefois, il juge nécessaire, « si l'objectivisation du caractère dégradant devait être admise », que le « traitement atteigne [...] un certain degré de gravité »²¹⁶³. Cette mention de la gravité n'existe en réalité que comme espèce de limite au pouvoir du juge, qui pourrait, en son absence, étendre de manière trop importante son champ d'intervention. Aussi, même si c'est à mots couverts, les problèmes spécifiques posés par la subjectivité du juge paraissent se poser également.

1727. Il demeure un aspect absolument essentiel, qui nous permettra de conclure sur la question de la dignité, et du consentement comme sentir-avec. Tout au long des explications avancées, et des exemples qui les mettent en jeu, nous avons raisonné dans la bordure du concept. Par là, il faut entendre que nous avons envisagé ses conséquences, sa place par

²¹⁶¹ J.-F. Flauss, « L'interdiction de spectacles dégradants et la Convention européenne des droits de l'homme, Note sous tribunal administratif de Versailles, 25 févr. 1992, Société Fun Productions, M. Wackenheim c/ Commune de Morsang-sur-Orge », *RFDA*, 1992, p. 1026 et s, version électronique, p. 2.

²¹⁶² J.-F. Flauss, *ibid.* Il s'agit de l'affaire des Asiatiques d'Afrique orientale c/ Royaume-Uni, rapport non publié du 14 déc. 1973, § 188.

²¹⁶³ J.-F. Flauss, *ibid.*

rapport à d'autres notions afférentes, ses effets éventuels. En somme, nous avons étudié les manifestations positives et logiques que ce dernier suppose. Mais une question a toujours été évitée, celle du sens profond du concept, c'est-à-dire de ce que nous enseigne l'opération de création de ce dernier.

3 / La raison insuffisante à expliquer le fondement et l'importance du concept de dignité

1728. En effet, si l'on fait retour à l'hypothèse du lancer de nains, un détail passé sous silence, cette fois par la très grande majorité de la doctrine, concerne la signification de la dignité elle-même. Toutefois, il ne s'agit pas ici de commencer une nouvelle étude, qui viserait à saisir les différents sens de l'acception au travers des époques et des continents. La question ici essentielle ne touche donc pas tant à la définition langagière de celui-ci, qu'à la manière dont la dignité opère. On a en effet voulu rattacher à la dignité l'idée de raison, propre de l'homme selon ses défenseurs, de telle sorte qu'être digne serait être suffisamment raisonnable pour ne pas sombrer dans l'indignité. Cette définition à caractère tautologique exprime en réalité l'idée simple que la raison nous protégerait de ce qui est indigne, alors qu'il nous semble plutôt que la raison n'a pas grand-chose à savoir avec la dignité.

1729. Par cette formulation quelque peu provocatrice, nous entendons ici le fait que le surgissement de la dignité, dans le contexte précis qui sera propice à cette émergence, ne traduit pas un mouvement de la raison. Il n'est en effet pas raisonnable, de choisir de se faire projectile humain, et cela, quelle que soit la taille ou la morphologie de l'individu considéré. En ce sens, la raison est inopérante, tout simplement parce que l'objet étudié n'appartient pas à son domaine de définition. De façon encore plus précise et critique, il est même tout à fait rationnel, pour M. Wackenheim, d'accepter la proposition de participation qui lui est faite, puisqu'elle lui permettra de gagner davantage d'argent que ce que sa situation lui permet. Or, puisque le risque physique est aboli, il est rationnellement pertinent, du moins d'un point de vue économique, de se faire lancer contre rémunération et ainsi améliorer son confort matériel, plutôt que de ne pas le faire. En somme, la raison n'a pas grand-chose à avoir ici avec ce cas, sauf à considérer qu'elle est nécessairement morale, ce qui est loin d'être évident, et d'autre part, qu'il y aurait une immoralité consubstantielle à la pratique même du lancer. Ce n'est donc pas la raison qui fonde ici la solution du cas ni n'explique l'émergence du concept de

dignité. En réalité, l'invocation de celle-ci se dévoile comme un recours qui se voudrait facile à une justification scientifico-morale, alors qu'il n'en est rien.

En effet, l'expérience de la dignité, et avec-elle de l'indignité qui en est son corollaire le plus fondamental puisque c'est le seul que nous rencontrons faute d'une définition du premier, échappe de manière radicale à l'emprise de la raison. Aussi bien les conclusions Frydman, que les commentaires de la doctrine témoignent de ce simple fait : le lancer de nain est indigne parce qu'il choque, parce qu'il heurte, parce qu'il met mal à l'aise. Autant de manières de dire qu'il produit des sentiments par lui-même, qui heurtent ou au contraire s'accommodent avec ceux de l'observateur. Ainsi, les références au « dégradant », au « pathétique », « touchant », le renvoi « au sentiment obscur et profondément pervers », voilà qui manifeste bien cette dimension sentimentale et pulsionnelle de la décision. Car, à dire vrai, la décision paraît davantage fondée sur un sentiment de dégoût, inspiré tant par la pratique en elle-même que par ceux qui s'y adonnent, que sur un plan strictement logique.

1730. On objectera à cela que la dimension morale est omniprésente dans les conclusions, comme dans les jugements porté par l'ensemble de la doctrine, que celle-ci soit favorable ou non à cette activité. Mais, la morale et le sentiment ne sont absolument pas disjoints, séparés, et il est vrai qu'il peut être moralement inadéquat de ressentir certains sentiments, de la même façon, certaines prescriptions morales sont la traduction de sentiments bien réels. De ce point de vue, ainsi que l'a montré sans équivoque et de façon particulièrement pertinente Martha Nussbaum, nombre de règles morales, et de raisonnements juridiques, sont innervés de part en part par une dimension sensitive, affective²¹⁶⁴. À ce titre, on remarquera que la dignité est toujours mobilisée dans des contextes qui mettent en jeu des émotions puissantes, qu'il s'agisse ici de la honte associée à l'idée de lancer/d'être lanceur, du mélange de dégoût et de fascination qu'évoque les spectacles de curiosité, du dégoût et de la crainte de la contamination (qui en est une des formes) lorsque l'on évoque la prostitution, etc.

Aussi, la dignité en tant que concept juridique nous renseigne-t-elle sur la vision du consentement qui parcourt la doctrine, mais aussi sur l'importance des émotions dans le raisonnement judiciaire. À défaut de pouvoir toujours les retrouver chez le justiciable, celles-ci font retour dans les commentaires qui se voudraient, justement, les plus objectifs et rationnels possibles.

²¹⁶⁴ Sur ce point, nous renvoyons à l'introduction qui contient les références des ouvrages auxquels il est fait ici allusion.

Pour véritablement apprécier les propositions développées plus haut, on va désormais observer la marge de liberté qui est laissée au consentement lorsque celui-ci trouve une assise dans le psychique, et non plus seulement dans le corps.

SECTION 2 : CONSENTEMENT ET SUBJECTIVITÉ PSYCHIQUE : UNE RELATION SOUS LE SIGNE D'UNE PLUS GRANDE LIBERTÉ

1731. À ce point de notre étude, nous avons pu montrer à quel point le consentement, dans sa compréhension comme dans ses utilisations les plus retentissantes, se trouve presque systématiquement associé au corps. En réalité, le consentement paraît reproduire la grande prudence que le droit manifeste à l'égard de la manière dont un justiciable peut faire usage de son corps. En effet, on a pu observer à quel point le principe même de l'engagement, lorsque le consentement se dirige vers un objet marchand, marqué du signe de la consommation, n'est guère problématique dans l'esprit de la doctrine. On peut donc valablement s'engager, et avec soi, ses biens, mais non sa personne, pour une durée laissée dans une certaine mesure à l'appréciation des contractants.

Mais, le grand basculement s'opère lorsque le corps est cette fois le point nodal autour duquel gravite le consentement. Dès lors, ce dernier devient immédiatement objet de suspicion, de telle sorte qu'il est examiné avec beaucoup plus de rigueur et d'insistance qu'il ne le serait dans les hypothèses évoquées précédemment.

1732. Toutefois, une telle affirmation ne vaut que rapportée à la manière dont le droit se saisit du consentement, lorsque celui-ci entretient une relation avec la subjectivité, cette fois envisagée sous l'angle psychique. Or, dans cette perspective, il y a bien un domaine qui se singularise dès que l'on approfondit quelque peu son examen, à savoir le domaine religieux. Témoignage de l'attachement historique à la pratique religieuse, et à la manière dont celle-ci peut effectivement représenter une manifestation de la subjectivité, le régime juridique du consentement dans ce domaine est tout à fait étonnant. Il permet en effet, sous le couvert de mobiles purement psychiques et extérieurs à la matière juridique, d'opérer sur le corps des modifications qui seraient jugées inacceptables en dehors de ce contexte. C'est-ce que l'étude de la circoncision, sous l'angle juridique, permettra de mettre en lumière (§1).

Afin de s'assurer du fait qu'il s'agit bien d'une caractéristique propre au religieux, on évoquera également la question des partis politiques et de leur message. Ceci se justifie selon

nous par le fait qu'il s'agit ici de s'intéresser à ce à quoi il est possible de consentir sur le plan des idées. Dès lors, les messages politiques en eux-mêmes, ainsi que les partis politiques en tant qu'enceintes accueillant des individus supposés consentir aux idées défendues, présentent un intérêt patent pour notre propos (§2).

§1 : Subjectivité psychique et croyances religieuses : une place large laissée au consentement

1733.Après avoir envisagé, tout au long de ce travail, les liens que le consentement entretient avec la subjectivité, force est de constater que, dans l'ensemble des situations que nous avons tenté de décrire, une constante apparaît. En effet, tous ces usages du concept en situation, plus ou moins erratiques aux yeux du législateur comme du juge, ont ceci de commun qu'il s'agit avant toute chose de comportements objectivés. Par là on entend que le droit ne se saisit que d'un comportement positif, qu'il s'agisse d'une parole, ou, le plus souvent, d'un mouvement du corps.

Ceci n'a a priori rien d'étonnant, puisque le droit nécessite bien une accroche pour asseoir les mécanismes par le biais desquels il fonctionne. Mais, comment comprendre pour autant la latitude toute particulière dont peuvent bénéficier les justiciables lorsque le comportement suspect résulte d'une parole, plutôt que d'une action du corps seul ? C'est ce que nous allons tenter d'observer ici, au travers d'un exemple qui illustre ce rapport spécifique à la psyché. Pour cela, nous avons choisi de retenir le thème de la croyance religieuse, abordée d'abord sur le plan général (A), avant d'étudier plus précisément la circoncision (B). On observa ainsi à quel point le consentement, en cette matière, n'est pas directement assimilable aux formes que nous avons pu évoquer jusque-là (C).

A/ La délicate appréhension juridique de la religiosité

1734.Le phénomène religieux se distingue très fortement de ce que l'on a pu apercevoir concernant le lien entre le consentement et le corps. En la matière, une plus grande liberté règne, et chacun est libre, sauf de rares exceptions, de consentir à la croyance et au culte de son choix (1). Ceci est rendu d'autant plus manifeste par le fait que le droit français ne propose pas de définition du religieux (2).

1 / Subjectivité juridique et laïcité : un consentement largement accepté

1735. Dans un premier temps, nous allons donc envisager ce qu'il en est concernant le rapport qu'entretient la laïcité avec le consentement. Il ne s'agira donc pas de se livrer à une analyse juridique du concept de laïcité²¹⁶⁵, mais simplement d'essayer de faire ressortir comment, dans le cadre que cette laïcité dessine, il est possible ou non de faire valoir une subjectivité par le jeu du consentement. Avant toute chose, on retiendra pour les besoins de la démonstration la définition suivante de la laïcité : elle consiste dans une forme de neutralité bienveillante de l'État à l'égard de la religion, neutralité qui se manifeste de différentes manières. Ainsi, il n'existe pas de culte qui soit immédiatement associé à la sphère étatique (hypothèse de la religion d'État), mais aussi, tous les cultes peuvent prétendre être protégés aussi bien des ingérences étatiques, que des agissements d'autres cultes. Aussi, cette laïcité se

²¹⁶⁵ De fait, les études juridiques, comme philosophique sur ce point sont nombreuses : Z. Anseur, « Le couple laïcité-liberté religieuse: de l'union à la rupture? Réflexions à partir de l'affaire Aitahmad », *RTDH*, n° 45, janv. 2001. 77. – M. Barbier, « Laïcité: questions à propos d'une loi centenaire », *Le Débat*, n° 127, nov.-déc. 2003 ; *La laïcité*, l'Harmattan, 1995. ; J. Bauberot, M. Milot, *Laïcités sans frontières*, éd. du Seuil, coll. La Couleur des idées, 2011. ; G. Bédouelle, J.-P. Costa, *Les laïcités à la française*, P.U.F., 1998. ; E. Belliard, « Le concept de laïcité n'est pas un concept figé », *JCP A* 22 mars 2004, n° 13 ; « Genèse et actualité de la notion de laïcité », *Cah. fonct. publ.*, avr. 2004. 4. ; A. Bergounioux, « La laïcité, valeur de la République », *Pouvoirs*, n° 75. ; J.-P. Camby, « Le principe de laïcité: l'apaisement par le droit ? », *RD publ.* 2005. 3. ; J. Costa-Lascoux, *Les trois âges de la laïcité*, Hachette, 1996. ; J.-P. Delahaye, *Laïcité de combat, laïcité de droit*, Hachette éducation, 1997. – L. Delsenne, *De la difficile adaptation du principe républicain de laïcité à l'évolution socioculturelle française*, *RD publ.* 2005. 427. ; F. Dieu, L'école, sanctuaire laïque, *D.* 2009. 685. ; M. Dixmier, J. Lalouette, C. Durand-Prinborgne, *La laïcité*, Dalloz, coll. Connaissance du droit, 1996 ; « La loi sur la laïcité, une volonté politique au centre de débats de société », *AJDA* 2004. 704. ; J.-M. Ducomte, *Laïcité, laïcité(s)*, Privat, 2012. ; S. Frémeaux, « Réflexions sur le droit et les croyances », *RRJ* 2005. 467. ; A. Gérin, « La laïcité à l'épreuve du voile intégral », *Regards sur l'actualité*, n° 364, oct. 2010. 8. ; R. Goy, « La garantie de la liberté de religion. L'article 9 de la Convention européenne des droits de l'homme », *RD publ.* 1991. 5. ; C.-E. Hafiz et G. Devers, *Droit et religion musulmane*, Dalloz, 2005. ; G. Koubi, « La laïcité dans le texte de la Constitution », *RD publ.* 1997. 1301 ; « Le concept de «bricolage religieux», un outil pour repenser le rapport entre règles juridiques et croyances religieuses », *RRJ* 2005. 435. ; J. Lalouette, *La séparation des Églises et de l'État: genèse et développement d'une idée (1789-1905)*, Seuil, 2005. ; D. Lochak, « For intérieur et liberté de conscience », in *Le for intérieur*, CURAPP, P.U.F., 1995. – J.-M. Mayeur, *La séparation des Églises et de l'État*, Éd. de l'Atelier, 2005. ; J.-A. Mazères, « Les rapports entre l'État et l'enseignement privé », *Annales de la faculté de droit de Toulouse*, 1996. 6. ; M. Miaille, « A propos de citoyenneté et laïcité: débat sur l'universel », *Droits et libertés en question, Billets d'humeur en l'honneur de Danièle Lochak*, L.G.D.J., coll. Droit et Société, 2007. ; J. Morange, « Peut-on réviser la loi de 1905? », *RFDA* 2005. 153. ; D. Pasamonik, *La République et l'Église: images d'une querelle*, La Martinière, 2005. ; A. Renaut, A. Touraine, *Un débat sur la laïcité*, Stock, 2005. ; J. Rivero, « La notion juridique de laïcité », *D.* 1949, chron. 137 ; « De l'idéologie à la règle de droit: la notion de laïcité dans la jurisprudence administrative », Centre de sciences politiques de l'Institut juridique de Nice, *La laïcité*, P.U.F., 1960. 263. ; Ph. Ségur, « Le principe constitutionnel de laïcité », *Annales de l'université des sciences sociales de Toulouse* 1996, XLIV. ; R. Sève, (sous la direction de), *La laïcité*, *Arch. phil. droit*, 2005. ; D. Turpin, *Les libertés publiques*, Dunod, 1995. ; Y.-C. Zarka, *Faut-il réviser la loi de 1905?*, P.U.F., 2005 ; E. Zoller, (dir.), *La conception américaine de la laïcité*, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2005 ; *Conseil d'État, Un siècle de laïcité*, Rapport public, Doc. fr., 2004. ; « La loi de séparation des Églises et de l'État a 100 ans. La France laïque », Dossier Les archives du Monde, *Le Monde* 2, 15 oct. 2005, p. 59, cité in Code de l'Éducation, Dalloz, version électronique. Cf. également J. Rivero, « Le concept de laïcité », *D.* 1949, chron. 33.

manifeste à la fois en un principe de non-intervention de l'État à l'égard des religions, mais aussi en un principe actif d'intervention afin justement de permettre la coexistence des religions.

Or, la religion constitue à n'en pas douter un espace de construction subjectif tout à fait essentiel. De manière quelque peu étonnante, il est même possible de dire que, croyant ou non, le positionnement ainsi défini revêt en général une portée symbolique forte pour celui qui l'émet. Ainsi, l'homme de foi comme l'athée tiennent chacun à cette prise de position, qui participe de la définition de leur être singulier. Aussi, l'étude de la laïcité nous paraît posséder une dimension heuristique forte pour notre recherche, en ce que aussi bien ceux qui se définissent comme religieux, que les autres, peuvent se revendiquer du concept.

1736. Cette singularité s'explique en réalité par le fait que le principe commun auquel se rattachent ces deux positionnements est un concept juridique encore trop peu étudié dans la globalité de sa définition et de son régime, à savoir la liberté de conscience²¹⁶⁶. Bien qu'elle reçoive des applications multiples et variées, à notre connaissance, la nature juridique de cette capacité n'a jamais vraiment été étudiée. Dans une chronique récente, M. Zadig déclare ainsi que « la liberté de conscience est toujours absolue et inconditionnée, le for intérieur et la pensée n'ayant nul besoin de la protection du droit positif, qui n'a ni à les connaître ni à les limiter sous peine de n'être plus droit mais oppression [...] »²¹⁶⁷. De ceci, on peut donc déduire une première idée selon laquelle le for intérieur et la pensée seraient exclus *de facto* du champ d'application de la règle de droit. Or, la religion n'entretient-elle pas des liens plus que puissants avec l'intime, avec ce for intérieur dont parle justement Saint-Augustin²¹⁶⁸ ? Cela est vrai, mais insuffisant pour décrire véritablement l'appréhension juridique du religieux. En effet, si ce dernier n'était affaire que de pensées, scellées dans le coffre de l'intime subjectif, alors peut-être le droit n'interviendrait-il pas, ou peu, dans ce domaine. Mais, le fait religieux s'accompagne également, selon un degré d'intensité variable, de manifestations positives, rituelles, qui visent également à témoigner par son corps propre, de l'allégeance constituée psychiquement.

²¹⁶⁶ Deux thèses seulement sont consacrées de manière exclusive à cette question : G. Le Cadre, *La liberté de conscience, son évolution et son application dans notre droit moderne*, Univ. De Rennes, 1909, 161 p. ; D. Laszlo-Fenouillet, *La conscience*, Thèse pour le doctorat en droit pénal, 1991, L.G.D.J, 1993, 550 pages.

²¹⁶⁷ J.-J. Zadig, « La loi et la liberté de conscience », *RFDA* 2013, p. 957 et s., version électronique. Cf. également *Le for intérieur*, publication du CURAP, P.U.F, 1995, 415 pages, et particulièrement au sein de ce numéro D. Lochak, « For intérieur et liberté de conscience », p. 180-205.

²¹⁶⁸ On pense ici à la phrase de Saint Augustin : « *noli foras ire, in te redi : in interiore homine habitat veritas* ».

Tout ceci pourrait paraître tout à fait banal, si justement, une telle proposition n'était pas interrogée. S'il est vrai que les dernières affaires les plus retentissantes mettent bien en jeu des pratiques objectivées, qu'il s'agisse de la dissimulation du visage dans l'espace public²¹⁶⁹, ou bien du port d'un signe religieux au sein d'une institution scolaire²¹⁷⁰, ou même dans une entreprise privée²¹⁷¹, il n'en reste pas moins que méconnaître la dimension mentale de ces événements politico-juridiques nous semble être une erreur.

1737. En réalité, et avant tout débat sur les fondements juridiques entourant ces affaires, il convient de tracer une ligne de démarcation franche, qui nous permettra de véritablement saisir la spécificité de cette question au regard du consentement. Comme on l'a déjà suggéré, les principes mis en cause dans ces affaires tiennent avant tout à l'expression positive d'une religion, par le biais d'un corps incarné. Pour le formuler autrement, on peut dire que ce sur quoi le droit entend, a priori, porter son regard et son appréciation n'est pas les présupposés religieux qui fondent le comportement incriminé, mais simplement le comportement en lui-même. Par crainte d'une appréhension juridique de la théologie, qui pourrait se retrouver défaillante, ou même, fluctuante, on a recours à la seule objectivité d'un comportement supposé détenir en lui-même la cause de son existence.

1738. Ce point est tout à fait déroutant, en ce qu'il paraît trancher de façon radicale avec la logique qui a habituellement cours. En effet, s'attacher à la seule matérialité du comportement, c'est résumer le sens d'un acte à cet acte même, comme si les éléments de contexte ne permettraient pas d'éclairer d'une façon différente ce qui est soumis à l'examen. En somme, ce

²¹⁶⁹ Loi du 11 oct. 2010 portant interdiction de la dissimulation du visage dans l'espace public, cf. S. Henneute-Vauchez, « La burqa, la femme et l'État, réflexions inquiètes sur un débat actuel », *Raison-Publique*, www.raison-publique.fr/article317.html ; Derrière la burqa, les rapports entre Droit et Laïcité : « La subversion de l'État de droit ? », à paraître in D. Koussens et O. Roy, *Quand la burqa passe à l'Ouest*, PU Rennes - O. Cayla, « Dissimulation du visage dans l'espace public : l'hypocrisie du juge constitutionnel trahie par la sincérité des circulaires ? », et G. Carcassonne, O. Cayla, J.-L. Halpérin, S. Henneute-Vauchez, A. Levade, E. Millard et D. Rousseau, « Débat autour de la décision du Cons. const., 7 oct. 2010, déc. n° 2010-613 DC », *AJDA* 2010. 1908; *ibid.*, note M. Verpeaux; *D.* 2010. 2353, édito. F.; *ibid.* 2011. 1166, chron.; *ibid.* 1166, chron. O. Cayla, cité in E. Dockes, « Liberté, Laïcité, Baby Loup : de la très modeste et très contestée résistance de la Cour de cassation face à la xénophobie montante », *RDS*, 2013, p. 388 et s., version électronique.

²¹⁷⁰ Cf. par ex. « Le port du voile islamique à l'école et la CEDH », *AJDA* 2008, p. 2311 et s.; cf. également CE, Etude demandée par le Défenseur des droits, le 20 septembre 2013, qui concerne de manière exclusive cette question.

²¹⁷¹ Soc., 19 mars 2013, n° 12-11.690, arrêt n° 537 FS-P+B+R+I (v. annexe), Mme X. c/ CPAM de Seine-Saint-Denis, publié au Bulletin, *AJDA* 2013. 597; *D.* 2013. 777, et Soc., 19 mars 2013, n° 11-28.845, arrêt n° 536 FS-P+B+R+I, Mme X. c/ Association Baby Loup, publié au Bulletin; *D.* 2013. 777; *ibid.* 761, édito. F. Rome; *Sem. soc. Lamy* 2013, n° 1577, obs. J.-G. Huglo (rapp.); obs. R. Schwartz et V. Berger; *JCP S* 2013. 1146, obs. Bernard Bossu.

dont il est question ici, c'est une forme de sidération, dans son sens étymologique, c'est-à-dire une fascination devant la toute-puissance d'une image, supposée détenir en elle-même la vérité de son existence. Or, il nous semble que l'un des apports de l'esthétique, en tant que catégorie philosophique, est justement la possibilité de s'abstraire d'une matérialité parfois trop envahissante dans l'impression qu'elle produit. À ce titre, l'histoire des religions est riche d'enseignements, puisque si l'on étudie les trois grandes religions du Livre, on observe qu'au moins deux entretiennent un rapport complexe, souvent frappé de tabou, à l'idée de la représentation soit de certaines scènes, soit tout simplement de personnages associés au culte. De ce point de vue, le christianisme se distingue nettement, par la richesse de ses productions picturales, faisant fi de l'effroi autrefois suscité par l'image, qui menace en quelque sorte toujours d'une possession par celui qui l'observe²¹⁷².

1739. Ici, tout se passe comme si l'époque, forte de sa modernité, pouvait désormais saisir l'au-delà de l'apparence, pour atteindre la signification profonde par cette seule observation. Point de paroles, mais simplement une image communicante. Mais si ces signes, car c'est bien cela dont il s'agit, sont univoques, alors comment comprendre qu'une fois interrogés ceux qui en sont les auteurs, ces derniers fournissent des justifications qui diffèrent d'un individu à l'autre ? Que faire alors de cette dimension excédentaire, qui dépasse le signe pour le faire devenir rituel, dans la place qu'il occupe dans un ensemble symbolique ?

Aussi, il est évident, à notre sens, que l'on ne saurait se contenter d'une seule appréciation matérielle des événements, en y soustrayant les raisons qui les fondent, sans perdre totalement de vue ce qui se joue à la fois de la subjectivité, mais aussi de la condition de l'homme en tant qu'être sensible, rationnel et parlant. Cette prise en compte existe parfois, puisque par exemple, la circoncision rituelle constitue une exception au principe de la nécessité thérapeutique avant toute intervention médicale sur le corps d'un sujet de droit²¹⁷³. Il y a donc bien ici recours à des justifications théologiques qui dépassent le seul acte médical. Ceci est d'autant plus juste que les trois grandes religions bénéficient à ce titre d'une forme de

²¹⁷² On peut en trouver trace dans les mythes antiques, comme par exemple celui de Gorgo, autrement appelée la Méduse, dont la contemplation matérialise cette fascination qui entrave par la transformation en pierre qui l'accompagne. On retrouve également l'importance de l'image, et du regard, au sein de la théorie psychanalytique, au travers du stade du Miroir : cf. par ex. J. Lacan, « Le stade du miroir comme formateur de la fonction du Je telle qu'elle nous est révélée dans l'expérience psychanalytique », Communication faite au XVI^e Congrès international de psychanalyse, à Zürich, le 17 juill. 1949.

²¹⁷³ À ce titre, on peut mentionner ici à quel point c'est justement par la justification religieuse que l'on peut parvenir à escamoter complètement la question du consentement, et de la subjectivité.

présomption de conformité dans leur appareillage dogmatique qui les dispense de devoir se justifier quant à la nature de leur prescription²¹⁷⁴. Dès lors, le droit ne porte aucun jugement moral, ou de vérité, à l'égard de ces propositions, mais se contente de les accueillir pour ce qu'elles sont, c'est-à-dire un produit humain irréductible.

2 / L'absence de définition juridique du religieux

1740. Pour autant, et avant que l'on n'avance plus avant dans la détermination de cette appréhension juridique du phénomène religieux, il faut au préalable introduire une distinction, dont on ne saurait dire si elle est le fait du droit, ou bien si celui-ci l'accueille simplement. Ce que l'on entend par là, c'est bien la qualification juridique de religieux. Or, en la matière, il n'existe pas de définition qui soit propre à la sphère juridique, et qui permette ainsi de discriminer, en première approche, entre ce qui est bien religieux, et ce qui s'en revendique faussement. Évidemment, une telle omission n'est absolument pas involontaire, en ce qu'elle permet, du moins en théorie, de laisser ainsi libre cours à l'exercice des cultes, et ce faisant, à la liberté de conscience consacrée tant par la DDHC que par les principales conventions internationales relatives aux droits de l'homme. Mais, derrière la vertu d'une telle liberté se trouve également l'escamotage de l'appréhension juridico-rationnelle des préceptes et rituels religieux. Or, la fuite par rapport à cet examen, si tant est qu'il puisse avoir lieu, ne bénéficie pas à l'ensemble des pratiques qui se revendiquent du qualificatif « religieux », sans quoi la Mission interministérielle de vigilance et de lutte contre les dérives sectaires (MIVILUDES) n'aurait pas de raison d'être. Il ne s'agit pas ici d'assimiler religion et secte, en prétendant les agglomérer de façon à ce que leurs différences s'estompent, mais plutôt de s'interroger sur le point de savoir ce qui les différencie fondamentalement²¹⁷⁵.

²¹⁷⁴ Ceci explique pourquoi aux États-Unis, la qualification juridique de religion est recherchée par de nombreuses associations, afin de bénéficier justement de cette forme de neutralité bienveillante, qui a pour effet de faire sortir les comportements concernés des catégories juridiques habituellement utilisées. C'est ici la trame de fond de la querelle juridique qui a opposé les autorités françaises à l'Église de scientologie, qui bénéficie justement du statut de religion de l'autre côté de l'Atlantique. Cette Église a depuis vu son statut de religion reconnu par les juridictions britanniques. La CourEDH s'est, quant à elle, refusée à se prononcer sur cette question. Cf. CourEDH, 1^{er} oct. 2009, *Kimlya et autres c. Russie*, req. n°76836/01 et 32782/003.

²¹⁷⁵ Pour une appréhension de cette différence du point de vue de la psychanalyse, cf. C. Melman, *L'Homme sans gravité*, éd. Folio, coll. Essais, 2005, 270 pages, p. 208-209 : « la secte est une organisation, on ne le remarque pas assez, qui n'est pas fondée sur la croyance. On serait presque enclin à ajouter qu'elle n'est pas fondée non plus sur la foi. Elle fait appel à une tout autre dimension psychique, celle de la conviction, qui est tout autre chose que la croyance. La croyance suppose un engagement dans un acte de foi, alors que là, il s'agit de certitude ». Plus loin il ajoute : « Un autre trait distingue les organisations sectaires des organisations religieuses : le fondateur d'une secte est en général éminemment présent dans le champ de la réalité. La vie du groupe

À ce titre, il est fait référence à une appréhension « pragmatique » du phénomène, qui vise à se positionner non pas tant sur les croyances, dans leur rapport au vraisemblable, mais davantage sur les effets de ces croyances. Sont ainsi évoqués « la déstabilisation mentale, le caractère exorbitant des exigences financières, la rupture avec l'environnement d'origine, l'existence d'atteintes à l'intégrité physique, les troubles à l'ordre public, [...] »²¹⁷⁶. Or, cette appréhension par le seul prisme des conséquences n'est pas sans poser de sérieuses difficultés d'interprétation, mais aussi d'application. En effet, si comme l'indique la MIVILUDES, un seul critère ne permet pas de qualifier un mouvement de secte, il n'en reste pas moins qu'il n'est pas spécifié non plus combien sont nécessaires pour ce faire. De même, la question de l'importance quantitative n'est guère évoquée : un individu peut-il constituer à lui tout seul une secte, s'il remplit plusieurs des critères ainsi énumérés ? Certes, aussi bien la circulaire du Premier ministre du 27 mai 2005 relative à la lutte contre les dérives sectaires, qui mentionne les « groupes », « groupements », « organisation », que le décret 28 novembre 2002, qui évoque des « mouvements » laissent à penser qu'il faut plus d'une personne pour constituer une secte. Il n'en reste pas moins qu'un nombre minimal n'est pas défini, et qu'ainsi, un groupe peut être constitué de seulement deux personnes.

1741. Ensuite, l'attention exclusive portée aux effets, ou aux conséquences, est problématique d'un point de vue logique. En effet, si l'on subordonne le qualificatif de secte à ces conditions, alors cela signifie par exemple que tout acte terroriste, ou même plus généralement de violence, qui invoque une croyance à l'appui de son acte, a pour effet de transformer cette dernière en secte, au regard des conséquences qu'elle produit, et ce indépendamment de savoir si la justification alléguée est bien présente dans le corps doctrinal de la croyance considérée. Ce faisant, n'importe quel individu peut alors se saisir d'une religion quelconque, accomplir un méfait en se revendiquant de celle-ci, et ainsi espérer obtenir sa reconnaissance en tant que secte.

fonctionne à partir de ce qui est son savoir et son autorité ». Pour une étude récente sur le phénomène, cf. F. Arlettaz, « Liberté de conscience et religion (Art. 9 CEDH et Art. 10 DDHC) : le traitement des sectes en France à l'aune de la MIVILUDES et de la jurisprudence européenne », La revue des droits de l'homme, 5 juin 2013, dans laquelle l'auteur révèle que la CourEDH ne fournit pas davantage de critères permettant de différencier une secte d'une religion.

²¹⁷⁶ La liste complète se trouve sur le site officiel du gouvernement, disponible à l'adresse suivante : <http://www.derives-sectes.gouv.fr/quest-ce-que-une-d%C3%A9rive-sectaire/que-dit-la-loi/le-dispositif-juridique-fran%C3%A7ais>.

1742. En fait, tout se passe comme si nous étions en face d'une forme de subjectivisation totale du religieux, puisque c'est le sujet qui détermine lui-même l'admissibilité du qualificatif. Ce n'est que par le prisme de critères pratico-pragmatiques que le droit se saisit du phénomène, et ce sans lien avec la nature des convictions qui sont à l'origine de l'agissement incriminé. Il faut saisir toutes les conséquences qu'un tel positionnement induit : fort de ce dispositif, la religion n'est jamais en cause, quels que soient sa forme ou les actes considérés, puisqu'elle n'existe pas à proprement parler en dehors du sujet qui s'y prétend lié. Il n'y a donc pas de religion, en tant qu'entité textuelle, orale, doctrinaire distincte de ses fidèles, mais simplement des religions, comme autant d'images de la pluralité des sujets et de leurs perspectives singulières. On comprend donc alors que, ce faisant, il n'est pas possible de disqualifier une quelconque croyance en tant que telle, mais simplement des incarnations disparates et hétérogènes de celle-ci, au travers des revendications plurielles émises par des justiciables. Dès lors, on ne peut interdire une religion en tant que telle, en raison de ce qu'elle prêche, mais uniquement eu égard aux agissements de ses membres.

1743. Cette manière de procéder semble, à première vue, tout à fait en phase avec l'idée d'un consentement comme amalgame, et qui permettrait dès lors de faire place à une subjectivité trop souvent ignorée dans sa complexité. Mais, il n'en reste pas moins que, derrière l'apparence de cette règle qui a vocation à s'appliquer à toutes croyances, indépendamment du contenu moral ou non qui s'y trouve défendu, les faits tendent à montrer une application différente. En effet, si une telle définition présente les avantages de souplesse et d'évolutivité évoqués précédemment, il n'en reste pas moins que parmi les critères figurant dans cette distinction, certains peuvent prêter à controverse. Ainsi, les éléments décrits plus haut, qui permettent de qualifier une secte, peuvent-ils également servir à disqualifier une croyance pourtant reconnue comme religion ? Pour le dire autrement, la question qui se pose ici consiste à se demander si les critères évoqués peuvent également être utilisés pour analyser, sur le plan pratique, une religion ?

La question n'est pas simplement théorique, puisque certaines pratiques spécifiques à des croyances considérées socialement comme des religions, ont fait ou font toujours l'objet de contestations, et parfois d'interdictions. C'est ce que nous pourrions apercevoir par le prisme d'une pratique : la circoncision.

B/ La circoncision comme exemple du lien entre subjectivité psychique et subjectivité physique

1744. La croyance religieuse, dans ses manifestations positives, bénéficie d'un régime juridique assez peu restrictif, et dérogoire sur certains points aux principes habituellement applicables. On se trouve donc placé ici au carrefour entre la protection objective dont bénéficient les justiciables, et la faculté qui leur est reconnue ou non de pouvoir aménager cette protection d'un point de vue subjectif. L'exemple de la circoncision permettra d'illustrer cette idée (1), révélant ainsi comment l'accès au corps est perçu lorsqu'il est lié à une revendication religieuse (2).

1 / Subjectivité de la croyance et objectivité de la protection juridique : la question de la circoncision

1745. S'agissant de la circoncision, le principe est bien installé en droit français²¹⁷⁷ : par dérogation au principe du consentement au soin, les parents d'un enfant peuvent décider qu'une circoncision à caractère religieux soit opérée sur leur enfant²¹⁷⁸. Toutefois, pour être valide, une telle décision doit reposer sur l'accord des deux parents²¹⁷⁹, et de l'enfant si ce dernier a atteint l'âge de 11 ans²¹⁸⁰.

²¹⁷⁷ Même si l'on pourrait discuter de la conciliation du régime français avec l'article 24 de la Convention internationale des droits de l'enfant, qui dans son article 24, §3 dispose : « Les États Parties prennent toutes les mesures efficaces appropriées en vue d'abolir les pratiques traditionnelles préjudiciables à la santé des enfants ». Toutefois, cela supposerait que soit établi le fait que la circoncision est préjudiciable à la santé, ce qui n'est pas démontré. Pour une étude d'ensemble (mais militante) sur la question de la circoncision au regard du droit français, cf. C. Gonzalez, *Circoncision et excision des mineurs. De la politique criminelle et à la prévention sociale*, Thèse pour le doctorat en droit, Université Nice, 1998, 450 pages.

²¹⁷⁸ Il faut noter que de l'avis même du Conseil d'État, la circoncision rituelle ne bénéficie d'aucune base légale sauf en Alsace Moselle. Cf. Conseil d'État, Rapport public 2004 : jurisprudence et avis de 2003. Un siècle de laïcité, la Documentation française, 2004, 474 pages, p. 331-332. Il est même fait allusion à un privilège tout à fait singulier en ce domaine : à la suite de l'arrêt CE Sect., 3 nov. 1997, Hôpital Joseph Imbert d'Arles, *Rec. Lebon* p. 412, « le principe de la responsabilité sans faute du service public hospitalier s'étend à une circoncision rituelle, alors même que l'acte médical a été pratiqué lors d'une intervention dépourvue de fin thérapeutique », in Rapport 2004, précité, p. 332.

²¹⁷⁹ Cour d'appel de Rennes, Chambre 6; 4 avr. 2005, n° 04/04000 ; Cour d'appel de Riom, Chambre 2, 17 Avr. 2007, n° 06/01223 L. C. - L. ; Cf. également CA Paris, 29 sept. 2000, dans lequel il est dit que la circoncision nécessite « l'assentiment de la mère », et poursuivant sur la responsabilité du médecin, déclare que ce dernier est fautif pour s'être contenté « du consentement d'un seul parent ». On observe très bien ici la confusion du vocabulaire, puisque l'assentiment semble être un synonyme du consentement.

²¹⁸⁰ CA Lyon, 2^{ème} civ., 25 juill. 2007, L. c/ M. Le choix de l'âge de 11 ans semble ici être purement arbitraire.

1746. Toutefois, une décision d'un tribunal de Cologne²¹⁸¹ est venue questionner cette pratique, puisque dans ce jugement, le juge allemand s'oppose à cette dernière au motif que, l'acte étant constitutif d'une « atteinte corporelle » irréversible, « cette modification est contraire à l'intérêt de l'enfant, qui réside dans la possibilité de décider lui-même, plus tard, de son appartenance religieuse »²¹⁸². On mesure ici à quel point une telle décision est importante pour notre propos, en ce qu'elle révèle le lien profond qui existe en cette matière entre la conviction, et l'action sur le corps : c'est bien parce que la conviction fonde la raison de cette pratique qu'elle est considérée comme admissible. Ce faisant, ce qui se trouve mis en lumière est bien l'idée que, faute d'une appréciation à caractère critique sur la croyance, la pratique qui en découle ne fait pas l'objet d'une sanction par le droit. Plus que cela, c'est bien parce qu'elle se fonde sur une liberté, ici celle de croire ou ne pas croire, que le juge considère qu'elle est le principe justificatif permettant de légaliser une telle atteinte au corps. M. Libchaber note dans sa chronique sur le sujet le fait que « s'il y a bien quelque chose d'étonnant avec la circoncision, c'est bien la retenue du parquet : depuis Napoléon et l'octroi d'une pleine capacité à la population juive de France, il est incompréhensible qu'il n'y ait pas eu de poursuites, ne serait-ce que parce qu'il s'agit là d'un acte invasif, parfois effectué par des circonciseurs qui ne sont pas médecins, qui peut mal tourner »²¹⁸³. De fait, si l'on adopte les critères évoqués plus haut s'agissant des sectes, peut-on considérer qu'il s'agit bien « d'atteintes à l'intégrité physique » ? Comme le relève M. Libchaber, même si les décisions ne sont pas nombreuses, il en existe qui mettent en lumière des complications opératoires ou post-opératoires tenant à cette pratique²¹⁸⁴. Or, rien de tel ne se survient, ce qui témoigne selon l'auteur de la volonté de l'État de permettre un pluralisme des convictions, tant que celles-ci ne menacent pas la santé publique²¹⁸⁵.

Il n'en reste pas moins que l'on peut percevoir, derrière le dispositif juridique existant, une amorce de perspective critique sur la religion, considérée d'un point de vue général : ainsi, une étude historique de l'évolution de la jurisprudence démontre que la circoncision est

²¹⁸¹ Landgericht, Köln, 7 mai 2012, Wa. 151 Ns 169/11. Voir R. Libchaber, Circoncision, pluralisme et droits de l'homme, Rec. Dalloz, 2012, p. 2044, version électronique ; C. Fercot, « Circoncision pour motifs religieux (Tribunal de Grande Instance – Landgericht – de Cologne) : le prépuce de la discorde », *La revue des droits de l'homme*, 13 juill. 2012.

²¹⁸² Cité in R. Libchaber, précité.

²¹⁸³ R. Libchaber, précité, p. 4.

²¹⁸⁴ Paris, 12 févr. 1992, D. 1993. Somm. 27, obs. J. Penneau, où la plus grande partie de la verge s'est nécrosée à la suite de l'acte, effectué par un stomatologiste faisant office de circonciseur, habilité par le Consistoire, cité in R. Libchaber, précité, note n° 24. Mme Fercot, quant à elle, note que « [...] en tant qu'infraction pénale, la circoncision pourrait tout à fait être considérée comme une atteinte à l'ordre public », in C. Fercot précité, p. 4.

²¹⁸⁵ R. Libchaber, précité, p. 4.

d'abord passée de la catégorie des actes dits usuels, pour lesquels le consentement d'un seul parent nécessaire, à une position beaucoup plus ferme. Comme l'indique Mme Fercot, « depuis 2001, il est en effet admis que la circoncision médicale constitue un acte usuel, nécessitant le consentement d'un seul titulaire de l'autorité parentale, quand la circoncision rituelle, qualifiée d'acte grave, impose les consentements conjoints des titulaires de l'autorité parentale »²¹⁸⁶.

1747. Comment comprendre une telle phrase ? Cela doit-il se lire comme l'affirmation par le juge du fait que la religion serait d'une particulière gravité ? Ou bien d'une forme de résistance du droit, et de l'institution judiciaire, à ce que la religion puisse être source, de manière trop simple, d'exceptions aux règles habituellement admises ? On peut ici considérer, par une lecture qui cherche à déceler l'implicite, que ce dont il est ici question est bien l'idée que le droit ne saurait admettre toute volonté ou tout désir au seul motif qu'ils sont l'expression d'une conviction particulière. C'est donc bien, sous cet angle, une première appréhension de la croyance, et donc du domaine de la psyché, perçue de la façon suivante : toutes les croyances ne se valent pas, et celles qui produisent des conséquences d'une particulière gravité sont susceptibles d'être plus fortement encadrées.

À ceci s'ajoute un autre point important pour notre propos, puisque la décision du tribunal de Cologne semble manifester le fait que l'on ne peut apparemment consentir pour un autre, du moins dans la perspective du juge allemand, et concernant spécifiquement les religions. Il y a donc ici, dans cette optique, une impossibilité d'un consentement substitué.

1748. Face à l'indignation massive soulevée par cette décision, les autorités allemandes se sont saisies de cette question, et une loi autorisant, sous encadrement la circoncision a été votée par le Bundestag le 12 décembre 2012. Désormais, les parents peuvent demander une circoncision, dans les 6 mois après la naissance, sans avoir à justifier du motif de celle-ci (religieuse ou médicale) dès lors que les enfants concernés « ne peuvent pas décider par eux-mêmes »²¹⁸⁷. Cette pratique pourra être exercée soit par un médecin, soit par un représentant religieux à la condition que ce dernier respecte des obligations médicales spécifiques, et ait reçu une formation adéquate.

²¹⁸⁶ Cour d'appel de Paris, 1^{ère} Ch., 29 sept. 2000, n° XP290900X, note C. Duvert, *D.* 2001, p. 1585, *RTD civ.* 2001, p. 126, cité in C. Fercot, précité, p. 4.

²¹⁸⁷ Cité in <http://www.dw.de/la-circoncision-une-pratique-traditionnelle-recadr%C3%A9/a-16295840-1>.

1749. Ce point est d'importance, car il nous permet de mettre en lumière une spécificité souvent passée sous silence, et qui touche à la circoncision rituelle. Celle-ci peut être effectuée, en France, soit par un médecin, soit par un représentant religieux qui ne doit pas justifier d'une expérience particulière. De ce fait, l'acte de circoncision peut, sur le principe, être exécuté par une personne ne disposant pas de connaissances médicales spécifiques. Or, et c'est ici un point déterminant, ce que la nouvelle loi votée en Allemagne apporte sur ce thème, c'est bien l'intégration du regard médical au sein du phénomène religieux. Pour pouvoir bien saisir la mesure de cet apport, il faut encore rappeler un élément tout à fait saisissant, qu'une assimilation trop rapide entre circoncision médicale et rituelle a pour effet de masquer : la circoncision rituelle est parfois pratiquée sans anesthésie. Dès lors, le caractère exceptionnel du privilège légal dont bénéficie cette pratique paraît encore plus étonnant : en plus d'autoriser une intervention sur le corps par un individu qui ne justifie pas des compétences nécessaires pour ce faire, celui-ci implique également l'absence de toute sédation particulière. Dès lors, on fait donc face à un acte effectué sur un jeune enfant, ou un nourrisson, c'est-à-dire une personne d'une particulière vulnérabilité, pour emprunter un vocable contemporain, et qui pourtant, bénéficie de moins de garanties qu'un autre justiciable pourtant moins vulnérable.

Sur ce terrain, la seule justification envisageable, au-delà de la simple réponse qui consisterait à s'appuyer uniquement sur la coutume, est qu'une valeur particulière est associée à la croyance. Aussi, quand bien même le droit prétendrait ne pas se saisir de ce qui se joue dans l'esprit du sujet, figuration d'un Rubicon infranchissable, force est de constater qu'il n'en est rien au regard de l'exemple évoqué.

1750. Ce qui aurait pu passer pour une simple décision d'espèce, vite recouverte par une disposition législative nouvelle, a néanmoins connu de nouveaux développements provenant du Conseil de l'Europe. En effet, ce dernier, dans sa résolution 1952²¹⁸⁸, a remis l'ouvrage sur le métier, et loin de se distinguer de la position allemande, a plutôt renforcé cette dernière, tout en ajoutant une certaine confusion au débat.

Ainsi, il est écrit : « l'Assemblée parlementaire est particulièrement préoccupée par une catégorie particulière de violations de l'intégrité physique des enfants, que les tenants de ces pratiques présentent souvent comme un bienfait pour les enfants, en dépit d'éléments

²¹⁸⁸ Conseil de l'Europe, 1er octobre 2013, résolution 1952 relative au droit des enfants à l'intégrité physique.

présentant manifestement la preuve du contraire. Ces pratiques comprennent notamment les mutilations génitales féminines, la circoncision des jeunes garçons pour des motifs religieux, les interventions médicales à un âge précoce sur les enfants intersexués, et les piercings, les tatouages ou les opérations de chirurgie plastique qui sont pratiqués sur les enfants, parfois sous la contrainte »²¹⁸⁹. Ce qui étonne, à la lecture d'une telle affirmation, est le regroupement de pratiques d'horizons et d'importance divers, qui se trouvent ainsi amalgamées dans un ensemble tout à fait bigarré. Il paraît en effet fort étrange de trouver dans la même catégorisation la circoncision et le tatouage, aussi bien eu égard aux motifs qui les fondent, que s'agissant des conséquences : l'un est permanent, tandis que l'autre peut, par le biais d'une opération au laser coûteuse et douloureuse, être effacé avec plus ou moins de succès.

En réalité, le point commun de ces éléments est bien la négociation juridique de l'accès non pas au corps propre, mais au corps d'autrui, que l'on va évoquer maintenant.

2 / La circoncision comme exemple de la négociation autour de l'accès au corps

1751. On fait ici face à une opposition entre d'un côté, la logique du consentement, et de l'autre, la question de l'autorité parentale et des pouvoirs que celle-ci octroie effectivement qui se manifeste. Dès lors, on comprend mieux comment des situations si différentes peuvent prétendre être ainsi agrégées de manière artificielle. Pour autant, cette assimilation pose davantage de problèmes qu'elle n'en résout. En effet, en procédant ainsi, on perd de vue la spécificité du religieux, en tant qu'il semble constituer une forme de suspension des mécanismes habituels de la légalité, ceci s'expliquant par l'importance que le corps social lui confère, mais aussi par ce qui est exigé de ceux qui s'inscrivent dans cette démarche spirituelle.

1752. Ainsi, cette résolution du Conseil de l'Europe a engendré des protestations considérables, provenant des représentants du judaïsme et de l'Islam. Or, si l'on prête quelque attention aux arguments avancés à cette occasion, un détail frappe le lecteur : ce qui constitue selon eux le *summum* de l'outrage, ce n'est pas tant le fait que la circoncision puisse être présentée comme une pratique qui porte atteinte à l'intégrité corporelle de façon importante, mais plutôt que l'on puisse ainsi l'assimiler à l'excision²¹⁹⁰. De fait, la question du lien entre

²¹⁸⁹ Conseil de l'Europe, résolution 1952, précité, §2.

²¹⁹⁰ À ce titre, cf. par exemple, pour une illustration de ces réactions : <http://www.la-847>

conviction et droit d'accès au corps est éludée, et ne subsiste qu'un débat autour de l'importance de l'atteinte à la chair, en somme, à une forme de quantification à vocation objective. Il n'est alors guère étonnant de constater que, puisque la circoncision est qualifiée comme bien moins grave pour le jeune garçon que l'excision pour la jeune fille, alors elle n'est pas supposée poser problème. C'est en somme ce que déclare le Président de la République, lorsqu'il oppose ces deux pratiques, la première incarnant « une mutilation inacceptable, lourde de conséquences physiques et psychiques pour les femmes qui en ont été victimes et une pratique rituelle [pour les garçons], répandue à travers le monde et parfois encouragée par le corps médical ». On mesure donc ici à quel point la question apparaît redoutable pour celui qui s'y adonne, à un point tel que les réponses apportées figurent autant de tentatives de l'esquiver plutôt que de l'engager frontalement.

1753. Sur ce point, la communauté des juristes est demeurée relativement silencieuse, tandis que les déclarations des différents représentants politiques comme médiatiques semblaient remplir l'espace ainsi laissé vide. Pourtant, ces derniers utilisent, dans leurs justifications, un vocabulaire spécifiquement juridique, témoignant ainsi d'une volonté de voir cette pratique inscrite dans le marbre du droit. Ainsi, le Président israélien a pu qualifier la circoncision de « droit fondamental »²¹⁹¹ tandis que le Conseil français du culte musulman (CFCM) déclarait que « la circoncision est un rituel instauré par la tradition prophétique, qui est un devoir essentiel des parents envers leurs enfants mâles »²¹⁹².

C / Convictions religieuses et consentement : un régime complexe qui soulève de nombreuses questions

1754. L'évocation de la problématique de la circoncision permet de tenter de comprendre l'articulation, sur le plan des croyances religieuses, entre la fundamentalité des droits en cause, et la possibilité de les aménager d'un point de vue subjectif (1). Plus encore, ce qui se dévoile, c'est bien un conflit de subjectivité qui paraît imposer une hiérarchie entre les sujets de droit

croix.com/Religion/Actualite/Inquietudes-apres-une-resolution-du-Conseil-de-l-Europe-sur-la-circoncision-2013-10-22-1048958; <http://www.fait-religieux.com/circoncision-et-conseil-de-l-europe-fin-de-la-polemique-1>.

²¹⁹¹ <http://www.fait-religieux.com/israel-le-president-shimon-peres-defend-la-circoncision-comme-un-droit-fondamental>.

²¹⁹² <http://www.fait-religieux.com/circoncision-et-conseil-de-l-europe-fin-de-la-polemique-1>.

ici évoqués (2), ce qui interroge sur la possibilité d'une conciliation entre ces différents acteurs juridiques (3).

1 / Le consentement aux prises avec la fundamentalité de l'appréhension juridique du religieux

1755. De telles affirmations sont tout à fait étonnantes au regard du droit, et témoignent des problèmes actuels posés par la « fundamentalité » en tant que catégorie juridique. En effet, si l'article 9 de la CEDH entend bien protéger la liberté religieuse, qui comprend le fait de pouvoir manifester sa croyance²¹⁹³, elle n'emporte pas pour autant un « droit fondamental » à la circoncision. À cet égard, il est nécessaire de remarquer que dans l'ensemble des affaires portées devant la CEDH, ce dont il est question est l'affichage d'un signe extérieur à l'individu, qu'il s'agisse d'un vêtement²¹⁹⁴ ou du port d'un signe religieux spécifique²¹⁹⁵. À notre connaissance, la Cour n'a jamais consacré une interprétation de l'article 9 qui permettrait de donner une assise juridique fondamentale à des pratiques religieuses qui concernent cette fois-ci le corps, et d'une façon irrévocable. Faut-il y voir ici la manifestation d'une réticence à donner un blanc-seing au religieux, qui fort de cette protection, ne pourrait plus être questionné dans ses applications concrètes au prétexte qu'il est justement religieux ? Il est permis de poser la question.

Quelle que soit la réponse apportée à celle-ci, il n'en reste pas moins que le fait que la religion est effectivement protégée par la CEDH ne signifie pas pour autant que cette dernière prime sur toutes autres considérations. Ainsi, dans les affaires évoquées, la Cour intervient souvent pour limiter les prétentions des parties à une reconnaissance totale et absolue de leurs convictions, lorsque celles-ci se manifestent de façon publique, appliquant ici le contrôle de proportionnalité dont elle est coutumière. Comment alors prétendre déduire d'une telle protection le fait que tout comportement, du moment qu'il est rattachable à une religion,

²¹⁹³ La jurisprudence de la CourEDH sur ce point est désormais bien établie. Cf. par ex. : CourEDH, 18 mars 2011, Lautsi et autres c. Italie, n° 30814/06 ; CourEDH, 15 janv. 2013, Eweida et autres c. Royaume-Uni, n° 48420/10, 59842/10, 51671/10 et 36516/10s.

²¹⁹⁴ CourEDH, 15 févr. 2001, Dahlab c. Suisse ; CourEDH, 11 janv. 2005, Phull c. France ; CourEDH, 10 nov. 2005, Leyla Sahin c. Turquie ; CourEDH, 4 mars 2008, El Morsli c. France ; CourEDH, 4 déc. 2008, Dogru c. France et Kervanci c. France ; CourEDH, 30 juin 2009, Aktas c. France, Bayrak c. France, Gamaleddyn c. France, Ghazal c. France, J. Singh c. France et R. Singh c. France ; CourEDH, 23 févr. 2010, Ahmet Arslan et autres c. Turquie.

²¹⁹⁵ CourEDH, 15 janv. 2013, Eweida et autres c. Royaume-Uni (port d'un crucifix) ; CourEDH, 18 mars 2011, Lautsi et autres c. Italie (présence d'un crucifix dans une salle de classe).

devrait ne pas être soumis à une évaluation critique ? Progresser sur cette voie induit, *de facto*, une croissance exponentielle du phénomène religieux, dans la chaleur duquel viendra se reposer l'ensemble des comportements potentiellement critiquables.

1756. À cet égard, la déclaration du CFCM illustre bien comment le discours peut osciller d'une extrémité à une autre, sans que pour autant il ne fasse nécessairement l'objet d'une appréciation. Ainsi, s'il paraît tout à fait logique, du point de vue théologique, que la circoncision soit un devoir individuel par rapport à la divinité, ou, qu'il s'agisse d'un devoir du parent envers la divinité que de soumettre sa descendance à ce rite, il paraît tout à fait incompréhensible que cette pratique puisse être un devoir du parent envers son enfant ! C'est à un inversement complet de la logique religieuse que l'on fait face ici, et qui paraît donc inacceptable tant du point de vue du dogme, que de la matière juridique. Car il faut ici comprendre ce que, du point de vue du droit, une telle affirmation produit, puisqu'elle aboutit à reconsidérer la catégorie des obligations.

En effet, il ne peut s'agir ici d'une obligation civile, puisque son non-respect n'ouvre pas le droit à une action permettant de sanctionner son inexécution. Ce ne peut être non plus une obligation morale, puisque ces dernières n'octroient pas de privilège juridique spécifique. Or, il y a bien un privilège, puisqu'un droit d'accès au corps de l'enfant est ainsi octroyé aux parents. Il ne subsiste alors que la catégorie assez résiduelle des obligations naturelles, mais qui ne fonctionne guère mieux dans cette hypothèse : en effet, ces dernières n'ont jamais permis que le débiteur dispose d'un pouvoir sur son créancier, ce qui est ici le cas puisque le débiteur potentiel (parent) pourrait passer outre le principe du consentement du créancier (l'enfant), et de plus, elles visent une forme d'assistance qui ne s'étend pas au corps lui-même comme objet d'un droit. Aussi, la situation évoquée est particulièrement étonnante au regard de la logique juridique elle-même.

1757. Dès lors, comment comprendre qu'une telle situation puisse effectivement prospérer, au vu des difficultés évoquées ici, et particulièrement si l'on songe, à la suite de M. Libchaber, que s'agissant de la circoncision, « sa seule justification est confessionnelle, qui échappe par là même aux raisons d'une République laïque »²¹⁹⁶ ? Cette question est d'importance, et l'exemple évoqué topique, en ce qu'il permet de mettre en jeu, au sein d'un même cas, le

²¹⁹⁶ R. Libchaber, précité, p. 4.

concept de consentement, de sensibilité, de subjectivité au travers de l'affirmation de conceptions singulières.

En effet, ce à quoi la discussion autour de l'anesthésie, et de la souffrance potentielle ou avérée entourant une telle intervention, nous invite est bien l'étude de la place que le droit entend laisser à cette sensibilité. Pour reprendre les termes de l'auteur, « ce qui frappe en la matière, c'est le désaccord entre l'analyse juridique et la sensibilité des sujets de droit »²¹⁹⁷.

2 / Appréciation juridique de la sensibilité et subjectivisation des droits fondamentaux en matière religieuse

1758. Selon M. Libchaber, cette dernière se révèle néanmoins impuissante à fournir une solution suffisamment efficace, en ce qu'elle procède par une analyse des conséquences d'une telle atteinte, permettant ainsi de discriminer entre l'acceptable et l'inadmissible, alors qu'au regard de la règle juridique, l'atteinte est constituée quelle que soit l'importance de l'atteinte que la sensibilité commune décèle. Si cela est vrai, alors on peut comprendre une telle affirmation selon deux angles diamétralement opposés : soit le droit fait grand cas de la sensibilité, de telle sorte que la plus infime atteinte à cette dernière suffise à enclencher la protection de la règle juridique ; soit au contraire, il la nie dans son principe même en étant indifférent à son existence, et dès lors, sanctionnera l'atteinte sans relation aucune à une sensibilité cette fois subjectivée.

Certes, ainsi que le souligne M. Libchaber, « il faut bien reconnaître que notre sensibilité est fortement marquée par la culture : le percement d'oreilles est plus facilement admis que celui de toute autre chair, alors qu'il ne s'agit toujours que d'y faire passer un anneau »²¹⁹⁸. Mais, cette imprégnation du milieu social, pour déterminante qu'elle soit, aboutit en réalité, à notre sens, à faire s'écarter le regard de ce qui constitue le véritable enjeu de la question. En effet, en lien avec cette première proposition, dans la suite de son étude sur ce sujet, l'auteur relève, à juste titre le rôle joué par l'idéologie des droits de l'homme. Selon lui, « pour cette technique de raisonnement juridique, l'universalisme est une nécessité constitutive : l'homme protégé est une abstraction, une transcendance, que tout échantillon de l'humanité est apte à venir incarner le temps d'une avancée. [...]. Là où le droit étatique pouvait tolérer de laisser quelques espaces à la liberté de certains groupes, l'idéologie des

²¹⁹⁷ R. Libchaber, *ibid.*

²¹⁹⁸ R. Libchaber, *ibid.*

droits de l'homme ne le peut pas – sauf à se nier. D'où un caractère invasif, d'autant plus intimidant qu'il procède non seulement avec bonne conscience, mais animé du sentiment qu'agir autrement entraverait la marche d'une idéologie dont la légitimité n'est jamais à établir. [...] Héritière des lumières, l'idéologie des droits fondamentaux finit ainsi par se retourner contre la capacité de l'homme lui-même – qui était pourtant la raison de son développement »²¹⁹⁹.

1759. La critique est connue, et pertinente par certains aspects. Il est en effet constant que la démarche de développement des droits de l'homme interroge directement la nature de ce qui est ainsi protégé, redoublant ainsi les questions inaugurées par le concept de dignité : s'agit-il de protéger un référent abstrait, l'humanité, l'espèce, ou des individus concrets, situés ? De ce point de vue, il semble patent que l'on cherche davantage aujourd'hui à protéger une hypostase qu'un individu, l'idée étant que l'on pourrait passer de l'un à l'autre par un mécanisme de concrétisation dans un cas d'espèce. Dès lors, ce qui menace selon les tenants d'une telle définition des droits de l'homme, c'est bien la subjectivisation possible de ceux-ci, c'est-à-dire la possibilité qui serait laissée à un individu singulier d'aménager le contenu de la norme, voire de la suspendre par l'action d'une volonté qui se ferait véritablement législatrice au sens kantien, mais cette fois dépourvue d'une quelconque prétention à l'universalité. On connaît l'objection classique selon laquelle un tel positionnement aboutirait à ce que l'on puisse ainsi légitimer les pires atteintes au nom d'une relativité des conceptions du bien, ou à ce que, sous couvert d'une liberté elle-même axiomatisée et abstraite, on puisse ainsi permettre la domination du fort sur le faible²²⁰⁰.

1760. Pourtant, cette opposition nous semble fallacieuse, et cela à plus d'un titre. Premièrement, elle méconnaît au titre de cet objectif tout à fait louable de protection la possibilité même d'une liberté dans la personne du faible, et plus généralement de l'individu concret, qui se trouve ainsi mis immédiatement dans la position d'un incapable ontologique. Ensuite, on relèvera ici que la question de l'effectuation concrète de ce principe au travers de l'examen des conséquences matérielles et réelles d'une telle protection n'est jamais examinée.

²¹⁹⁹ R. Libchaber, précité, p. 5-6.

²²⁰⁰ On pense ici à la formule célèbre de Lacordaire « entre le fort et la faible, entre le riche et le pauvre, entre le maître et le serviteur, c'est la liberté qui opprime, et la loi qui affranchit ». Il faut ici préciser que, dans l'argumentation développée par le père Lacordaire, il s'agit avant tout de promouvoir la loi divine, et non la loi civile, ce qui transforme profondément le sens de cette phrase si souvent citée dans les manuels de droit.

On se contente ici, en quelque sorte, d'affirmer qu'il en est mieux ainsi pour tout le monde, et qu'importe alors si ce « tout-le-monde » est une pétition de principe, ou aboutit à créer des individus « en-dehors du monde ». Enfin, l'opposition ainsi présentée en doctrine, entre d'un côté les partisans d'une objectivité des droits de l'homme, et de l'autre ceux de leur subjectivisation est en réalité stérile. Les deux logiques ne sont pas si antinomiques que ce qu'une lecture superficielle pourrait laisser croire.

En effet, la subjectivisation des droits fondamentaux ne signifie aucunement qu'elle doive se comprendre comme un blanc-seing laissé à chaque individu de faire tout ce qu'il désire, au seul prétexte qu'il désire. Rien n'interdit ni n'empêche le cas concerné d'être examiné par le juge, saisi par une partie. Ce faisant, on éviterait *de facto* la possibilité de l'abus par un justiciable de la liberté d'un autre à raison d'une position ascendante. Reste alors, diront les détracteurs d'une telle approche, à définir ce qui constitue effectivement un abus : si l'on admet ici aussi que l'on puisse prendre en compte une définition subjective de ce dernier, alors on retomberait immédiatement dans les errements évoqués, puisque certains individus peuvent être ignorants de leur propre domination. L'argument est convaincant, mais n'est pas insurmontable pour autant.

1761. Aussi juste que soit cette affirmation, elle produit des conséquences tout à fait considérables si elle doit être réellement prise au sérieux : si c'est bien la domination qu'il s'agit d'éviter, alors force est de constater que le principe même de l'imposition d'un certain usage de la liberté s'apparente, d'un point de vue logique, à une domination exercée, avec ou sans le consentement de ses récipiendaires. Aussi, la généralisation d'une telle idée aboutirait à au moins deux effets : la première consisterait dans l'obligation systématique et généralisée d'étudier les possibles effets de domination d'une norme. Or, puisque l'on trouvera nécessairement un justiciable quelconque qui se trouvera dominé, alors aucune norme ne pourra effectivement émerger ; la seconde elle se divise en deux : il sera nécessaire de trouver, dans la continuité de la première, un gradient permettant de déterminer dans quelles circonstances une domination est effectivement acceptable, qu'il s'agisse de privilégier le faible sur le fort, le jeune sur le vieux, etc. Mais, ce faisant, on aboutit par le jeu de la norme à faire de la catégorie protégée la catégorie qui domine ! On rentre alors dans un raisonnement circulaire dont il semble particulièrement ardu de s'extraire. Enfin, la dernière difficulté à l'application d'un tel raisonnement tient à l'identification de l'interprète de la domination ou

de l'abus : cela doit-il être un représentant de la catégorie concernée, ce qui aboutirait à une forme de subjectivisation de l'atteinte, ou bien à un interprète sans qualités quelconques ? Dans la seconde hypothèse, le risque est simple: revenir à une forme d'objectivation que l'on avait pourtant cherché à éviter, ce qui rendrait caduc le projet entrepris.

3 / Subjectivité des parents et subjectivité de l'enfant : une impossible conciliation ?

1762. Quoi qu'il en soit, ce qui est frappant dans le propos ici tenu par l'auteur, et avec lui la majorité des commentateurs de la doctrine, c'est bien que celui-ci tourne exclusivement autour de la figure des parents. En réalité, tout fonctionne comme si, à eux seuls, les parents résumaient toute la problématique ici à l'œuvre, à savoir le lien entre consentement et subjectivité. Dès lors, on évoque le droit des parents à une opinion singulière, associé au nécessaire pluralisme des valeurs que l'État est supposé défendre, puis on passe aux droits de l'homme, en s'interrogeant sur la possibilité d'une solution dans cette figure de parents abstraits que constituerait l'humain objectivé. Mais, étrangement, il n'est pas fait référence à un moment à l'enfant, si ce n'est pour souligner qu'il ne peut donner son consentement à l'intervention. Dès lors, dans un automatisme qui en dit long sur le pli que la logique de l'incapacité imprime au sein de la communauté juridique, le raisonnement s'active, comme mu par lui-même, et l'on cherche immédiatement une accroche pour la règle, en la personne des géniteurs. « Si ce n'est toi, c'est donc ton frère » disait Jean de La Fontaine dans *Le loup et l'Agneau*, maxime juridiquement transposée dans la relation parents-enfants. Mais cette explication est-elle suffisante ? Nous ne le pensons pas.

En effet, loin d'oublier qu'il s'agit ici le plus souvent de nourrissons dans leurs premiers jours, auxquels il est bien sûr parfaitement impossible d'exprimer un quelconque avis ou choix à l'égard de ce qui est projeté pour eux, comment ce simple fait peut-il valoir comme principe justificatif de l'intervention des parents à cet égard ? Plus précisément, comme se fait-il que le fait que cet être en devenir soit incapable, de la manière la plus fondamentale possible, de refuser l'intervention, aboutisse justement à doter ses parents du droit d'exiger cette intervention ? Il n'est pas acquis que l'on puisse trouver une réponse unique à cette question, mais elle nous paraît ne pas être sans lien avec la thématique de la subjectivité, et du consentement comme sentir-avec.

1763. Ainsi, comme on l'a vu, si M. Libchaber évoque bien la sensibilité de l'enfant s'agissant de cette intervention sur son corps, tout en mentionnant l'aspect symbolique spécifique de l'atteinte lorsqu'il décrit la manière dont le droit pénal juge de la profondeur de l'atteinte, il note que « sur une échelle d'acceptabilité, on dirait à cet égard [...] que la circoncision est neutre en ce que le prépuce est inutile et que son ablation n'est pas ostensible, quoiqu'il s'agisse tout de même d'une atteinte sexuelle », avant de témoigner toutefois que « cette perception commune, qui n'est pas critiquable en soi, est inapte à venir informer le droit. Ce n'est pas parce qu'une atteinte paraît légère qu'elle est admissible »²²⁰¹. On peut s'étonner ici de ce qu'un membre de la doctrine se fasse ainsi médecin, et puisse affirmer avec légèreté de tels propos²²⁰². Mais, au-delà de cela, il est frappant de constater que la description des conséquences physiques de cette intervention, ainsi que des éventuels impacts sur la sensibilité, n'emporte pas davantage de conséquences au regard de la considération attachée à la subjectivité de l'enfant. En somme, parce que cette pratique n'est pas jugée d'une gravité extrême, alors on peut raisonnablement discuter le point de savoir si les parents peuvent exercer un tel droit sur leur descendance.

1764. Or, ce type de raisonnement porte avec lui au moins deux propositions implicites : la première est que la subjectivité de l'enfant en lui-même n'est pas opérante dans ce discours. Qu'importe si pour lui l'opération est ressentie différemment, sur le strict plan de la douleur, ou bien s'agissant des conséquences psychologiques de l'intervention. On répondra à cela que la réponse n'est pas possible, puisque par définition, l'enfant ne peut s'exprimer. Mais, pourquoi alors le doute, la potentialité, ne constituent-ils pas un obstacle au consentement des parents ?

1765. La seconde, quant à elle, semble témoigner de ce qu'il existe différents niveaux de subjectivité, corrélés à l'âge du sujet de droit, et à sa capacité à inscrire son unicité par

²²⁰¹ R. Libchaber, précité, p. 4.

²²⁰² Et ce d'autant plus que le caractère inutile ou non du prépuce est très loin de faire l'unanimité médicale, à un point tel que cette intervention est aujourd'hui déconseillée en dehors de pathologies spécifiques, ou de motivations religieuses. À ceci s'ajoute qu'il ne s'agit pas d'un propos isolé puisque plus loin dans l'article, l'auteur écrit, lorsqu'il envisage quelle argumentation favorable à la circoncision pourrait être retenue que « contrairement à ce qu'a prétendu le tribunal de Cologne, il n'y a là aucune atteinte disproportionnée aux libertés : ni à l'intégrité corporelle – car l'ablation du prépuce n'est constitutive d'aucune entrave fonctionnelle [...] ». Puis, lorsqu'il étudie la différence entre l'excision et la circoncision, il déclare : « Et si l'on prétend les dissocier, - par exemple au regard de leurs effets sur la sensibilité, indifférents pour la circoncision mais non pour l'excision, qui peut aller jusqu'à la privation de tout plaisir sexuel – [...] », in R. Libchaber, précité, p. 6.

l'entremise du langage. Ainsi, si l'appartenance de l'enfant déjà né au genre humain ne fait aucun doute, il ne semble pas bénéficier pour autant d'une considération égale de sa subjectivité, qui s'efface ainsi devant celle de ceux qui l'ont mis au monde. En somme, les différentes et potentielles atteintes à sa subjectivité sont considérées comme moins problématiques qu'elles ne le seraient à l'égard d'un autre justiciable plus âgé. C'est dans cette perspective que l'on peut apprécier ici un témoignage du lien profond entre subjectivité et parole, car il est évident que, dans une situation similaire, un justiciable capable d'exprimer une parole propre ne pourrait se voir appliquer un protocole similaire. On peut donc dire que le langage, en tant que manifestation audible d'une subjectivité, permet alors l'appréciation du « raisonnable » de celui qui s'exprime, et ce faisant, de l'étendue des droits et de la protection dont il pourra bénéficier.

1766. On objectera à cela que de tout temps, les parents ont bénéficié d'un privilège légal sur la personne de leurs enfants, puisque ceux-ci doivent attendre un certain âge pour pouvoir jouir des mêmes droits qu'un individu capable au sens du droit civil, et que durant cet intervalle, il est nécessaire d'organiser leur protection. Dans cette optique, les parents paraissent naturellement désignés pour exercer cette tâche, étant supposément soucieux de l'intérêt exclusif et supérieur de l'enfant, et non de leur intérêt propre. À ceci s'ajoute que, dans une sorte de prolongement de l'autonomie personnelle, on juge que cette dernière s'étend également à la possibilité pour chacun d'élever ses enfants comme il le souhaite²²⁰³.

Il n'en reste pas moins que la spécificité du cas évoqué ici tient à ce qu'il est question d'une intervention sur le corps. Or, il est constant de ce point de vue que le droit a toujours entendu protéger plus rigoureusement ce dernier que l'esprit : de manière quelque peu caricaturale, on peut relever qu'il n'a jamais été question de demander le consentement de qui que ce soit avant de l'exposer à la puissance éventuelle d'une idée, tandis que le consentement est bien requis avant toute intervention sur le corps. Dès lors, cette sacralité coutumière du corps au sein de la sphère juridique semble suspendue s'agissant de l'enfant en bas âge, au moins en matière religieuse. À ceci s'ajoute, pour continuer dans la comparaison entre le privilège parental en matière d'éducation et la circoncision, qu'il est possible de se défaire de

²²⁰³ Encore que cette possibilité n'est pas sans restrictions, puisque l'éducation est bien un droit pour l'enfant (article L. 111-2 al. 1 du Code de l'éducation : « tout enfant a droit à une formation scolaire qui, complétant l'action de sa famille, concourt à son éducation »), mais un devoir pour les parents, qui peut parfois aller à l'encontre de leurs propres désirs. Ainsi, l'instruction est obligatoire entre six et seize ans (C. éduc., art. L. 131-1 al. 1), soit qu'elle se fasse au sein d'un établissement scolaire, soit à domicile (C. éduc., art. L. 131-2 al. 1).

la première, tandis que la seconde est-elle beaucoup plus délicate à restaurer.

1767. Ce questionnaire peut sembler, à premier vue, de peu d'intérêt pratique, mais la réalité est pourtant tout à fait différente. En effet, aux États-Unis²²⁰⁴, des recours ont été intentés par des enfants contre leurs parents, ou les hôpitaux, afin de manifester le fait qu'ils avaient été ainsi l'objet d'un pouvoir qui méconnaît leur droit à l'autodétermination, et à la liberté de conscience. Plusieurs pays sont en cours de réflexion par rapport à cette pratique, qui divise la communauté des juristes²²⁰⁵. S'il est vrai que rien n'oblige un individu circoncis à embrasser le culte qui supporte ce rite, il n'en reste pas moins qu'il s'agit d'un acte qui, en dehors de raisons médicales, ne peut être pratiqué que pour motifs religieux²²⁰⁶. Dès lors, le lien entre les deux est aisé à établir.

Aussi, cette étude brève de la question de la circoncision aboutit à mettre en lumière la question prégnante de la subjectivité, en lien avec la sensibilité et le consentement. En effet, c'est par une attention à la dimension sensible, ici la douleur, que la subjectivité émerge au regard des spectateurs de l'acte considéré. Actuellement laissée dans l'ombre, ou plutôt escamotée au travers du consentement parental, elle fait retour dans cette demande contemporaine qui vise à la rétablir au sein du droit. De manière analogue, l'état actuel du droit révèle bien à quel point le droit n'est pas tout à fait ignorant de la subjectivité psychique, du moins lorsque celle-ci concerne le domaine de la croyance, puisqu'il lui donne un effet matérialisé par la suspension du régime juridique normalement applicable.

²²⁰⁴ Plusieurs affaires existent. On peut ainsi évoquer le cas de *M. William Stowell vs Good Samaritan Hospital*, qui s'est résolu par un accord amiable entre les deux parties pour un montant non révélé, et ce alors que la mère du plaignant avait bien donné son consentement à cette intervention. L'avocat du plaignant a ainsi déclaré : « *Never again can someone say that a young man who is dissatisfied with his circumcision as an infant is being frivolous when he objects to his mutilation and brings suit to obtain justice. This case should send a message to doctors that they run the risk of a lawsuit each time they circumcise an infant for non-therapeutic reasons, particularly when they rely on the hospital to obtain consent the day after birth. Social or cosmetic concerns provide no justification for harmful surgery. I would expect that this is just the first of many cases that will be brought by angry circumcised young men against their circumcisers* ».

²²⁰⁵ Par exemple, pour une discussion favorable à l'interdiction au Royaume-Uni, cf. M. Fox, M. Thomson, « A covenant with the status quo ? Male circumcision and the new BMA guidance to doctors », in *Journal of Medical Ethic*, 2005, n°35, p. 463-469; En Norvège, l'ombudsman chargé de la protection des enfants a émis une recommandation dans laquelle il appelle à ce que la circoncision soit interdite sur la personne de mineurs, au motif que celle-ci serait contraire aux droits de l'enfant tels qu'énoncés dans la Convention internationale des droits de l'enfant.

²²⁰⁶ On retrouve ici une des difficultés posées par le régime juridique français, puisque selon le Code de déontologie médicale, dans son article 4 1 (C. santé publ., art. R. 4127-41) : Aucune intervention mutilante ne peut être pratiquée sans motif médical très sérieux et, sauf urgence ou impossibilité, sans information de l'intéressé et sans son consentement.

§2 : Consentement et liberté d'opinion sur le plan politique

1768.Après avoir envisagé la manière dont le droit appréhende la subjectivité psychique, au travers de l'examen du régime réservé aux convictions religieuses, on peut désormais s'attacher à apercevoir si ces principes se retrouvent, de manière équivalente, sur le plan politique. Comme on l'a vu, la subjectivité religieuse semble poser certains problèmes, au moins dans ses manifestations positives, mais sans que le dogme en lui-même ne fasse l'objet d'un contrôle par le droit. En va-t-il de même s'agissant des opinions politiques ? Avant toute chose, il convient de préciser que s'agissant des développements qui vont suivre, on entendra politique dans le sens d'une parole qui touche aux enjeux et problématiques de la vie en société, aux affaires de la Cité pour reprendre le sens étymologique.

L'étude ainsi comprise permettra d'observer la tolérance dont le législateur a fait preuve dans le régime juridique encadrant les expressions à caractère politique (A). Toutefois, cette liberté connaît nécessairement des limites, et avec elles le consentement également (B). Ceci participe d'une tendance très contemporaine d'extension du principe de neutralité, manifestant ainsi le risque latent de la prise de parole publique dans le domaine politique (C).

A / Le principe d'une tolérance renforcée à l'égard du débat public d'opinions politiques

1769.Au regard du droit interne, il est de jurisprudence constante qu'il n'existe pas de mécanisme *a priori* permettant d'interdire des partis politiques, et cela à cause de la valeur constitutionnelle du principe de liberté d'association. Sur ce point, la différence est connue avec la loi fondamentale allemande qui prévoit, dans son article 21 §2 un tel contrôle lorsque les partis concernés « tendent à porter atteinte à l'ordre constitutionnel libéral et démocratique, ou à le renverser, ou à mettre en péril l'existence de la République fédérale d'Allemagne »²²⁰⁷. Néanmoins, l'ordre juridique français n'est pas totalement démuné de moyens. En effet, les partis politiques, qui existent sous forme d'associations, peuvent être dissous, en dehors de la volonté de leurs membres, soit par voie judiciaire, soit par voie administrative.

²²⁰⁷ La traduction proposée ici est celle fournie dans A. Kees, « Liberté d'association (Art. 11 CEDH) : Une nouvelle tentative pour interdire le Parti national-démocrate allemand (NPD), prendre le risque juridique en faveur d'un bénéfice politique douteux ? », *Revue des droits de l'homme*, 25 févr. 2013, version électronique, p. 1

1770. S'agissant de la voie judiciaire, celle-ci trouve sa source dans l'article 3 de la loi du 1^{er} juillet 1901, qui déclare nulle toute association dès lors que celle-ci est fondée « sur une cause ou en vue d'un objet illicite, contraire aux lois, aux bonnes mœurs ou qui aurait pour effet de porter atteinte à l'intégrité du territoire national et à la forme républicaine du gouvernement »²²⁰⁸, et l'article 7 qui attribue compétence au juge judiciaire pour ce faire. Si les annulations pour ce motif sont assez bien documentées en jurisprudence²²⁰⁹, il n'y a, à notre connaissance, aucun parti politique qui a été dissous de cette façon par le juge judiciaire²²¹⁰.

1771. Si l'on se reporte cette fois à la dissolution administrative²²¹¹, celle-ci est régie, à la base, par la loi du 10 janvier 1936 relative aux groupes de combat et milices privées, qui évoque un nombre limité de cas : il est ainsi nécessaire que le groupe concerné « provoque des manifestations armées dans la rue, présentent [...] le caractère de groupes de combat ou de milices privées, ait pour but de porter atteinte à l'intégrité du territoire national ou d'attenter à la forme républicaine du gouvernement ». Cette liste a été assez largement étendue par la suite²²¹², de telle sorte que les dissolutions administratives touchent désormais plus

²²⁰⁸ Étant entendu que ceci a été élargi dans l'objectif de l'intensification de la lutte contre les mouvements sectaires, par l'entremise de la loi dite About-Picard, n°2001-504 du 12 juin 2001 tendant à renforcer la prévention et la répression des mouvements sectaires portant atteinte aux droits de l'homme et aux libertés fondamentales, JORF 13 juin 2001, p. 9337, dans son article 1^{er}.

²²⁰⁹ Sur ce point, cf. M. Behar-Touchais, C. Legros, « Association », *Rép. civ. Dalloz*, sept. 2012, § 54 à 58.

²²¹⁰ On peut à cet égard se référer à l'arrêt GPMF rendu par la Cour de cassation en 2007. Il s'agissait alors d'une association dénommée « Groseille pomme mandarine framboise ». La Cour d'appel de Pau, dans sa 1^{ère} chambre, avait rendu un arrêt le 23 janv. 2006 ordonnant la dissolution au motif que « anciennement dénommée « groupement provisoire de la monarchie française », elle considérait, à travers ses statuts, que la France était toujours une royauté, avec une apparente vacance du trône, et que, par cette seule affirmation elle portait atteinte à la forme républicaine du gouvernement ». La Cour de cassation a annulé l'arrêt au motif que la Cour d'appel n'établissait pas dans ses motifs que « l'association litigieuse se donnait pour but de renverser la République ». Cf. Cass. Civ, 1^{ère}, 02 oct. 2007, n° 06-13-732, *D.* 2007, p. 2671.

²²¹¹ Pour une vision d'ensemble, cf. S. Damarey, *La liberté d'association à l'épreuve de la dissolution administrative*, *AJDA*, 2012, p. 921 et s.

²²¹² S'ajoutent désormais à cette liste le fait de « faire échec aux mesures concernant le rétablissement de la légalité républicaine » (Ordonnance du 30 déc. 1944), « de rassembler des individus ayant fait l'objet de condamnation du chef de collaboration avec l'ennemi ou d'exalter cette collaboration » (Loi n°51-58 du 5 janv. 1951 portant amnistie, instituant un régime de libération anticipée, limitant les effets de la dégradation nationale et réprimant les activités antinationales, JORF 6 janvier 1951 p. 260), d'inciter « à la discrimination, à la haine ou à la violence envers une personne ou un groupe de personnes en raison de leur origine ou de leur appartenance ou de leur non-appartenance à une ethnie, une nation, une race ou un religion déterminée ; propageant des idées ou théories tendant à justifier ou encourager cette discrimination, cette haine ou cette violence » (Loi n°72-546 du 1^{er} juill. 1972), « de se livrer à des agissements en vue de provoquer des actes de terrorisme en France et à l'étranger » (Loi n°86-1020 du 9 sept. 1986 relative à la lutte contre le terrorisme et aux atteintes à la sûreté de l'Etat, JORF 10 septembre 1986, p. 10956), « d'avoir pour objet le soutien à une association sportive dont les membres ont commis en réunion, en relation ou à l'occasion d'une manifestation sportive, des actes répétés constitutifs de dégradations de biens, de violence sur des personnes ou d'incitation à la haine ou à la

précisément le phénomène politique. C'est ainsi qu'ont pu être dissous le Service d'action civique (S.A.C)²²¹³, l'association basque Enbata²²¹⁴, l'association « Centre de recherche et de documentation pour l'avènement d'un ordre nouveau dans le domaine social, économique et culturel »²²¹⁵, et plus récemment l'association « l'œuvre française »²²¹⁶ et l'association « jeunesses nationalistes »²²¹⁷. Selon Mme Damarey²²¹⁸, depuis 1936, 114 dissolutions administratives ont été prononcées, et ce majoritairement depuis 1982, sur la base de l'alinéa 6 de la loi de 1936, à savoir le fait d'appeler à la discrimination, à la haine ou à la violence ou de propager des idées ou théories en ce sens.

1772. Pourtant, peut-on dire pour autant que les associations visées ont véritablement un but politique ? S'il est vrai que certaines prônent une vision de la société qui leur est propre, ou appellent à des changements d'ordre économique et social, elles ne constituent pas des partis politiques à proprement parler. Autrement dit, le discours tenu est lui politique, mais l'association en elle-même non, ne serait-ce que par le fait qu'elle ne propose ni ne présente de candidats à des élections. Or, si l'on se réfère à ces dissolutions, on constate que le discours politique est dans une large mesure accepté sans trop d'entraves, à la seule condition qu'il ne vise pas à la réalisation d'actes de violence, ou qu'il ne constitue pas une violence en lui-même lorsqu'il vise des groupes identifiés par leur race, ethnie, nation ou religion. Ceci signifie donc, a contrario, que toutes les autres idées sont recevables, ou à tout le moins, ne font pas l'objet d'un encadrement par le droit.

1773. Pour illustrer ceci de manière plus précise, on peut relever que les conditions posées par l'alinéa 6 de la loi de 1936 ne mentionnent pas l'orientation sexuelle, ni même le genre. Doit-on alors comprendre cette retenue comme le fait qu'un groupe qui propagerait un message homophobe ou sexiste ne pourrait pas être dissous en tant que tel, mais que ses responsables pourraient être condamnés en leur nom propre ? De manière analogue, il peut

discrimination contre des personnes à raison de leur origine, de leur orientation sexuelle, de leur sexe ou de leur appartenance, vraie ou supposée, à une ethnie, une nation, une race ou une religion déterminée » (Loi n°2006-784 du 5 juill. 2006 relative à la prévention des violences lors des manifestations sportives, JORF 6 juillet 2006, p. 10113, codifiée à l'art. L. 332-18 du Code du sport), cité in S. Damarey, précité, p. 1-2.

²²¹³ CE, 13 févr. 1985, n°44910, Debizet, *Rec. Lebon* tables.

²²¹⁴ CE, 8 oct. 1975, n° 94477, Association Enbata, *Rec. Lebon* p. 494.

²²¹⁵ CE, 9 avr. 1975, n°92656, Robert, *Rec. Lebon* p. 885.

²²¹⁶ Décret du 25 juill. 2013, portant dissolution d'une association, JORF 27 juill. 2013 p. 12617 NOR INTD1319370D.

²²¹⁷ Décret du 25 juill. 2013, NOR INTD1319369D.

²²¹⁸ S. Damarey, précité, p. 2.

paraître étonnant que le législateur n'ait pas fait usage ici de cette catégorie juridique en expansion qu'est la dignité. Il est en effet tout à fait envisageable de penser qu'une association pourrait être dissoute du fait de messages attentatoires à la dignité de la personne humaine, principe suffisamment peu défini pour permettre d'y inclure à peu près tout ce que la demande populaire pourrait proposer.

1774. Aussi, dans la perspective de la subjectivité, et du consentement comme sentir-avec, force est de constater que l'association jouit d'une protection particulière. Ainsi, si l'on songe que l'association peut être une manifestation possible d'un consentement dans la forme défendue ici, qui mettrait en lien la subjectivité d'un désir, d'une passion, qui trouverait son semblable et s'incarnerait dans une forme juridique identifiée, alors la protection ainsi obtenue peut paraître épouser au plus près les contours de cette communion subjective. Certes, on peut discuter juridiquement des limites ainsi apposées à la libre expression des opinions politiques, dans un parallèle avec les régimes anglo-saxons, et déplorer, à la suite de Mme Damarey, le fait que la catégorie des dissolutions administratives s'étend au détriment de celles placées sous le contrôle de juge judiciaire. Il n'en reste pas moins que les justiciables paraissent jouir d'une latitude qui étonne d'autant plus lorsqu'elle est rapportée au domaine religieux.

B / Une liberté de principe mais non absolue : les bornes du consentement en matière politique

1775. Néanmoins, la liberté évoquée connaît des limites, qui varient suivant les acteurs concernés. Ainsi, le contrôle du consentement est plus strict s'agissant des élèves de l'enseignement supérieur (1) que pour ce qui touche à la dissolution éventuelle de partis politiques (2).

1 / La liberté politique des élèves de l'enseignement supérieur : un contrôle strict du consentement

1776. Comment expliquer, à ce point de la démonstration, une telle différence par rapport à ce qui a été dit s'agissant de la circoncision ? L'explication réside peut-être dans la manifestation corporelle qu'implique le signe religieux dont il est question dans les différentes lois sur le sujet. On passerait ainsi d'une parole désincarnée à la matérialité d'un corps-

emblème, et c'est cette étape de l'incarnation qui témoignerait du passage à un degré de dangerosité supérieure pour le corps social. Voir serait en quelque sorte plus dommageable qu'entendre, puisque rien n'interdit à l'heure actuelle de faire la promotion de la burqa au travers de discours ou écrits, manifestant en cela notre fascination pour les images²²¹⁹. Mais, cette explication, pour séduisante qu'elle soit, n'explique pas pourquoi, par exemple au sein d'un établissement scolaire, il est possible pour des élèves de porter des messages politiques sur leurs vêtements, mais non des messages religieux au travers des signes ostensibles. C'est en effet un étrange renversement de constater que la politique, qui dans son étymologie est l'affaire de tous, et s'adresse donc à un public vaste, bénéficie d'une tolérance plus grande que la religion qui, elle, s'adresse également à tous, mais ne concerne en pratique qu'une part plus faible de la population française. Plus l'auditoire est faible, plus grand est le danger semble nous dire cette perspective. Plus précisément, il faut peut-être y voir le fait que l'esprit est supposé plus vulnérable à la parole religieuse qu'à la parole politique, de telle sorte que la protection doit différer entre les deux²²²⁰.

1777. Toutefois, la liberté politique des élèves et étudiants n'est pas non plus totale, puisque, pour reprendre une formule de M. Beaud à l'occasion d'une affaire récente, « les étudiants en général, et les élèves de l'ENS en particulier, ne bénéficient pas d'une liberté plus étendue que les autres citoyens »²²²¹. Toutefois, dans l'espèce en question, il s'agissait d'organiser une réunion visant à promouvoir le boycott de produits provenant d'un État étranger. Interdits de réunion par la direction de l'École, les étudiants ont attaqué cette décision en référé-liberté. Le tribunal de première instance leur a donné raison, avant que cette décision ne soit cassée par le Conseil d'État²²²².

Si cette décision n'est pas surprenante en elle-même, puisque la CourEDH²²²³ avait

²²¹⁹ Ce qui, sur ce point, ne peut être rattaché au dogme judéo-chrétien, puisque dans le christianisme, c'est davantage l'écoute que la vue qui est encensée. On pense ici à la célèbre phrase du Premier Livre de Samuel, au sein de l'Ancien testament, dans lequel il est écrit : « Yahvé vint et se tint présent. Il appela comme les autres fois : « Samuel, Samuel ! », et Samuel répondit : « Parle, car ton serviteur écoute. », in La Bible, précité, Premier Livre de Samuel, 3, 10, p. 377. De la même façon, l'étymologie du terme « évangile » renvoie au champ sémantique de l'audition.

²²²⁰ La question ne se pose évidemment pas pour le personnel enseignant, puisqu'en tant qu'agent du service public, ceux-ci sont tenus au respect du principe de neutralité du service public. Néanmoins, le statut des élèves des collèges et lycée est particulier : cf. C. éduc., art. R. 421-5 et L. 511-2 qui évoque le principe de neutralité.

²²²¹ O. Beaud, « Normale Sup au prétoire : la liberté de réunion dans les locaux universitaires », *AJDA*, 2011, p. 585.

²²²² CE, ord. 7 mars 2011, École Normale Supérieure, req. N° 347171, *Rec. Lebon* p. 79, *AJDA*, 2011, p. 481.

²²²³ Cf. par ex. CourEDH, 16 juill. 2009, Willem c. France ; S. Lavric, *Dalloz Actualité*, 28 juill. 2009, qui met en jeu un maire appelant au boycott de produits israéliens. La Cour conclut à la non-violation de l'art. 10 de la

déjà sanctionné une campagne de ce type, justement au titre de la discrimination ainsi opérée, c'est la motivation de l'ordonnance qui donne tout son sel à cette affaire. Ainsi, dans son considérant n°3, le juge indique que l'ENS, « comme tout établissement d'enseignement supérieur, doit veiller à la fois à l'exercice des libertés d'expression et de réunion des usagers du service public de l'enseignement supérieur et au maintien de l'ordre dans les locaux comme à l'indépendance intellectuelle et scientifique de l'établissement, dans une perspective d'expression du pluralisme des opinions ». Selon le professeur Beaud, c'est le « principe de neutralité du service public de l'enseignement supérieur, dont le corollaire est la garantie du pluralisme politique, que l'ordonnance entend rappeler »²²²⁴. Or, cette analyse, comme celle du Conseil d'État nous semble erronée.

1778. Ainsi, il est frappant de constater que pour justifier l'interdiction de cette réunion, le Conseil rappelle à la fois la nécessité de l'indépendance intellectuelle et scientifique, et l'expression du pluralisme des opinions. Ce faisant, il introduit une dangereuse confusion : il s'agit ici d'un positionnement politique spécifique aux étudiants, et non d'une posture intellectuelle ou scientifique, sans quoi toute pensée ou parole peut être qualifiée « d'intellectuelle »²²²⁵. De même, le caractère scientifique est ici inopérant, puisqu'il ne s'agit absolument pas de l'objet de la réunion. Aussi, il ne subsiste alors que le respect du pluralisme des opinions, qui est justement utilisé pour interdire l'expression d'une parole différente !

1779. De la même façon, le recours au critère de « l'indépendance » nous paraît particulièrement malvenu, et potentiellement lourd de conséquences : dans quelle mesure le fait qu'une réunion se tienne dans l'établissement, à l'initiative des élèves, implique-t-il pour autant que l'École se range derrière et soutient les positions qui seront défendues à cette occasion²²²⁶ ? C'est le principe même de la recherche universitaire qui se trouve ici mis en cause, puisque dès lors qu'une université accepte d'accueillir un colloque, cela implique, dans

CEDH, car ce ne sont pas les opinions politiques qui sont en jeu, mais à raison de la « démarche discriminatoire, et de ce fait, condamnable » (§38). Il est à noter que la Cour insiste également sur sa responsabilité particulière en tant qu'Élu.

²²²⁴ O. Beaud, « Normale Sup au prétoire... », précité.

²²²⁵ Dans la suite de son ordonnance, le Conseil note lui-même qu'il s'agit d'une « campagne politique internationale ».

²²²⁶ Ainsi il existe des sections universitaires de partis politiques, comme le parti socialiste, qui dispose justement d'une section au sein de l'ENS-Ulm (Section Jean-Jaurès), tandis que Science-po Paris accueille la section Chaban-Delmas qui vise à promouvoir les idées de l'Union pour un Mouvement Populaire (UMP). Cela ne semble pas poser de soucis spécifiques en termes d'indépendance politique, intellectuelle ou scientifique au juge.

cette logique, qu'elle adhère aux idées des participants. Le même raisonnement s'applique s'agissant de l'exercice de la thèse de doctorat, qui dès lors n'engage plus seulement le candidat, mais également l'Université dans laquelle elle est soutenue. Il y aurait alors confusion totale entre la subjectivité du candidat à la parole, et l'institution et l'enceinte dans laquelle il s'exprime, comme si son être tout entier disparaissait, happé. Dans cette perspective, la seule parole authentiquement subjective ne pourrait se reconnaître, et se tenir, que dans un espace n'appartenant à personne, ce qui paraît particulièrement délicat à trouver.

1780. Concernant les arguments du professeur Beaud, ceux-ci sont également problématiques du fait de la référence au principe de neutralité du service public, qui ne figure pas initialement dans le raisonnement du Conseil. Comment expliquer ce renvoi ? S'il est à peu près établi que le principe de neutralité s'applique bien aux élèves comme aux enseignants, lorsqu'il s'agit de collège ou de lycées, il n'en va pas de même dans l'enseignement supérieur²²²⁷. Il est vrai que le statut des élèves normaliens est quelque peu particulier, puisque ceux-ci sont, après la réussite du concours, élèves fonctionnaires-stagiaires. Toutefois, à notre connaissance, ce statut ne comprend pas les obligations spécifiques du fonctionnaire dans le cadre de leurs études, c'est-à-dire l'obligation de neutralité. Quand bien même cela serait le cas, l'argument du professeur selon lequel les élèves auraient dû réserver la réunion projetée aux seuls normaliens apparaît encore plus problématique, s'ils sont tous tenus, en qualité de normaliens, à cette neutralité !

Au surplus, la référence au pluralisme paraît d'application délicate : comment celui-ci peut-il s'exprimer, si chaque opinion exprimée est assimilable à un soutien de l'institution qui héberge cette parole, et donc contrevient à la neutralité attendue ? Ce faisant, soit toutes les paroles doivent être entendues, soit aucune ne peut l'être, car entre les deux, c'est la neutralité qui est rompue.

1781. Le professeur Beaud poursuit alors son raisonnement en évoquant le fait que les organisateurs n'avaient pas prévu de débat contradictoire. Là encore, la référence à cet élément nous semble étonnante, puisque le respect du pluralisme n'implique pas que celui-ci

²²²⁷ Ainsi, la loi sur les signes religieux ostensibles ne s'applique pas à l'Université, comme l'énonce l'article L. 141-5 du Code de l'éducation. De la même façon, il est frappant de constater, lorsque l'on se réfère au Code de l'éducation, que s'agissant de l'enseignement supérieur, les articles L. 811-1 à L. 811-6 qui concernent les droits et obligations des usagers du service public de l'enseignement supérieur n'évoquent pas une seule fois la « neutralité ».

doive s'exécuter de manière immédiate et simultanée, sans quoi chaque manifestation devrait contenir, en son sein, des opposants à celle-ci, ce qui n'existe absolument jamais en pratique. Le pluralisme implique la diversité, mais une diversité qui se conjugue avec une temporalité qui dépasse le seul instant de la communication politique.

1782. Aussi, cette jurisprudence nous paraît témoigner du fait qu'il existe, même dans le champ politique, des domaines dans lesquels un contrôle s'exerce sur le consentement possible à une opinion politique, alors même que le statut légal de ce message reste pour le moment partiellement indéterminé²²²⁸.

1783. Toutefois, si des groupements à caractère politique peuvent donc être interdits et dissous avec une certaine facilité, il n'en va pas de même s'agissant cette fois des partis politiques, du fait d'un contrôle beaucoup plus poussé et exigeant de la part de la Cour européenne des droits de l'homme.

2 / La délicate dissolution des partis politiques : le consentement protégé

1784. En effet, de la même façon que la Cour fait bénéficier les hommes politiques d'une plus grande liberté de parole²²²⁹, elle assortit la dissolution des partis d'exigences plus strictes.

²²²⁸ Il est fait allusion ici que le statut légal du boycott n'est pas clairement établi s'agissant des particuliers. En effet, entre opérateurs économiques sur un marché, les choses sont à peu près claires : cf. par ex. Cass Crim., 18 déc. 2007, n°06-82.245 qui condamne une société française pour avoir assuré à son partenaire économique qu'elle boycotterait les transporteurs israéliens, et ce en infraction avec les articles L. 225-1 et 225-2 du Code pénal. Néanmoins, s'agissant du boycott citoyen, la situation est plus complexe, la question de l'applicabilité de l'article 24, alinéa 8 de la loi du 29 juill. 1881 donnant lieu à des applications différentes : des individus sont parfois relaxés, tandis que d'autres sont condamnés. Pour des condamnations, Cf. par ex. Crim. 28 sept. 2004, *Dr. Pénal*, 2005, Comm. 4, obs. M. Véron ; CA Bordeaux, 22 oct. 2010, n° 10/00286, *D.* 2011, p. 931, obs. G. Poissonnier ; CA Colmar, 27 nov. 2013, n°12/00304 et n°12/00305 ; Dans le sens contraire, cf. TGI Paris, 8 juill. 2011 ; CA Paris, 24 mai 2012, n°11/6623 ; Cass. Crim 19 nov. 2013, n° 12-84.083, S. Lavric, *Dalloz actualité* 29 nov. 2013 ; Pour une analyse juridique opposée à la condamnation, on se reporte aux articles de M. G. Poissonnier, in *D.* 7 oct. 2010, n°34, p. 931 ; *D.* 2011, p. 931 ; *Gaz. Pal.*, sept. 2011, n°244, p. 15 ; *Gaz. Pal.*, 6 sept. 2012, p. 20. Malheureusement, il ne nous a pas été possible de trouver une étude d'ensemble favorable à cette interdiction.

²²²⁹ Cf. par ex. Liberté d'un élu de critiquer la gestion financière d'une municipalité : CourEDH, 4^{ème} Sec, 2 févr. 2010, Kubaszewski c. Pologne, Req. N°571/04 et s., *Lettre Droits-Libertés*, 3 févr. 2010; pour des accusations de malversations : CourEDH, 3e Section, 20 avr. 2010, Cârlan c. Roumanie, Req. N° 34828/02, *Lettre Droits-Libertés*, 20 avr. 2010; pour la critique par un homme politique d'un magistrat : CourEDH, 5e Section, 15 juill. 2010, Roland Dumas c. France, Req. N°34875/07, *Lettre-Droits-Libertés*, 28 juill. 2010. La limite est bien sûr la diffamation : Cf. pour une accusation de « détournement de pouvoir avec prise illégale d'intérêts », le Cour reconnaît que la condamnation de ces propos ne viole pas la liberté d'expression : CourEDH, 2^e Section, 11 janv. 2011, Barata Monteiro Da Costa Nogueira et Patricio Pereira c. Portugal, Req. N°4035/08, *Lettre Droits-Libertés*, 14 janv. 2011 ; CourEDH, 8 juill. 1986, Lingens c/ Autriche, n°9815/82 ; CourEDH, 7 juin 2007, Dupuis c. France, req. N°1914/02, JCP 2007-II-10127 note E. Derieux, Rec. Dalloz, 2007, Jur. P. 2506, note J.-P.

Ainsi, dès 1998, la CourEDH avait bien établi, dans l'affaire Parti communiste et autres c. Turquie²²³⁰, que la dissolution d'un parti politique ne pouvait se concevoir que dans « les cas les plus graves ». Ceci n'a jamais été démenti²²³¹, et tient bien à ce que, selon la Cour, les partis politiques « jouent un rôle essentiel pour le maintien du pluralisme et le bon fonctionnement de la démocratie »²²³². Dès lors, l'interdiction ne peut se justifier que si le programme politique défendu par le parti est « incompatible avec une société démocratique », constitue une « menace raisonnablement proche pour la démocratie », répond à un « besoin social impérieux » et est proportionné au but visé²²³³. Ceci implique, dans la perspective de cette jurisprudence, le fait que pour être passible de sanction, le parti concerné doit avoir une véritable influence dans le contexte politique interne, et qu'un parti mineur ne pourrait satisfaire au « besoin social impérieux » et à la proportionnalité²²³⁴. C'est donc un contrôle particulièrement strict qui s'exerce, et qui laisse à proprement parler une faible marge de manœuvre aux États, ce que la Cour reconnaît d'ailleurs elle-même²²³⁵.

1785. La très grande tolérance laissée par la Cour dans ce domaine est à mettre en lien avec la conception particulière que celle-ci a adoptée de la liberté d'expression, et ce depuis l'arrêt

Marguénaud ; CourEDH, 11 avr. 2006, *Brasiler c. France*, req. n°71343/01 ; CourEDH, 7 nov. 2006, *Mamère c. France*, req. n°12697/03, Rec. Dalloz, 2007, Jur. P. 1704, note J.-P. Marguénaud, *RTD civ.*, 2008, p. 165, obs. D. Roets. Pour de plus amples développements, cf. J.-F. Renucci, *Droit européen des droits de l'homme*, précité, § 132, p. 114-115, dont ces références sont extraites. Pour une vision d'ensemble sur cette question, cf. P. Wachsmann, « Participation, communication, pluralisme... », précité, p. 4-7 ; N. Hervieu, *la liberté d'expression des personnages politiques en droit européen : « de la démocratie à Strasbourg »*, *CRDF*, n° 8, 2010, p. 103-114.

²²³⁰ CourEDH, *Parti communiste unifié de Turquie et autres c. Turquie*, 30 janv. 1998, Recueil des arrêts et décisions 1998-I, §46 ; CourEDH, *Parti socialiste et autres c. Turquie*, 25 mai 1998, Recueil 1998-III, §50 ; Dans le même sens, cf. CourEDH, 8 déc. 1999, *Affaire Parti de la liberté et de la démocratie (Ödzep) c. Turquie*, req. n°23885/94, §45 : « En l'occurrence, la Cour relève la radicalité de l'ingérence litigieuse [...]. Des mesures d'une telle sévérité ne peuvent s'appliquer qu'aux cas les plus graves ».

²²³¹ Pour des illustrations plus récentes, cf. CourEDH, 13 févr. 2003, *Refah Partisi c. Turquie*, req. n° 41340/98, 41342/98 et 41343/98, § 100 ; CourEDH, 30 juin 2009, *Herri Batasuna et Batasuna c. Espagne*, req. n° 25803/04 et 25817/04, § 78.

²²³² Cité in CourEDH, *Batasuna c. Espagne*, précité, §74. Ceci se retrouve déjà dans l'arrêt CourEDH, 3 févr. 2005, *Partidul Comunistilor (Nepecești) et Ungureanu c. Roumanie*, req. n° 46626/99, § 44.

²²³³ On trouve l'ensemble de ces conditions dans CourEDH, 3 févr. 2005, *Partidul Comunistilor (Nepecești) et Ungureanu c. Roumanie*, req. n° 46626/99, §48 ; CourEDH, 12 avr. 2011, *Republican party of Russia c. Russia*, req. n° 12976/07, § 106 : « The Court reiterates that political parties have a special status ».

²²³⁴ En ce sens, cf. CourEDH, 20 oct. 2005, *United macedonian organisation Ilinden-Pirin and others c. Bulgaria*, req. n° 59489/00, §61-62 : « *Indeed, it was recognized in the request for its dissolution that its public influence was negligible [...] In sum, the Court considers that there did not exist a pressing social need to order the applicant party's dissolution and that the dissolution was thus not necessary in a democratic society, within the meaning of Article 11 of the Convention* ».

²²³⁵ Ceci se trouve exprimé dès l'arrêt *Ödzep c. Turquie* de 1999, § 44 : « Pour juger en pareil cas de l'existence d'une nécessité au sens de l'article 11 § 2, les États contractants ne disposent que d'une marge d'appréciation réduite, laquelle se double d'un contrôle européen rigoureux portant à la fois sur la loi et sur les décisions qui l'appliquent, y compris celles d'une juridiction indépendante ». Dans le même sens, CourEDH, *Republican party of Russia c. Russia*, précité, § 76.

Handyside²²³⁶. Selon celle-ci, la liberté d'expression n'a de sens que si elle ne permet pas tant d'exprimer ce qui est partagé avec l'ensemble du corps social, et donc pour lequel il n'y pas véritablement d'exercice de la liberté, mais plutôt dans le fait de pouvoir dire ce qui ne fait pas consensus. Dans les mots de la Cour, cette liberté doit donc permettre que soit créé un espace d'expression qui accueille « les « informations » ou « idées » accueillies avec faveur ou considérées comme inoffensives ou indifférentes, mais aussi pour celles qui heurtent, choquent ou inquiètent »²²³⁷. Toutefois, cette proposition ne doit pas se comprendre comme un blanc-seing laissé par la Cour à l'égard de tous les partis politiques, qui dès lors, seraient libres de tenir tout type de propos, puisqu'il existe toujours des limites aux moyens proposés pour parvenir au changement convoité par le parti concerné, qui doivent être légaux et démocratiques, mais également à l'égard du changement lui-même²²³⁸. Ceci aboutit à des situations parfois délicates, dans lesquelles la Cour a jugé qu'il importe peu que des individus violents puissent se joindre à un parti politique, à l'occasion d'une manifestation par exemple, mais que le critère essentiel ici est bien l'intention des organisateurs de la manifestation²²³⁹. De la même façon, le seul discours n'est pas répréhensible, et nécessite d'être mis en perspective avec des actions positives effectuées par le parti en question²²⁴⁰.

1786. Concernant le droit interne, la France ne dispose pas d'une forme de contrôle de constitutionnalité des partis politiques, comme l'Allemagne²²⁴¹. Les partis politiques français peuvent donc en principe défendre tout type d'idée, la limite étant là encore celle résultant de

²²³⁶ CourEDH, 7 déc. 1976, *Handyside c. Royaume-Uni*, n°5493/72.

²²³⁷ CourEDH, 7 déc. 1976, *Handyside...*, précité, § 49 : « Sous réserve du paragraphe 2 de l'article 10 (art. 10-2), elle 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 population. Ainsi le veut le pluralisme, la tolérance et l'esprit d'ouverture sans lesquels il n'est pas de "société démocratique" ».

²²³⁸ Cf. par ex. CourEDH, *Batasuna c. Espagne*, précité, §79.

²²³⁹ CourEDH, 2 févr. 2010, *Christian Democratic People's Party c. Moldova*, req. n° 25196/04, § 23, qui répète une solution déjà présente dans CourEDH, 21 juin 1988, *Plattform « Ärzte für das Leben » v. Austria*, n°10126/82, § 32.

²²⁴⁰ Cf. CourEDH, *Batasuna c. Espagne*, précité, § 80, qui renvoie aux Arrêts Parti Communiste unifié de Turquie et Parti socialiste et autres. Dans le même sens, cf. CourEDH, 2 févr. 2010, *Christian Democratic...*, précité, § 27, dans lequel la Cour juge que le fait de brûler des drapeaux, et des images d'hommes politiques russes ne peut être considéré comme des appels à la violence, mais simplement comme l'expression d'une opinion, au même titre que l'obstruction physique active.

²²⁴¹ Loi fondamentale pour la République fédérale d'Allemagne du 23 mai 1949, Article 21, (2) : « Les partis qui, d'après leurs buts ou le comportement de leurs adhérents, tendent à porter atteinte à l'ordre constitutionnel libéral et démocratique, ou à le renverser, ou à mettre en péril l'existence de la République fédérale d'Allemagne, sont inconstitutionnels. La Cour constitutionnelle fédérale statue sur la question de l'inconstitutionnalité ».

la liberté d'expression. Néanmoins, à l'occasion des dernières élections européennes, ce point a été nouveau évoqué, et ce afin d'interdire un parti auto-qualifié « d'anti-sioniste ».

Il a été avancé à cette occasion que les alinéas 1 et 3 de l'article 4 de la Constitution, qui disposent respectivement qu'« ils doivent respecter les principes de la souveraineté nationale et de la démocratie », ainsi que « la loi garantit les expressions pluralistes des opinions et la participation équitable des partis et groupements politiques à la vie démocratique de la Nation » pouvaient, par une lecture a contrario, permettre l'interdiction de partis désignés comme contraires à la démocratie. De même, les partis politiques étant créés sous la forme d'association répondant aux dispositions de la loi de 1901²²⁴², l'article 3 de cette même loi prévoit que « toute association fondée sur une cause ou en vue d'un objet illicite, contraire aux bonnes mœurs, ou qui aurait pour but de porter atteinte à l'intégrité du territoire et à la forme républicaine du gouvernement, est nulle et de nul effet ». À cela s'ajoute l'article 11 de la CEDH qui a été interprété comme « autorisant l'interdiction ou la dissolution de formations inspirées par l'idéologie fasciste »²²⁴³.

1787. Toutefois, aucune de ces solutions n'a été retenue, et jamais un parti politique français sous la Vème République, n'a été dissous par la justice en raison des idées qu'il portait. Ceci nous semble parfaitement en accord avec la logique du consentement, en ce que celui-ci suppose, pour être véritablement libre, de pouvoir se déterminer lui-même dans ses orientations. Interdire telle idée politique n'empêchera en aucune façon ceux qui la considèrent valide de continuer à la penser ainsi. De ce point de vue, c'est bien le résultat électoral qui va donner la mesure de l'assentiment ou au contraire du désaveu populaire. Ainsi, le parti évoqué que l'on pensait assez inquiétant pour que son interdiction fût nécessaire, n'a obtenu que 1,30% des suffrages dans la circonscription Île-de-France. C'est dire à quel point le consentement populaire constitue un filtre suffisant dans le champ des idées, lorsque le peuple est suffisamment informé. Comme le déclarait le Président Jefferson, « s'il en est parmi nous qui souhaitent dissoudre cette fédération [les États-Unis] ou réviser sa forme républicaine, qu'on les laisse s'exprimer. Ils seront les emblèmes de la tolérance dont peut bénéficier une opinion erronée, dès lors que la raison est libre de la combattre »²²⁴⁴.

²²⁴² Loi du 1er juill. 1901 relative au contrat d'association, JORF 2 juillet 1901, p. 4025.

²²⁴³ Décision de la Commission européenne des droits de l'homme du 21 mai 1976, X .c/ Italie, DR 5, p. 83, cité in P. Wachsmann, « Participation... », précité, p. 10.

²²⁴⁴ Cité par E. L. McKittrick, « Portrait of an Enigma », *The New York Review of Books*, vol. Xlvi, n°7, 1997, p. 8, cité in P. Wachsmann, « Participation... », précité, p. 7.

1788. Dès lors, au regard du consentement comme sentir-avec, il est possible de dire que la CourEDH se montre particulièrement vigilante à laisser la possibilité pour chacun, à la fois de trouver un autre avec lequel former cette union que permet le consentement, et pour ce faire, permet le développement d'une pluralité de conceptions de la vie politique. Dans cette perspective, la possibilité même d'exprimer des idées qui sont singulières, différentes de celles défendues par la majorité apparaît, selon la Cour, comme encore plus importante dans le domaine politique. C'est en ce sens que le régime défendu par la cour de Strasbourg nous apparaît plus protecteur à la fois de la subjectivité, et du consentement à la sphère politique, par l'intermédiaire du vote. De ce point de vue, les positions européennes s'opposent parfois de manière assez franche aux lois en vigueur en France, et à l'esprit qui les sous-tend. Ainsi, si l'on demeure dans le champ politique, la Cour a par plusieurs arrêts condamné le principe du délit d'offense envers un chef d'État, au titre de la liberté d'expression²²⁴⁵, alors que jusqu'à très récemment, celui-ci figurait dans la législation française²²⁴⁶. On mesure ici l'antagonisme entre cette vision d'inspiration anglo-saxonne, dans laquelle une place considérable est laissée au principe même de la liberté, et une pensée plus ancrée dans la mesure, dans l'idée d'un rapport plus immédiat au vrai et au juste tel qu'il est conçu majoritairement.

C / L'extension de la neutralité absolutisée : le risque d'un contrôle préventif de la parole publique

1789. Ce positionnement, que l'on vient d'évoquer à l'égard du religieux, puis dans le champ des groupements et partis politiques, tend aujourd'hui à connaître une certaine extension, qui selon nous, traduit un amoindrissement de la tolérance à l'égard des discours divergents eu égard à l'opinion majoritaire. Ainsi, la neutralité religieuse, attachée au principe de laïcité qui était autrefois l'apanage du seul service public, tend aujourd'hui à imprégner également la

²²⁴⁵ CourEDH, 22 févr. 2005, Pakdemirli c. Turquie, Req. n° 35839/97 ; CourEDH, 26 juin 2007, Artun et Güvener c. Turquie, Req. no 75510/01 ; CourEDH, 15 mars 2011, Otegi Mondragon c. Espagne, req. n° 2034/07, avec un comment de N. Hervieu, « Liberté de critique un chef d'État, fut-il monarque », *A.D.L. CREDOF*, 16 mars 2011, version électronique. Il est à noter que dans un arrêt récent, la Cour a été amené à se prononcer sur le régime français, sans pour autant le disqualifier par principe. Cf. CourEDH, 14 mars 2013, Eon c. France, req. n° 26118/10 ; N. Hervieu, « L'équivoque sursis européen concédé au délit d'offense au Président de la République », *A.D.L. CREDOF*, 20 mars 2013.

²²⁴⁶ Ce délit a en effet été abrogé par la loi n°2013-711 du 5 août 2013 portant diverses dispositions d'adaptation dans le domaine de la justice en application du droit de l'Union européenne et des engagements internationaux de la France, JORF 6 août 2013 p. 13338, Chapitre 12, article 21.

sphère du droit du travail, ce qui ne constitue rien d'autre que l'extension d'une obligation à l'égard d'une catégorie autrefois ignorée par le droit²²⁴⁷. Il n'est pas question ici de défendre le principe de la croyance, mais simplement de constater que derrière ces questions se trouvent des principes juridiques, aux régimes relativement bien établis, et pourtant, la parole du droit et de ses praticiens est celle que l'on entend le moins. On s'insurge alors, dans un bruit médiatique que l'on espère suffisamment fort pour masquer l'absence de culture juridique sérieuse, et l'on s'étonne de solutions qui ne sont somme toute que l'application de principes déjà maintes fois appliqués dans le même sens.

1790. Ainsi, dans le champ de l'expression politique, une autre affaire est venue marquer ce glissement à l'égard duquel il convient d'être vigilant. Dans le début de l'année 2014, un geste, portant le nom d'une spécialité culinaire lyonnaise, pratiqué par un individu désigné comme humoriste, a connu une certaine popularité médiatique, et s'est déversé avec abondance sur les écrans. Ce qui auparavant existait sans être visible est devenu, en l'espace de quelques jours, à la fois, signe de ralliement pour ses partisans, et blason de l'ennemi pour ses détracteurs. Cette affaire serait de peu d'intérêt dans le cadre de notre réflexion si justement, les défenseurs de ce geste n'invoquaient pas, pour justifier cet acte, son caractère politique à travers la notion d'acte « anti-système ». Les opposants, eux, n'y voyaient qu'une forme modernisée d'un signe nazi, c'est-à-dire un geste immédiatement antisémite. Quoi qu'il en soit, en l'absence de condamnation définitive par la justice, le sens juridique de ce geste ne peut être établi de manière certaine. Il est donc soumis à l'entière appréciation subjective de celui qui le visionne, sans que pour autant il puisse trouver nécessairement le secours du droit.

Or, du fait des proportions prises par cette affaire, des conséquences sont advenues, à l'égard desquelles le droit sera amené se prononcer. Ainsi, certaines personnes ont été licenciées après s'être prises en photo en effectuant ce geste. Celui-ci constitue-t-il une cause réelle et sérieuse de licenciement ? En l'état, il n'est pas possible de répondre à cette

²²⁴⁷ On songe ici à l'affaire dite Baby-loup, à la suite de laquelle, alors qu'il s'agissait d'une entreprise privée, des personnalités politiques ont dénoncé une atteinte à la laïcité dans le fait que celle-ci aurait été impuissante à interdire un comportement qu'elle n'avait, en principe, pas vocation à régir. Il est donc fort probable qu'une loi soit prise sur ce thème, qui aboutisse à formaliser cette extension désirée par une partie de la classe politique. On peut également relever la fronde de la Cour d'Appel de Paris, dans son arrêt du 27 nov. 2013, s'est opposée à la solution rendue par la Cour de cassation. Un pourvoi a été formé, et l'assemblée plénière s'est finalement prononcée, en faveur de la Cour d'Appel, en contrariété avec le premier arrêt rendu par la Chambre sociale. Cass. Ass. Plén., 25 juin 2014 n° 13-28369.

question²²⁴⁸, mais ceci témoigne néanmoins du fait qu'une forme de pénalisation préventive de la parole publique se crée, dans laquelle on utilise le moyen juridique de sanction avant d'examiner la parole au fond. En somme, l'idée est de punir, avant même que soit déterminé si l'agir considéré est bien incriminé. Point de mesure, point de distance ici, point de suspension du jugement dans l'attente d'une décision judiciaire qui viendrait clore le débat au regard du droit.

1791. Mais, loin de s'arrêter à la sphère du monde du travail, cet épisode singulier s'est également transmis au monde de l'éducation. Ainsi, deux élèves d'un lycée dans l'Essonne ont été exclus pour s'être pris en photo en train d'effectuer ce geste. S'il est vrai que ces deux individus n'en étaient apparemment pas à leur coup d'essai en matière de provocations à caractère raciste, ce n'est pas tant le sort qui leur a été réservé que la justification de celui-ci qui nous apparaît signifiant. Ainsi, selon le Président du syndicat national des personnels de direction de l'Éducation nationale, cette exclusion serait justifiée par le fait que « c'est au minimum une expression politique [...] Ce geste, qui relève éventuellement de provocation raciste, porte de toute façon atteinte au principe de neutralité politique de l'école. On parle beaucoup de la neutralité religieuse, n'oublions pas la neutralité politique. Le statut de la fameuse quenelle dans un établissement scolaire est identique à celui des manifestations à caractère religieux, c'est une atteinte au principe de neutralité »²²⁴⁹. Bien que ce principe figure au sein du Code de l'éducation²²⁵⁰, son utilisation concernant des motifs politiques est d'application rare. Le Conseil d'État a jugé, par le passé, que le fait que des élèves puissent organiser des réunions politiques, indépendamment des conditions spécifiques à cette réunion, était contraire à ce principe²²⁵¹. Selon M. Mary, les élèves du second degré disposent bien

²²⁴⁸ Pour des éléments de réflexion, cf. E. Rocheblave, Doigts et bras d'honneur, Salut nazi et autres Quenelles au travail, disponible à l'adresse suivante : <http://rocheblave.com/avocats/quenelle/>.

²²⁴⁹ Extrait de l'interview disponible ici : <http://tempsreel.nouvelobs.com/education/20140110.OBS1985/la-quenelle-porte-atteinte-au-principe-de-neutralite-politique-de-l-ecole.html>.

²²⁵⁰ C. éduc., art. L. 511-2, et R. 421-5.

²²⁵¹ CE, 8 nov. 1985, Ministère de l'éducation nationale c. Rudent, *Rec. Lebon* p. 316, *AJDA*, 1985, p. 712, chron. Hubac et Azibert; *RD publ.*, 1986, p. 244, note Llorens ; et CE, 6 nov. 1991, Ministre de l'Éducation nationale c/ Confédération nationale des groupes autonomes de l'enseignement public et M. Rudent, *Rec. Lebon* p. 377. Néanmoins, ces décisions sanctionnaient le chef d'établissement, et non les élèves en eux-mêmes. Pour une illustration concernant directement une élève qui portait un tee-shirt « Palestine Libre » pour un cours d'histoire portant sur la guerre du Kippour, cf. C.A.A. Lyon – 6ème chambre - n° 12LY01830 – Mlle D. – 2 mai 2013 – C+, *AJDA*, 2013, p. 1838 ; *Rev. Jurisp. ALYODA* 2013, n°3.

d'une capacité d'expression d'opinions politiques, à la condition que celle-ci « ne nuise pas aux activités d'enseignement et à la bonne marche de l'établissement »²²⁵².

1792. Ce point d'importance n'a guère été mentionné pourtant. Bien que la liberté d'association soit reconnue aux élèves de lycée, celle-ci ne peut s'exercer qu'après déclaration au chef d'établissement et accord préalable du Conseil d'Administration, qui doit justement vérifier que tant l'objet que l'activité de l'association ne sont pas politiques²²⁵³. Mais, ici, il ne s'agit pas d'une réunion politique, ni d'une association, mais de gestes isolés qui se trouvent interprétés indépendamment du sens retenu par ceux qui l'exécutent. Ainsi, dans l'exemple que nous avons évoqué, l'inscription inscrite sur le tee-shirt de l'élève, et le contexte particulier dans lequel elle s'insère, aboutissent à une interprétation objective. On peut certes discuter de la limite à la liberté d'expression ainsi établie, mais il n'en reste pas moins que le sens politique n'est guère douteux. Ici, s'agissant de cette « quenelle », on est là encore renvoyé à l'indétermination première, mais que l'on choisit de qualifier, faute de mieux, de « signe politique ». Dès lors, la question qui semble se poser est bien la définition à donner de l'acte politique : doit-il être conçu comme subjectivement politique pour celui qui l'exprime, ou bien doit-il être objectivement appréhendé, et si oui, sous quels critères ? Pour le dire autrement, l'intention du locuteur conditionne-t-elle l'existence du politique ? Il est probable que face à ces difficultés, le législateur entreprenne d'intervenir, peut-être de manière analogue à ce qui a été fait s'agissant des signes religieux, même si la difficulté risque d'être ici encore plus redoutable du fait de l'extension possible du politique.

1793. Or, derrière cet événement qui peut paraître anodin, ce qui se dévoile est bien la problématique de la subjectivité, en ce sens que certaines expressions de celle-ci sont considérées comme plus dangereuses que d'autres. Nous ne visons pas ici la question de l'incrimination de propos racistes ou haineux, mais plutôt la possibilité d'avoir une parole singulière, éventuellement choquante lorsqu'elle vise à exprimer une contestation. Or, ce à quoi aboutit la judiciarisation excessive des manifestations de la subjectivité politique, c'est bien une forme de normalisation des comportements ou des pensées, ou l'écart entre des positions idéologiques ne se comprend plus en lien avec la liberté de pensée, mais comme la marque d'une dissidence, et une menace pour la société. Or, si la rationalité moderne

²²⁵² S. Mary, « La liberté d'expression des élèves », *AJ Famille*, 2004, p. 94 et s.

²²⁵³ Cité in Code de l'éducation, Dalloz, commentaire sous l'article L. 511-2.

s'exprime par l'agir communicationnel, par cette éthique du débat, que reste-t-il à attendre de lui s'il ne vise qu'à mettre en face des individus qui sont déjà du même avis, parce que toute pensée quelque peu différente aura déjà été chassée de la Cité par le jeu de la règle de droit ? Il nous paraît donc essentiel, au regard de la finalité poursuivie par la règle, de maintenir et d'encourager la formation d'une authentique subjectivité politique, qui passe par une prise en compte du fait que l'erreur est aussi une caractéristique essentielle de la nature humaine. De ce fait, c'est bien l'éducation, plutôt que l'interdiction qui peut jouer un rôle concret et proactif en faveur de l'élaboration des conditions minimales du débat public.

En effet, l'appel à la responsabilité individuelle, qui constitue un point fondamental dans l'exercice du consentement comme sentir-avec, en ce que ce dernier consiste de manière essentielle en une réappropriation d'une parole trop souvent détachée, ne peut se concevoir que dans la possibilité d'une liberté. Plus précisément, en lien avec la pensée de Saint-Augustin, il n'y a aucun honneur et mérite à faire le bien lorsqu'il n'y a pas la liberté de faire le mal, la liberté de se tromper. Dès lors, ce que l'on espère obtenir, par le jeu de ces interdictions juridiques, s'échappe dès l'instant même où, par la parole grondante d'une autorité impuissante, on désavoue la raison en prétendant la faire taire par la menace

1794. Dans le premier temps de cette dernière analyse, l'évocation de jurisprudences majeures pour le consentement, telles l'arrêt Morsang-sur-Orges ou ceux rendus par la CourEDH concernant le sadomasochisme, ont permis de mettre encore davantage en lumière la variabilité tant du sens que du régime juridique du concept. Ainsi, dans certains domaines, quand bien même le consentement présenterait toutes les qualités normalement attendues, il ne peut pour autant produire d'effets juridiques valides. Si ceci est surtout vrai dans l'hypothèse de Morsang-sur-Orges, les mêmes arguments se retrouvent chez une partie de la doctrine à l'occasion des critiques adressées à la jurisprudence de la CourEDH.

1795. Comment expliquer une telle variabilité du concept juridique de consentement ? Ceci tient là encore à l'absence de définition du consentement au sein du droit. Partant, il n'est guère étonnant qu'il puisse être invoqué dans des circonstances si différentes. On comprend dès lors mal comment certains auteurs peuvent critiquer cet état de fait, alors qu'il est la conséquence prévisible du chaos sémantique qui entoure l'usage du consentement. En effet, ceux qui prétendent critiquer le consentement avec les arguments que nous avons développés, font en réalité quasiment la même chose que ce qu'ils reprochent aux justiciables : ils prennent le concept et lui confèrent un sens précis qui leur convient davantage pour leur argumentation. Comment sinon comprendre le fait que les critiques formulées à l'occasion de ces affaires n'aient pas vocation à produire d'effet en dehors de celles-ci ? Elles sont pourtant présentées d'une telle façon, et avec une force si conséquente, que si elles devaient être prises réellement au sérieux, c'est bien le consentement lui-même qui disparaîtrait. Ce faisant, la doctrine vient inscrire elle-même dans son raisonnement cette sectorisation du concept, appelé à recevoir un sens et un régime chaque fois différents suivant le domaine considéré. Il n'y a donc pas, de ce point de vue, d'homogénéité conceptuelle ni même nécessairement de régime commun.

1796. De même, les stratégies argumentatives déployées lors des commentaires sur ces jurisprudences sont particulièrement intéressantes pour notre propos. Elles ont en effet ceci de commun qu'elles s'appuient fortement sur la dimension émotionnelle du discours, dans le but de susciter l'effroi ou l'indignation. C'est donc par les émotions qu'est entreprise une critique d'un concept qui les exclut justement, et ce alors même que c'est bien la dimension

émotionnelle qui est invoquée par les requérants pour justifier la légalité de leurs conduites ! Ce faisant, les contours de la subjectivité juridique se dessinent, dans la confrontation organisée entre celle-ci et des concepts-obstacles, tels la dignité de la personne humaine. Or, sur ce terrain, il semble bien que la seule subjectivité qui n'est pas audible dans l'expression de sa dimension émotionnelle est celle du justiciable : aussi bien la doctrine que le juge font appel aux émotions pour justifier leur position, en refusant pour autant la validité des affirmations de même nature émises par les justiciables.

1797. Enfin, la confrontation de tout ce que nous avons évoqué jusque-là avec la manière dont le droit régit le consentement dans le domaine psychique a permis de démontrer, de manière définitive, à quel point le régime juridique du consentement est différencié suivant les domaines du droits considérés. Il bénéficie ainsi d'un régime complètement dérogatoire et sans justification aucune dans certaines matérialisations objectives du phénomène religieux. Il en va ainsi s'agissant par exemple de la circoncision, sans que de tels choix soient toujours cohérents avec le reste des objections évoquées. De même, dans le domaine politique, on observe qu'une plus grande liberté est à l'œuvre, même si cette dernière varie suivant le public considéré. Dès lors, on peut affirmer que le consentement ici décrit n'est pas le même que le consentement en droit civil, ni le même qu'en droit constitutionnel, ou en droit de la santé, et ainsi de suite. On fait donc face à une multiplicité de consentements, et non à un concept unique. Cette versatilité pourrait paraître, au premier abord, protectrice de la subjectivité juridique. Pourtant, force est de constater que, quel que soit le domaine considéré, la subjectivité est trop souvent le parent pauvre de la réflexion, et est quasi-systématiquement présentée amputée de sa dimension émotionnelle

CONCLUSION DE LA PARTIE II

1798. L'étude du régime juridique du consentement nous aura permis d'observer à quel point ce dernier se trouve au carrefour des différentes branches du droit. Ce faisant, il assume une forme de position à la fois centrale et intermédiaire : il est à ce point utile à la matière juridique qu'il se transmet en quelque sorte à l'ensemble du droit. Toutefois, en raison de cette dispersion, il reçoit chaque fois un nouveau vêtement, propre à l'utilisation qui en est faite, de telle façon qu'il est n'est pas possible d'en fournir une vision unifiée.

1799. Toutefois, la difficulté ici rencontrée n'empêche pas le fait que certains caractères communs émergent, qui traduisent ainsi à quel point le droit des obligations constitue la matrice de sens de l'utilisation juridique du consentement. C'est en effet à partir de cette dernière que la nécessité d'un consentement « libre et éclairé » se fait jour. Or, celle-ci se retrouve, sous des formes variables, au sein des différents aspects que nous avons évoqués. Ce n'est donc pas tant le consentement en lui-même qui se transforme, que les qualités que celui-ci doit présenter qui sont appréciées différemment selon les usages auxquels il se destine.

1800. Cet état de fait s'explique puisque cela tient, selon nous, au fait que le consentement en lui-même n'est à proprement parler pas défini. Dès lors, il peut effectivement se prêter à toutes les utilisations possibles, et ce d'autant qu'il n'existe pas d'étalon de sens à l'aune duquel on pourrait apprécier un avatar particulier de celui-ci. Il s'opère alors une disjonction, similaire à celle existant entre le consentement juridique et le consentement concret du sujet, mais qui cette fois touche les différentes branches du droit entre elles. Ainsi, le consentement en droit des obligations n'est pas celui du droit constitutionnel, pas plus qu'il n'est substituable à celui du droit médical ou du droit administratif.

Cette constellation de consentements donne une image singulière de l'architecture juridique, en ce que le critère de l'utilité pratique paraît dominer les considérations de cohérence, au moins aussi importantes. Surtout, elle permet d'apprécier à quel point la division actuelle des matières juridiques, au sein des facultés, produit des effets tout à fait réels : les frontières sont à ce point étanches qu'un même concept peut se retrouver avec un sens profondément différent d'une matière à l'autre, sans que cela attire l'attention de la doctrine.

Aussi, la systématisation doctrinale n'opère, s'agissant du consentement, que dans des

espaces clos, quasi monadologiques, sans réaliser que ce faisant, elle ne fait que reprendre sous une forme altérée, les défauts qu'elle reproche à la subjectivité.

CONCLUSION GÉNÉRALE

1801. Au terme de cette étude, le consentement apparaît véritablement comme un concept fondamental, opérant aussi bien au niveau proprement individuel, en tant qu'outil de mise en œuvre de la liberté personnelle, que d'un point de vue collectif, comme support véritable envisageable pour la fondation du politique. Le retour effectué au sens originare du terme permet de souligner d'une part la fécondité de celui-ci sur le plan juridique et philosophique, mais aussi le mystère qui consiste à s'interroger sur les raisons qui ont poussé à abandonner cette signification au profit de la conception moderne.

1802. En effet, les utilisations contemporaines du concept ont ceci de commun qu'elles mettent souvent de côté la dimension de contact, de lien du consentement, pour privilégier d'autres usages. Parmi ceux-ci, on trouve bien évidemment le consentement en tant qu'opérateur technique, c'est à dire instrument visant à permettre un jugement de validité sur une action. Inspirée de l'aspect purement formaliste hérité du droit civil, cette conception aboutit à faire du consentement une sorte de moyen permettant l'appréciation de la validité d'une action ou d'un acte, en tout cas pour celui qui le reçoit ou l'émet. De ce fait, il devient en quelque sorte l'opposé de son sens premier, puisqu'il ne sert plus à créer du lien, au travers du sentiment, mais plutôt à rompre toute forme d'attache sentimentale. Peut-être, de ce point de vue, constitue-t-il une forme récente de barrière, de protection à l'égard du sentiment qui se trouve ainsi éclipsé derrière la technicité d'une procédure juridique. Pourtant, le doyen Carbonnier soulignait déjà, s'agissant de l'analyse du contrat comme volonté, que « la volonté n'est pas tout : il y a le sentiment, il y a la passion; le contrat est peut-être, assez naturellement, une adhésion, un acte de foi, un acte de confiance, donc un acte global, contrairement à notre analyse tatillonne qui essaye de le découper et de retrouver sous chacune de ses clauses une coïncidence des volontés »²²⁵⁴. Il semble que cette mise en garde s'est perdue au cours du temps.

1803. L'autre usage qui est fait de cette notion est lui plus ambigu. En effet, le consentement est également mobilisé pour exprimer une dimension sentimentale. Pour préciser l'idée, on

²²⁵⁴ J. Carbonnier, *Flexible droit : pour une sociologie du droit sans rigueur*, L.G.D.J, 6^e éd., 1988, p. 273.

peut dire qu'en lien avec la subjectivité qu'il dévoile, le consentement est aujourd'hui mis en œuvre pour faire valoir l'unicité, et la spécificité d'un désir individuel qui demande à être reconnu. Parce qu'en tant qu'individu singulier, je ressens les événements ou comprends l'existence d'une manière qui m'est propre, je dois bénéficier d'une reconnaissance publique de cette faculté de vouloir, ou plus prosaïquement, de mon désir. Dès lors, c'est bien la dimension sentimentale qui est mise en avant, mais dans un retournement par rapport à la logique antérieure. Ainsi, comme on l'a montré, le consentement est avant tout, à notre sens, une capacité située au fondement de l'être humain et qui lui permet de sentir-avec un autre ou lui-même. Or, ce dont il s'agit ici n'est pas de s'offrir la possibilité de ressentir de manière analogue à un autre individu, mais plutôt dans une forme de tyrannie de l'individualisme et de la subjectivité²²⁵⁵, à obliger le corps social à consentir à ce que désire l'individu, quand bien même celui-ci serait le seul à éprouver ce qu'il ressent. Est-ce à dire que le nombre est ici déterminant ? Nous ne le pensons pas. Ce qui est bien davantage primordial ici est le fait que dans un cas, le consentement est une faculté et s'offre donc comme possibilité, tandis que dans l'autre, plus contemporain, il est une sorte d'injonction.

1804. C'est en ce sens que l'on peut percevoir à quel point l'appréhension des rapports sociaux, purement privés, dans une logique juridique conduit à des situations impensables si l'on veut bien se saisir de ce sens originel. En effet, le consentement n'a pas vocation à être un ordre, une injonction, voire de manière générale, un critère de validité permettant d'accepter une action quelles que soient les circonstances. Il est, avant tout, une capacité, c'est-à-dire une faculté dont la disposition est laissée libre à celui qui la possède. Ainsi, dans sa définition même, consacre-t-il justement cette liberté que l'on prétend déplacer par la suite sur le plan d'une opposition factice entre un « j'ai le droit » et « cela est prohibé ».

1805. Aussi, à rebours des conceptions aujourd'hui dominantes, qui visent à faire de l'homme une pure unité de calcul logique, fermée aux autres excepté lors de relations à caractère marchand, le consentement incarne une forme de communication primitive, antérieure à la parole. Ce faisant, il dessine ainsi un écheveau de liens permettant à ceux qui le désirent de se rattacher aussi bien aux autres, qu'à l'existence elle-même. C'est en ce sens que l'on peut considérer le consentement comme une forme de langage premier, commun à toute l'espèce

²²⁵⁵ Qui ne peut se comprendre qu'en lien avec la judiciarisation des rapports intersubjectifs.

humaine, et ainsi retrouver la formule de Fiche selon laquelle « ceux qui parlent la même langue forment un tout que la pure nature a lié par avance de milles liens invisibles ».

1806. On pourrait objecter à cela que la matière juridique possédant son domaine propre d'exercice, elle n'a pas à se soumettre à un sens qui lui est extérieur. Mais raisonner ainsi, c'est oublier que le concept a vocation à être utilisé par le justiciable, qui doit donc faire accueil à la norme. Or, de ce point de vue, la multiplication des sens du consentement ne peut que participer d'une incompréhension mutuelle entre l'individu singulier, l'ordre juridique, et la doctrine.

1807. L'oubli de cette donnée fondamentale témoigne selon nous d'une gêne à l'égard du concept de sujet de droit, fiction nécessaire, mais fiction néanmoins. Tout se passe comme si la dimension concrète, incarnée du justiciable devait être occultée, puisqu'elle menace en quelque sorte l'efficacité de la règle juridique, qui se trouve aujourd'hui célébrée pour elle-même²²⁵⁶. On voit ici à quel point l'influence de la pensée économique joue à plein, puisqu'un tel classement ne se préoccupe guère des conséquences potentiellement néfastes de cette efficacité. Le justiciable apparaît alors comme une pure variable d'ajustement, destinée à être intégrée au sein d'un modèle à dominante mathématique. Le droit paraît avoir reçu cette invite, puisque même si la modélisation scientifique ne fait pas encore partie du quotidien des juristes, le sujet est encore trop souvent pensé comme cette unité abstraite.

1808. L'ambition de notre recherche aura été de redonner une place à la subjectivité, à l'épaisseur du tissu humain au sein du raisonnement juridique. De ce point de vue, on retrouve les analyses développées par Michel Henry dans toute son œuvre. Comme il le note lui-même, « mon projet a été de montrer que la subjectivité était une subjectivité concrète. Le philosophe que j'admirais était Kierkegaard dont la philosophie était faite d'angoisse et qui n'avait rien à voir avec la philosophie du sujet compris uniquement comme sujet de la connaissance, c'est-à-dire objectivement. À ce moment-là, dans le projet de l'Essence de la Manifestation, j'ai commencé par travailler un chapitre sur le corps pour montrer que le corps était quelque

²²⁵⁶ On pense ici au classement « *Doing Business* », effectuée annuellement sous l'égide de la Banque mondiale, et qui mesure « la réglementation des affaires et son application effective dans 189 économies et certaines villes au niveau infranational et régional ». Dans la version 2014, la France est classée 38^{ème} sur 189.

chose, que la subjectivité était corporelle, qu'elle était corps »²²⁵⁷ avant de préciser plus loin que la thèse défendue était « que la corporéité, cet auto-sentir, était antérieur à l'intentionnalité. Elle se révélait à soi sans intentionnalité, dans un *pathos* »²²⁵⁸.

1809. Pour autant, cela signifie-t-il que toute espèce d'artifice doit être effacée de la règle juridique, qui devrait ainsi recouper de manière très précise les contours de la subjectivité réelle ? On connaît les objections à l'égard d'une telle idée, et l'aura dont elle bénéficie du fait qu'elle est supposée rendre compte, elle, de ce qui est vrai²²⁵⁹. Notre propos ne consiste donc pas à vouloir expurger définitivement toutes fictions de l'ordre juridique, puisque certaines d'entre elles sont évidemment nécessaires à son fonctionnement. Mais, il importe également de se prémunir contre l'excès inverse qui nous paraît caractériser une partie au moins de la pensée juridique contemporaine.

1810. À ce titre, l'exemple de la représentation en matière politique nous renseigne précisément sur cette tendance à l'œuvre, qui vise à agrandir sans cesse l'écart entre le sujet de droit, composante du peuple-souverain, et l'exercice effectif du pouvoir. Cette distanciation constitue probablement le témoignage le plus authentique du fait que l'individu, dans son désir singulier potentiellement révolutionnaire, menace toujours la stabilité d'un ordre qui vise à sa propre conservation. En cela, nous rejoignons le professeur Trigeaud, qui sur ce sujet notait : « que ce mal que nous dénonçons d'hypertrophie de la représentation, du double, du contrat, de la fiction et des cortèges de personnages et acteurs aux masques pré-déterminés, pourrait passer pour une sorte de retour des sacrifices humains qui consistent à immoler à chaque fois l'homme sur l'autel de l'humanité, tantôt générique, tantôt spécifique, mais jamais concrète, ni existentielle, ni singulière »²²⁶⁰. Nietzsche ne disait pas autre chose, lorsqu'il mettait en garde dans l'*Aurore* sur une certaine tendance de la modernité : « Avec notre intention, poussée jusqu'à l'énormité, de vouloir enlever à la vie toute rudesse dans les contours, toute espèce de

²²⁵⁷ V. Caruana, M. Henry, « Entretien avec Michel Henry », in *Philosophique, Annales littéraires de l'Université de Franche-Comté*, n°3, 2000, version électronique, p. 1. Pour une vision d'ensemble de la subjectivité chez cet auteur, cf. Revue internationale Michel Henry, « Notes préparatoires à L'essence de la manifestation : la subjectivité », n°3, 2012, Presses Universitaires de Louvain, 280 pages.

²²⁵⁸ V. Caruana, M. Henry, « Entretien... », précité, p. 3.

²²⁵⁹ Sur ce point, cf. F. Brunet, *Normativité et droit...*, thèse précitée, p. 476-488, qui entreprend une critique de la vision dite réaliste du droit.

²²⁶⁰ J.-M. Trigeaud, « La personne et sa représentation ou l'illégitimité de son double », in *Thèmes, Revue de la bibliothèque de philosophie comparée*, V, 2011, version électronique, disponible à l'adresse suivante : <http://www.philosophiedudroit.org/trigeaud,%20la%20personne%20et%20sa%20repr%C3%A9sentation.htm>.

coins, ne sommes-nous pas en bonne passe de réduire l'humanité jusqu'à en faire du sable ? Du sable ! Du sable fin, mou, granuleux, infini ! »²²⁶¹.

1811. Sur ce terrain, le consentement nous paraît pouvoir jouer un rôle considérable, en ce qu'il constitue un mécanisme permettant de faire le lien entre la dimension subjective et objective de l'appréciation d'un comportement. Il incarne une faculté de concrétisation de l'homme abstrait des droits de l'homme, qui fait ainsi le lien entre l'artifice, l'abstrait et le réel de la vie subjectivement vécue. À cet égard, il est à prévoir que l'utilisation croissante²²⁶² de la liberté de conscience par les justiciables fournira un terrain propice à une réflexion élargie sur le concept de consentement, qui permettra peut-être de donner une assise juridique solide à cette faculté.

1812. Nous espérons simplement, par cette recherche, avoir œuvré de manière modeste et nécessairement lacunaire à réintégrer la dimension sensible au sein de la pensée du sujet de droit, afin que l'ordre juridique conserve, par-delà ses transformations, la permanence d'un visage humain.

²²⁶¹ F. Nietzsche, *Aurore. Réflexions sur les préjugés moraux*, Œuvres complètes de Frédéric Nietzsche, trad. Henri Albert, éd. Mercure de France, 1901, volume 7, p. 193, § 174 intitulé « Mode morale d'une société commerçante ».

²²⁶² On pense ici à l'invocation par certains maires d'une clause de conscience leur permettant de refuser de célébrer des mariages entre personnes de même sexe, qui a été refusée par le Conseil constitutionnel (Cons. Constit., déc. n° 2013-353 QPC du 18 oct. 2013, M. Franck M. et a.), mais aussi aux controverses relatives au principe de laïcité, à la protection des lanceurs d'alerte (pour une illustration récente de refus de renvoi d'une QPC sur ce thème, cf. CE, 5 févr. 2014, Philippe P. req. n° 371396, et J.-P. Foegle, S. Slama, « Refus de transmission d'une QPC sur la protection des fonctionnaires lanceurs d'alerte », *Revue des droits de l'Homme*, Actualités Droits-Libertés, mars 2014, version électronique, 16 pages.) ou de la reconnaissance par la CourEDH d'un droit à l'objection de conscience (CourEDH, Grande Chambre, 7 juill. 2011, Bayatyan c. Arménie, Req. n°23459/03).

BIBLIOGRAPHIE

Afin de ne pas alourdir cette bibliographie, seules les références les plus immédiatement utilisées sont citées.

Les dates mentionnées correspondent à celles des éditions utilisées et non à celles des parutions des œuvres.

OUVRAGES, MANUELS ET TRAITES :

ABENE EYE G., *La Nature du Bonheur dans la 'Vita Beata' de Sénèque – La vertu et son incidence dans la recherche du bonheur*, éd. Universitaires européennes, 2011

ACHARD G., *Pratique rhétorique et idéologie politique dans les discours 'optimates' de Cicéron*, éd. E. J. Brill, 1981

ADAMS J., *A New Conscience and an Ancient Evil, 1912*, éd. University of Illinois Press, 2002

AGACINSKY S., *Corps en miettes*, éd. Flammarion, coll. Café Voltaire, 2009

AGAMBEN G., BADIOU A., BENSÄID D., BROWN W., NANCY J.L., RANCIERE J., ROSS C., ZIZEK S., *Démocratie, dans quel état ?*, éd. La fabrique, 2009

AGAMBEN G., *Homo Sacer – Le pouvoir souverain et la vie nue*, éd. Seuil, coll. Ordre philosophique, 1998

ALICE-CLEMENT E., *Love for Sale – Courting, Treating, and Prostitution in New-York City, 1900-1945*, The University of North California Press, 2006

ALLAND D. et RIALS S., *Dictionnaire de la culture juridique*, éd. P.U.F., 2003

AMATO M., ARJAKOVSKY P., CONCHE M., CRETELLA H., *Heidegger, A plus forte raison*, éd. Fayard, 2007

AMERICAN PSYCHIATRIC ASSOCIATION, *DSM-IV-TR – Manuel diagnostique et statistique des troubles mentaux*, éd. Elsevier – Masson, 2003

ANDRE J. (dir.), *L'Enigme du masochisme*, éd. P.U.F., coll. Petite bibliothèque de psychanalyse, 2006

ANDRE M. (Abbé), *Cours alphabétique et méthodique de droit canon mis en rapport avec le droit ecclésiastique ancien et moderne*, Tome 1, éd. Ateliers catholiques du Petit-Montrouge, 1844

ANDRE S., *Les Perversions*, Tome 2 : « Le sadisme », et Tome 3 : « Le masochisme », éd. Le Bord de l'eau, coll. La Mulette, 2013

ARENDR H., *Eichmann à Jérusalem*, éd. Gallimard, coll. Folio histoire, 1997

ARENDR H., *Les Origines du totalitarisme*, éd. Seuil, coll. Points Essais, 2006

ARENDR H., *Vies politiques*, éd. Gallimard, coll. Les essais, 1974

ARISTOTE, *Éthique à Nicomaque*, Paris, éd. Flammarion, 2004

ARISTOTE, *Éthique de Nicomaque*, Paris, éd. Flammarion, 1998

- ARNAUD A.J.**, *Les Origines doctrinales du Code civil français*, éd. L.G.D.J., coll. Bibliothèque de philosophie du droit, Paris, 1969
- ASSOUN P.L.**, *Le Fétichisme*, éd. P.U.F., coll. Que-sais-je ?, 2006
- ASSOUN P.L.**, *Leçons psychanalytiques sur le masochisme*, éd. Anthropos, coll. Psychanalyse Poche, 2007
- ASSOUN P.L.**, *Psychanalyse*, éd. P.U.F., coll. Quadrige, 2007
- AUDI P.**, *Rousseau – Une philosophie de l'âme*, éd. Verdier, 2008
- BAERTSCHI B.**, *Enquête philosophique sur la dignité : anthropologie et éthique des biotechnologies*, éd. Labors et Fides, coll. Le champ éthique, 2005
- BARRET-KRIEGEL B.**, *Les Droits de l'Homme et le droit naturel*, éd. P.U.F., coll. Quadrige, Paris, 1989
- BARTKY S.**, *Feminine masochism and the politics of personal transformation*, in *Femininity and Domination*, éd. Routledge, Londres, 1990
- BAUDRY-LACANTINERIE G. ET BONNECASE J.**, *Traité théorique et pratique de droit civil : supplément*, Rec. Sirey, Paris, 1924
- BAYLES M.D.**, *Hart's legal philosophy: an examination*, éd. Kluwer Academic Publishers, Dordrecht, Pays-Bas, 1992
- BEAUCHET L.**, *Histoire du droit privé de la république athénienne*, éd. Masecq, Paris, 1897
- BECK U.**, *La Société du risque – Sur la voie d'une autre modernité*, éd. Flammarion, Coll. Champs Essais, 2008
- BERLIN I.**, *La Liberté et ses traîtres*, éd. Rivages, coll. Poche – Petite bibliothèque, 2009
- BERMON E.**, *Le Cogito dans la pensée de Saint-Augustin*, éd. J. Vrin, coll. Histoire des doctrines de l'Antiquité classique, 2001
- BIN F.**, *Droit administratif*, éd. Ellipses, 2010
- BLANCO V.**, *Dits de divan*, éd. L'Harmattan, coll. Etudes psychanalytiques, 2010
- BONNEAU T.**, *La Durée dans les contrats*, JurisClasseur Contrats et distributions, fasc. 70, éd. Litec, 1990
- BONNECASE J.**, *La Pensée juridique française de 1804 à l'heure présente : ses variations et ses traits essentiels*, éd. Delmas, Bordeaux, 1933
- BORILLO D., LOCHAK, D.** (dir.), *La Liberté sexuelle*, éd. P.U.F., Paris, 2005
- BORRILLO D.**, *Le Droit des sexualités*, éd. P.U.F., coll. Les voies du droit, 2009
- BOUDOT J.**, *Dictionarium universale latino-gallicum*, éd. Barbon, 1765
- BOURDIEU P.**, *Contre-feux : propos pour servir à la résistance contre l'invasion néo-libérale*, éd. Liber-Raisons d'agir, Paris, 1998
- BRISSAUD J.**, *Manuel d'histoire du droit privé à l'usage des étudiants en licence et en doctorat*, éd. Albert Fontemoing, 1908
- BRISSON J.F. et ROUYERE A.**, *Droit administratif*, éd. Montchrestien, coll. Pages d'amphi, 2004
- BRUNDAGE J.**, *Law, Sex and Christian Society in Medieval Europe*, éd. University of Chicago Press, 1990
- CABALLERO F.**, *Droit du sexe*, éd. L.G.D.J., 2010

- CAMBY J.P.**, *Le Conseil constitutionnel, juge électoral*, éd. Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2001
- CAMPAGNA N.**, *Prostitution et dignité*, éd. La musardine, coll. Attrape-corps, 2008
- CAMY O.**, *Droit constitutionnel critique*, éd. L'Harmattan, 2007
- CAPITANT H., TERRE F., LEQUETTE Y.**, *Les Grands arrêts de la jurisprudence civile*, éd. Dalloz, 2008
- CARBONNIER J.**, *Droit civil*, Tome 4 : « Les Obligations », éd. P.U.F., coll. Themis Droit privé, 2000
- CARBONNIER J.**, *Flexible droit – Pour une sociologie du droit sans rigueur*, éd. L.G.D.J., 2001
- CARCASSONNE G.**, *La Constitution*, éd. Points, coll. Essais, 2009
- CARRE M.**, *Œuvres de Jean Domat, première édition in-octavo*, Tome 1, éd. Tenré, Paris, 1822
- CAYLA O., THOMAS Y.**, *Du Droit de ne pas naître – A propos de l'affaire Perruche*, éd. Gallimard, coll. Le débat, 2002
- CESPEDES V.**, *Je t'aime, une autre politique de l'amour*, éd. Flammarion, coll. Essai, 2003
- CHAHERLI-HARRAR S.**, *John Stuart Mill, Logique et ontologie : les fondements de la philosophie*, éd. L'Harmattan, coll. Épistémologie et philosophie des sciences, 2009
- CHAHERLI-HARRAR S.**, *John Stuart Mill, Science et Art : les fondements ontologiques de la philosophie*, éd. L'Harmattan, coll. Épistémologie et philosophie des sciences, 2009
- CHAIBI R.**, *Liberté et paternalisme : Chez John Stuart Mill*, éd. L'Harmattan, coll. Ouverture philosophique, 2008
- CHALIER C.**, *Pour une morale au-delà du savoir – Kant et Levinas*, éd. Albin Michel, coll. Idées, 1998
- CHAPUS R.**, *Droit administratif général*, éd. Montchrestien, coll. Domat droit public, 2001
- CHARRAK A.**, *Empirisme et théorie de la connaissance*, éd. J. Vrin, coll. Bibliothèque d'histoire de la philosophie, Paris, 2009
- CHARRAK A.**, *Rousseau – De l'Empirisme à l'expérience*, éd. J. Vrin, coll. Bibliothèque d'histoire de la philosophie, Paris, 2013
- CHAUVET D.**, *La Personnalité juridique des animaux jugés au Moyen-Âge (XIIIe-XVIe siècles)*, éd. L'Harmattan, 2012
- CHELZEN O.**, *A la Racine de la subjectivité – Un Rousseau phénoménologue ?*, éd. Verdier, 2008
- CHEMAMA R., VANDERMERSCH B.**, *Dictionnaire de la psychanalyse*, éd. Larousse, coll. In extenso, 2003
- CICERON** (dir. Nisard M.), *Les Partitions oratoires, œuvres complètes*, éd. J. J. Dubochet et cie, Paris, 1843
- CICERON** (dir. Nisard M.), *Œuvres complètes*, Tome 4, éd. Firmin Didot frères – Imprimerie de l'Institut de France, Paris, 1869
- CICERON** (dir. Nisard M.), *Traité du Destin, Œuvres complètes*, éd. J. J. Dubochet et cie, Paris, 1881
- CICERON**, *De Officiis*, trad. APPUNHN C., éd. Garnier, Paris, 1933
- CLAUDE-MATHIEU N.**, *L'Arraînement des femmes – Essai en anthropologie des sexes*, éd. De l'Ecole des hautes études en sciences sociales, 1985
- CORNU G.**, *Association Henri Capitant – Vocabulaire juridique*, 9e éd, éd. P.U.F., coll. Quadrige,

2011

- CORNU G.**, *Droit civil – Les personnes*, éd. Montchrestien, coll. Précis Domat, 2007
- COURDIER-CUISINIER A.S.**, *Le Solidarisme contractuel*, Travaux du CREDIMI, vol. 27, éd. LexisNexis, 2006
- COUSIN V.**, *Documents inédits sur Domat*, *Journal des savants*, éd. Imprimerie royale, Paris, 1843
- COZIAN M., VIANDIER A., DEBOISSY F.**, *Droit des sociétés*, éd. Litec, coll. Jurisclasseur, 2005
- CUNY-LE CALLET B.**, *Rome et ses Monstres : Naissance d'un concept philosophique et rhétorique*, éd. Jérôme Liion, Grenoble, 2005
- DADOUN R.**, *La Psychanalyse politique*, éd. P.U.F., coll. Que-sais-je ?, 1995
- DAMASIO A.R.**, *Le Sentiment même de soi – Corps, émotions, conscience*, éd. Odile Jacob, 1999
- DAMASIO A.R.**, *L'erreur de Descartes*, éd. Odile Jacob, coll. Poches, 2010
- DAMASIO A.R.**, *Spinoza avait raison – Joie et tristesse, le cerveau des émotions*, éd. Odile Jacob, coll. Poches, 2004
- DANTOINE J.B.**, *Les Règles du droit canon*, éd. Stryckwant, Bruxelles, 1742
- DAREMBERG C., SAGLIO E.**, *Dictionnaire des Antiquités grecques et romaines*, Tome 1, éd. Hachette, 1877
- DAVID-MENARD M.**, *La Folie dans la raison pure : Kant lecteur de Swedenborg*, éd. J. Vrin, coll. Bibliothèque d'histoire de la philosophie, Paris, 1990
- DAVOUD-OGHLOU G.A.**, *Histoire de la législation des anciens germains*, Tome 1, Berlin, éd. G. Reimer, 1845
- DE CHAULIAC G.**, *Chirurgica Magna*, éd. E.J. Brill, 1997
- DE FRESQUET R.**, *Traité élémentaire de droit romain*, Volume 2, éd. Marescq et Dujardin Paris, 1854
- DE KONNICK T.**, *De la Dignité humaine*, éd. P.U.F., coll. Quadriges, 2002
- DE LA BOETIE E.**, *Le Discours de la servitude volontaire*, éd. Payot, coll. Petite bibliothèque Payot, 2002
- DE LAUBADERE**, *Traité théorique et pratique des contrats administratifs*, éd. L.G.D.J., 1956
- DE MONDEVILLE H.**, *Chirurgie*, éd. Firmin Didot, Paris, 1897
- DE TOCQUEVILLE A.**, *De la Démocratie en Amérique*, Tome 1, éd. Flammarion, coll. GF, 1981
- DE TOURTOULON P.**, *Les Œuvres de Jacques de Révigny : Jacobus de Ravanis, d'après deux manuscrits de la bibliothèque nationale*, Paris, éd. A. Chevalier-Marescq et Cie, 1899
- DEJOURS C.**, *Souffrance en France : la banalisation de l'injustice sociale*, éd. Points, coll. Essais, 2009
- DELAUNAY B.**, *L'Indispensable du droit constitutionnel*, éd. Studyrama, 2004
- DELEUZE G.**, *Critique et clinique*, éd. de Minuit, coll. Paradoxe, 1999
- DELEUZE G.**, *Présentation de Sacher-Masoch – Le froid et le cruel*, éd. de Minuit, coll. Reprise, 2007
- DELGA J.**, *Sexualité, libertinage, échangisme et droit*, éd. L'Harmattan, 2012
- DEMANGEAT C.**, *Cours élémentaire de droit romain*, Volume 2, éd. Marescq Aîné, Paris, 1866

- DEMOGUE R.**, *Traité des obligations en général*, Tome 3, éd. Rousseau et Cie, Paris, 1923
- DEMOLOMBE C.**, *Cours de Code Napoléon – Traité des contrats*, Tome 27, éd. Durand, Paris, 1868
- DEONNA J.A., TERONI F.**, *Qu'est-ce qu'une émotion ?* éd. J. Vrin, coll. Chemins Philosophiques, 2008
- DESCARTES R.**, *Discours de la méthode*, éd. Librairie philosophique J. Vrin, 1987
- DESROSIERES A.**, *La Politique des grands nombres – Histoire de la raison statistique*, éd. La Découverte, 2000, coll. Poche
- DESSIEUX C.**, *La Prostitution conjugale – Des femmes témoignent*, éd. Albin Michel, Paris, 1993
- DI DAVIDE T.**, *Le Radici della prostituzione, Diegaro di Cesena*, éd. Macro Edizioni, 2002
- DIXON T.**, *From Passions to Emotions: The Creation of a Secular Psychological Category*, éd. Cambridge University Press, 2006
- DRUET F.X., GANTY E.** (dir.), *Rendre justice au droit. En lisant le juste de Paul Ricoeur*, éd. Presses universitaires de Namur, 1999
- DUBOUCHET P.**, *Pour une Sémiotique du droit international : essai sur le fondement du droit*, éd. L'Harmattan, coll. Ouverture philosophique, 2007
- DUCHESNEAU F.**, *L'empirisme de Locke*, éd. Kluwer Academic Publishers, coll. Archives Internationales D'histoire Des Idées, La Haye, 1973
- DUGUIT**, *Traité de droit constitutionnel*, Tome 1 : « La règle de droit, le problème de l'Etat », éd. Ancienne librairie Fontemoing, 1927
- DUPRE E.**, *Définition médico-légale de l'aliéné – Leçon d'ouverture du Cours de Psychiatrie médico-légale*, éd. Jean Gainche, Paris, 1904
- DURANTON A.**, *Cours de droit français suivant le Code civil*, Tome 8, éd. H. Tarlier, Bruxelles, 1834
- EDELMAN B., HERMITTE M.A.**, *L'Homme, la nature et le droit*, éd. C. Bourgois, 1988
- EHRWEIN NIHAN C.**, *Hannah Arendt : une Pensée de la crise – La politique aux prises avec la morale et la religion*, éd. Labor et Fides, 2011
- ELIACHEFF C., SOULEZ-LARIVIERE D.**, *Le Temps des victimes*, éd. Albin Michel, coll. Essais, 2006
- EPICTETE**, *Manuel d'Epictète*, trad. CATTIN E., éd. Flammarion, coll. GF, Paris, 1997
- ÉPICURE**, *Lettre à Ménécée*, éd. Flammarion, coll. GF, Paris, 2009
- ESMEIN A.**, *Étude sur les contrats dans le très-ancien droit français*, éd. Larose et Forcel, Paris, 1883
- FAVOREU L., GAÏA P., GHEVONTIAN R., MESTRE J.L., PFERSMANN O., ROUX A., SCOFFONI G.**, *Droit Constitutionnel*, éd. Dalloz, coll. Précis, 2007
- FAYE E.**, *Heidegger, l'Introduction du nazisme dans la philosophie : autour des séminaires inédits de 1933-1935*, éd. Le livre de poche, coll. Biblio Essais, 2007
- FENET P.A.**, *Recueil complet des travaux préparatoires du code civil*, éd. Videcoq, Paris, 1836
- FERRY L.**, *Kant – Une lecture des trois critiques*, éd. Le livre de poche, coll. Biblio Essais, 2008
- FESTUGIERE J.**, *La Révélation d'Hermès Trismégiste*, Tome 2 : « Le Dieu cosmique », éd. Les Belles Lettres, Paris, 1949
- FEYERABEND P.**, *Contre la méthode – Esquisse d'une théorie anarchiste de la connaissance*, éd. Seuil, coll. Points Sciences, Paris, 1988

- FIASSE G.** (dir.), *Paul Ricoeur, de l'Homme faillible à l'homme capable*, éd. P.U.F., coll. Débats philosophiques, 2008
- FOISNEAU L., THOUARD D.**, *Kant et Hobbes : De la Violence à la politique*, éd. J. Vrin, coll. Bibliothèque d'histoire de la philosophie, Paris, 2005
- FOUCAULT M.**, *Histoire de la folie à l'âge classique*, éd. Gallimard, coll. Tel, 2007
- FRAISSE G.**, *Du Consentement*, éd. Seuil, coll. Non conforme, 2007
- FREUD S.**, *La Vie sexuelle*, éd. P.U.F., coll. Bibliothèque de psychanalyse, 1999
- FREUD S.**, *Malaise dans la culture*, éd. P.U.F., coll. Quadrige, 2004
- FREUD S.**, *Œuvres complètes*, Volume 4 : « L'interprétation du rêve, 1899-1900 », éd. P.U.F., coll. OCF.P, 2003
- GADAMER H.G.**, *Interroger les Grecs – Études sur les Présocratiques, Platon et Aristote*, éd. Fides, coll. Noesis, 2006
- GADOFFRE G. et CEARD J.**, *La Révolution culturelle dans la France des Humanistes : Guillaume Budé et François Ier*, éd. Droz, 1997
- GARÇON M.**, *Code pénal annoté*, éd. Dalloz, 1956
- GAUDEMET J.**, *Les Institutions de l'Antiquité*, éd. Montchrestien, Paris, 2000
- GAUDEMET J.**, *Les Naissances du droit : le temps, le pouvoir et la science au service du droit*, éd. Montchrestien, Paris, 1997
- GAZZANIGA J.L.**, *Introduction historique au droit des obligations*, éd. P.U.F., coll. Droit fondamental, 1992
- GERKENS J.F.**, *Droit privé comparé*, éd. Larcier, coll. Faculté de droit de l'Université de Liège, 2007
- GHESTIN J.**, *La formation du contrat, Tome 1, Le contrat – le consentement*, éd. L.G.D.J., coll. Traité de droit civil, 4^{ème} éd., 2013
- GICQUEL J., GICQUEL J.E.**, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, éd. Montchrestien, coll. Domat, 2005
- GIRARD C., HENNETTE-VAUCHEZ S.** (dir.), *La Dignité de la personne humaine - Recherche sur un processus de juridicisation*, éd. P.U.F., coll. Droit et justice, 2005
- GIRARD P.F.**, *Manuel élémentaire de droit romain*, éd. L.G.D.J., 1906
- GOLDSTEIN P.**, *Vulnérabilité et autonomie dans la pensée de Martha C. Nussbaum*, éd. P.U.F., coll. Philosophies, 2011
- GORDLEY J.**, *The philosophical Origins of modern contract doctrine*, éd. Oxford University Press, 1993
- GOYARD-FABRE S.**, *Les Embarras philosophiques du droit naturel*, éd. J. Vrin, coll. Histoire des idées et des doctrines, 2003
- GRÄFIN VON GALEN M.**, *Rechtstfragen der Prostitution*, éd. C.H. Beck, München, 2004
- GROFFIER E.**, *Criez et qu'on crie ! Voltaire et la justice pénale*, éd. Presses universitaires de Laval, coll. Mercure du nord, 2011
- GROTIUS H.**, *Le Droit de la guerre et de la paix*, trad. BARBEYRAC J., Tome 1, éd. aux de'pens de la Compagnie, 1759
- GRYNBAUM L., NICOD M.** (dir.), *Le solidarisme contractuel*, éd. Economica, coll. Etudes juridiques, 2004

- GUERRIEN B.**, *Dictionnaire d'analyse économique*, éd. La découverte, coll. Repères, 2002
- GUINCHARD S., DEBARD T.**, *Lexique des termes juridiques*, éd. Dalloz, coll. Lexique, 2013
- HADOT P.**, *Éloge de la philosophie antique*, éd. Allia, 1998
- HALPERIN J.L.**, *Histoire du droit privé français depuis 1804*, éd. P.U.F., coll. Quadrige, 2012
- HALPERIN J.L.**, *L'impossible Code civil*, éd. P.U.F., coll. Histoires, 1992
- HAMON F.**, *Le Référendum : étude comparative*, éd. L.G.D.J., coll. Systèmes, 1995
- HAMON F., TROPER M.**, *Droit Constitutionnel*, éd. L.G.D.J., coll. Manuel, 2007
- HANARD G.**, *Droit romain - Notions de base : concept de droit, sujets de droit*, Tome 1, éd. Publication des facultés universitaires Saint-Louis Bruxelles, Bruxelles, 1997
- HAROCHE C.** (dir.), *Le for intérieur*, éd. P.U.F., 1995
- HART H.L.A.**, *Law, liberty and morality*, éd. Stanford University Press, Stanford, 1963
- HARTMANN W. et PENNINGTON K.**, *The History of Byzantine and Eastern Canon Law to 1500*, éd. Catholic University of America Press, 2012
- HERRERA C.M.**, *La Philosophie du droit de Hans-Kelsen : une introduction*, éd. Presses universitaires de Laval, 2004
- HERVE C.**, *Visions éthiques de la personne*, éd. L'Harmattan, coll. L'éthique en mouvement, 2001
- HERZEN N.**, *Précis de droit romain*, éd. T. Sack., 1906
- HOBBS T.**, *De la Nature humaine ou exposition des facultés, des actions et des passions de l'âme et de leur causes déduites d'après des principes philosophiques qui ne sont ni reçus ni connus*, 1640, édition électronique de l'université de Laval, <http://classiques.uqac.ca>
- HOBBS T.**, *Le Citoyen ou les fondements de la politique (De Cive)*, 1642, édition électronique de l'université de Laval, <http://classiques.uqac.ca>
- HOBBS T.**, *Léviathan*, éd. Folio, coll. Essais, 2009
- HÖFFE O.**, *Introduction à la philosophie pratique de Kant – La morale, le droit et la religion*, éd. J. Vrin, coll. Bibliothèque d'histoire de la philosophie, Paris, 1993
- HOIGARD C., FINSTAD L.**, *Backstreets. Prostitution, Money and Love*, éd. Pennsylvania State University Press, 1992
- HOTTOIS G.**, *Dignité et diversité des hommes*, éd. J. Vrin, 2009
- HUGO G.**, *Histoire du droit romain*, Tome 1, Librairie de jurisprudence et d'administration d'Antoine Bavoux, 1822
- HUME D.**, *Traité de la nature humaine*, Tome 1 : « L'Entendement », éd. Flammarion, coll. GF, 1995
- HUME D.**, *Traité de la nature humaine*, Tome 2 : « Dissertation sur les passions », éd. Flammarion, coll. GF, 1991
- HUME D.**, *Traité de la nature humaine*, Tome 3 : « La Morale », éd. Flammarion, coll. GF, 2001
- IACUB M.**, *Confession d'une mangeuse de viande*, éd. Fayard, coll. Essais, 2011
- IACUB M.**, *De la Pornographie en Amérique – La liberté d'expression à l'âge de la démocratie délibérative*, éd. Fayard, coll. Histoire de la Pensée, 2010
- IACUB M.**, *Le Crime était presque sexuel et autres essais de casuistique juridique*, éd. Epel, coll. Essais, 2002
- JACQUET C.**, *Les Expressions de la puissance d'agir chez Spinoza*, éd. Publications de la Sorbonne,

2005

- JAMES W.**, *La Théorie de l'émotion*, éd. Booksurge Publishing, coll. Elibron Classics, 2001
- JAMES W.**, *Les Emotions – Œuvres choisies*, éd. L'Harmattan, 2006
- JAMIN C. ET BILLIAU M.**, *Traité de droit civil – Les effets du contrat*, éd. L.G.D.J., coll. Traités, 1994
- JEFFREY S.**, *Anti-Climax : A Feminist Perspective on the Sexual Revolution*, éd. The Women's Press, Londres, 1990
- JEFFREYS S.**, *The Idea of Prostitution*, éd. Spinifex, Melbourne, 1997
- JORION P.**, *Comment la Vérité et la réalité furent inventées*, éd. Gallimard, 2009
- JOUAN M., LAUGIER S.** (dir.), *Comment penser l'Autonomie ? Entre compétences et dépendances*, éd. P.U.F., coll. Éthique et philosophie morale, 2009
- JUGNET L.**, *La Pensée de Saint-Thomas d'Aquin*, éd. Nouvelles Éditions latines, Le Vaumain, 1999
- JUILLET J.P.**, *Des Vues de Spinoza : Arguments et figures de la philosophie vraie*, éd. Presses de l'Université Paris-Sorbonne, coll. Travaux et documents, 2001
- KAMMEN M.**, *Sovereignty and liberty : Constitutional discourse in American culture*, éd. University of Wisconsin Press, 1989
- KANT E.**, *Critique de la faculté de juger*, éd. Flammarion, coll. GF, 2000
- KANT E.**, *Critique de la raison pratique*, éd. Flammarion, coll. GF, 2003
- KANT E.**, *Critique de la raison pure*, éd. Flammarion, coll. GF, 2006
- KANT E.**, *Fondements de la métaphysique des mœurs*, éd. Le livre de poche, 1993
- KANT E.**, *Observations sur le beau et le sublime*, ed. J. Vrin, coll. Bibliothèque des textes philosophiques, 1992
- KANT E.**, *Qu'est-ce-que les Lumières ?*, trad. POIRIER J.F. et PROUST F., éd. Flammarion, coll. GF, 1991
- KANT E.**, *Théorie et pratique*, trad. MUGLIONI J.M., éd. Philosophie, 2008, [version électronique] http://www.ac-grenoble.fr/PhiloSophie/file/kant_muglioni.pdf
- KANT E.**, *Traité de pédagogie*, éd. Hachette Education, coll. About, 2008
- KANTOROWICZ E.**, *Les Deux Corps du Roi – théologie politique au Moyen-Âge*, éd. Gallimard, coll. Bibliothèque des Histoires, éd. 1989
- KIERKEGAARD S.**, *Traité du désespoir*, éd. Gallimard, coll. Folio Essais, 1988
- KOJEVE A.**, *Introduction à la lecture de Hegel*, éd. Gallimard, coll. Bibliothèque des idées, 1971
- KRIEF-SEMITKO C.**, *La Valeur en droit civil français : Essais sur les biens, la propriété et la possession*, éd. L'Harmattan, coll. Logiques juridiques, 2009
- LACAN J.**, *Autres écrits*, éd. Le Seuil, coll. Champ freudien, 2001
- LAGREE J.**, *Juste Lipse et la Restauration du stoïcisme : Etude et traduction des traités stoïciens De la Constance, Manuel de philosophie stoïcienne, Physique des stoïciens*, éd. J. Vrin, 1994
- LALANDE A.**, *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, éd. P.U.F., coll. Quadrige, 2010
- LARGUIER J.**, *Droit pénal spécial*, éd. Dalloz, coll. Mémentos, 2000
- LAROMBIERE L.**, *Théorie et pratique des obligations ou Commentaire des titres III et IV livre III du Code civil – art. 1101 à 1683*, éd. Bruylant-Christophe et compagnie, Bruxelles, 1862

- LAURAND V.**, *Le Vocabulaire des stoïciens*, éd. Ellipses, 2002
- LE BON G.**, *Psychologie des foules*, éd. Félix Alcan, 1905
- LE CLECH S. et BUDE G.**, *L'Humaniste et le Prince*, éd. Riveneuve, 2008
- LEBRETON G.**, *Droit administratif général*, éd. Dalloz, coll. Cours, 2009
- LEGENDRE P.**, *Jouir du Pouvoir – Traité de la bureaucratie patriote*, éd. de Minuit, coll. Critique, 1976
- LEGENDRE P.**, *La Fabrique de l'Homme occidental*, éd. Mille et une nuits, coll. La petite collection, 2000
- LEGENDRE P.**, *L'Amour du censeur – Essai sur l'ordre dogmatique*, éd. Seuil, coll. Le champ freudien, 2005
- LEGENDRE P.**, *Le Crime du caporal Lortie – Traité sur le Père*, éd. Flammarion, coll. Champs, 2000
- LEQUEUX J.F.M.**, *Histoire du droit canon*, éd. Leroux et Jouby, Paris, 1851
- LIBERMAN R.**, *Handicap et maladie mentale*, éd. P.U.F., coll. Que-sais-je?, 2011
- LIPOVETSKY G.**, *L'Ère du vide – Essais sur l'individualisme contemporain*, éd. Gallimard, coll. Folio Essais, 1989
- LOCKE J.**, *Essai philosophique concernant l'entendement humain*, éd. Schreuder, Amsterdam – Leipzig, 1755
- LOCKE J.**, *Essai sur l'entendement humain*, éd. J. Vrin, coll. Bibliothèque des textes Philosophiques, Paris, 2006
- LOCKE J.**, *Traité du gouvernement civil*, trad. MAZEL D., Université du Québec, Chicoutimi, 1795, [version électronique], <http://classiques.uqac.ca/classiques>
- MACKELDEY F.**, *Manuel de droit romain contenant la théorie des institutes*, éd. Wahlen et Cie, 1837
- MACQUERON J.**, *Histoire des obligations – le droit romain*, éd. Publications du centre d'histoire institutionnelle et économique de l'Antiquité romaine de l'Université d'Aix-en-Provence, 1971
- MALAURIE P. ET AYNES L.**, *Droit civil – Introduction générale*, éd. Cujas, 1994
- MALAURIE P. ET AYNES L.**, *Les personnes – Les incapacités*, éd. Defrénois, coll. Droit civil, 2007
- MALAURIE P., AYNES L., STOFFEL-MUNCK P.**, *Les obligations*, éd. Defrénois, coll. Droit civil, 2007
- MARCUSE H.**, *L'Homme unidimensionnel – Essai sur l'idéologie de la société industrielle avancée*, éd. de Minuit, coll. Arguments, 1968
- MARTIN X.**, *L'Homme et des droits de l'Homme et sa compagne (1750-1850) – Sur le quotient intellectuel et affectif du « bon sauvage »*, éd. Dominique Martin Morin, 2001
- MARTIN X.**, *Mythologie du Code Napoléon – Aux soubassements de la France moderne*, éd. Dominique Martin Morin, 2003
- MARTIN X.**, *Nature humaine et révolution française – Du siècle des Lumières au Code Napoléon*, éd. Dominique Martin Morin, 2002
- MARTIN X.**, *Retour sur un itinéraire. Du Code Napoléon au siècle des Lumières*, éd. Dominique Martin Morin, coll. L'homme des droits de l'Homme, 2010
- MARZANO M.**, *Je consens donc je suis*, éd. P.U.F., coll. Hors collection, 2007
- MÄSCH G., MAZEAUD D., SCHULZE R.**, *Nouveaux Défis du droit des contrats en France et en Europe*, éd. Sellier, Munich, 2009

- MATHIEU F.**, *Kant et la Subjectivité – Autonomie de la déduction transcendantale*, éd. Edilivre, coll. Classique, 2013
- MAURER B.**, *Le Principe de respect de la dignité humaine et la Convention européenne des droits de l'homme*, éd. La documentation française, 1999
- MAZEAUD H., L. et J. et CHABAS F.**, *Leçons de droit civil*, Tome 2 : « Obligations, Théorie générale », éd. Montchrestien, 1998
- MEIJERS E.M.**, *Études d'histoire du droit*, Tome 3, éd. Universitaire Pers Leiden, Leyde, 1959
- MELKEVIK B.**, *Considérations juridico-philosophiques*, éd. Presses Université Laval, 2005
- MELMAN C.**, *L'Homme sans gravité*, éd. Folio, coll. Essais, 2005
- MENECHAL J.**, *Psychanalyse et politique : le complexe de Thésée*, éd. Erès, coll. Etudes, recherches, actions en santé mentale en Europe, 2008
- MILGRAM S.**, *Soumission à l'autorité*, éd. Calman-Levy, coll. Liberté de l'esprit, 1994
- MILL J.S.**, *De la Liberté*, trad. DUPONT-WHITE M., éd. Guillaumin et Cie, Paris, 1860
- MISRAHI R.**, *Spinoza, Ethique*, éd. Eclat, coll. Philosophie Imaginaire, 2005
- MOATTI J.P. ET PERETTI-WATEL P.**, *Le Principe de prévention – Le culte de la santé et ses dérives*, éd. Seuil, coll. La République des idées, 2009
- MORTREUIL J.A.B.**, *Histoire du droit byzantin ou du droit romain dans l'empire d'orient, depuis la mort de Justinien jusqu'à la prise de Constantinople en 1453*, éd. Guilbert Thorel, Paris, Vol 1 : 1843, Vol 2 : 1844, Vol 3 : 1847
- NACHT S.**, *Le masochisme*, éd. Payot, coll. Petite bibliothèque Payot, 2008
- NAGEL T.**, *Le Point de vue de nulle part*, éd. L'éclat, 1993
- NIETZSCHE F.**, *Par-delà bien et mal*, éd. Gallimard, coll. Folio Essais, 1987
- NIETZSCHE F.**, *Fragments posthumes (1887-1888)*, éd. Gallimard, coll. Œuvre Philosophique Nietzsche, 1976
- NOEL F.**, *Nouveau dictionnaire français latin*, éd. Le Normant, Paris, 1824
- NUSSBAUM M.C.**, *From Disgust to Humanity. Sexual Orientation & Constitutional Law*, éd. Oxford University Press, 2010
- NUSSBAUM M.C.**, *Hiding from Humanity. Disgust, Shame and the Law*, éd. Princeton University Press, 2004
- NUSSBAUM M.C.**, *Love's knowledge. Essays on philosophy and literature*, éd. Oxford University Press, 1992
- NUSSBAUM M.C.**, *Political Emotions: Why Love Matters of Justice*, éd. Belknap Press, 2013
- NUSSBAUM M.C.**, Sihvola J. (dir.), *Sleep of reason: Erotic Experience and Sexual Ethics in Ancient Greece and Rome*, éd. University of Chicago Press, 2002
- NUSSBAUM M.C.**, *The Fragility of Goodness : Luck and Ethics in Greek Philosophy*, éd. Cambridge University Press, 2001
- NUSSBAUM M.C.**, *Upheavals of thought. The intelligence of Emotions*, éd. Cambridge University Press, 2001
- OFMAN S.**, *Pensée et rationnel : Spinoza*, éd. L'Harmattan, coll. Ouverture philosophique, 2003
- OGIEN R.**, *La Liberté d'offenser : Le sexe, l'art et la morale*, éd. La Musardine, coll. Attrape-corps, 2007

- OGIEN R.**, *La Vie, la mort, l'Etat*, éd. Grasset, coll. Mondes vécus, 2009
- OGIEN R.**, *Le Corps et l'argent*, éd. La Musardine, coll. Attrape-corps, 2010
- ONFRAY M.**, *Contre-histoire de la philosophie*, Tome 1 : « Les Sagesse antiques », éd. Le livre de poche, coll. Biblio Essais, 2007
- ONFRAY M.**, *Traité d'athéologie*, éd. Grasset, 2005
- ORTOLAN J.**, *Histoire de la législation romaine depuis son origine jusqu'à la législation moderne et généralisation du droit romain*, éd. Plon, 1876
- OURLIAC P., DE MALAFOSSE J.**, *Histoire du droit privé*, Tome 1, éd. P.U.F., 1957
- OUVRARD L.**, *La Prostitution, Analyse juridique et choix de politique criminelle*, éd. L'Harmattan, coll. Sciences criminelles, 2000
- PARDESSUS J.M.**, *Loi salique ou recueil contenant les anciennes rédactions de cette loi et le texte connu sous le nom de lex emendata*, Paris, éd. Imprimerie royale, 1843
- PAVIA M.L., REVET T.** (dir.), *La Dignité de la personne humaine*, éd. Economica, coll. Études juridiques, 1999
- PELLERIN A.**, *Commentaire de la loi des 18 avril – 13 mai 1863 portant modification de soixante-cinq articles du Code pénal*, éd. Auguste Durand, Paris, 1863
- PELLUCHON C.**, *L'Autonomie brisée – Bioéthique et philosophie*, éd. P.U.F., coll. Quadrige, 2014
- PERETTI-WATEL P., MOATTI J.P.**, *Le Principe de prévention: le culte de la santé et ses dérives*, éd. Seuil, coll. La République des idées, 2009
- PHARR C.**, *The Theodosian code and novels and the sirmondian constitutions*, The Lawbooks exchange, New-Jersey, 2001
- PHILONENKO A.**, *L'Oeuvre de Kant – La philosophie critique*, Tome 1 : « La Philosophie pré-critique et la Critique de la raison Pure », éd. J. Vrin, coll. Bibliothèque d'histoire de la philosophie, Paris, 1969
- PHILONENKO A.**, *L'Oeuvre de Kant – La philosophie critique*, Tome 2 : « Morale et Politique », éd. J. Vrin, coll. Bibliothèque d'histoire de la philosophie, Paris, 1972
- PIERRAT E.**, *Le Sexe et la loi*, éd. La Musardine, coll. Attrape-Corps, 2008
- PLANIOL**, *Traité élémentaire de droit civil*, éd. L.G.D.J., Paris, 1912
- PLUTARQUE**, *Les Vies des hommes illustres*, trad. AMYOT J., éd. E. Clavier, Paris, 1802
- PORTALIS J.E.M.**, *De l'Usage et de l'abus de l'esprit philosophique durant le XVIIIe siècle*, éd. Moutardier-Balland, Paris, 1827
- PORTALIS J.E.M.**, *Discours, rapports et travaux inédits sur le Code civil*, éd. Joubert, Paris, 1844
- PORTES L.**, *A la recherche d'une éthique médicale*, éd. Masson, 1954
- POTHIER R.**, *Traité des donations entre mari et femme*, in *Œuvres de Pothier contenant les traités du droit français*, éd. Pichon Béchét, 1827
- POTHIER R.**, *Pandectae Justinianae in novum ordinem digestae – Pandectes de Justinien : mise dans un nouvel ordre : avec les lois du code et les nouvelles qui confirment, expliquent ou abrogent le droit des pandectes*, trad. DE BREARD-NEUVILLE P., éd. Dondey-Duprey, Paris, 1818-1823
- POTHIER R.**, *Traité des obligations*, éd. Langlet & Cie, Bruxelles, 1835
- POUTRAIN V.**, *Sexe et pouvoir – Enquête sur le sadomasochisme*, éd. Belin, coll. Nouveaux mondes, 2003

- PRESCENDI F., NAGY A. A.**, *Victimes au féminin, l'équinoxe*, éd. Georg Editeur, 2012
- PROUST J.**, *La Nature de la volonté*, éd. Folio, coll. Essais, 2005
- QUETEL C.**, *Histoire de la folie : De l'Antiquité à nos jours*, éd. Tallandier, coll. Approches, 2009
- RANOUIL V.**, *L'Autonomie de la volonté : naissance et évolution d'un concept*, éd. P.U.F., Paris, 1980
- RAVAISSON F.**, *Essai sur le stoïcisme*, éd. Imprimerie impériale, Paris, 1856
- RAWLS J.**, *Théorie de la justice*, éd. Seuil, coll. Points Essais, 1997
- REVAULT D'ALLONNES M.**, *Pourquoi nous n'aimons pas la démocratie*, éd. Seuil, coll. Débats, 2010
- RIALS S.**, *La Déclaration des droits de l'Homme et du Citoyen*, éd. Hachette, coll. Pluriel, 1989
- RICOEUR P.**, *Le Juste*, Tomes 1 et 2, éd. Esprit, coll. Philosophie, 2001
- RICOEUR P.**, *Parcours de la reconnaissance*, éd. Stock, coll. Les essais, 2004
- RICOEUR P.**, *Philosophie de la volonté*, Tome 1 : « Le volontaire et l'involontaire », éd. Points, coll. Essais, 2009
- RICOEUR P.**, *Philosophie de la volonté*, Tome 2 : « Finitude et culpabilité », éd. Points, coll. Essais, 2009
- RICOEUR P.**, *Soi-même comme un autre*, éd. Points, coll. Essais, 1996
- ROSENBERG B.**, *Masochisme mortifère et masochisme gardien de la vie*, éd. P.U.F., coll. Monographies de la revue française de psychanalyse, 2003
- ROSSET C.**, *Le Réel – Traité de l'Idiotie*, éd. de Minuit, coll. Reprise, 2004
- ROULAND N.**, *L'Anthropologie juridique*, éd. P.U.F., coll. Que sais-je ?, 1995
- ROUSSEAU J.J.**, *Discours sur l'origine et les fondements de l'inégalité parmi les hommes*, éd. Gallimard, coll. Folio plus philosophie, 2006
- ROUSSEAU J.J.**, *Du Contrat social*, éd. Flammarion, coll. GF, 2007
- ROUSSEAU J.J.**, *Lettre à Vernes du 18 février 1758*, in *Lettres philosophiques*, éd. J. Vrin, Paris, 1974
- ROUSSEAU J.J.**, *Œuvres Complètes*, Tome 4 : « Émile ou de l'Éducation », éd. Gallimard, coll. Bibliothèque de la Pléiade, 1990
- RUBIN G.**, *Sadomasochisme ordinaire*, éd. L'Harmattan, coll. Études psychanalytiques, 2000
- RUBIN G.**, *Surveiller et jouir – Anthropologie politique du sexe*, éd. Epel, coll. Les grands classiques de l'érotologie moderne, 2010
- RUSSEL B.**, *Marriage and Morals*, éd. Allen & Unwin, London, 2001
- SAADA J.**, *Hobbes et le Sujet de droit – Contractualisme et consentement*, éd. CNRS, Paris, 2010
- SAINT-GERMAIN C.E.**, *L'Avènement de la vérité : Hegel, Kierkegaard, Heidegger*, éd. L'Harmattan, coll. Ouverture philosophique, 2003
- SALEILLES R.**, *De la Déclaration de volonté : contribution à l'étude de l'acte juridique allemand (art. 116 à 144)*, éd. L.G.D.J., 1929
- SATCHIVI F.**, *Les Sujets de droit - Contribution à l'étude de la reconnaissance de l'individu comme sujet direct du droit international*, éd. L'Harmattan, coll. Logiques juridiques, 1999
- SCHOPENHAUER A.**, *Le Monde comme volonté et comme représentation*, éd. P.U.F., coll. Quadrige, 2003

- SCHUMPETER J.**, *Capitalisme, socialisme et démocratie*, éd. Payot, 1951
- SENEQUE**, *De vita beata / Texte latin, d'après l'édition de Koch, précédé d'une notice sur la vie de Sénèque, avec un résumé analytique de l'ouvrage, accompagné de notes littéraires et philosophiques, et suivi d'un appendice*, trad. Maillet E., éd. Librairie classique Eugène Belin, Paris, 1882
- SERRES M.**, *Hermès III – La traduction*, éd. de Minuit, coll. Critique, 1974
- SIMPERE F.**, *Aimer plusieurs hommes*, éd. Autre Mondes, 2010
- SIMPERE F.**, *Guide des amours plurielles, pour une écologie amoureuse*, éd. Pocket, coll. Evolution, 2009
- SMITH A.**, *Recherches sur la nature et les causes de la richesse des Nations*, éd. Economica, 2000
- SMITH A.**, *Théorie des sentiments moraux*, éd. P.U.F., coll. Quadrige, 2003
- SOËTARD M.**, *Valeurs dans le stoïcisme : du Portique à nos jours*, éd. Presses Universitaire Septentrion, 1993
- SPINOZA B.**, *Traité politique*, trad. SAISSET E. (1842), [version électronique], www.spinozaetnous.org
- SPINOZA B.**, *Traité théologico-politique*, éd. Flammarion, coll. GF, 1997
- STELLINGER A.**, « Sortir de l'immobilité sociale à la française », *Institut Montaigne, note*, 2006, [version électronique] http://www.institutmontaigne.org/res/files/publications/note_stellinger_internet_avec_couv.pdf
- STOFFEL-MUNCK P.**, *Regards sur la théorie de l'imprévision - Vers une souplesse contractuelle en droit privé contemporain*, éd. PUAM, 1994
- STRAUSS L. et CROSEY J.**, *Histoire de la philosophie politique*, éd. P.U.F., coll. Quadrige, 2010
- STRIVAY L.**, *Enfants sauvages – Une approche anthropologique*, éd. Gallimard, coll. Bibliothèque des sciences humaines, 2006
- SUPIOT A.**, *Critique du droit du travail*, éd. P.U.F., coll. Les voies du droit, 1994
- SUPIOT A.**, *Homo Juridicus – Essai sur la fonction anthropologique du droit*, éd. Points, coll. Essais, 2009
- TACITE**, *La Germanie*, Trad. PANCKOUCKE C.L.F., éd. Panckoucke, 1824
- TERESTCHENKO M.**, *Un si fragile vernis d'humanité : Banalité du mal, banalité du bien*, éd. La Découverte, coll. Poche, 2007
- TERRE F.**, *Introduction générale au droit*, éd. Dalloz, coll. Précis, 2000
- TERRE F.**, *Pour une réforme du droit des contrats*, éd. Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2008
- TERRÉ F., SIMLER P. et LEQUETTE Y.**, *Droit civil – Les obligations*, éd. Dalloz Sirey, coll. Précis Dalloz, 2009
- THALMANN Y.L.**, *Vertus du polyamour; La magie des amours multiples*, éd. Jouvence, 2006
- THEVENOT-DESSAULES M., LESPARAT M. et DUSSANS M.**, *Dictionnaire du Digest, ou Substance des pandectes justiniennes*, Tome 1, éd. Garney, Paris, 1808
- THOMAS Y.**, *Les Opérations du droit*, éd. EHESS, Gallimard et Seuil, coll. Hautes Études, 2011
- THOREAU H.D.**, *La Désobéissance civile*, éd. Mille et une nuits, 1997
- TILLEMANN B. et VAN KERCKHOVEN L.**, *Le Mandat*, éd. Kluwer, Diegem, 1999
- TOURET D.**, *Introduction à la sociologie et à la philosophie du droit*, éd. Litec, 1995
- TRIGEAUD J.M.**, *Persona ou la justice au double visage*, éd. Studio editoriale di cultura, Genova,

1990

- TROPER M.**, *Pour une Théorie juridique de l'État*, éd. P.U.F., coll. Leviathan, 1994
- VERGARA F.**, *Les Fondements philosophiques du libéralisme*, éd. La découverte, 2002
- VIENNE J.M.**, *Expérience et raison : les fondements de la morale selon Locke*, éd. J. Vrin, coll. Bibliothèque d'histoire de la philosophie, Paris, 1991
- VIRALLY M.**, *La Pensée juridique*, éd. L.G.D.J., 1960
- VOELKE A.J.**, *L'Idée de volonté dans le stoïcisme*, éd. P.U.F., 1973
- VON PUFENDORF S.**, *Le Droit de la nature et des gens, ou Système général des principes les plus importants de la morale, de la jurisprudence et de la politique*, trad. BARBEYRAC J., Tome 1, éd. Bruyset, 1771
- VON SAVIGNY F. K.**, *Histoire du droit romain au Moyen-Âge*, trad. GUENOUX C., éd. Hingray, Paris, 1839
- VON SAVIGNY F.K.**, *Traité de droit romain*, volume 3, éd. Firmin Didot, Paris, 1856
- WALINE J.**, *Droit administratif*, éd. Dalloz-Sirey, coll. Précis Dalloz, 2008
- WASHBURN J.**, *The Underworld Sewer. A Prostitute Reflects on Life in the Trade, 1871-1909*, éd. University of Nebraska Press, 1997
- WEBER M.**, *Le Savant et la politique, la politique comme profession et vocation*, trad. COLLIOT-THELENE C., éd. La Découverte, 2003
- WOLIN S.**, *Democracy incorporated : Managed Democracy and the Specter of Inverted Totalitarianism*, éd. Princeton University Press, 2010
- WOOLHOUSE R.S.**, *Descartes, Spinoza, Leibniz : The concept of substance in seventeenth century*, éd. Routledge, 1993
- ZACHARIAE C.E.**, *Histoire du droit privé gréco-romain*, éd. Durand-Lauriel, Paris, 1870
- ZUBIRI X.**, *L'Homme et la vérité, suivi de la théorie zubirienne de la vérité*, éd. L'Harmattan, coll. Ouverture philosophique, 2003
- ZUBIRI X.**, *Sentient Intelligence*, éd. The Xavier Zubiri foundation of North American, 1999, [version électronique] <http://www.zubiri.org/works/englishworks/si/Sentientintelligence.pdf>
- BEAUD O.**, *La Puissance de l'Etat*, éd. PUF, coll. Léviathan, 1994
- CAMPAGNA N.**, *L'Éthique de la sexualité*, éd. La Musardine, coll. Attrape-corps, 2011
- CAMPAGNA N.**, *La Sexualité des handicapés. Faut-il seulement la tolérer ou aussi l'encourager ?*, éd. Labor et Fides, coll. Le champ éthique, 2012
- DELEUZE G., GUATTARI F.**, *Qu'est-ce que la Philosophie ?*, Les Éditions de Minuit, coll. Reprise, 2005
- DELGA J.**, *Sexualité, libertinage, échangisme et droit*, éd. L'Harmattan, 2012
- DUFOUR D.R.**, *La Cité perverse – Libéralisme et pornographie*, éd. Folio, coll. Essais, 2012
- LEGENDRE P.**, *Leçon IX – L'autre Bible de l'Occident : le Monument romano-canonique. Etude sur l'architecture dogmatique des sociétés*, éd. Fayard, 2009
- MALKEVIK B.**, *Considérations juridico-philosophiques*, éd. Presses Université de Laval, 2005
- MASTERS R.**, *La Philosophie politique de Rousseau*, éd. ENS, 2002
- MILL J.S.**, *De la Liberté*, TRAD. LENGLET L., 1860, éd. Université du Québec à Chicoutimi,

[version électronique] http://classiques.uqac.ca/classiques/Mill_john_stuart/de_la_liberte/de_la_liberte.html

NIETZSCHE F., « Aurore. Réflexions sur les préjugés moraux », in *Œuvres complètes de Frédéric Nietzsche*, trad. ALBERT H., éd. Mercure de France, 1901

THESES :

AL SURAIHY Y., *La Fin du contrat de franchise*, Thèse pour le doctorat en droit, Université de Poitiers, 2008, éd. Editions universitaires, 2010

ALIBERT R., *L'imprévision dans les concessions de service public*, Thèse pour le doctorat en droit, Université de Paris, éd. E. Durand, 1924

ATTUEL-MENDES L., *Consentement et actes juridiques*, Thèse pour le doctorat en droit, Université Paris II, 2006, éd. Litec, coll. Bibliothèque de droit de l'entreprise, 2008

BETAILLOLE-GONTHIER F., *La Capacité naturelle*, Thèse pour le doctorat en droit, Université Bordeaux IV, 1999

BEZEMER C.H., *Les Répétitions de Jacques de Révigny : recherches sur la répétition comme forme d'enseignement juridique et comme genre littéraire, suivies d'un inventaire des textes*, Thèse pour le doctorat en histoire du droit, Université Leyde, 1987, éd. E. J. Brill, 1987

BIOY X., *Le Concept de personne humaine en droit public – Recherche sur le sujet des droits fondamentaux*, Thèse pour le doctorat en droit, Université Toulouse I, 2001, éd. Dalloz Nouvelle bibliothèque de thèse, 2003

BLOUD-REY C., *Le Terme dans le contrat*, Thèse pour le doctorat en droit, Université Paris II, 2001, éd. PUAM, 2003

BOUDOT M., *Le dogme de la solution unique – Contribution à une théorie de la doctrine en droit privé*, Thèse pour le doctorat en droit, Université Aix-Marseille, 1999

BRUNET F., *Normativité et droit*, Thèse pour le doctorat en droit, Université Paris I, 2011, *La normativité en droit*, éd. Mare et Martin, coll. Nouvelle bibliothèque des thèses, 2012

BRUNET P., *Vouloir pour la Nation : le concept de représentation dans la théorie de l'État*, Thèse pour le doctorat en droit, Université Paris X, 1997, éd. Bruylant L.G.D.J., 2004

CALEB M., *Essai sur le principe de l'autonomie de la volonté en droit international privé*, Thèse pour le doctorat en droit, Université de Strasbourg, 1927, éd. Sirey, 1927

CANTEGREIL J., *Lutte anti-terroriste et droits fondamentaux : France, États-Unis, Allemagne*, Thèse pour le doctorat en droit, Université Paris I, 2010

CARATHERODY A., *De l'Erreur en matière civile d'après le droit romain et le code napoléon*, Thèse de doctorat en droit, Paris, 1860, [version électronique], www.gallica.bnf.fr

CHABAS J., *De la Déclaration de volonté en droit civil français*, Thèse pour le doctorat en droit, Université de Paris, éd. Recueil Sirey, 1931

CHAUMAT A., *Étude sur l'erreur dans les contrats en droit romain et en droit français*, Thèse de doctorat en droit, éd. Pichon-Lamy et Dewez, 1869, [version électronique], www.gallica.bnf.fr

CHAUVEL P., *Le Vice du consentement*, Thèse pour le doctorat en droit, Université Paris II, 1981

COVA F., *L'Architecture de la cognition morale*, Thèse pour le doctorat en philosophie, EHESS, 2011, [version électronique] http://www.academia.edu/2348323/LArchitecture_de_la_Cognition_Morale

DAVID A., *Structure de la personne humaine – Limite actuelle entre la personne et la chose*, Thèse pour le doctorat en droit, Université de Paris, 1955, éd. P.U.F., coll. Bibliothèque de philosophie contemporaine, 1955

DEJAN DE LA BATIE N., *Appréciation in abstracto et appréciation in concreto en droit civil français*, Thèse pour le doctorat en droit, Université de Paris, 1965, éd. L.G.D.J., coll. Bibliothèque de droit privé, 1965

DELPLANQUE H., *Un Sujet de droit original et particulier : le consommateur. Contribution à l'étude de la notion de volonté contractuelle en droit interne*, Thèse pour le doctorat en droit, Université de Valenciennes, 1995

DESGORCES R., *La bonne foi dans le droit des contrats : rôle actuel et perspectives*, Thèse pour le doctorat en droit, Université Paris II, 1992

DIJON X., *Le Sujet de droit en son corps : une mise à l'épreuve du droit subjectif*, Thèse pour le doctorat en droit, Faculté de droit de Namur, 1982

DIJOUX R., *La Contractualisation des droits fondamentaux*, Thèse pour le doctorat en droit, Université de la Réunion, 2010, éd. L'Harmattan, 2012

DUMOND S., *La Date et le contrat*, Thèse pour le doctorat en droit, Université Lyon III, 2003

DURAND-MERCEREAU M., *La dignité de la personne humaine en droit de l'Union européenne*, Thèse pour le doctorat en droit, Université Paris X, 2011

DUTHEIL-WAROLIN L., *La Vulnérabilité de la personne physique en droit privé*, Thèse pour le doctorat en droit, Université de Limoges, 2004

EXPOSITO W., *La Justice pénale et les interférences consensuelles*, Thèse pour le doctorat en droit, Université Lyon III, 2005

FARJAT G., *L'Ordre public économique*, thèse pour le doctorat en droit, Université de Dijon, 1963, éd. L.G.D.J., Paris, 1963

FORRAY V., *Le Consensualisme dans la théorie générale du contrat*, Thèse pour le doctorat en droit, Université de Savoie, 2005, éd. L.G.D.J., coll. bibliothèque de droit privé, 2007

FRANÇOIS G., *Consentement et objectivation*, Thèse pour le doctorat en droit, Université de Clermond-Ferrand, 2006, éd. PUAM, 2007

FRANCOZ-TERMINAL L., *La Capacité de l'enfant dans les droits français, anglais et écossais*, thèse pour le doctorat en droit, Université Jean-Moulin Lyon III, 2007, éd. Stämpfli, Berne, 2008

GEMENO-CABRERA V., *Le Traitement jurisprudentiel du principe de dignité de la personne humaine dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel français et du Tribunal constitutionnel espagnol*, Thèse pour le doctorat en droit, Université Montpellier I, 2003, éd. L.G.D.J., coll. Bibliothèque constitutionnelle et de science politique, 2005

GHESTIN J., *La Notion d'erreur dans le droit positif actuel*, Thèse pour le doctoat en droit, Université de Paris, 1961, éd. L.G.D.J., Paris, 1961

GILLES D., *La Pensée juridique de Jean Domat (1625-1696) : Du grand siècle au Code civil*, Thèse pour le doctorat en droit, Université Aix-Marseille III, 2004

GITTARD V., *Protection de la personne et catégories juridiques : Vers un nouveau concept de vulnérabilité*, Thèse pour le doctorat en droit, Université Paris II, 2005

GONZALEZ C., *Circoncision et excision des mineurs - De la politique criminelle et à la prévention sociale*, Thèse pour le doctorat en droit, Université de Nice, 1998

GOUNOT E., *Le Principe de l'autonomie de la volonté en Droit privé. Contribution à l'étude critique de l'individualisme juridique*, Thèse pour le doctorat en droit, Université de Dijon, éd. Rousseau, Paris,

GUTMANN D., *Le sentiment d'identité : étude de droit des personnes et de la famille*, Thèse pour le doctorat en droit, Université Paris II, 1996, éd. L.G.D.J., coll. Bibliothèque de droit privé, 2000

HENNETTE-VAUCHEZ S., *Les droits de la personne sur son corps autour du moment de la mort : contribution à l'analyse théorique de la validité juridique des droits*, Thèse pour le doctorat en droit, Université Paris I, 2000, 546 pages, *Disposer de soi : une analyse du discours juridique sur les droits de la personne sur son corps*, éd. L'Harmattan, coll. Logiques Juridiques, 2004, 447 pages.

JACQUES P., *Regards sur l'article 1135*, Université Paris XII, 2003, éd. Dalloz, coll. Nouvelle bibliothèque de thèses, 2005

JOBART J.C., *L'Individualisme en droit public français*, Thèse pour le doctorat en droit, Université Toulouse I, 2009

KARAVOKYRIS G., *L'Autonomie de la personne en droit public français*, Thèse pour le doctorat en droit, Université Paris II, 2008, éd. Bruylant, 2013

KLEIN Z., *La Notion de dignité humaine dans la pensée de Kant et de Pascal*, Thèse pour le doctorat en philosophie, Université de Paris, 1959, éd. J. Vrin, coll. Histoire de la philosophie, 1968

LANTHIEZ M.L., *De la vulnérabilité en droit pénal*, Thèse pour le doctorat en droit, Université Paris I, 2006

LASZLO-FENOUILLET D., *La Conscience*, Thèse pour le doctorat en droit, Université Paris II, 1991, éd. L.G.D.J., coll. Bibliothèque de droit privé, 1993

LAVAUD-LEGENDRE B., *Les bonnes mœurs en droit privé contemporain*, Thèse pour le doctorat en droit, Univ. Montesquieu-Bordeaux IV, 2003, 510 pages, publiée sous le titre *Où sont passées les bonnes mœurs ?*, P.U.F., 2005, 253 pages

LE CADRE G., *La Liberté de conscience, son évolution et son application dans notre droit moderne*, Thèse pour le doctorat en droit, Université de Rennes, 1909, éd. E. Prost, 1909

LECLERC O., *L'Expert et le droit : contribution à l'étude des rapports entre le droit et la science*, Thèse pour le doctorat en droit, Université Paris X, 2003, éd. L.G.D.J., coll. Bibliothèque de droit privé, 2005

LEQUETTE-DE KERVENOAËL S., *L'Authenticité des œuvres d'art*, Thèse pour le doctorat en droit, Université Paris I, 2003, éd. L.G.D.J., 2006

LEVY C., *La Personne humaine en droit*, Thèse pour le doctorat en droit, Université Paris I, 2000

MAGNAN DE BORNIER J., *Essai sur la théorie de l'imprévision*, Thèse pour le doctorat en droit, Université de Montpellier, éd. Jouve, 1924

MAILLARD N., *Autonomie et vulnérabilité. État des lieux et essai d'articulation*, Thèse pour le doctorat en Lettres, Université de Lausanne, 2008, *La vulnérabilité. Une nouvelle catégorie morale ?*, éd. Labor et Fides, 2011

MBALA MBALA F., *La Notion philosophique de dignité à l'épreuve de sa consécration juridique*, Thèse pour le doctorat en droit, Université Lille II, 2007

MEILLON D., *La Personnalité juridique internationale : analyse d'un facteur de structuration du discours juridique*, Thèse pour le doctorat en droit, Université Bordeaux IV, 2004

MIHAIL POPESCU C., *Essai d'une théorie de l'imprévision en droit français et comparé*, Thèse pour le doctorat en droit, Université de Paris, éd. L.G.D.J., 1937

MOUTEL B., *L'« effet horizontal » de la convention européenne des droits de l'homme en droit privé français. Essai sur la diffusion de la CEDH dans les rapports entre les personnes privées*, Thèse pour le doctorat en droit, Université de Limoges, 2006

NAUMOWICZ P., *Fidei bonae nomen et societas vitae – Contribution à l'étude des actions de bonne foi*, Thèse de doctorat en droit, Université Panthéon-Assas, 2011

NICOLAS G., *Le Droit constitutionnel du commencement de la vie*, thèse pour le doctorat en droit, Université Aix-Marseille III, 2000

NIORT J.F., *Homo civilis, Contribution à l'histoire du Code civil français*, Thèse pour le doctorat en droit, Université Paris I, 1995, éd. PUAM, 2004

OROBON F., *Santé publique et libertés individuelles – L'exemple des conduites par lesquelles on peut se nuire à soi-même*, Thèse pour le doctorat en philosophie, Université Lyon III, 2012

OUERDANE-AUBERT DE VINCELLES C., *Altération du consentement et efficacité des sanctions contractuelles*, Université Paris II, 2000, éd. Dalloz, coll. Nouvelle bibliothèque des thèses, 2002

PANCRAZI-TIAN M.E., *La Protection judiciaire du lien contractuel*, Thèse pour le doctorat en droit, Université Aix-Marseille III, 1994, éd. PUAM, 1996

PETE I., *La Durée d'efficacité du contrat*, Thèse pour le doctorat en droit, Université Montpellier I, 1984

PICOD Y., *Le Devoir de loyauté dans l'exécution du contrat*, Thèse pour le doctorat en droit, Université de Dijon, 1987, éd. L.G.D.J., coll. Bibliothèque de droit privé, 1989

PIN X., *Le Consentement en matière pénale*, Thèse pour le doctorat en droit, Université de Grenoble, 1999, éd. L.G.D.J., coll. Bibliothèque de sciences criminelles, 2002

PLESSIX B., *L'Utilisation du droit civil dans l'élaboration du droit administratif*, Thèse pour le doctorat en droit, Université Paris II, 2001, éd. Panthéon-Assas, coll. Droit public, 2003

PREVOST X., *Jacques Cujas (1522-1590) : Le droit à l'épreuve de l'Humanisme*, Thèse pour le doctorat en histoire du droit, Université Paris I, 2012, à paraître

QUEZEDE E., *La Protection des incapables majeurs. Son histoire et ses perspectives d'évolution*, Thèse pour le doctorat en médecine, Faculté de médecine d'Angers, 2003

RAUX C., *La Construction du sujet de droit : recherches sur la nature et les formes de l'individualisme juridique*, Thèse pour le doctorat en droit, Université de Dijon, 2004

RAYNAUD J., *Les Atteintes aux droits fondamentaux dans les actes juridiques privés*, Thèse pour le doctorat en droit, Université de Limoges, 2001, éd. PUAM, 2003

RIALS S., *Le Juge administratif français et la technique du standard*, Thèse pour le doctorat en droit, Université Paris II, 1978, éd. L.G.D.J., coll. Bibliothèque de droit public, 1980

RIEG A., *Le Rôle de la volonté dans l'acte juridique en droit civil français et allemand*, Thèse pour le doctorat en droit, Université de Paris, éd. L.G.D.J., coll. bibliothèque de droit privé, 1961

SALEILLES R., *De la Déclaration de volonté. Contribution à l'étude de l'acte juridique dans le Code civil allemand*, Paris, 1901

TAXIL B., *L'Individu, entre ordre international et ordre national : recherches sur la personnalité juridique internationale*, Thèse pour le doctorat en droit, Université Paris I, 2005

TEIXEIRA C., *La Classification des sources des obligations du droit romain à nos jours*, Thèse pour le doctorat en droit, Université Lyon 3, 2011

TEXEIRA C., *La Classification des sources des obligations du droit romain à nos jours*, Thèse pour le doctorat en droit, Université Lyon III, 2011

TIMBAL G., *La Condition juridique des morts*, Thèse pour le doctorat en droit, Université de Toulouse, 1902, éd. Privat, 1903

TISON R., *Le Principe de l'autonomie de la volonté dans l'ancien droit français*, Thèse pour le

doctorat en droit, Université de Paris, éd. Domat-Montchrestien, 1931

VAURS-CHAUMETTE A.L., *Les sujets du droit international pénal : la définition de la personnalité juridique internationale à l'épreuve du droit international pénal*, Thèse pour le doctorat en droit, Université Paris X, 2007

WAELEKENS L.L.J.M., *La Théorie de la coutume chez Jacques de Révigny*, Thèse pour le doctorat en droit, Ed. E. J Brill, Universitaire Pers Leiden, 1984

CRESP M., *Le Temps juridique en droit privé – Essai d'une théorie générale*, Thèse pour le doctorat en droit, Université Bordeaux IV, 2010, éd. PUAM, 2013

GAHDOUN P.Y., *La Liberté contractuelle dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, Thèse pour le doctorat en droit, Université Montpellier I, 2006, éd. Dalloz, coll. Nouvelle bibliothèque de thèses, 2008

LAVAUD-LEGENDRE B., *Les bonnes Mœurs en droit privé contemporain*, Thèse pour le doctorat en droit, Université Bordeaux IV, 2003, *Où sont passées les bonnes mœurs ?*, éd. PUF, 2005

PELLERIN E., *Le Dévoiement de l'obligation d'information en droit médical, ou l'illusion du consentement du patient*, Thèse pour le doctorat en droit, Université Paris X, 2011, 373 pages

ARTICLES, CHRONIQUES, CONTRIBUTIONS ET COMMENTAIRES :

ABBATUCI S., SABLIER B., SABLIER V., « Crise de l'acier : le retour de l'imprévision dans les marchés de travaux », *AJDA.*, 2004, n° 40, p. 2192

ABEL O., « Les racines protestantes du sujet de droit », *Arch. phil. droit*, 1989, Tome 34, p. 33

AMRANI-MEKKI S., « La résiliation unilatérale des contrats à durée déterminée », *Deffrénois*, 30 mars 2003, n°6, p. 369

AMSELEK P., « L'interprétation dans la théorie pure du droit de Hans Kelsen », in *Interpretatio non cessat – Mélanges en l'honneur de Pierre-André Côté*, éd. Yvon Blais, Cowansville (Québec), 2011, p. 39

AMSELEK P., « Le rôle de la volonté dans l'édiction des normes selon Hans Kelsen », *Revue Juridique Thémis* (Québec), 1993, n°33, p. 189

ANTENAT N., « Respect et vulnérabilité chez Levinas », *Le Portique*, 2003, n°11, [version électronique] <http://leportique.revues.org/558>

ANTOINE J., « La mutabilité contractuelle née de faits nouveaux extérieurs aux parties – Analyse comparée en droit des contrats administratifs et droit privé des obligations », *R.F.D.A.*, 2004, n° 1, p. 80

ANTONINI-COCHIN L., « Le paradoxe de la fidélité », *D.*, 2005, n° 1, p. 23

ARHAB-GIRARDIN F., « La consécration d'un nouveau préjudice moral né du défaut d'information médicale ; Note sous Civ. 1e, 3 juin 2010, n° 09-13.591 », *R.D.S.S.*, 2010, n° 5, p. 898

ARLETTAZ F., « Liberté de conscience et religion (Art. 9 CEDH et Art. 10 DDHC) : le traitement des sectes en France à l'aune de la MIVILUDES et de la jurisprudence européenne », *A.D.L. CREDOF*, 5 juin 2013, [version électronique] <http://revdh.org/2013/06/05/traitement-des-sectes-en-france-mivilude-jurisprudence-europeenne/>

ARMAND G., « La dignité humaine des étrangers placés en détention administrative : entre dialogue jurisprudentiel et dualisme juridictionnel (à propos de CA Rennes, 29 septembre 2008, Époux

- Sivanadiyan) », *C.R.D.F.*, 2009, n° 7, p. 165
- AVRIL P.**, « Un homme, une voix ? », in « Voter », *Pouvoirs*, n°120, 2007, p. 123
- AYNES L.**, « Le contrat, loi des parties », *Cahiers du Conseil constitutionnel*, n°17, 2005, [version électronique], <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/nouveaux-cahiers-du-conseil/cahier-n-17/le-contrat-loi-des-parties.51956.html>
- BACACHE M.**, « Le défaut d'information sur les risques de l'intervention : quelles sanctions ? Pour une indemnisation au-delà de la perte de chance », *D.*, 2008, n° 28, p.1908
- BALINSKI M.**, « Lois électorales – Le vote à la découpe », *Commentaire*, n°110, 2005, p. 439
- BARMANN J.**, « Pacta sunt servanda – Considérations sur l'histoire du contrat consensuel », *RID comp.*, 1961, n°1, p. 18
- BARROSO L. R.**, « “Here, there and everywhere” : Human dignity in contemporary law and in the transnational discourse », 2011, [version électronique] http://works.bepress.com/luisroberto_barroso/
- BEAUD O.**, « Normale Sup au prétoire : la liberté de réunion dans les locaux universitaires », *AJDA.*, 2011, n° 11, p. 585
- BECKOUCHE P.**, « Le symbolique, une approche lacanienne pour les sciences sociales », *Le Débat*, 2003, n° 126, p. 174
- BELLIVIER F.**, « Le droit de retrait en bioéthique sur la voie de l'émancipation », *Droits*, 2008, n°48, p. 131
- BELLIVIER F., NOIVILLE C.**, « Les juges de Strasbourg et l'assistance médicale à la procréation : le contrat contre les droits de l'homme ? », *RDC.*, 2007, n°4, p.1321
- BENESSIANO W.**, « Le vote obligatoire », *R.F.D.C.*, n° 1, 2005, p. 73
- BERNS T.**, « L'âge de Saturne et le droit naturel chez Grotius », in VAN DE VELDE C. (éd.), *Classical Mythology in the Netherlands in the Age of Renaissance and Baroque*, éd. Peeters, 2009, p. 255
- BERT D.**, « La reconnaissance d'un trouble anormal du voisinage à raison de la décomposition d'un cadavre », *D.*, 2009, n° 24, p. 1804
- BETREMIEUX P.**, « Les figures de la vulnérabilité », in HIRSCH E. (dir.), *Traité de bioéthique*, Tome 1 : « Fondements, principes, repères », éd. Érès, 2010, p. 174
- BETTIO N.**, « Le ‘droit à l'enfant’, nouveau droit de l'Homme ? », *R.D.P.*, 2010, n° 2, p. 473
- BIOY X.**, « Les crimes contre l'espèce humaine, ou de la réintroduction en droit d'une espèce de référent naturel », in HENNETTE-VAUCHEZ S. (dir.), *Bioéthique, biodroit, biopolitique : réflexions à l'occasion du vote de la loi du 4 août 2004*, éd. L.G.D.J, coll. Droit et Société, 2006
- BORDEAUX M.**, « La grille du temps : approche lexicale du temps des lois (Code civil, 1804) », *Langages*, 1979, n° 53, p. 103
- BORELLA F.**, « Le concept de dignité de la personne humaine », in *Éthique, droit et dignité de la personne - Mélanges Christian Bolze*, éd. Economica, 1999, p. 29
- BORILLO D.**, « La luxure – L'orthodoxie matrimoniale comme remède contre les errances de la passion », in FORTIN V., JEZEQUEL M., KASIRER N. (dir.), *Les sept péchés capitaux et le droit privé*, éd. Thémis, 2007
- BOULAD-AYOUB J.**, « Descartes face à Leibniz sur la question de la substance », *Philosophiques*, 1984, n°2, p. 225
- BOURGEOIS B.**, « Le sujet du droit selon Hegel », *Arch. phil. droit*, 1989, Tome 34, p. 77

- BOUTHINON-DUMAS H.**, « Les contrats relationnels et la théorie de l'imprévision », *RID. éco.*, 2001, n°3, p. 339
- BOUVIGNIES I.**, « Hobbes sans Calvin ? », in ABEL O., MOREAU P.-F. ET WEBER D. (dir.), *Jean Calvin et Thomas Hobbes : naissance de la modernité politique*, éd. Labor et Fides, 2013
- BREVGHERI M.**, « L'espace habité que réclame l'assurance intime de pouvoir – Un essai d'approfondissement sociologique de l'anthropologie capacitaire de Paul Ricoeur », *Études Ricoeuriennes*, 2012, n°1, p. 34
- BRONDEL S.**, « Deux projets de loi relancent enfin le référendum d'initiative populaire », *AJDA.*, n° 44, 2010, p. 2458
- BRUGUIERE J.M.**, « Le devoir conjugal – Philosophie du code et morale du juge », *D.*, 2000, n° 1, p. 10
- BURGI-GOLUB N.**, « Émotion, identité, jugement », in *Questions sensibles, CURAPP*, 1998, p. 59
- CABANIS A.**, « L'utilisation du temps par les rédacteurs du Code civil », in *Mélanges offerts à Pierre Hébraud*, éd. Université des sciences sociales de Toulouse, 1981
- CAMY O.**, « Présence irréaliste du droit – À propos de la temporalisation du droit », *R.I.E.J.*, 1998, n° 41, p. 1
- CANTEGREIL J.**, « La doctrine du « combattant ennemi illégal », *R.S.C.*, n° 1, 2010
- CAPARROS E.**, « Le consentement est-il considéré comme un mineur ? », *Les Cahiers de droit*, 1965, n°2, p. 38
- CARBONNIER J.**, « Sur les traces du non-sujet de droit », *Arch. phil. droit*, 1989, Tome 34, p. 197
- CARCASSONNE G.**, « Libertés : une évolution paradoxale », *Pouvoirs*, 2009, n° 130, p. 5
- CARCASSONNE G., CAYLA O., HALPERIN J.L., HENNETTE-VAUCHEZ S., LEVADE A., MILLARD E., ROUSSEAU D.**, « Débat autour de la décision du Cons. const., 7 oct. 2010, n° 2010-613 DC, 'loi interdisant la dissimulation du visage dans l'espace public' », *D.*, 2011, n° 17, p. 1166
- CARMI G. E.**, « Dignity – The enemy from within : a theoretical and comparative analysis of human dignity as a free speech justification », *Journal of Constitutional Law*, 2007, vol. 9, n° 4, p. 957
- CAROZZA P. G.**, « Human Dignity and Judicial Interpretation of Human Rights : A Reply », *The European Journal of International Law*, 2008, vol. 19, n° 5, p. 931
- CARRE DE MALBERG R.**, « Considérations théoriques sur la question de la combinaison du référendum avec le parlementarisme », *R.D.P.*, 1931, p. 225
- CASSAN E.**, « From passions to emotions », *Labyrinthe*, 2008, vol. 29, p. 147
- CASSIA P.**, « Le droit de la rue », *Pouvoirs*, 2006, n° 116, p. 65
- CASTILLO M.**, « Le choix du juste en tant que sujet de droit », *Arch. phil. droit*, 1989, Tome 34, p. 67
- CAUTRES B. et JADOT A.**, « L'(in)décision électorale et la temporalité du vote – Le moment du choix pour le premier tour de l'élection présidentielle », *R.F.S.P.*, 2007, n°3, p.293
- CAYLA O.**, « Dissimulation du visage dans l'espace public : l'hypocrisie du juge constitutionnel trahie par la sincérité des circulaires ? », *D.*, 2011, n° 17, p. 1166
- CAYLA O.**, « Y-a-t-il une contrainte du (bon) sens dans la construction des cas ? », in TROPER M., CHAMPEIL-DESPLATS V., GRZEGORCZYK C. (dir.), *Théorie des contraintes juridiques*, éd. L.G.D.J., 2005
- CHABAULT-MARX C.**, « La frilosité du juge français face à l'insémination post-mortem », *D.*, 2009, n° 41, p. 2758

- CHAUMON F.**, « Le sujet de droit n'est pas le sujet de la psychanalyse », *Vie sociale et traitements*, 2004, n° 84, p. 26
- CHAUVEL P.**, « Réticence, obligation d'information et volonté de tromper », *D.*, 2006, n° 40, p. 2774
- CHAVEL S.** (dir.), « Martha Nussbaum. Émotions privées, espaces public », *Raison Publique*, 2010, n°13
- CHAZAL J.P.**, « Le consentement n'est pas vicié de violence par la seule dépendance économique inhérente au statut salarial », *D.*, 2002, n° 23, p. 1860
- CHAZAL J.P.**, « Les nouveaux devoirs des contractants : est-on allé trop loin ? », in JAMIN C. ET MAZAUD D. (dir.), *La nouvelle Crise du contrat*, éd. Dalloz, Coll. Thèmes et commentaires, 2003
- CHENEDE F.**, « Les emprunts du droit privé au droit public en matière contractuelle », *AJDA.*, 2009, n° 17, p. 923
- CHEVREAU E.**, « « Liberum corpus aestimationem non recipiat » : une insuffisance de la procédure civile romaine ? », in J. Hoareau-Dodinau, G. Métaine, P. Texier (dir.), *Procéder : pas d'action, pas de droit ou pas de droit, pas d'action ?*, *Cahiers de l'Institut d'Anthropologie juridique*, n°13, Presses Univ. Limoges, 2006
- CIMAR L.**, « La situation juridique du patient en fin de vie », *R.D.S.S.*, 2006, n° 3, p. 470
- CLOUZOT L.**, « La théorie de l'imprévision en droit des contrats administratifs : une improbable désuétude », *R.F.D.A.*, 2010, n° 5, p. 937
- COASE R.**, *The Nature of the firm*, *Economica*, vol. 4, n° 16, 1937
- COLLIOT-THELENE C.**, « La fin du monopole de la violence légitime ? », *Revue d'études comparatives Est-Ouest*, 2003, n° 34-1, p. 5
- CORMIER P.**, « La fondation augustinienne de la personne », *Les Études philosophiques*, n° 81, 2007
- CORTESE E.**, « Théologie, droit canonique et droit romain. Aux origines du droit savant (XIe-XIIe s.) », *Comptes-rendus des séances de l'Académie des Inscriptions et Belles-Lettres*, 2002, n° 1
- CREDEVILLE A.N.**, « Le défaut d'information sur les risques de l'intervention : quelles sanctions ? Non à la dérive des préjudices », *D.*, 2008, n° 28, p. 1914
- CRIGNON P.**, « La pluralité humaine chez Hobbes et sa lecture par Strauss et Kojève », *Klesis – revue philosophique*, 2009, n°12, [version électronique] <http://www.revue-klesis.org>
- CRISTOL D.**, « Le régime des recherches biomédicales à l'aune du décret du 26 avril 2006 », *R.D.S.S.*, 2006, n° 4, p. 672
- CUIF P.F.**, « Le conflit d'intérêts – Essai sur la détermination d'un principe juridique en droit privé », *RTD com.*, 2005, n° 1, p. 1
- DAMAREY S.**, « La liberté d'association à l'épreuve de la dissolution administrative », *AJDA.*, 2012, n° 17, p. 921
- DANET J.**, « La prostitution et l'objet du contrat : un échange tabou ? », *Cahiers de recherche sociologique*, 2007, n° 43, p. 109
- DAVID-MENARD M.**, « La folie dans la raison pure – Sur la genèse d'un livre », *Les cahiers du GRIF*, n°46, 1992
- DE BECHILLON D.**, « Porter atteinte aux catégories anthropologique fondamentales ? Réflexions, à propos de la controverse Perruche, sur une figure contemporaine de la rhétorique universitaire », *RTD civ.*, 2002, n°1, p. 47
- DE LAMBERTERIE I.**, « La valeur juridique de la signature, perspective de longue durée », in *Hypothèses 2005 – Travaux de l'école doctorale d'histoire*, éd. Publications de la Sorbonne, 2006

- DE MAUMIGNYGARBAN B.**, « Jean-Jacques Rousseau ou l'expérience authentique de soi », [version électronique], <http://rousseaustudies.free.fr/ArticleMaumignygarban.html/>
- DEFFAINS B., FERREY S.**, « Pour une théorie économique de l'imprévision en droit des contrats », *RTD civ.*, 2010, p.719
- DEGRYSE A.**, « The sovereign and the social : Arendt's Understanding of Hobbes », *Ethical perspectives : journal of the European ethics network*, 2008, n° 2, [version électronique] <http://www.ethical-perspectives.be>
- DELAGE P.J.**, « Respect des morts, dignité des vivants », *D.*, 2010, n° 29, p. 2044
- DELZANGLES B.**, « Le juge administratif et la notion de « publicité commerciale » à des fins de propagande électorale », *AJDA.*, 2009, n° 15, p. 834
- DEMOULIN M., MONTERO E.**, « La Formation du contrat depuis le code civil de 1804 : Un régime en mouvement sous une lettre figée », in WERY P. (dir.), *Le Droit des obligations contractuelles et le bicentenaire du Code civil*, éd. La Chartre, Bruxelles, 2004
- DEPADT-SEBAG V.**, « La Procréation post-mortem », *D.*, 2011, n° 32, p. 2213
- DEROUSSIN D.**, « Personnes, choses, corps », in DOCKES E. ET LHUILLIER G. (dir.), *Le corps et ses représentations*, éd. Lexis Nexis et Litec, coll. Théories du droit, 2001
- DIEMERT S.**, « Le Référendum législatif d'initiative minoritaire dans l'article 11, révisé, de la constitution », *R.F.D.C.*, n° 77, 2009, p. 55
- DIENI E.**, « Esprit de système et apories persistantes dans le droit matrimonial canonique », *Revue de droit canonique*, 2000, n°50/1, p. 171
- DIJON X.**, « Le sujet de Ricoeur : côté droit », in DRUET F.X., GANTY E. (dir.), *Rendre justice au droit. En lisant le Juste de Paul Ricoeur*, éd. Presses Universitaires De Namur, 1999, p. 52
- DIXON T.**, « 'Emotion' : The history of a Keyword in Crisis », *Emotion Review*, 2012, vol. 4, n° 4, p. 338
- DOCKES E.**, « Liberté, laïcité, Baby Loup : de la très modeste et très contestée résistance de la Cour de cassation face à la xénophobie montante », *Dr. soc.*, 2013, n° 5, p. 388
- DREYER E.**, « La Dignité opposée à la personne », *D.*, 2008, n° 39, p. 2730
- DUFAU J.**, « Le pouvoir de modification unilatérale de l'Administration et les contrats de concession de service public », *AJDA.*, 1955, n° 1, p. 65
- DUPAYS S.**, « En un quart de siècle, la mobilité sociale a peu évolué », *Données Sociales : La société française*, 2006, [version électronique] http://www.insee.fr/fr/ffc/docs_ffc/donsoc06ym.pdf
- DUPRE DE BOULOIS X.**, « Les ordonnances Dieudonné entre continuité jurisprudentielle et choix politique du juge », *R.D.L.F.*, 2014, chron. n° 10, [version électronique], www.revuedlf.com
- DUVERT C.**, « Autorité parentale et circoncision rituelle », *D.* 2001, n° 20, p. 1585
- EBBERSMEYER S.**, « Conduire ou séduire la raison ? Réflexions sur l'ambivalence des émotions à partir de la Rhétorique d'Aristote », *Revue de métaphysique et de morale*, 2010, n°66, p. 233
- EDELMAN B.**, « De la liberté et de la violence économique », *D.*, 2001, n° 29, p. 2315
- EDELMAN B.**, « Entre le corps – objet profane – et le cadavre – objet sacré », *D.*, 2010, n° 39, p. 2754
- EDELMAN B.**, « La dignité de la personne humaine, un concept nouveau », *D.*, 1997, n° 23, p. 185
- EDELMAN B.**, « Naissance de l'Homme sadien », *Droits*, 2009, n°49, p. 107
- EDELMAN B.**, « Sujet de droit et techno-science », *Arch. phil. droit*, 1989, Tome 34, p. 165

- ESMEIN A.**, « Un contrat dans l'Olympe homérique », *Mélanges d'archéologie et d'histoire* 1888, n° 8, p. 426
- EUDES M.**, « Vers l'abolition des dernières restrictions au droit de vote ? Étude des frontières du corps électoral », *R.T.D.H.*, 2006, n° 67, p. 575
- EYRAUD B., VIDAL-NAQUET P.**, « Consentir sous tutelle - La place du consentement chez les majeurs placés sous mesures de protection », in « Consentir : domination, consentement, déni », *Tracés*, 2008, n° 14, p. 103
- FABRE-MAGNAN M.**, « Le sadisme n'est pas un droit de l'homme (CE.D.H., 1re sect., 17 février 2005, K. A. et A. D. c/ Belgique) », *D.*, 2005, n° 43, p. 2973
- FABRE-MAGNAN M.**, « Le contrat de travail défini par son objet », in SUPIOT A. (dir.), *Le travail en perspectives*, éd. L.G.D.J., coll. Droit et société, 1998
- FABRE-MAGNAN M.**, « Le domaine de l'autonomie personnelle : indisponibilité du corps humain et justice sociale », *D.*, 2008, n° 1, p. 31
- FABRE-MAGNAN M.**, « Pour la reconnaissance d'une obligation de motiver la rupture des contrats de dépendance économique », *RDC.*, 2004, n° 2, p. 573
- FATIN-ROUGE STEFANINI M.**, « Le droit de vote des détenus en droits canadien, sud-africain et conventionnel européen », *RID comp.*, 2007, n° 3, p. 617
- FATIN-ROUGE STEFANINI M.**, « Le rôle du peuple est-il renforcé ? » in « Après le Comité Balladur, Réviser la Constitution en 2008 ? », *R.F.D.C.*, Hors-série, 2008, p. 133
- FEDIDA P.**, « L'exhibition et le secret de l'enveloppe vide », in « Du Secret », *Nouvelle revue de psychanalyse*, 1976, n°14, p. 133
- FERCOT C.**, « Circoncision pour motifs religieux (Tribunal de Grande Instance –Landgericht– de Cologne) : le prépuce de la discorde », *A.D.L. CREDOF*, 13 juillet 2012, [version électronique], <http://revdh.org/2012/07/13/circoncision-pour-motifs-religieux-le-prepuce-de-la-discorde/>
- FEUILLET B. et TESTART J.**, « Bioéthique : droits, valeurs, science », *Constitutions*, 2011, n° 2, p. 167
- FLAUSS J.F.**, « L'interdiction de spectacles dégradants et la Convention européenne des droits de l'homme, Note sous tribunal administratif de Versailles, 25 février 1992, Société Fun Productions, M. Wackenheim c/ Commune de Morsang-sur-Orge », *R.F.D.A.*, 1992, n° 6, p. 1026
- FOUCAULT M.**, « Des espaces autres », *Architecture, Mouvement, continuité*, n°5, 1984, p. 46
- FRANC M.**, « Une relecture de l'arrêt Commune de Morsang-sur-Orge », *AJDA.*, 2014, n° 2, p. 106
- FRISON-ROCHE M.A.**, « Remarques sur la distinction de la volonté et du consentement en droit des contrats », *RTD civ.*, 1995, n° 3, p. 573
- FRYDMAN P.**, « L'atteinte à la dignité de la personne humaine et les pouvoirs de police municipale. A propos des 'lancers de nains' – Conclusions sur Conseil d'Etat, Assemblée, 27 octobre 1995 (2 espèces), 1) Commune de Morsang-sur-Orge. 2) Ville d'Aix-en-Provence », *R.F.D.A.*, 1995, n° 6, p. 1204
- GANTY E.**, « Du sujet du droit au sujet de droit : attestation et reconnaissance », in DRUET F.X., GANTY E. (dir.), *Rendre justice au droit. En lisant le Juste de Paul Ricoeur*, éd. Presses Universitaires de Namur, 1998, p. 37
- GARAPON A.**, « Le sujet de droit », *R.I.E.J.*, 1993, n°31, p. 69
- GARTNER F.**, « Des rapports entre contrats administratifs et intérêt général », *R.F.D.A.*, 2006, n° 1, p. 19

- GEONGET B.**, « Le concept kantien d'insociable sociabilité – Éléments pour une étude généalogique : Kant entre Hobbes et Rousseau », *Revue germanique internationale*, 1996, n°6, p. 62
- GERAUD-LLORCA E.**, « L'introduction des bonnes mœurs dans le Code civil », in *Les bonnes Mœurs, C.U.R.A.P.P.*, 1994, p. 61
- GERKENS J.F.**, « Donner et retenir ne vaut... Réflexions à propos des exceptions aux articles 931 et suivants du Code civil », in *Liber amicorum - Paul Delnoy*, éd. De Boeck & Larcier, Bruxelles, 2005
- GHESTIN J.**, « L'authenticité, l'erreur et le doute », in *Le droit privé à la fin du XXe siècle – Études offertes à Pierre Catala*, éd. Litec, 2001
- GHEVONTIAN R.**, « La notion de sincérité du scrutin », *Les cahiers du Conseil constitutionnel*, 2003, n°13, p. 61
- GILLES D.**, « Les lois civiles de Jean Domat, prémices à la Codification. Du Code Napoléon au Code civil du Bas Canada », *Revue juridique Thémis*, 2009, n° 1, [version électronique], <http://www.editionsthemis.com/uploaded/revue/article/tjtvol43num1/gilles.pdf>
- GILLI P.**, « Humanisme juridique et science du droit au XVe siècle, tensions compétitives au sein des élites lettrées et réorganisation du champ politique », *Revue de synthèse*, 2009, tome 130, n°4
- GLOVER G.**, *Metus in the roman law of obligation*, 2004, [version électronique], <http://eprints.ru.ac.za/988/1/Metus.pdf>
- GORDLEY J.**, « The moral foundations of private law », *The American journal of jurisprudence*, 2002, n° 47, p. 1
- GORDON M., LEVITT D.**, « Acting on a living will: physician's dilemma », *Canadian Medical Association Journal*, 1996, n° 155-7, p. 893
- GOUNELLE M.**, « Démocratiser le mandat représentatif », *Le débat*, 2006, n°141, p. 110
- GOYARD-FABRE S.**, « Responsabilité morale et responsabilité juridique chez Kant », *Arch. phil. droit*, 1977, tome 8, p. 113
- GRIDEL J.P.**, « L'individu juridiquement mort », *D.*, 2000, n° 43, p. 266
- GROFFIER E.**, « Xavier Martin, Retour sur un itinéraire, Du Code Napoléon au siècle des Lumières », in « Savoirs pénaux, savoirs diffus, La circulation d'une pensée pénale réformatrice de l'Europe des Lumières à la Restauration monarchique », *L'Irascible- Revue de l'institut Rhône-Alpin de sciences criminelles*, 2013, n°4
- GROS M., FROMENT J.C.**, « Composantes jurisprudentielles de la notion d'ordre public », *R.D.P.*, 1996, n° 2, p. 536
- GRZEGORCZYK C.**, « Le sujet de droit : trois hypostases », *Arch. phil. droit*, 1989, Tome 34, p. 22
- GUENZOUY Y.**, « La crainte révérencielle », *D.*, 2010, n° 16, p. 984
- GUILLEN S.**, « Dignité de la personne humaine et police administrative - Essai sur l'ambivalence du standard », in *Éthique, droit et dignité de la personne, Mélanges Christian Bolze*, éd. Economica, 1999, p. 75
- GUYADER J.**, « Quelques usages sociaux du droit canonique dans l'esprit du nouveau code de 1983 », in « Les usages sociaux du droit », *CURAPP*, 1989, p. 106
- HAEGEL F.**, « L'électeur », in « La nouvelle Ve République », *Pouvoirs*, 2001, n°99, p. 151
- HALPERIN J.L.**, « Le Fondement de l'obligation contractuelle chez les civilistes français du XIXème siècle », in KERVEGAN J.F. (dir), *Liberté sociale et lien contractuel dans l'histoire du droit et de la philosophie*, éd. Klostermann, Frankfurt, 1999
- HAMON F.**, « La nouvelle procédure de l'article 11 : un vrai faux référendum d'initiative populaire »,

LPA, 19 décembre 2008, n° 254, p. 16

HARANG P., « La corrida, l'anguillon et le nain », *AJDA.*, 2013, n° 38, p. 2196

HAUSER J., « La liberté d'expression nécrophage (CE.D.H. 1re sect., 14 juin 2007, Hachette Filipacchi associés c/ France, Gaz. Pal. 2007, n° 248-249, p. 2-5, note L. François ; JCP G 2007. II. 10164 note E. Derieux - Civ. 1re, 12 déc. 2006, Bull. civ. I, n° 551, p. 491 ; D. 2007. 541, note E. Dreyer Document InterRevue ; JCP G 2007. I. 182, obs. F. Sudre ; JCP G 2007. II. 10010, note B. de Lamy) », *RTD civ.*, 2007, n° 4, p. 732

HAUSER J., « La protection de l'image des morts (Civ. 1re, 22 oct. 2009, n° 08-10.557, publié au Bulletin) », *RTD civ.*, 2010, n° 1, p. 79

HAUSER J., « Procréation post-mortem : un nouveau droit à..., le droit à l'éternité ? (TGI Rennes, ord. réf., 15 oct. 2009, JCP 2009. 377 obs. J.-R. Binet ; C. Chabault-Marx, La frilosité du juge français face à l'insémination post mortem, D. 2009. 2758) », *RTD civ.*, 2010, n° 1, p. 93

HEBRAUD P., « Observations sur la notion de temps dans le droit civil », in *Études offertes à Pierre Kayser*, Tome 2, éd. PUAM, 1979

HENNETTE-VAUCHEZ S., « A Human dignitas ? The contemporary Principle of Human Dignity as a Mere reappraisal of an ancient legal concept », *European University Institute Working Paper Law*, 2008, n°18, [version électronique] <http://cadmus.eui.eu/handle/1814/9009>

HENNETTE-VAUCHEZ S., « Kant contre Jéhovah ? Refus de soins et dignité de la personne humaine », *D.*, 2004, n° 44, p. 3154

HENNETTE-VAUCHEZ S., « La burqa, la femme et l'État, réflexions inquiètes sur un débat actuel », *Raison publique*, 12 mai 2010, [version électronique] www.raison-publique.fr/article317.html

HENNETTE-VAUCHEZ S., « When ambivalent principles prevail. Leads for explaining western legal order's infatuation with the human dignity principle », *European University Institute Working Paper Law*, 2007, n°37, [version électronique] <http://cadmus.eui.eu/handle/1814/7664>

HERB K., « Contrat et histoire – La transformation du contrat social de Rousseau à Kant », *Revue germanique internationale*, 1996, n°6, p. 101

HERIN J.L., « Les exclus du droit de vote », in « Voter », *Pouvoirs*, 2007, n°120, p. 95

HERVIEU N., « La liberté d'expression des personnages politiques en droit européen : 'de la démocratie à Strasbourg' », *C.R.D.F.*, 2010, n° 8, p. 103

HERVIEU N., « Liberté de critique un chef d'État, fut-il monarque », *A.D.L. CREDOF*, 16 mars 2011, [version électronique] <http://revdh.org/2011/03/16/liberte-dexpression-art-10-cedh-liberte-de-critiquer-un-chef-detat-fut-il-monarque/>

HEURTIN J.P., « Obligation à aimer les lois. Paradoxe de l'augustinisme juridique chez Jean Domat », *Jus politicum*, n° 10, 2010, [version électronique] <http://www.juspoliticum.com>

ISMAÏL-BATTIKH N., « Julie Saada : Hobbes et le sujet de droit », *Actu Philosophia*, 2012 [version électronique] <http://www.actu-philosophia.com/spip.php?article369>

JACOB R., « Le juge et la fiction en Common Law et dans les cultures romano-canoniques », *Institut des Hautes Études sur la Justice*, 2012, [version électronique] http://www.ihj.org/wp-content/uploads/2013/03/Robert_Jacob_Juge_et_fiction_en_common_law.pdf

JAMIN C., « L'admission d'un principe de résolution unilatérale du contrat indépendant de la durée », *D.*, 2001, p. 1568

JAMIN C., « Plaidoyer pour le solidarisme contractuel », in *Le contrat au début du XXIème siècle, Études offertes à J. Ghestin*, éd. L.G.D.J, 2001

JAMIN C., « Révision et intangibilité du contrat, ou la double philosophie de l'article 1134 du Code

civil », *Dr. et patrimoine*, 1998, n° 58, p. 46

JEANMART G., « La dramatique de la volonté chez Augustin », *Revue Philosophique*, 2005, n°8, [version électronique] <http://philosophique.revues.org>

JOHANNE V., « La répression de la prostitution à la conquête de nouveaux espaces », *Archives de politique criminelle*, 2010, n° 32, p. 75

KEES A., « Liberté d'association (Art. 11 CEDH) : Une nouvelle tentative pour interdire le Parti national-démocrate allemand (NPD), prendre le risque juridique en faveur d'un bénéfice politique douteux ? », *A.D.L. CREDOF*, 25 février 2013, [version électronique] <http://revdh.org/2013/02/25/liberte-dassociation-tentative-interdire-parti-national-democrate-allemand/>

KOUSSENS D., « Derrière la burqa, les rapports entre droit et laïcité : la subversion de l'Etat de droit ? » in **KOUSSENS D.**, **ROY O.** (dir.), *Quand la burqa passe à l'Ouest – Enjeux éthiques, politiques et juridiques*, éd. Presses universitaires de Rennes, coll. Science des religions, 2014

LALLET A., « Résilier n'est pas jouer : l'action en reprise des relations contractuelles », *AJDA.*, 2011, n° 12, p. 670

LAMOUREUX S., « De la Présentation à la présélection des candidats à l'élection présidentielle : le filtrage comme fil d'Ariane », *R.F.D.C.*, n° 5, 2008, p. 157

LANTERO C., « Vers la reconnaissance du défaut d'information comme chef de préjudice autonome ? », *AJDA.*, 2010, n° 38, p. 2169

LARRALDE J.M., « L'article 8 de la Convention européenne des droits de l'Homme et la protection de l'identité sexuelle », *R.T.D.H.*, 2006, n°65, p. 35

LARRALDE J.M., « Vie privée et pratiques sadomasochistes », *D.*, 1998, n° 8, p. 97

LAURAND V., « Les Stoïciens – Collaborer avec le destin : un abandon de toute volonté ? », *Philopsis*, 2002, [version électronique] <http://www.philopsis.fr/spip.php?article12>

LE BARS B., « La résiliation unilatérale du contrat pour cause d'intérêt légitime », *D.*, 2002, n°4, p. 381

LE COADIC R., « L'autonomie, illusion ou projet de société ? », *Cahiers internationaux de sociologie*, 2006, n°121, p. 317

LEBRETON G., « Les ambiguïtés du droit français à l'égard de la dignité de la personne humaine », in *Droit constitutionnel – Mélanges Patrice Gélard*, éd. L.G.D.J., 1999, p. 53

LEBRETON G., « Ordre public, ordre moral et lancer de nain », *D.*, 1996, n° 13, p. 177

LEDUC C. et SCHMITT PANTEL P., « Prostitution et sexualité à Athènes à l'époque classique. Autour des ouvrages de James N. Davidson (*Courtesans and Fishcakes. The Consuming Passions of Classical Athens*, 1997) et d'Elke Hartmann (*Heirat, Hetärentum und Konkubinat im klassischen Athen*, 2002) », *CLIO – Histoire, femmes et sociétés*, 2003, n° 17, p. 137

LEGENDRE P., « Ce que nous appelons le droit », *Le Débat*, n°74, 1993, p. 98

LEGENDRE P., « Le malentendu », in « La psychanalyse », *Pouvoirs*, 1979, n°11, p. 5

LEROYER A.M., « Bioéthique - Caractéristiques génétiques - Don d'organes - Embryon - Cellules hématopoïétiques - IVG - AMP - Consentement – Anonymat : Loi n° 2011-814 du 7 juillet 2011 relative à la bioéthique (JO 8 juill. 2011, p. 11826) », *RTD civ.*, 2011, n° 3, p. 603

LEVELEUX-TEXEIRA C., « La construction canonique du serment aux XIIe-XIIIe siècles – De l'interdit à la norme », *Comptes-rendus des séances de l'Académie des Inscriptions et Belles-Lettres*, 2007, n° 151

LEVELEUX-TEXEIRA C., « Parole jurée et construction du lien social. Le droit savant médiéval et

l'émergence d'une institutionalité du serment (XIIe-XIIIe s.) », in BIGOT G. (dir.), *Etudes à la mémoire du Professeur François Burdeau*, 2008, p. 315

LEVINET M., « Dignité contre dignité - L'épilogue de l'affaire du 'lancer de nains' devant le Comité des droits de l'homme des Nations Unies », *R.T.D.H.*, 2003, n° 55, p. 1017

LEVINET M., « La légitimité de la répression par l'Etat des pratiques sadomasochistes », *R.T.D.H.*, 1997, n° 32, p. 738

LEVINET M., « La notion d'autonomie personnelle dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », *Droits*, 2009, n°49, p. 3

LEVINET M., TULKENS F., MARGUENAUD J.P., FABRE-MAGNAN M., « Controverse sur l'autonomie personnelle et la liberté du consentement », *Droits*, 2008, n°48, p. 3

LIBCHABER R., « Circoncision, pluralisme et droits de l'homme », *D.*, 2012, n° 31, p. 2044

LICHABER R. « Réflexions sur les engagements perpétuels et la durée des sociétés », *Rev. Sociétés*, 1995, n° 3, p. 437

LOISEAU G., « *Mortuorum corpus* : une loi pour le respect », *D.*, 2009, n° 4, p. 236

MADERO M., « Ce Droit si gênant : droits réels et jus in corpus », *Law in Context, Ius Scripta Storica, Académie royale de Belgique*, a paraître [version électronique], http://www.google.fr/url?sa=t&url=http://www.collegium-lyon.fr/~2Fmedias/~2Ffichier/~2Ftexte-leuven_1332849881612.doc&ei=cFOoU9CJI6vG7AbxhIDAaw&usq=AFQjCNGrXmtkfZclphSZl-fipFrH4I9iZA&bvm=bv.69411363,d.ZGU

MADERO M., « La nature du droit au corps dans le mariage selon la casuistique des XIIème et XIIIème siècles », *Annales - Histoire, Sciences Sociales*, 2010, n°6 p. 1323

MADERO M., « Mariage et droit sur le corps d'autrui. Origines », *Perspectives*, 2012, n°7, p. 6

MAFFESOLI S.M., « Le Sens de l'évidence », in JULIEN-LAFERRIERE F., GUINARD D., MAFFESOLI S.M. (dir.), *Quel sens pour le droit ?*, éd. L'Harmattan, 2008

MALIGNER B., « Le Juge du référé-liberté et les débats télévisés lors des campagnes électorales – Note sous Conseil d'État (ordonnance de référé), 24 février 2001, Tibéri », *R.F.D.A.*, 2001, n° 3, p. 629

MALIGNER B., « Le Principe d'équité entre les candidats devant les médias », *AJDA.*, 2007, n° 12, p. 640

MALIGNER B., « Une liste d'émargement ne peut pas être seulement signée d'une croix », *AJDA.*, 2006, n°10, p. 561

MALINVAUD P., « De l'Erreur sur la substance », *D.*, 1975, chron., p. 215

MARCHAIS-ROUBELAT A., « Ontologie de la décision individuelle et neurosciences : Enjeux méthodologiques et épistémologiques », *Management et Avenir*, 2011, n°43, p. 269

MARCOS J.P., « La Société générale du genre humain – Reprise et critique rousseauiste de la réponse de Diderot au 'raisonneur violent' dans l'article Droit naturel de l'Encyclopédie », *Les papiers du collège international de philosophie*, 1996, n° 28, [version électronique] http://www.ciph.org/fichiers_papiers/papiers28.pdf

MARGUENAUD J.P., « Sadomasochisme et autonomie personnelle (Cour E.D.H. 1ère section 17 févr. 2005 KA. et AD. c/ Belgique) », *RTD civ.*, 2005, n° 2, p. 341

MARGUENAUD J.P., « Sadomasochisme et droit au respect de la vie privée », *RTD civ.*, 1997, n° 4, p. 1013

MARIN C., « 'Acte et puissance', Ravaisson et Ricoeur, lecteurs d'Aristote », in BELAY R., MARIN

C. (dir.), *De la nature à l'esprit : Études sur la philosophie française du XIXe siècle*, éd. ENS, coll. Feuillet, 2001, p. 37

MARKUS J.P., « Le principe d'adaptabilité : de la mutabilité au devoir d'adaptation des services publics aux besoins des usagers », *R.F.D.A.*, 2001, n° 3, p. 589

MARREL G. et **PAYRE R.**, « Temporalités électorales et temporalités décisionnelles. Du rapport au temps des élus à une sociologie des leaderships spatio-temporels », *Pôle Sud*, 2006, n° 25, p. 71

MARTENS P., « La Dignité humaine : réflexion d'un juge sur la promotion par les juges d'une norme suspecte », in *Les droits de l'Homme au seuil du troisième millénaire – Mélanges en hommage à Pierre Lambert*, éd. Bruylant, 2000, p. 561

MARTIN I., « Reconnaissance, respect et sollicitude : vers une analyse intégrée des exigences de la dignité humaine », *Lex Electronica* (Québec), 2010, n° 2, [version électronique] http://www.lex-electronica.org/docs/articles_288.pdf

MARTIN X., « Aux Sources thermidoriennes du Code civil – Contribution à une histoire politique du droit privé », *Droits*, 1987, n°6, p. 107

MARTIN X., « De l'insensibilité des rédacteurs du Code civil à l'altruisme », *Revue d'histoire du droit civil français et étranger*, 1982, n° 4, p. 589

MARTIN X., « Fondements politiques du Code Napoléon », *RTD civ.*, 2003, n° 2, p. 247

MARTIN X., « L'individualisme libéral en France autour de 1800 : Essai de spectroscopie », *R.H.F.D.*, 1987, n° 4, p. 115

MARTIN X., « Nature humaine et Code Napoléon », *Droits*, 1985, n° 2, p. 117

MARY S., « La liberté d'expression des élèves », *A.J. Famille*, 2004, n° 3, p. 94

MASSIP J., « Procréation médicalement assistée et décès du donneur », *LPA*, 3 avril 1996, n° 41, p. 11

MATHIEU B., « La dignité de la personne : du bon (et du mauvais ?) usage en droit positif français d'un principe universel », in *SERIAUX A., Le Droit, la médecine et l'être humain. Propos hétérodoxes sur quelques enjeux vitaux du XXIe siècle*, éd. PUAM, 1996, p. 224

MATHIEU B., « La dignité de la personne humaine : quel droit ? Quel titulaire ? », *D.*, 1996, n° 33, p. 282

MATHIEU B., « Non-violation du droit à la vie de l'embryon et du droit au respect à la vie privée de la mère », *JCP-G*, 2007, n° 22, II 10097

MATHIEU B., « Pour une reconnaissance des principes matriciels en matière de protection constitutionnelle des droits de l'Homme », *D.*, 1995, n° 27, p. 211

MAUBERNARD C., « Le Droit fondamental à la dignité humaine en droit communautaire : la brevetabilité du vivant à l'épreuve de la jurisprudence de la Cour de justice des communautés européennes », *R.T.D.H.*, 2003, n°54, p. 483

MAZEAUD D., « Loyauté, solidarité, fraternité : la nouvelle devise contractuelle ? », in *L'avenir du droit, Mélanges en hommage à François Terré*, éd. Dalloz, P.U.F., et Jurisclasseur, 1999

MCCRUDDEN C., « Human Dignity and Judicial Interpretation of Human Rights », *The European Journal of International Law*, 2008, n° 4, p. 655

MCKITRICK E.L., « Portrait of an Enigma », *The New York Review of Books*, 1997, vol. 14, n°7

MEKKI M., « Dura sex, sed lex... ou le culte du sexe entre époux », 2011, [version électronique], <http://actu.dalloz-etudiant.fr/le-billet/article/dura-sex-sed-lex-ou-le-culte-du-sexe-entre-epoux/h/45eecd55824d473b936e75bb93148cd.html>

MELIN F., « Les directives anticipées : vers l'admission d'un testament biologique en droit français »,

Defrénois, 2004, n°22, p. 1523

MERCIER A.C., « Le référendum d'initiative populaire : un trait méconnu du génie de Condorcet », *R.F.D.C.*, 2003, n°55, p. 483

MESA A.-M., « Peine pécuniaire et indemnisation du droit romain au droit contemporain », in *Méditerranées. Revue de l'association Méditerranées*, éd. L'Harmattan, n°34-35, 2003

MESTRE J. et FAGES B., « La perpétuité est toujours prohibée (Civ. 1^{ère}, 19 mars 2002, n° 99-21.209, RJDA 2002, n° 589) », *RTD civ.*, 2002, n° 3, p. 510

MESTRE J., « Des conditions d'exercice de la résiliation unilatérale », *RTD civ.*, 1996, n° 4, p. 904

MINEAU C.L., « La signification morale du projet de sincérité de Rousseau », *Phares* (Québec), 2007, vol. 7, [version électronique] http://classiques.uqac.ca/contemporains/mineau_caroline_L/signification_morale_sincerite_rousseau/signification_texte.html

MOLFESSIS N., « La dignité de la personne humaine en droit civil », in PAVIA M.L., REVET T. (dir.), *La Dignité de la personne humaine*, éd. Economica, coll. Etudes juridiques, 1999, p. 107

MONDOT J. (dir.), « L'esclavage et la traite sous le regard des Lumières », *Lumières*, éd. Presses Universitaires De Bordeaux, 2004, n°3

MONTEILS-LANG L., « Perspectives antiques sur la philosophie du consentement », *Tracés*, 2008, n°14, [version électronique] <http://traces.revues.org/369>

MORET-BAILLY J., « Définir les conflits d'intérêts », *D.*, 2011, n° 16, p. 1100

MORIN P., « L'Interdiction opportune de l'implantation post-mortem de l'embryon », *Defrénois*, 2004, n° 5, p. 355

MOUTOUH H., « La Dignité de l'Homme en droit », *R.D.P.*, 1999, p. 159

N'DIAYE A.R., « Les preuves de Dieu chez Rousseau, Malebranche et le « militaire philosophe », in BOULAD-AYOUD J., *Rousseau anticipateur-retardataire*, éd. L'Harmattan, Les Presses de l'université de Laval, 2000

NIORT J.F., « Droit, économie et libéralisme dans l'esprit du Code Napoléon », *Arch. phil. droit*, 1992, Tome n° 37, p. 111

NIORT J.F., « Droit, politique et idéologie dans le Code civil français de 1804 », *R.I.E.J.*, 1992, n°29, p. 85

NIORT J.F., « Laissons à l'Homme les défauts qui tiennent à sa nature – Retour sur l'anthropologie des rédacteurs du Code civil des Français », *Droits et Cultures*, 2004, n°48, p. 77

NIORT J.F., « Les Portalis et l'esprit du XIX^{ème} siècle », *Droits*, 2005, n° 42, p. 93

NIORT J.F., « Portalis, le père du Code civil ? », *R.R.J.*, 2005, n° 1, p. 1

NOURISSAT C., « La Violence économique, vice du consentement : beaucoup de bruit pour rien ? », *D.*, 2000, n° 23, p. 369

NUGIER A., « Histoire et grands courants de recherche sur les émotions », *Revue électronique de Psychologie Sociale*, 2009, n°4, p. 8

NUSSBAUM M., « Whether from reason or prejudice: taking money for bodily services », *Journal of Legal Studies*, University of Chicago, 1998, vol. 27

OULLIER, « Délibérations au tribunal : Jugements, décisions, biais et influences », *Arch. phil. droit*, 2012, Tome 55, p. 269

PADOA SCHIOPPA A., « Réflexions sur le modèle du droit canonique médiéval », *N.R.H.*, 1999, n° 1, p. 21

- PAMART-RIBEREAU E.**, « De l'autorité paternelle au discours du maître », *Link – Le Champ lacanien*, après Bordeaux, [version électronique], <http://www.champlacanienfrance.net/IMG/pdf/eribereau.pdf>
- PAVIA M.L.**, « La dignité de la personne humaine » in CABRILLAC R., FRISON-ROCHE M.A., REVET T., *Libertés et droits fondamentaux*, éd. Dalloz, 2002, p. 129
- PECH T.**, « La dignité humaine - Du droit à l'éthique de la relation », in « Le Corps humain saisi par la justice », *D., Hors-série Justices*, 2001, n° 3, p. 90
- PELLUCHON C.**, « Levinas et l'éthique médicale », *Cahiers d'Études Levinassiennes*, 2010, n° 9, p. 239
- PENNEAU M.**, « Le défaut d'information en médecine », *D.*, 1999, n° 3, p. 46
- PERRINEAU P.**, « Les usages contemporains du vote », in « Voter », *Pouvoirs*, n°120, 2007, p. 29
- PHILIPS-NOOTENS S.**, « La Bioéthique, une menace pour les droits de l'homme ? Du discours à la réalité », in MARCUS-HELMONS S. (dir.), *Dignité humaine et hiérarchie des valeurs, les limites irréductibles*, éd. Bruylant, Louvain, 1999
- PICARD E.**, « L'Emergence des droits fondamentaux », in « Les droits fondamentaux, une nouvelle catégorie juridique ? », *AJDA.*, 1998, numéro spécial, p.29
- PICHON S., VUILLEUMIER P.**, « Impact des états affectifs sur la réactivité du système limbique : implications pour la régulation émotionnelle et le comportement social », *Arch. phil. droit*, 2012, Tome 55, p. 47
- PICOD Y.**, « L'exigence de bonne foi dans l'exécution du contrat » in MESTRE J. (dir.), *Le juge et l'exécution du contrat*, éd. PUAM, 1993
- PIERROUX E.**, « Le sperme en héritage : un cadeau empoisonné ? À propos de TGI Rennes, ord. Réf., 15 octobre 2009 », *Gaz. Pal.*, 21 novembre 2009, n° 325, p. 10
- PINON S.**, « Improbable loi organique, impossible initiative populaire », *AJDA.*, 2009, n° 36, p. 2002
- PLESSIX B.**, « La théorie des vices du consentement dans les contrats administratifs », *R.F.D.A.*, 2006, n° 1, p. 12
- PONTHOREAU M.C.**, « Les sondages font-ils l'élection ? À propos de la loi du 19 février 2002 », *AJDA.*, 2002, n° 20, p. 1267
- PORCHY S.**, « Lien causal, préjudices réparables et non-respect de la volonté du patient », *D.*, 1998, n° 40, p. 379
- POUTRAIN V.**, « Un corps sans limites : sadomasochisme et auto-appartenance », *Cités*, 2005, n°1, p. 31
- PRELOT (P.H.)**, « L'initiative parlementaire-citoyenne de l'article 11 de la Constitution – Analyse du projet de loi organique n°3072 portant application de l'article 11 de la Constitution déposé à l'Assemblée nationale le 22 décembre 2010 », *Constitutions*, 2011, n° 2, p. 175
- PROUST J.**, « Précis de la nature de la volonté, suivi de la Disputatio », *Philosophiques*, 2008, n° 1, p. 109
- PUTMAN E.**, « Le temps et le droit », *Dr. et patrimoine*, 2002, n° 78, p. 43
- QUIVIGIER P.Y.**, « Du droit au consentement – Sur quelques figures contemporaines du paternalisme, des sadomasochistes aux Témoins de Jéhovah », in *Raisons politiques*, 2012, n° 46, p. 79
- RAO N.**, « On the use and abuse of dignity in constitutional law », *Columbia Journal of European Law*, 2008, vol. 14, p. 201
- RAO N.**, « Three concepts of dignity in constitutional law », *Notre Dame Law review*, 2011, n°86, p. 183

- RENOUX-ZAGAME M.F.**, « Domat, le salut et le droit », *R.H.F.D.*, 1989, n° 8, p. 70
- RENET T.**, « L'obligation de motiver une décision contractuelle unilatérale, instrument de vérification de la prise en compte de l'intérêt de l'autre partie », *RDC.*, 2004, n° 2, p. 579
- RENET T.**, « Les apports au droit des relations de dépendance », in *La Détermination du prix : nouveaux enjeux un an après les arrêts de l'assemblée plénière*, éd. Dalloz – Sirey, coll. Thèmes et Commentaires, 1997
- RICHARD H.**, « Une psychanalyse postmoderne ? », *Filigranes*, 1997, n°2, p. 55
- RICHARD R.**, « Lacan le mômo », *Liberté*, 2008, Vol. 50, n°280, p. 48
- RICHER L.**, « Utilisation implicite et application de la notion de « dol incident » par le juge administratif », *AJDA.*, 2007, n° 36, p. 1978
- RICOEUR P.**, « Autonomie et vulnérabilité », in DILLEN S.A.M. (dir.), *La philosophie dans la cité : hommage à Hélène Ackermans*, Publications de la faculté de Saint-Louis, 1997, p. 121
- RIZZO F.**, « Regard sur la prohibition des engagements perpétuels », *Dr. et patrimoine*, 2000, n° 78, p. 60
- ROBLOT-TROIZIER A.**, « L'impact de la révision constitutionnelle sur les droits et libertés », *AJDA.*, 2008, n° 34, p. 1866
- ROMAN D.**, « 'A corps défendant', La protection de l'individu contre lui-même », *D.*, 2007, n°19, p. 1284
- ROMAN D.**, « Le Corps a-t-il des droits que le droit ne connaît pas ? La liberté sexuelle et ses juges : étude de droit français et comparé », *D.*, 2005, n°23, p. 1508
- ROMMEL G.**, « La nature du sujet en droit », in DRUET F.X., GANTY E. (dir.), *Rendre justice au droit. En lisant le Juste de Paul Ricoeur*, éd. Presses universitaires de Namur, 1999, p. 59
- ROUVIERE F.**, « L'Analyse économique des vices du consentement : Une nouvelle vision d'une théorie classique », *R.R.J.*, 2008, n° spécial 22, éd. PUAM, p. 2485
- SAADA-GENDRON J.**, « Consentement populaire et fondement du politique chez Thomas Hobbes », in BRONDINO L., VERMEREN P. (dir.), *Philosophie politique et état de la démocratie*, éd. L'Harmattan, 2007
- SAINT-JAMES V.**, « Réflexions sur la dignité de l'être humain en tant que concept juridique du droit français », *D.*, 1997, n° 10, p. 61
- SAN JULIAN PUIG V.**, « Les Directives anticipées en France et en Espagne », *R.D.S.S.*, 2007, n° 1, p. 86
- SARGOS P.**, « Deux arrêts « historiques » en matière de responsabilité médicale générale et de responsabilité particulière liée au manquement d'un médecin à son devoir d'information », *D.*, 2010, n° 24, p. 1522
- SAUTEREAU C.**, « Subjectivité et vulnérabilité chez Ricoeur et Levinas », *Études Ricoeuriennes*, 2013, n°2, p. 8
- SAVAUX E.**, « L'introduction de la révision ou de la résiliation pour imprévision – Rapport français », *RDC.*, 2010, n°3, p. 1057
- SCHWARZENBACH S.**, « Contractarians and feminists debate prostitution », *New York University Review of Law and Social Change*, 1990/1991, n° 18, p. 103
- STAHL J.H. ET CHAUVAUX D.**, « Légalité de l'interdiction des spectacles de lancer de nains », *AJDA.*, 1995, n° 12, p. 878
- STAPINSKY S.**, « L'Histoire de la protection des inaptes dans le monde, de l'Antiquité à nos jours »,

Encyclopédie de l'agora, [version électronique] <http://agora-2.org>

SUPIOT A., « La Fonction anthropologique du droit », in « Entre la loi et le contrat », *Esprit*, 2001, n° 2, p. 151

TABAKA B., « L'obligation de déclaration de patrimoine, condition essentielle de la transparence financière de la vie politique française », *R.A.J.F.*, 2001, [version électronique] <http://www.rajf.org/spip.php?article583>

TALLON D., « La Révision du contrat pour imprévision au regard des enseignements récents du droit comparé », in GHESTIN J. (dir.), *Droit et vie des affaires, Mélanges en l'honneur d'A. Sayag*, éd. Litec, 1997

TASSY S., « Approche neuroscientifique du raisonnement moral : vers un nouveau modèle cognitif distinguant le jugement et le choix de l'action », *Arch. phil. droit*, 2012, Tome 55, p. 3

THERON J.P., « Dignité et libertés. Propos sur une jurisprudence contestable », in *Pouvoirs et libertés, Etudes offertes à Jacques Mourgeon*, éd. Bruylant, 1999, p. 295

THEVENIN P., « L'institution, la casuistique et l'historien – Hommage à Yan Thomas », *Tracés*, 2009, n° 17, p. 157

THIBIERGE-GUELFUCCI C., « Libres propos sur la transformation du contrat », *RTD civ.*, 1997, n° 2, p. 357

THOMAS Y., « Fictio Legis – L'empire de la fiction romaine et ses limites médiévales », *Droits*, 1995, n°21, p. 89

THOMAS Y., « Le sujet de droit, la personne et la nature – Sur la critique contemporaine du sujet de droit », *Le débat*, 1998, n°100, p. 85

TINLAND F., « La notion de sujet de droit dans la philosophie politique de Th. Hobbes, J. Locke, et J.-J. Rousseau », *Arch. phil. droit*, 1989, Tome 34, p. 51

TRIGEAUD J.M., « La personne », *Arch. phil. droit*, 1989, Tome 34, p. 103

TSARAPATSANIS D., « Le sujet de droit dans la théorie pure du droit de Hans Kelsen : éclaircissements conceptuels », [version électronique] http://www.academia.edu/2190790/Le_sujet_de_droit_dans_la_theorie_pure_du_droit_de_Hans_Kelsen

VAN DER PLANCKE V. ET VAN LEUVEN N., « Privatisation du respect de la Convention européenne des droits de l'homme : faut-il reconnaître un effet horizontal généralisé ? », *CRIDHO Working Paper, Université Catholique de Louvain*, 2007, n° 3, [version électronique] <http://cridho.uclouvain.be/documents/WorkingPapers/CRIDHO.WP.2007-3.pdf>

VENCKIENÉ E., « The right to dignity : terminological aspects », *Jurisprudencija*, 2011, n°18, p. 91

VERPEAUX M., « Le referendum local et la Constitution », *Cahiers du Conseil Constitutionnel*, 2002, n° 12, [version électronique] <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/nouveaux-cahiers-du-conseil/cahier-n-12/le-referendum-local-et-la-constitution.52105.html>

VIALLA F., « Bref retour sur le consentement éclairé », *D.*, 2011, n° 4, p. 292

VIGNEAU D., « Les dispositions de la loi “bioéthique” du 7 juillet 2011 relatives à l'embryon et au fœtus humain », *D.*, 2011, n° 32, p.2224

VIVIEN G., « De l'erreur déterminante et substantielle », *RTD civ.*, 1992, n° 2, p. 305

VOGEL L. et J., « Vers un retour des contrats perpétuels ? Évolution récente du droit de la distribution », *Contrats concurrence consommation*, 1991, n° 1, p. 1

WACHSMANN P., « Participation, communication, pluralisme », *AJDA.*, Hors-série, 1998, p. 165

WACHSMANN P., « Un sujet de droit peut-il se révolter ? » *Arch. phil. droit*, 1989, Tome 34, p. 89

- WEBER Y.**, « La théorie des vices du consentement dans les contrats administratifs », in *Mélanges en hommage à Roland Drago*, éd. Economica, coll. L'unité du droit, 1999, p.315
- WEIL L.**, « La dignité de la personne humaine en droit administratif », in PAVIA M.L., REVET T. (dir.), *La dignité de la personne humaine*, éd. Economica, coll. Études juridiques, 1999, p. 85
- WILLMANN C.**, « Violence, contrat et religion », *D.*, 2000, n° 1, p. 76
- WOLFF E.**, « Compétences et moyens de l'homme capable à la lumière de l'incapacité », *Études Ricoeuriennes*, 2013, n° 2, p. 50
- YOUF D.**, « Seuils juridiques d'âge : du droit romain aux droits de l'enfant », *Sociétés et jeunesses en difficulté*, 2011, n° 11, [version électronique] <http://sejed.revues.org/7231>
- ZADIG J.J.**, « La loi et la liberté de conscience », *R.F.D.A.*, 2013, n° 5, p. 957

REPERTOIRES ET OUVRAGES PRATIQUES :

- BEHAR-TOUCHAIS M., LEGROS C.**, « Association », *Rép. civ. Dalloz*, 2012.
- BOYER L.**, « Contrats et conventions », *Rép. civ. Dalloz*, 1993
- CHABAS C.**, « Résolution – résiliation », *Rép. civ. Dalloz*, 2010
- CHAUVEL P.**, « Consentement », *Rép. civ. Dalloz*, 2007
- CHAUVEL P.**, « La Violence », *Rép. civ. Dalloz*, 2003
- CHAUVEL P.**, « Le Dol », *Rép. civ. Dalloz*, 2006
- DANTI-JUAN M.**, « Ordre de la loi », *Rép. pén. Dalloz*, 2010
- GHESTIN J., SERINET Y.M.**, « L'Erreur », *Rép. civ. Dalloz*, 2006
- MALABAT V.**, « Infractions sexuelles », *Rép. pén. Dalloz*, 2002
- MOURALIS J.L.**, « Imprévision », *Rép. civ. Dalloz*, Dalloz, 2003
- PY B.**, « Prostitution – proxénétisme – racolage », *Rép. pén. Dalloz*, 2006

RAPPORTS :

- ANTOINE S.**, *Rapport sur le régime juridique de l'animal*, éd. La Documentation française, 2005
- BONDITTI P., CAMUS C., GUITTET E.P.**, *Le Rôle des militaires dans la lutte contre le terrorisme*, Centre d'études en sciences sociales de la défense, 2008, [version électronique] <http://devulb.ac.be>
- CATALA P.**, *Rapport sur l'avant-projet de réforme du droit des obligations (Articles 1101 à 1386 du Code civil) et du droit de la prescription (Articles 2234 à 2281 du Code civil)*, éd. La Documentation française, 2005
- COMITE DE REFLEXION SUR LE PREAMBULE DE LA CONSTITUTION (VEIL S.)**, *Redécouvrir le préambule de la Constitution*, Rapport au Président de la République, éd. La documentation française, 2008
- CONSEIL D'ÉTAT**, *Étude relative aux possibilités juridiques d'interdiction du port du voile intégral*,

éd. La Documentation française, 2010

CONSEIL D'ETAT, *La révision des lois de bioéthique*, éd. La Documentation française, 2009

CONSEIL D'ETAT, *Les Lois de la bioéthique : cinq ans après*, éd. La Documentation française, 2000

CONSEIL D'ETAT, *Rapport public 2004 : jurisprudence et avis de 2003. Un siècle de laïcité*, éd. La Documentation française, 2004

CONSEIL D'ETAT, Étude demandée par le Défenseur des droits le 20 septembre 2013, version électronique,

http://www.defenseurdesdroits.fr/sites/default/files/upload/conseil_detat_etude_demandee_par_ddd.pdf

DELAMON A., *La situation des « Gens du voyage » et les mesures pour l'améliorer*, Rapport de mission au Premier Ministre, 3 juillet 1990, [version électronique]

http://fnasat.centredoc.fr/opac/doc_num.php?explnum_id=194

GRIDEL J.P., « L'acte éminemment personnel et la volonté propre du majeur en tutelle », in *Rapport annuel de la Cour de cassation*, 2000, [version électronique],

http://www.courdecassation.fr/publications_26/rapport_annuel_36/rapport_2000_98/deuxieme_partie_tudes_documents_100/tudes_theme_protection_personne_102/personnel_volonte_5853.html

INSTITUT POUR LA JUSTICE (TZITZIS S.), *Humanisme, dignité de la personne et droits des détenus*, 2009, [version électronique], <http://www.institutpourlajustice.org/wp-content/uploads/2012/10/Etude-dignite%CC%81-et-prison.pdf>

MALAURIE P., « La Cour de cassation au XXème siècle », in *Rapport annuel de la Cour de cassation*, 1999, [version électronique]

http://www.courdecassation.fr/publications_26/rapport_annuel_36/rapport_1999_91/xx_eme_5773.html

MINISTERE DE LA JUSTICE, *Projet de réforme du régime des obligations et des quasi-contrats*, [version électronique], http://www.textes.justice.gouv.fr/art_pix/avant_projet_regime_obligations.pdf

SECRETARIAT GENERAL DE LA DEFENSE NATIONALE, *La France face au terrorisme – Livre blanc du Gouvernement sur la sécurité intérieure face au terrorisme*, éd. La documentation française, 2006

United Kingdom Ministry of Justice, *Responding to human rights judgments – Report of the Joint Committee on Human Rights on the Government's response to human rights judgments, 2010-2011*, 2011, [version électronique]

https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/217350/responding-to-human-rights-judgments.pdf

COMMISSION DES AFFAIRES SOCIALES DU SENAT (MILON A.), *Rapport n° 388 sur le projet de loi, adopté par l'Assemblée Nationale, relatif à la bioéthique*, 30 mars 2011

COMMISSION DES LOIS CONSTITUTIONNELLES, DE LA LÉGISLATION ET DE L'ADMINISTRATION GÉNÉRALE DE LA RÉPUBLIQUE DE L'ASSEMBLEE NATIONALE (BLESSIG E.), *Rapport n°3557 sur le projet de loi (n° 3462) portant réforme de la protection juridique des majeurs*, 10 janvier 2007

COMMISSION DES LOIS CONSTITUTIONNELLES, DE LA LÉGISLATION ET DE L'ADMINISTRATION GÉNÉRALE DE LA RÉPUBLIQUE DE L'ASSEMBLEE NATIONALE (QUENTIN D.), *Rapport d'information n° 3212 sur le bilan et l'adaptation de la législation relative à l'accueil et l'habitat des gens du voyage*, 9 mars 2011

COMMISSION DES LOIS DU SENAT (DE RICHEMENT H.), *Rapport n° 212 relatif au projet de loi portant réforme de la protection juridique des majeurs*, 7 février 2007

COMMISSION SPECIALE DE L'ASSEMBLEE NATIONALE CHARGEE D'EXAMINER LA PROPOSITION DE LOI RENFORÇANT LA PROTECTION DES VICTIMES ET LA

PREVENTION ET LA REPRESSON DES VIOLENCES FAITES AUX FEMMES, (GEOFFROY G.), Rapport n°2293, 10 février 2012

COMMISSION SPÉCIALE DE L'ASSEMBLEE NATIONALE CHARGÉE D'EXAMINER LE PROJET DE LOI RELATIF A LA BIOETHIQUE (LEONETTI J.), rapport n° 3111, 26 janvier 2011

MISSION D'INFORMATION SUR LA FAMILLE ET LES DROITS DES ENFANTS DE L'ASSEMBLEE NATIONALE (BLOCHE P., PECRESSE V.), *Rapport n° 2832*, 25 janvier 2006

MEMOIRES :

DUBURQUE B., *L'effort*, Mémoire de maîtrise en philosophie, Université Paris IV, 1990

HUYGENS A., *La Violence économique*, Mémoire de D.E.A Droit des contrats, Université Lille II, 2001

METANGMO V., *L'Autodétermination interne des peuples : une règle internationale constitutive de l'État ?*, Mémoire de master 2 recherche Droit international, Université Lille II, 2004

MOUBSIT H., *La Volonté et le contrat dans la pensée de Raymond Saleilles*, Mémoire de Master 2 Droit des contrats, Université Lille II, 2005

NIORT J.F., *Homo civilis – Recherches sur l'esprit du Code civil français*, Mémoire de DEA Doctrines et Philosophie politique, Université Paris I, 1991

RIPOSSEAU G.H., *Pénalisation et dépenalisation (1970-2005)*, Mémoire de master 2 Droit pénal et sciences criminelles, Université de Poitiers, 2004

SALECROIX A., *Prostitution, proxénétisme et droit pénal*, Mémoire de master 2 Droit pénal et sciences pénales, Université Paris II, 2010

COLLOQUES :

BENESSIANO W, NATALE V., « Dignité et élections dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », in PONTIER J.M. (dir.), *La dignité*, Actes du colloque d'Aix-en-Provence, mai 2003, éd. PUAM, 2003, p. 71

BUGNON C., « L'encadrement de la prostitution par le droit, reflet d'un ordre juridique insaisissable », in DELMAS G., MAFFESOLI S.M., ROBBE S. (dir.), *Le traitement juridique du sexe*, Acte de la journée d'étude de l'Institut d'études de droit public, 6 novembre 2009, éd. L'Harmattan, 2010

CHINO H., « Deux perspectives historiques de l'organisation des tutelles : du droit romain à la common law », in *Les Mesures de protection des majeurs : entre contrainte et liberté, vers une réforme programmée*, Centre Hospitalier Paul Guiraud, Villejuif, 27 novembre 2003, [version électronique] <http://www.erie.asso.fr/erie/%20Mesures%20de%20Protection.htm>

DUPOIRIER E. et FROGNIER A.P., « Les temporalités de la décision électorale : approche comparée de la France et de la Belgique », in *Comment concevoir et saisir les temporalités du vote ? Pour une approche longitudinale de la décision électorale*, 9ème Congrès de l'Association française de science politique, Toulouse, 5-7 septembre 2007, [version électronique] <http://www.afspmsh-paris.fr/congres2007/>

DUPRÉ C., *Unlocking Human dignity : towards a theory for the 21st Century*, World congress of the International association of Constitutional law, Athens, 2007, [version électronique] www.sweetandmaxwell.co.uk

GABORIAU S., PAULIAT H. (dir.), *Justice, éthique et dignité*, Actes du colloque de Limoges, 19-20 novembre 2004, éd. Presses Universitaires de Limoges, 2006

LEVELEUX-TEXEIRA C., « Serment et constitution dans la doctrine canonique médiévale », in GANZIN M. (dir.), *La constitution dans la pensée politique*, Actes du XIVème colloque de l'A.F.H.I.P., Bastia, 7-8 septembre 2000, éd. PUAM, 2000

LEVI-STRAUSS C., *Jean-Jacques Rousseau, fondateur des sciences de l'homme*, 250e anniversaire de la naissance de Rousseau, Université ouvrière et faculté des Lettres de l'université de Genève, 1962, [version électronique] <http://www.espace-rousseau.ch/f/textes/levi-strauss1962.pdf>

MARGUENAUD J.P., « Sadisme, masochisme et autonomie personnelle », in DUBOIS O., MARGUENAUD J.P. (dir.), *Sexe, sexualité et droit européens : enjeux politiques et scientifiques des libertés individuelles*, Actes du colloque de Limoges, 1^{er}2 avril 2004, éd. Pédone, coll. Droits européens, 2007

MARTIN X., « Politique et droit privé après Thermidor », in VOVELLE M. (dir.), *La Révolution et l'ordre juridique privé : rationalité ou scandale ?*, Actes du colloque d'Orléans, 11-13 septembre 1986, éd. P.U.F., 1988

MENES M., « L'illusion du consentement éclairé », in *Psychanalyse et institutions : Quel protocole pour l'inconscient ?*, Ecole de psychanalyse du champ lacanien, Après-midi du pôle Paris IDF Champagne nord, septembre 2008, [version électronique], <http://www.champlacanienfrance.net/IMG/pdf/menes.pdf>

MI GOOLAM N., *Human Dignity – Our supreme constitutional value*, International Conference on Development in the Contemporary Constitutionnal State, Potchefstroom University, 2-3 November 2000, [version électronique] <http://www.ajol.info/index.php/pelj/article/viewFile/43490/27025>

NAAB M., « Pénalisation du BDSM : des pratiques sexuelles condamnées par les juridictions nationales et européennes », in DELMAS G., MAFFESOLI S.M., ROBBE S. (dir.), *Le traitement juridique du sexe*, Acte de la journée d'étude de l'Institut d'études de droit public, 6 novembre 2009, éd. L'Harmattan, 2010, p. 83

NIORT J.F., *L'image de la Révolution française et du régime napoléonien dans l'interprétation du Code civil (et vice-versa) au XIXe siècle*, in *L'histoire institutionnelle et juridique dans la pensée politique*, Actes du XVIIe colloque de l'Association française des historiens des idées politiques, Aix-en-Provence, 12-13 mai 2005, éd. PUAM, 2006

NIORT J.F., *Personne et discrimination : approche historique et critique*, in MERCAT-BRUNS M. (dir.), *Personne et discrimination. Perspectives historiques et comparées*, Actes du colloque du 14 décembre 2005, CNAM, Paris, éd. Dalloz, Coll. Thèmes et commentaires, 2006

NIORT J.F., *Sujet, Citoyen et politique dans l'esprit du Code Napoléon*, in *Sujet et citoyen*, Actes du XVIe colloque de l'Association française des historiens des idées politiques, Lyon, 11-12 sept. 2003, éd. PUAM, 2004

PAVIA M.L., « La Portée de la constitutionnalisation du principe de dignité de la personne humaine », in MATHIEU B., VERPEAUX M. (dir.), *La constitutionnalisation des branches du droit*, Congrès de Dijon, 14-16 juin 1996, éd. Economica, 1998, p. 133

PONTIER J.M. (dir.), *La Dignité*, Actes du colloque d'Aix-en-Provence, mai 2003, éd. PUAM, 2003

PRELORENTZOS Y., *L'Influence de Rousseau sur la pensée Kantienne de l'Histoire*, in THEIS R., SOSOE L. K. (dir.), *Les Sources de la philosophie kantienne au XVIIe et XVIIIe siècles*, Actes du 6e congrès international de la société d'études kantienne de langue française, Luxembourg, 25-28

septembre 2003, éd. J. Vrin, Paris, 2005

THOLOZAN O., « Le Consentement dans la théorie des sentiments moraux d'Adam Smith », in *L'idée contractuelle dans l'histoire de la pensée politique*, Actes du colloque International de l'A.F.H.I.P, septembre 2007, éd. PUAM, 2008

DIVERS :

GAFFIOT E., *Dictionnaire latin français*, éd. Hachette, 1934, [version électronique], <http://www.lexilogos.com/latin/gaffiot.php>

LASSARD Y., *Cours d'histoire du droit des obligations*, [version électronique], <http://blogs.upmf-grenoble.fr/yveslassard/introduction>

LAVENUE J.J., *Cours de droit international public*, [version électronique], http://droit.univ-lille2.fr/fileadmin/user_upload/enseignants/lavenue/DIP/dip_1_6.pdf

LEBAIGUE C., *Dictionnaire latin-français*, éd. Librairie classique d'Eugène Belin, 1881, [version électronique] <http://www.prima-elementa.fr/Dico.htm>

LITRE E., *Dictionnaire de la langue française*, [version électronique] www.littre.org

Merriam-Webster's Collegiate Dictionary, 11^e éd., [version électronique]

MILLER J.A., Inconscient \neq psychanalyse, [version électronique], <http://www.causefreudienne.net/index.php/etudier/le-cours-de-jacques-alain-miller/inconscient-different-psychanalyse>

Trésor de la langue française, [version électronique] <http://atilf.atilf.fr/>

TEXTES JURIDIQUES ROMAINS ET DU MOYEN-ÂGE :

Décret de Gratien (Decretum Gratiani)

Digeste, disponible sous forme électronique à l'adresse suivante : http://www.histoiredudroit.fr/corpus_iuris_civilis.html

Institutes, disponible sous forme électronique à l'adresse suivante : http://www.histoiredudroit.fr/corpus_iuris_civilis.html

Lois des Bourguignons, vulgairement nommées loi gombette, traduction J.-F.-A. Payré, Librairie ancienne d'Auguste Brun, Lyon, 1855, [version électronique], www.gallica.bnf.fr

TEXTES RELIGIEUX :

La Bible, éd Pocket, 1998

TEXTES JURIDIQUES INTERNATIONAUX ET EUROPEENS :

Constitution américaine du 17 septembre 1787, trad. LASSALE J.P., [version électronique], <http://www.ladocumentationfrancaise.fr>

Constitution belge du 7 février 1831, coordonnée le 17 février 1994, [version électronique], http://www.senate.be/doc/const_fr.html

Constitution italienne du 27 décembre 1947, [version électronique], https://www.senato.it/documenti/repository/istituzione/costituzione_francese.pdf

Loi fondamentale pour la République fédérale d'Allemagne du 23 mai 1949, [version électronique], <http://www.bundestag.de>

Constitution de l'Etat de Californie, [version électronique] <http://www.leginfo.ca.gov/const-toc.html>

California Natural Death Act, in California Health and Safety Code, 1976

Convention des Nations-Unies relative aux droits des personnes handicapées et protocole facultatif, 13 décembre 2006, signés par la France les 30 mars 2007 et 23 septembre 2008

Déclaration universelle des droits de l'Homme, 10 décembre 1948, [version électronique] <http://www.un.org/fr/documents/udhr/>

Pacte international relatif aux droits civils et politiques (PIDCP), Assemblée générale des Nations unies, résolution 2200 A (XXI), 16 décembre 1966, et protocoles des 16 décembre 1966 et 15 décembre 1989

Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, 7 décembre 2000

Conseil de l'Europe, 1er octobre 2013, résolution 1952 relative au droit des enfants à l'intégrité physique

Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme, 4 novembre 1950, [version électronique] http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_FRA.pdf

Convention pour la protection des Droits de l'Homme et de la dignité de l'être humain à l'égard des applications de la biologie et de la médecine : Convention sur les droits de l'Homme et de la biomédecine, signée le 4 avril 1997 et entrée en vigueur le 1^{er} décembre 1999

Convention européenne sur la protection des animaux vertébrés utilisés à des fins expérimentales ou à d'autres fins, adoptée à Strasbourg le 18 mars 1986 et signée par la France le 2 septembre 1987, publiée par décret n°2001-486 du 6 juin 2001, JORF 8 juin 2001, p. 9094

Directive n° 2001/20/CE du 4 avril 2001 concernant le rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres relatives à l'application de bonnes pratiques cliniques dans la conduite d'essais cliniques de médicaments à usage humain, JOCE 1er mai 2001, p. 34

Directive 2005/28/CE du 8 avril 2005, fixant des principes et des lignes directrices détaillées relatifs à l'application de bonnes pratiques cliniques en ce qui concerne les médicaments expérimentaux à usage humain, ainsi que les exigences pour l'octroi de l'autorisation de fabriquer ou d'importer ces médicaments, JOUE 9 avril 2005, p. 91

CODES ET TEXTES JURIDIQUES FRANCAIS :

Constitution de la Ve République française, 4 octobre 1958, JORF 5 octobre 1958, p. 9151

Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen, 26 août 1789, [version électronique], <http://www.legifrance.gouv.fr>

Code civil

Code de la santé publique

Code de l'action sociale et des familles

Code du sport

Code électoral

Code général des collectivités territoriales

Code Pénal

Code rural

Loi constitutionnelle n° 99-569 du 8 juillet 1999 relative à l'égalité entre les femmes et les hommes, JORF 9 juillet 1999, p. 10175

Loi constitutionnelle n°2008-724 du 23 juillet 2008 de modernisation des institutions de la Vème république, JORF 24 juillet 2008, p. 11890

Loi organique n°76-528 du 18 juin 1976 modifiant la loi n° 62-1292 du 6 novembre 1962 relative à l'élection du Président de la République au suffrage universel, JORF 19 juin 1976, p. 3676

Loi organique n° 2003-696 du 30 juillet 2003 portant réforme de la durée du mandat et de l'âge d'éligibilité des sénateurs ainsi que de la composition du Sénat, JORF 31 juillet 2003, p. 13016

Loi organique n°2011-410 du 14 avril 2011 relative à l'élection des députés et sénateurs, JORF 19 avril 2011 p. 6826

Loi organique n° 2013-906 du 11 octobre 2013 relative à la transparence de la vie publique, JORF 12 octobre 2013, p. 16824

Loi organique n° 2013-1114 du 6 décembre 2013 portant application de l'article 11 de la Constitution, JORF 7 décembre 2013, p.19937

Loi du 28 avril 1832 relative aux modifications apportées au Code pénal et au Code d'instruction criminelle, JORF 20 août 1944 p. 121

Loi du 13 mai 1863 portant modification de plusieurs articles du code pénal, JORF 20 août 1944 p. 418

Loi du 1^{er} juillet 1901 relative au contrat d'association, JORF 2 juillet 1901, p. 4025

Loi du 6 août 1942 modifiant l'art. 334 du Code pénal concernant les peines encourues par l'auteur

d'incitation à la débauche, de corruption d'un mineur de moins de 21 ans, JORF 27 août 1942, p. 2922

Loi n° 51-18 du 5 janvier 1951 portant amnistie, instituant un régime de libération anticipée, limitant les effets de la dégradation nationale et réprimant les activités antinationales, JORF 6 janvier 1951 p. 260

Loi n° 62-1292 du 6 novembre 1962 relative à l'élection du Président de la République au suffrage universel, JORF 7 novembre 1962 p. 10762

Loi n° 67-1253 du 30 décembre 1967 d'orientation foncière, JORF 3 janvier 1968, p. 3

Loi n° 69-3 du 3 janvier 1969 relative à l'exercice des activités ambulantes et au régime applicable aux personnes circulant en France sans domicile ni résidence fixe, JORF 5 janvier 1969, p. 195

Loi n° 72-546 du 1 juillet 1972 relative à la lutte contre le racisme, JORF 2 juillet 1972, p. 6803

Loi n° 74-631 du 5 juillet 1974 fixant à dix-huit ans l'âge de la majorité, JORF 7 juillet 1974, p. 7099

Loi n° 75-617 du 11 juillet 1975 portant réforme du divorce, JORF 12 juillet 1975 p. 7171

Loi n° 77-808 du 19 juillet 1977 relative à la publication et à la diffusion de certains sondages d'opinion, JORF 20 juillet 1977 p. 3837

Loi n°82-683 du 4 août 1982 abrogeant le deuxième alinéa de l'article 331 du code pénal, JORF 5 août 1982, p. 2502

Loi n° 86-1020 du 9 septembre 1986 relative à la lutte contre le terrorisme et aux atteintes à la sûreté de l'Etat, JORF 10 septembre 1986, p. 10956

Loi n° 88-227 du 11 mars 1988 relative à la transparence financière de la vie politique, JORF 12 mars 1988, p. 3290

Loi n° 88-1138 du 20 décembre 1988 relative à la protection des personnes qui se prêtent à des recherches biomédicales, JORF 22 décembre 1988 p. 16032

Loi n° 90-615 du 13 juillet 1990 tendant à réprimer tout acte raciste, antisémite ou xénophobe, JORF 14 juillet 1990, p. 8333

Loi n° 94-653 du 29 juillet 1994 relative au respect du corps humain, JORF 30 juillet 1994, p. 11056

Loi n° 94-654 du 29 juillet 1994 relative au don et à l'utilisation des éléments et produits du corps humain, à l'assistance médicale à la procréation et au diagnostic prénatal, JORF 30 juillet 1994, p. 11060

Loi n° 95-65 du 19 janvier 1995 relative au financement de la vie politique, JORF 21 janvier 1995, p. 1105

Loi n° 95-126 du 8 février 1995 relative à la déclaration du patrimoine des membres du Gouvernement et des titulaires de certaines fonctions, JORF 9 février 1995, p. 2184

Loi n° 96-5 du 4 janvier 1996 modifiant la loi n° 88-227 du 11 mars 1988 relative à la commission pour la transparence financière de la vie politique, JORF 5 janvier 1996 p. 160

Loi n° 98-657 du 29 juillet 1998 d'orientation relative à la lutte contre les exclusions, JORF 31 juillet 1998, p. 11679

Loi n° 2000-493 du 6 juin 2000 tendant à favoriser l'égal accès des femmes et des hommes aux mandats électoraux et fonctions électives, JORF 7 juin 2000, p. 8560

Loi n° 2000-641 du 10 juillet 2000 relative à l'élection des sénateurs, JORF 11 juillet 2000, p. 10472

Loi n° 2001-434 du 21 mai 2001 tendant à la reconnaissance de la traite et de l'esclavage en tant que crime contre l'humanité, JORF 23 mai 2001, p. 8175

Loi n° 2001-504 du 12 juin 2001 tendant à renforcer la prévention et la répression des mouvements

sectaires portant atteinte aux droits de l'homme et aux libertés fondamentales, JORF 13 juin 2001, p. 9337

Loi n°2001-588 du 4 juillet 2001 relative à l'interruption volontaire de grossesse et à la contraception, JORF 7 juillet 2001, p. 10823

Loi n° 2002-214 du 19 février 2002 modifiant la loi n° 77-808 du 19 juillet 1977 relative à la publication et à la diffusion de certains sondages d'opinion, JORF 20 février 2002, p. 3257

Loi n° 2003-327 du 11 avril 2003 relative à l'élection des conseillers régionaux et des représentants au Parlement européen ainsi qu'à l'aide publique aux partis politiques, JORF 12 avril 2003, p. 6488

Loi n° 2004-800 du 6 août 2004 relative à la bioéthique, JORF 7 août 2004, p. 14040

Loi n°2004-806 du 9 août 2004 relative à la politique de santé publique, JORF 11 août 2004, p. 14277

Loi n° 2005-158 du 23 février 2005 portant reconnaissance de la Nation et contribution nationale en faveur des Français rapatriés, JORF 24 février 2005, p. 3128

Loi n°2005-370 du 22 avril 2005 relative aux droits des malades et à la fin de vie, JORF 23 avril 2005, p. 7089

Loi n°2006-399 du 4 avril 2006 renforçant la prévention et la répression des violences au sein du couple ou commises contre les mineurs, JORF 5 avril 2006, p. 5097

Loi n° 2006-784 du 5 juillet 2006 relative à la prévention des violences lors des manifestations sportives, JORF 6 juillet 2006, p. 10113

Loi n° 2007-128 du 31 janvier 2007 tendant à promouvoir l'égal accès des femmes et des hommes aux mandats électoraux et fonctions électives, JORF 1 février 2007 p. 1941

Loi n° 2007-290 du 5 mars 2007 instituant le droit au logement opposable et portant diverses mesures en faveur de la cohésion sociale, JORF 6 mars 2007, p. 4190

Loi n°2007-308 du 5 mars 2007 portant réforme de la protection juridique des majeurs, JORF 7 mars 2007 p. 4325

Loi n°2008-1350 du 19 décembre 2008 relative à la législation funéraire, JORF 20 décembre 2008, p. 19538

Loi n° 2010-165 du 23 février 2010 ratifiant l'ordonnance n° 2009-935 du 29 juillet 2009 portant répartition des sièges et délimitation des circonscriptions pour l'élection des députés, JORF 24 février 2010, p. 3385

Loi n°2010-769 du 9 juillet 2010 relative aux violences faites spécifiquement aux femmes, aux violences au sein des couples et aux incidences de ces dernières sur les enfants, JORF 10 juillet 2010 p. 12762

Loi n° 2011-814 du 7 juillet 2011 relative à la bioéthique, JORF 8 juillet 2011, p. 11826

Loi n° 2013-403 du 17 mai 2013 relative à l'élection des conseillers départementaux, des conseillers municipaux et des conseillers communautaires, et modifiant le calendrier électoral, JORF 18 mai 2013 p. 8242

Loi n°2013-711 du 5 août 2013 portant diverses dispositions d'adaptation dans le domaine de la justice en application du droit de l'Union européenne et des engagements internationaux de la France, JORF 6 août 2013 p. 13338

Loi n° 2013-907 du 11 octobre 2013 relative à la transparence de la vie publique, JORF 12 octobre 2013 p. 16829

Loi n°2014-172 du 21 février 2014 visant à reconnaître le vote blanc aux élections, JORF 22 février 2014, p. 3138

Ordonnance n°45-1456 du 2 juillet 1945 relative à l'article 331 du Code pénal, JORF 3 juillet 1945 p. 4010

Ordonnance 2000-350 du 19 avril 2000 portant actualisation et adaptation du droit électoral applicable outre-mer, JORF 22 avril 2000 p. 6147

Décret n°95-1000 du 6 septembre 1995 portant code de déontologie médicale, JORF 8 septembre 1995, p. 13305

Décret n°2006-477 du 26 avril 2006 modifiant le chapitre Ier du titre II du livre Ier de la première partie du code de la santé publique relatif aux recherches biomédicales (dispositions réglementaires), JORF 27 avril 2006, p. 6332

Décret n° 2010-107 du 29 janvier 2010 relatif aux conditions de mise en œuvre des décisions de limitation ou d'arrêt de traitement, JORF 30 janvier 2010, p. 1869

Décret n° 2010-1072 du 10 septembre 2010 instituant une commission de réflexion pour la prévention des conflits d'intérêts dans la vie publique, JORF 11 septembre 2010, p. 16505

Décret n°2012-855 du 5 juillet 2012 portant publication de la convention pour la protection des droits de l'homme et de la dignité de l'être humain à l'égard des applications de la biologie et de la médecine, JORF 7 juillet 2012, p. 11138

Décret du 25 juillet 2013 portant dissolution d'une association, JORF 27 juillet 2013 p. 12617

Arrêté du 19 décembre 2007 pris en application des articles R.5 et R. 60 du code électoral, JORF 23 décembre 2007

Circulaire ministérielle n° 95-22 du 6 mai 1995 relative aux droits des patients hospitalisés

Circulaire DHOS/E1/DGS/SD1B/SD1C/SD4A n° 2006-90 du 2 mars 2006 relative aux droits des personnes hospitalisées et comportant une charte de la personne hospitalisée

PROJETS ET PROPOSITIONS DE LOIS :

Proposition de loi n° 61 sur les sondages visant à mieux garantir la sincérité du débat politique et électoral, déposée par Hugues Portelli au Sénat le 25 octobre 2010

Proposition de loi n° 3169 relative aux droits civiques des handicapés mentaux, déposée par Germinal PEIRO, enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 15 février 2011

Proposition de loi n° 1437 renforçant la lutte contre le système prostitutionnel, déposée par Bruno Le Roux et autres, enregistrée à la Présidence de l'Assemblée nationale le 10 octobre 2013

JURISPRUDENCE CONSTITUTIONNELLE :

Cons. const., déc. n° 71-44 DC, 16 juillet 1971, Loi complétant les dispositions des articles 5 et 7 de la loi du 1er juillet 1901 relative au contrat d'association : Rec. Cons. const. p. 29

Cons. const., déc. n° 74-26 PDR, 21 avril 1974, portant sur une réclamation présentée par M. ROUSTAN contre l'établissement de la liste des candidats à la Présidence de la République, Rec. Cons. const. p. 46

Cons. const., déc. n° 82-146 DC, 18 novembre 1982, Loi modifiant le Code électoral et le code des communes et relative à l'élection des conseillers municipaux et aux conditions d'inscription des Français établis hors de France sur les listes électorales : Rec. Cons. const. p. 66

Cons. const., déc. n° 84-185 DC, 18 janvier 1985, Loi modifiant et complétant la loi n° 83-663 du 22 juillet 1983 et portant dispositions diverses relatives aux rapports entre l'Etat et les collectivités territoriales : Rec. Cons. const. p. 36

Cons. const., déc. n° 92-312 DC, 2 septembre 1992, Traité sur l'Union européenne : Rec. Cons. const. p. 76

Cons. const., déc. n°94-343/344 du 27 juillet 1994, Loi relative au respect du corps humain et loi relative au don et à l'utilisation des éléments et produits du corps humain, à l'assistance médicale à la procréation et au diagnostic prénatal

Cons. const., déc. n° 99-410 DC, 15 mars 1999, Loi organique relative à la Nouvelle-Calédonie : Rec. Cons. const. p. 51

Cons. Const., déc. n° 99-419 DC, 9 novembre 1999, Loi relative au pacte civil de solidarité : Rec. Cons. const. p. 116

Cons. const., déc. n° 2000-21 REF, 25 juillet 2000, sur une requête présentée par M. Stéphane HAUCHEMAILLE : Rec. Cons. const. p. 117

Cons. const., déc. n° 2005-31 REF, 24 mars 2005, sur des requêtes présentées par Monsieur Stéphane HAUCHEMAILLE et par Monsieur Alain MEYET : Rec. Cons. const. p. 56

Cons. const., déc. n° 2007-552 DC, 1er mars 2007, Loi portant réforme de la protection juridique des majeurs, Rec. cons. const. p. 90

Cons. const., déc. n° 2010-602 DC, 18 février 2010, Loi ratifiant l'ordonnance n° 2009-935 du 29 juillet 2009 portant répartition des sièges et délimitation des circonscriptions pour l'élection des députés : Rec. Cons. const. p. 64

Cons. const., déc. n° 2010-6/7 QPC, 11 juin 2010, M. Stéphane A et a. : Rec. Cons. const. p. 111

Cons. const., déc. n° 2010-613 DC, 7 octobre 2010, Loi interdisant la dissimulation du visage dans l'espace public, Rec. cons. const. p. 276

Cons. const., déc. n° 2011-169 QPC, 30 septembre 2011, Consorts M. et autres, Rec. Cons. const. p. 478

Cons. const., déc. n°2012-647 DC du 28 février 2012

Cons. constit., déc. n°2012-279 QPC du 5 octobre 2012, M. Jean-Claude P.

Cons. const., déc. n° 2013-353 QPC, 18 octobre 2013, M. Franck M. et a.

JURISPRUDENCE INTERNATIONALE ET EUROPEENNE :

U.S Supreme Court, May 16 1927, Whitney v. People of State of California, 274 U.S. 357, concurring opinion of M. Brandeis

Comité des droits de l'Homme des Nations unies, 15 août 1979, Luis Maria Bazzano Ambrosino c/ Uruguay, Communication n°5/1977

Comité des droits de l'Homme des Nations unies, 26 juillet 2002, Wackenheim c/ La France, Communication n° 854/1999

C.J.C.E., 20 novembre 2001, Jany c/ Pays-Bas, n° C-268/99

C.J.C.E., 14 octobre 2004, Omega Spielhallen-und Automatenaufstellungs-GmbH, n° C-36/02

Commission E.D.H., 22 avril 1965, X c/ Autriche, n° 1718/62

Commission E.D.H., 22 mars 1972, X c/ Autriche, n° 4982/71

Commission E.D.H., 21 mai 1976, X c/ Italie, n° 6741/74

Commission E.D.H., 11 septembre 1995, Jan Timke c/ Allemagne, n° 27311/95

Cour E.D.H., Plénière, 7 décembre 1976, Handyside c/ Royaume-Uni, n° 5493/72

Cour E.D.H., Plénière, 22 octobre 1981, Dudgeon c/ Royaume Uni, n° 7525/76

Cour E.D.H., Chambre, 26 mars 1985, X. et Y. c/ Pays-Bas, n°8978/80

Cour E.D.H., Plénière, 8 juillet 1986, Lingens c/ Autriche, n° 9815/82

Cour E.D.H., Chambre, 21 juin 1988, Plattform « Ärzte für das Leben » c/ Autriche, n° 10126/82

Cour E.D.H., Chambre, 9 décembre 1994, Aff. Raffineries grecques Stran et Stratis Andreadis c/ Grèce, série A n° 301-B

Cour E.D.H., Chambre, 19 février 1997, Laskey et autres c/ Royaume Uni, n° 21627/93, 21628/93 et 21974/93

Cour E.D.H., Grande chambre, Parti communiste unifié de Turquie et autres c/ Turquie, 30 janvier 1998, n° 133/1996/752/951

Cour E.D.H., Grande chambre, Parti socialiste et autres c/ Turquie, 25 mai 1998, n° 20/1997/804/1007

Cour E.D.H., Grande chambre, 8 décembre 1999, Parti de la liberté et de la démocratie (Ödzep) c/ Turquie, n°23885/94

Cour E.D.H., 2° sect., 15 février 2001, Dahlab c/ Suisse, n° 42393/98

Cour E.D.H., 4° sect., 29 avril 2002, Pretty c/ Royaume-Uni, n° 2346/02

Cour E.D.H., 4e sect., 28 janvier 2003, M.D.U c/ Italie, n° 58540/00

Cour E.D.H., Grande chambre, 13 février 2003, Refah Partisi c/ Turquie, n° 41340/98, 41342/98 et 41343/98

Cour E.D.H., 2° sect., 11 janvier 2005, Phull c/ France, n° 35753/03

Cour E.D.H., 3° sect., 3 février 2005, Partidul Comunistilor (Nepeceristi) et Ungureanu c/ Roumanie, n° 46626/99

Cour E.D.H., 1^o sect., 17 février 2005, *Affaire K.A et A. D c/ Belgique*, n^o 42758/98 et 45558/99

Cour E.D.H., 2^o sect., 22 février 2005, *Pakdemirli c/ Turquie*, n^o 35839/97

Cour E.D.H., Grande chambre, 6 octobre 2005, *Hirst c/ Royaume-Uni (n^o 2)*, n^o 74025/01

Cour E.D.H., 1^e sect., 20 octobre 2005, *Organisation macédonienne unie Ilinden – PIRIN et autres c/ Bulgarie*, n^o 59489/00

Cour E.D.H., Grande chambre, 10 novembre 2005, *Leyla Sahin c/ Turquie*, n^o 44774/98

Cour E.D.H., 4^e sect., 7 mars 2006, *Evans c/ Royaume-Uni*, n^o 6339/05

Cour E.D.H., 2^o sect., 11 avril 2006, *Brasilier c/ France*, n^o 71343/01

Cour E.D.H., 2^o sect., 7 novembre 2006, *Mamère c/ France*, n^o 12697/03

Cour E.D.H., Grande chambre, 10 avril 2007, *Evans c/ Royaume-Uni*, n^o 6339/05

Cour E.D.H., 3^o sect., 7 juin 2007, *Dupuis c/ France*, n^o 1914/02

Cour E.D.H., 1^e sect., 14 juin 2007, *Hachette Filipacchi associés c/ France*, n^o 71111/01

Cour E.D.H., 4^o sect., 26 juin 2007, *Artun et Güvener c/ Turquie*, n^o 75510/01

Cour E.D.H., 2^o sect., 11 septembre 2007, *Tremblay c/ France*, n^o 37194/02

Cour E.D.H., Grande chambre, 4 décembre 2007, *Dickson c/ Royaume-Uni*, n^o 44362/04

Cour E.D.H., 3^o sect., 4 mars 2008, *El Morsli c/ France*, n^o 15585/06

Cour E.D.H., 3^o sect., 1^{er} juillet 2008, *Calmanovici c/ Roumanie*, n^o 42250/02

Cour E.D.H., Chambre, 4 décembre 2008, *Dogru c/ France et Kervanci c/ France* ; n^o 27058/05 et n^o 31645/04

Cour E.D.H., 5^o sect., 30 juin 2009, *Aktas c/ France (n^o43563/08)*, *Bayrak c/ France (n^o14308/08)*, *Gamaleddyn c/ France (n^o18527/08)*, *Ghazal c/ France (n^o29134/08)*, *J. Singh c/ France (n^o25463/08)* et *R. Singh c/ France (n^o27561/08)*

Cour E.D.H., 5^o sect., 30 juin 2009, *Herri Batasuna et Batasuna c/ Espagne*, n^o 25803/04 et 25817/04

Cour E.D.H., 5^o sect., 16 juillet 2009, *Willem c/ France*, n^o 10883/05

Cour E.D.H., 1^o sect., 1^{er} octobre 2009, *Kimlya et autres c/ Russie*, n^o 76836/01 et 32782/03

Cour E.D.H., 4^e sect., 2 février 2010, *Christian Democratic People's Party c. Moldova*, n^o 25196/04

Cour E.D.H., 4^e sect., 2 février 2010, *Kubaszewski c/ Pologne*, n^o 571/04

Cour E.D.H., 2^o sect., 23 février 2010, *Ahmet Arslan et autres c/ Turquie*, n^o 41135/98

Cour E.D.H., 3^o sect., 20 avril 2010, *Cârlan c/ Roumanie*, n^o 34828/02

Cour E.D.H., 2^o sect., 20 mai 2010, *Alajos Kiss c/ Hongrie*, n^o 38832/06

Cour E.D.H., 5^e sect., 15 juillet 2010, *Roland Dumas c/ France*, n^o 34875/07

Cour E.D.H., 4^e sect., 23 novembre 2010, *Greens et M.T. c/ Royaume-Uni*, n^o 60041/08 et 60054/08

Cour E.D.H., 2^o sect., 11 janvier 2011, *Barata Monteiro Da Costa Nogueira et Patricio Pereira c/ Portugal*, n^o 4035/08

Cour E.D.H., 2^o sect., 18 janvier 2011, *Scoppola c/ Italie (n^o 3)*, n^o 126/05

Cour E.D.H., 3^o sect., 15 mars 2011, *Otegi Mondragon c/ Espagne*, n^o 2034/07

Cour E.D.H., Grande chambre, 18 mars 2011, *Lautsi et autres c/ Italie*, n^o 30814/06

Cour E.D.H., 1^e sect., 12 avril 2011, Parti républicain de Russie c/ Russie, n° 12976/07

Cour E.D.H., Grande chambre, 7 juillet 2011, Bayatyan c/ Arménie, n°23459/03

Cour E.D.H., 4^e sect., 15 janvier 2013, Eweida et autres c/ Royaume-Uni, n° 48420/10, 59842/10, 51671/10 et 36516/10

Cour E.D.H., 5^e sect., 14 mars 2013, Eon c/ France, n° 26118/10

JURISPRUDENCE ADMINISTRATIVE :

T.A. Paris, 17 décembre 1998, SNCF c/ Société Dumez TP et autres, n° 9800111-6, inédit au recueil Lebon

C.A.A. Nancy, 19 décembre 1989, Société du tunnel de Sainte-Marie-aux-Mines et autres, n° 89NC00284, Rec. Lebon p. 365

C.A.A. Lyon, 27 juin 1990, Entreprise Léon Grosse, n° 89LY00790, 89LY00791 et 89LY0079, inédit au recueil Lebon

C.A.A. Nancy, 4 février 1993, Caisse d'épargne de Montbéliard, n° 92NC00059, inédit au recueil Lebon

C.A.A. Paris, 17 octobre 1996, Société industrielle des forges de Strasbourg, n° 95PA03201 et 95PA03253, Rec. Lebon p. 249

C.A.A. Bordeaux, 29 mai 2000, Consorts Leroy, n° 99BX02454, inédit au Rec. Lebon

C.A.A. Paris, 22 avril 2004, Société Dumez SA et autres, n° 99PA01043, Rec. Lebon tables

C.A.A. Douai, 16 décembre 2004, Centre hospitalier régional de Lille, n° 02DA00581 , inédit au recueil Lebon

C.A.A. Douai, 16 décembre 2004, Centre hospitalier régional de Lille, n° 02DA00581, inédit au recueil Lebon

C.A.A. Douai, 29 décembre 2005, Société des autoroutes de Paris-Normandie, n° 04DA00447, inédit au recueil Lebon

C.A.A. Paris, 17 avril 2007, SNCF c/ Société Fougerolle et Société Dumez Construction, n° 05PA03926, inédit au recueil Lebon

C.A.A. Bordeaux, 26 juin 2007, M. X, n° 04BX00575 , inédit au recueil Lebon

C.A.A. Bordeaux, 26 juin 2007, M. X, n° 04BX00575 , inédit au recueil Lebon

C.A.A. Bordeaux, 26 juin 2007, M. Benoît X, n° 04BX01259, inédit au recueil Lebon

C.A.A. Bordeaux, 26 juin 2007, M. Benoît X, n° 04BX01259, inédit au recueil Lebon

C.A.A. Lyon, 18 juillet 2007, Commune de Tignes, n° 05LY00461, inédit au recueil Lebon

C.A.A. Douai, 18 septembre 2007, M. X., n° 06DA00825, inédit au recueil Lebon

C.A.A. Paris, 6 mai 2008, M. X., n° 07PA01072, Rec. Lebon tables

C.A.A. Lyon, 12 juin 2008, SA Axima Centre, n° 04LY00090, inédit au recueil Lebon

C.A.A. Paris, 16 octobre 2008, Commune de Koumac, n° 06PA0125, inédit au recueil Lebon

C.A.A. Nancy, 3 décembre 2009, M. A., n° 09NC00066, inédit au recueil Lebon

C.A.A. Lyon, 22 avril 2010, Société Advivo, n° 08LY00317, inédit au recueil Lebon

C.A.A. Marseille, 25 novembre 2010, M. A. c/ Commune de Montpellier, n° 08MA04006, inédit au recueil Lebon

C.A.A. Versailles, 14 avril 2011, Centre communal d'action sociale d'Argenteuil, n° 09VE02492, inédit au recueil Lebon

C.A.A. Marseille, 4 juillet 2011, Commune de Saint-Raphaël, n° 10MA01064, inédit au recueil Lebon

C.A.A. Lyon, 2 mai 2013, Mlle D., n° 12LY01830, inédit au Rec. Lebon

C.E., 18 septembre 1806, Collé, Rec. Sirey, éd. 1818, p. 4

C.E., 22 octobre 1810, Bouvier, Rec. Sirey, éd. 1818, p. 312

C.E., 12 septembre 1811, Le Cerf, Rec. Sirey, éd. 1818, p. 534

C.E., 22 décembre 1811, Cherbon Veuve de Cosne, Rec. Sirey, éd. 1818, p. 565

C.E., 22 septembre 1814, Caisse d'amortissement c/ Le sieur Magaud, Rec. Sirey, éd. 1818, p. 18

C.E., 1er mai 1816, Ministre de la guerre c/ Le Sieur Collas, Rec. Sirey, éd. 1818, p. 283

C.E., 20 juin 1816, Le Sieur Gasquet c/ l'Administration des Domaines, qui énonce que « le dol et la fraude vicie les contrats », Rec. Sirey, éd. 1818, p. 312

C.E., 17 novembre 1819, Torcy c/ commune D'Etrepuy, Rec. Lebon, éd. 1839, p. 600

C.E., 20 février 1868, Goguelat, Rec. Lebon p. 198

C.E., ss-sect. réunies, 8 février 1878, Pasquet, n°50726, Rec. Lebon p. 128

C.E., 9 janvier 1909, Compagnie des messageries maritimes, Rec. Lebon p. 121

C.E., 30 mars 1916, Compagnie générale d'éclairage de Bordeaux, Rec. Lebon p. 125

C.E., 21 juillet 1917, Compagnie générale des automobiles postales, Rec. Lebon p. 586

C.E., 8 février 1918, Gaz de Poissy, Rec. Lebon p.122

C.E., 3 décembre 1920, Fromassol, Rec. Lebon p. 1036

C.E., 18 janvier 1922, Commune de Beausoleil, Rec. Lebon p. 42

C.E., 14 décembre 1923, Société des Grands Moulins de Corbeil, n° 61628 et 61629, Rec. Lebon p. 852

C.E., 30 octobre 1925, Sieurs Mas-Gayet, Rec. Lebon p. 836

C.E., ass., 9 décembre 1932, Compagnie des tramways de Cherbourg, Rec. Lebon p. 1050

C.E., 8 novembre 1935, Ville de Lagny, Rec. Lebon p.1026

C.E., 21 avril 1944, Compagnie française des câbles télégraphiques, Rec. Lebon p. 119

C.E., 21 mai 1948, Société coopérative ouvrière de production, recueil Lebon, p. 641

C.E., 4 mai 1949, Ville de Toulon, Rec. Lebon p. 196

C.E., 15 juillet 1949, Ville d'Elboeuf, Rec. Lebon p. 358

C.E., sect., 20 décembre 1957, Société nationale d'éditions cinématographiques, Rec. Lebon p. 702

C.E., ass., 2 mai 1958, Distillerie de Magnac-Laval, Rec. Lebon p. 246

C.E., 30 mars 1966, Elections municipales de Levallois-Perret, n° 67291 et 67291 bis, Rec. Lebon p.

C.E., sect., 13 juillet 1968, Société Établissements Serfati, n° 7316, Rec. Lebon p. 436

C.E., sect., 21 mai 1971, Société La Cellulose d'Aquitaine, inédit au recueil Lebon

C.E., ss-sect. réunies, 20 octobre 1971, Compagnie du chemin de fer de Bayonne à Biarritz, n° 79315, Rec. Lebon, p. 624

C.E., sect., 9 janvier 1972, Société des ateliers de nettoyage, teinture et apprêts de Fontainebleau, n° 84054, Rec. Lebon p. 753

C.E., 13 octobre 1972, SA banque Crédit du Nord c/ Office public d'HLM du Calvados, Rec. Lebon p. 630

C.E., sous-sect. réunies, 9 avril 1975, Robert, n°92656, Rec. Lebon p. 885

C.E., sous-sect. réunies, 8 octobre 1975, Association Enbata, n° 94477, Rec. Lebon p. 494

C.E., ss-sect. réunies, 17 mars 1976, Leclert, n° 87204, Rec. Lebon Tables

C.E., ss-sect. réunies, 1er février 1980, OPHLM de la Ville de Brest, n° 01505, Rec. Lebon p. 69

C.E., ss-sect. réunies, 3 novembre 1982, Société d'exploitation Louis Gros, n° 34722, inédit au recueil Lebon

C.E., sect., 5 novembre 1982, Société Propétrol, n° 19413, Rec. Lebon p. 381

C.E., ss-sect. réunies, 23 janvier 1984, Élections municipales d'Étampes, n° 51584, Rec. Lebon p. 19

C.E., sous-sect. réunies, 13 février 1985, Debizet, n°44910, Rec. Lebon Tables

C.E., ss-sect. réunies, 6 mai 1985, Association Eurolat, n° 41589 et 41699, Rec. Lebon p. 141

C.E., sous-sect. réunies, 8 novembre 1985, Ministère de l'éducation nationale c/ Rudent, n° 55594, Rec. Lebon p. 316

C.E., ass., 2 février 1987, Société TV6, n° 81131, 82432, 82437 et 82443, Rec. Lebon p. 29

C.E., ss-sect. réunies, 20 novembre 1987, SARL Patinoire de Colombes, n° 50824, inédit au recueil Lebon

C.E., ss-sect. réunies, 22 avril 1988, Société France 5 et Association des fournisseurs de la Cinq, n° 86241, 86242 et 88553, Rec. Lebon p. 157

C.E., ss-sect., 18 mai 1988, OPDHLM d'Ille-et-Vilaine, n° 75493, inédit au recueil Lebon

C.E., ss-sect. réunies, 29 mai 1991, Établissement public d'aménagement de la ville nouvelle de Saint-Quentin-en-Yvelines, n° 92551, Rec. Lebon tables

C.E., sous-sect. réunies, 6 novembre 1991, Ministre de l'Éducation nationale c/ Confédération nationale des groupes autonomes de l'enseignement public et M. Rudent, n° 107115, Rec. Lebon p. 377

C.E., ass., 27 octobre 1995, Commune de Morsang-sur-Orge, n° 136727, Rec. Lebon p. 372

C.E., ass., 27 octobre 1995, Commune d'Aix-en-Provence, n° 143578, inédit au recueil Lebon

C.E., ss-sect. réunies, 10 juillet 1996, Ville de Chartres, n° 135250, inédit au recueil Lebon

C.E., ss-sect. réunies, 10 juillet 1996, Commune de Boissy-Saint-Léger c/ Société SERI, n° 132921, Rec. Lebon p. 287

C.E.,ss-sect., 5 mars 1997, Commune de Breteuil-sur-Iton, n° 140508, inédit au recueil Lebon

C.E., ss-sect., 5 mars 1997, Z, X et Y c/ Commune de Dieppe, n° 139477, inédit au recueil Lebon

C.E., ss-sect. réunies, 5 mars 1997, Commune de Dieppe c/ Consorts Z, n° 139477, inédit au recueil

Lebon

- C.E., sect., 3 novembre 1997, Hôpital Joseph Imbert d'Arles, n° 153686, rec. Lebon p. 412
- C.E., ss-sect. réunies, 19 juin 1998, Elections municipales de Vitrolles, n° 189731 et 189732, Rec. Lebon p. 918
- C.E., ss-sect. réunies, 6 novembre 1998, Association pour la protection des gorges de l'Ardèche et de leur environnement, req. N°180479, inédit au recueil Lebon
- C.E., ss-sect. réunies, 25 novembre 1998, Compagnie luxembourgeoise de télédiffusion, n° 172407, Rec. Lebon p.443
- C.E., ss-sect. réunies, 12 mars 1999, Commune de Lansargues c/ M. X, n° 170103, Rec. Lebon p. 63
- C.E., ss-sect. réunies, 17 décembre 1999, Établissement public du parc de la Villette, n° 184366, inédit au recueil Lebon
- C.E., sect., 5 janvier 2000, Consorts Telle et AP-HP, n° 181899 et 198530, Rec. Lebon p. 5
- C.E., ss-sect. réunies, 14 juin 2000, Commune de Staffelfelden, n° 184722, Rec. Lebon p. 227
- C.E., 23 avril 2001, Société Renault Automation, n° 200155, inédit au recueil Lebon
- C.E., sect., 29 juillet 2002, Consorts Leroy, n° 222180, Rec. Lebon p. 282
- C.E., 16 août 2002, Mme Feuillatey, n° 249552, Rec. Lebon p. 309
- C.E., sous-sect. réunies, 9 juillet 2003, M. Laurent L. et Association AC Conflent, n° 229618, Rec. Lebon Tables
- C.E., sect., 1er avril 2005, Mme X, n° 264627, Rec. Lebon p. 134
- C.E., ss-sect. réunies, 23 septembre 2005, M. Y., n° 274402, Rec. Lebon tables
- C.E., ss-sect. réunies, 6 janvier 2006, Martinot, n° 260307, Rec. Lebon p. 8
- C.E., ord., 5 janvier 2007, Ministre d'Etat, Ministre de l'intérieur et de l'aménagement du territoire c/ l'association « Solidarité des français », n° 300311, Rec. Lebon Tables
- C.E., ss-sect. réunies, 19 décembre 2007, SNCF c/ Société Campenon Bernard, n° 268918, Rec. Lebon p. 507
- C.E., ss-sect. réunies, 21 décembre 2007, Région du Limousin, n° 293260, Rec. Lebon p. 534
- C.E., ss-sect., 19 mars 2008, Société Fougerolle-Ballot c/ SNCF, n° 270535, inédit au recueil Lebon
- C.E., ss-sect. réunies, 19 mars 2008, SNCF c/ Société Dumez et autres, n° 269134, inédit au recueil Lebon
- C.E., ss-sect., 4 mars 2009, Consorts A., n° 314459, inédit au recueil Lebon
- C.E., ss-sect. réunies, 26 janvier 2011, M. Law-Way et autres, n° 338140, Rec. Lebon tables
- C.E., ord., 7 mars 2011, École Normale Supérieure, n° 347171, Rec. Lebon p. 79
- C.E., sect., 21 mars 2011, Béziers (Commune), n° 304806, Rec. Lebon p. 117
- C.E., Ass., 4 juillet 2011, Elections régionales d'Ile-de-France, n° 338033, Rec. Lebon p. 317
- C.E., ord., 9 janvier 2014, Ministre de l'Intérieur / Soc. Les Productions de la Plume et Dieudonné M'Bala M'Bala, n° 374508, publié au Rec. Lebon
- C.E., ord., 10 janvier 2014, Soc. Les Productions de la Plume et Dieudonné M'Bala M'Bala, n°374528, publié au Rec. Lebon
- C.E., ord., 11 janvier 2014, Soc. Les Productions de la Plume et Dieudonné M'Bala M'Bala,

n°374553, publié au Rec. Lebon

C.E., ss-sect. réunies, 5 février 2014, M. Philippe P., n° 371396, inédit au Rec. Lebon

JURISPRUDENCE CIVILE :

Cass. civ., De Gallifet c. Commune de Pélissanne (Canal de Craponne), 6 mars 1876

Cass. civ., 25 juin 1919, Benoît aîné c/ Biollay et autres ; DP 1923.1.223

Cass. 1^e civ., 19 mai 1958, *Bull. civ. I*, n°251.

Cass. 1^e civ., 6 novembre 1961

Cass. soc., 5 juill. 1965, *Bull. civ. IV*, n°545

Cass. 3^e civ., 20 janvier 1967, n° 66-70050, Chanonier c/ Ville de Lisieux ; *Bull. civ. III* n°

Cass. crim., 5 septembre 1990 : *Bull. Crim* n°313

Cass. 1^e civ., 28 mai 1991, n° 89-20258; *Bull. Civ. I*, n° 167

Cass. crim., 11 juin 1992

Cass. com., 3 nov. 1992, Sté française des pétroles BP c/ Michel Huard, *Bull. civ. IV*

Cass. comm., 12 mars 1996, n° 93-20.865, non publié

Cass. crim. 27 mars 1996, n° 95-82.016

Cass. 1^e civ., 17 juillet 1996, n° 92-19017, Girault c/ Assoc. CARPA du Barreau de Saumur ; *Bull. civ. I*, n° 323

Cass. 1^e civ., 3 mai 2000

Cass. plen., Audience publique du vendredi 17 novembre 2000, n° de pourvoi : 99-13701

Cass. 1^e civ., 1^{re}, 20 déc. 2000, affaire Érignac

Cass. 1^e civ., 13 fév. 2001 : *Bull. Civ I*, n°31

Cass. 1^e civ., 9 oct. 2001, n° 00-14.564

Cass. 1^e civ., 3 avr. 2002

Cass. 1^e civ., 3 juin 2010, n° 09-13.591

Cass. 1^e civ., 1^{er} juill. 2010, n° 09-15.479

Cass. 1^e civ., 14 octobre 2010, *Bull. 2010*, n°200, pourvoi n°09-69-195

Cass. plen., 25 juin 2014, Baby-loup, pourvoi numéro 13-28.369

AUTORITES ADMINISTRATIVES INDEPENDANTES :

C.C.N.E., Avis n° 40 du 17 décembre 1993, Transfert d'embryons après décès du conjoint (ou du concubin)

C.C.N.E., Avis n° 50 du 3 avril 1996, Rapport sur la stérilisation envisagée comme mode de contraception définitive

C.C.N.E., Avis n° 58 du 12 juin 1998, Consentement éclairé et information des personnes qui se prêtent à des actes de soin ou de recherche

C.C.N.E., Avis n° 60 du 25 juin 1998, Réexamen des lois bioéthique

C.C.N.E., Avis n° 67 du 27 janvier 2000, Avant-projet des lois de bioéthique

C.C.N.E., Avis n° 113 du 10 février 2011, Demande d'assistance médicale à la procréation après le décès de l'homme faisant partie du couple

C.N.C.D.H., Assemblée plénière, Avis sur la proposition de loi renforçant la lutte contre le système prostitutionnel, 22 mai 2014

C.S.A., Bilan de la réflexion sur les émissions dites de « télé réalité », 2011, [version électronique], <http://www.csa.fr/es/Etudes-et-publications/Les-etudes/Les-etudes-du-CSA/Reflexion-sur-les-emissions-dites-de-telerealite-Auditions-du-CSA-bilan-et-preconisations>

C.S.A., Délibération n° 2009-60 du 21 juillet 2009 relative au principe de pluralisme politique dans les services de radio et de télévision, JORF 30 juillet 2009, p. 12675

C.S.A., Délibération n°2011-1 du 4 janvier 2011 relative au principe de pluralisme politique dans les services de radio et de télévision en période électorale, JORF 1 février 2011

H.A.L.D.E., Délibération n°2007-372 du 17 décembre 2007

H.A.L.D.E., Délibération n°2009-143 du 6 avril 2009

H.A.L.D.E., Délibération n°2009-316 du 14 septembre 2009, JORF 17 octobre 2009

INDEX THEMATIQUE

Les numéros indiqués renvoient aux numéros des paragraphes

-A-

Abstrait (référent) : 97, 180, 800, 801, 946, 1267, 1643, 1648, 1670, 1714, 1715, 1759,

Autonomie de la volonté : 43, 44, 467, 472-496, 499, 912, 1179, 1248, 1353, 1696, 1699, 1700,

-B-

Bonnes mœurs : 193, 197, 198, 345, 485, 1083, 1173, 1242, 1273, 1378, 1586, 1644, 1665, 1667, 1668, 1709, 1786,

-C-

Capacité (concept juridique) : 66, 83-87, 91, 203, 207, 261, 827, 884 – 913, 919, 923, 926-928, 935, 936, 942, 944, 946, 948-949, 951, 954-955, 957-959, |Vote : 966- , 1028, 1049-1050, 1448 | Bioéthique : 1174 | sexualité : 1463-1464, 1524-1530, | 1736, 1791,

Capacité (concept philosophique) : 88-90, 103, 537, 621, 627, 629, 685, 706, 770, 827, 1070, 1127, 1129, 1135, 1272, 1309, 1356, 1593, 1606, 1609, 1615, 1717, 1722, 1803-1804

Concrétisation : 97, 469, 764, 1175, 1218, 1333, 1490, 1565, 1642, 1651, 1656, 1716, 1718, 1759, 1811,

Contrat social : 374, 379, 391, 504, 505, 509, 875, 876, 983, 1066, 1135,

Consensualisme : 159, 160-171, 173, 215, 217, 223-234, 235, 239, 249, 250, 254, 277, 297, 298, 310, 311, 319, 331, 332, 333, 346, 355, 366, 367, 447, 478, 494,

Corps : 3, 108, 114, 195, 441, 572, 606, 620, 629, 640-642, 648, 695-696, 700, 702, 730, 749, 786, 788, 797, 809, 832, 858, 862, 866, 882, 885, 889, 918, 920, 946, 1076, 1078, 1086, 1090, 1093, 1097-1098, 1100-1101, 1104, 1174-1175, 1202, 1280, 1329, 1375-1377, 1385, 1399, 1410, 1420, 1449, 1479, 1485, 1497-1498, 1507, 1527, 1530, 1543, 1546, 1563, 1572, 1575, 1578-1579, 1581-1583, 1586-1589, 1599, 1622, 1626, 1635-1636, 1645, 1647, 1652, 1662, 1677, 1716, 1720, 1731-1734, 1736-1737, 1739, 1746, 1749-1752, 1755-1756, 1763, 1766, 1776, 1808,

-D-

Déterminisme : 113, 458, 531, 543, 701, 736, 741, 748, 782, 798, 812,

Devoir conjugal : 1484, 1485, 1486, 1489, 1490, 1493, 1494, 1498, 1509, 1513-1521,

Directives anticipées : 1073, 1074-1091, 1197,

Dignité (juridique) : 138, 765, 785, 928, 942, 954, 974, 1034, 1037, 1086, 1089, 1092-1105, 1161, 1172, 1173, 1180, 1385, 1402, 1419, 1441, 1558, 1572, 1593, 1608-1620, 1621, 1636, 1641, 1643, 1650, 1653, 1658, 1664, 1677, 1678, 1679, 1680, 1682, 1694-1699, 1703-1730, 1759, 1773, 1796,

Dignité (Philosophique) : 627, 641, 662, 758, 759, 761, 762, 765, 768, 1700-1702,

Dol (vices du consentement - Histoire) : 187, 263, 272-276, 279, 404, 407, 465, 1244, 1245,

Dol (vices du consentement – régime moderne) : 1230-1239, 1254, 1264, 1298-1301, 1339, 1369, 1371, 1442,

-E-

Égalité (juridique) : 245-246, 476, 491, 494, 942, 944, 979, 986-987, 1030-1040 (vote), 1041-1044 (candidat vote), 1165, 1175, 1249, 1441, 1548, 1678, 1715-1717

Égalité (concept) : 70, 243, 532, 553, 590-592, 625, 634-635, 640, 666-667, 687, 934, 1018, 1249, 1370, 1715-1717

Élection (Vote) : 352, 431, 968-970, 987, 991, 993, 1024, 1026, 1028, 1030-1036, 1038, 1040, 1047, 1066-1067, 1069-1070, 1127, 1133, 1136, 1198, 1437-1438, 1442, 1445, 1447, 1772, 1786,

Émotion (concept) : 102, 108, 109, 110, 111, 112, 113, 114, 459, 622, 653, 729, 731-732, 812, 870, 876, 910, 926, 1554, 1588, 1609, 1680-1681, 1796-1797, 1359

Émotion (juridique) : 279, 340, 459, 895, 926, 948, 1049, 1452, 1554, 1631, 1640, 1657, 1660, 1671, 1680, 1681, 1694, 1730, 1796-1797,

Erreur (concept) : 104, 188, 397-398, 523, 527, 537-538, 606, 795, 829, 1302-1321, 1336-1337, 1347, 1363-1366, 1793

Erreur (Vices du consentement - Histoire) : 185-186, 194, 195, 257-270, 402, 403, 407, 465, 466, 489,

Erreur (Vices du consentement – régime moderne) : 1208-1229, 1252, 1255, 1264, 1302-1321, 1336-1337, 1357, 1359, 1363-1366, 1369

-F-

Fondamentalité : 453, 958, 969, 978, 1058, 1088, 1397, 1708, 1722, 1755,

Formalisme : 160, 171, 211, 215, 224, 232, 235, 239, 250, 277, 295, 297, 308, 310-311, 332-333, 346, 355, 476, 706

Formalités : 170, 228-229, 277, 297, 475,

Formation du contrat : 13, 54, 159, 276, 494, 1139, 1143, 1226, 1260, 1324, 1452, 1481, 1574,

-I-

Incapacité (juridique) : 261, 894-895, 905-912, 914-926, 944, 949-961, | Vote : 971-981, 1025, 1026-1029, 1034, 1049 | sexualité : 1522, 1532-1555,

Incapacité (concept) : 827, 833, 862, 865, 899, 902, 907, 926, 1446, 1762,

Incapable (personne) : 68, 81, 905-906, 929, 934-936, 1049, 1645,

Inégalité : 489, 500, 591, | Rousseau : 633-635, 666, 668, 669, 671, 677, 1165-1170 (bioéthique),

-L-

Liberté personnelle : 789, 808, 1089, 1105, 1709, 1801,

-O-

Objectif (/ve, raisonnement) : 88, 97, 106, 195, 307, 436, 579, 677, 745, 767, 800, 941, 1144, 1190, 1215, 1222, 1229, 1237, 1243, 1269, 1359-1360, 1364, 1643, 1670, 1683-1687, 1715-1716, 1730,

-P-

Psychique : 167, 168, 169, 184, 253, 347, 696, 797, 808, 833, 865, 882, 902, 947, 981, 1226, 1294, 1500, 1544, 1546, 1594, 1636, 1730, 1732, 1736, 1740, 1752, 1767, 1768, 1797,

-R-

Référendum : 968, 970, 1005-1014, 1017, 1043, 1046, 1067, 1135-1136, 1146,

-S-

Sensibilité (concept) : 68, 75, 97, 103-108, 112-114, 618-623, 647-655, 691, 709, 811, 876, 1273, 1510, 1649, 1670, 1681, 1757,

Sensibilité (juridique) : 440-444, 458-459, 912, 919, 922-923, 926, 1273, 1510, 1649, 1670, 1681, 1758-1761, 1763, 1767,

Sensible (être / composante) : 95, 119, 179, 279, 281, 406, 412, 421, 425, 427, 451, 496, 499, 518, 529, 620-622, 652-653, 749, 759, 769, 835, 874, 884, 890, 895, 911, 922, 924, 926, 958, 982, 1028, 1153, 1229, 1280, 1290-1291, 1297, 1447, 1475, 1680, 1739, 1767, 1812,

Sentiment : 16, 20, 22-30, 61, 103, 105, 108, 112, 125, 436, 441, 442, 458-459, 644, 649-655, 676, 677, 685, 694, 726, 729, 731, 739, 746, 757-762, 768, 771, 776, 782, 812, 839, 870, 911, 1229, 1279, 1285, 1289, 1303, 1306, 1370, 1609-1610, 1664-1665, 1729-1730, 1802-1803,

Sentiment (juridique) : 179, 219, 221-222, 236, 238, 421, 436, 441-442, 444, 448, 456, 458-459, 1094, 1097, 1229, 1285, 1303, 1306-1307, 1327-1330, 1342, 1402-1403, 1408, 1463, 1646, 1649, 1657, 1664-1665, 1680, 1725, 1729, 1730

Sentir-avec (consentement) : 34, 125, 139, 168, 179, 209, 221, 279, 354, 358, 386, 387, 400, 420, 421, 425, 441, 447, 459, 488, 522, 622, 652, 811, 816, 823, 864, 866, 874, 910, 926, 957-958, 982, 1002, 1028, 1040, 1047, 1078, 1151, 1183-1184, 1204, 1219, 1225, 1266, 1268, 1284, 1300, 1305-1306, 1319, 1370, 1447, 1448, 1464, 1507, 1554, 1607, 1615, 1627, 1654, 1657, 1665, 1668, 1692, 1723-1724, 1727, 1762, 1774, 1788, 1793, 1803,

Subjectif (prisme, raisonnement) : 62, 83, 84, 88, 97, 100-101, 106, 108, 247, 261, 436, 510, 644, 647, 675, 745, 762, 810, 1213, 1215, 1227, 1246, 1255, 1272, 1285, 1478, 1646, 1655, 1663, 1683, 1687, 1711, 1716, 1725, 1735, 1736, 1744, 1754,

Subjectif (droits) : 76, 77, 93, 383, 434, 445, 496, 1095, 1401, 1706,

Subjectivisation : 75, 579, 1060, 1092, 1097-1098, 1172, 1175, 1382, 1403, 1406, 1506-1508, 1642-1643, 1645, 1651, 1653, 1721-1742, 1759-1761,

Subjectivité (concept) : 1, 4, 12, 61, 63-82, 84-101, 105-107, 109-110, 114, 116-117, 121, 123-124, 126-128, 136, 179, 189-192, 249, 321, 341, 358, 369, 386-387, 465, 541-553, 577-581, 583, 588-606, 610, 614, 644, 655, 733, 737, 744-747, 749, 763-768, 781, 791, 793, 797, 810-811, 845, 871, 1055, 1122, 1145, 1196, 1206, 1272-1273, 1299, 1310, 1325, 1360, 1370, 1373, 1451-1452, 1610, 1629, 1635, 1646-1647, 1654-1658, 1687-1693, 1710-1713, 1715-1716, 1722, 1723-1726, 1739, 1743, 1767, 1793, 1796, 1803, 1808, 1809,

Subjectivité (juridique) : 210, 230, 242, 249, 253, 260, 269, 277, 279, 281, 304-310, 314-316, 338-341, 351, 353-354, 357, 386-387, 420, 442, 450, 459, 471, 487-488, 490, 496, 498, 882-886, 890, 892, 895-896, 965, 984-985, 996, 998, 1024, 1049, 1072, 1078, 1122, 1124, 1145, 1172, 1196-1197, 1204, 1206-1207, 1220-1221, 1229, 1250, 1266-1267, 1299, 1310, 1317-1319, 1360, 1368, 1370, 1373, 1403, 1408, 1451-1452, 1476, 1487, 1494, 1507-1508, 1522, 1558, 1576, 1629, 1640, 1642, 1645-1648, 1651, 1654-1658, 1662, 1665, 1670-1671, 1681, 1687-1694, 1696, 1703, 1710-1713, 1715-1716, 1718, 1721, 1723-1726, 1731-1733, 1735, 1754, 1757, 1762-1765, 1767-1768, 1774, 1779, 1788, 1793, 1796-1797,

Sujet de droit : 62-68, 70-71, 76, 78-79, 82-84, 87-89, 92-96, 99, 104, 108, 114, 121, 124, 135, 176, 299, 453, 459, 583, 606, 820, 827, 846, 855, 861, 864, 889, 930, 933, 939, 1091,

1094, 1193, 1328, 1342, 1481, 1641, 1739, 1765, 1807, 1810, 1812

-V-

Viol conjugal : 431, 1427, 1486, 1494, 1502-1508

Violence (vices du consentement – Histoire) : 184, 194, 195, 255, 272, 275, 345, 403, 426, 465, 1241-1246,

Violence (vices du consentement – régime moderne) : 1240, 1247-1250, 1251-1252, 1256, 1258, 1264, 1293, 1322-1325, 1367-1372,

Volonté (concept) : 16, 20, 68, 70, 79, 84, 100, 111, 114, 395-396, 398-399, 503, 505, 514, 519-530, 532, 536-538, 540, 553, 554, 569, 570, 578-580, 587, 590, 593-596, 599, 603-604, 606, 608, 611, 640, 650, 655, 661, 663, 674, 679, 698, 707, 719, 742, 760, 799, 817, 840, 861, 1286, 1309, 1310-1312, 1700, 1802,

Volonté (juridique - abstraite) : 9, 10, 12-14, 43, 47, 50, 52, 54, 55, 57-60, 66, 84, 100, 105, 219-221, 246, 253, 263, 281, 292, 307, 344, 346, 362, 374, 378, 414, 423-427, 432, 472, 479, 481, 483, 490-491, 494-495, 498-500, 505, 919, 929, 987, 1013, 1045-1046, 1078, 1081-1082, 1095, 1103, 1124, 1134, 1173, 1180, 1192, 1208, 1210-1211, 1216-1221, 1226, 1228, 1236, 1263, 1293-1296, 1299, 1305-1306, 1308, 1312, 1314, 1335-1336, 1344, 1353, 1359, 1362-1364, 1366, 1371-1378, 1495, 1524, 1645, 1721, 1747, 1759, 1802

Volonté (juridique – Histoire du droit) : 167, 169, 171, 173-175, 177-178, 185, 187, 210, 219-220, 231, 236-237, 242-244, 246-249, 251-253, 258, 263, 265-266, 274-275, 279, 291-292, 295-297, 306-307, 348-349, 351-353, 355, 361-362, 364, 371, 373-375, 377-378, 381, 383-384, 389, 392, 394, 402, 405, 421, 423-426, 443, 446, 463-464, 466, 472, 475, 477-479, 481, 483-484, 486, 489-491,

Volonté (personne) : 909, 923, 929,

Volonté (régime juridique) : 915-916, 919, 944, 954, 1075-1076, 1079, 1081-1083, 1105, 1124, 1139, 1152, 1180, 1190, 1192, 1208, 1216-1221, 1236, 1263, 1293-1296, 1305, 1314, 1335, 1353, 1387, 1407, 1532-1533,

Vote : 128, 428, 431, 504, 678, 880, 951, 963-966, 968-969, 971-974, 976-977, 981-986, 990-1000, 1002-1003, 1006-1007, 1013, 1016, 1026-1032, 1035, 1038, 1045, 1056, 1059, 1063, 1066, 1125, 1135-1136, 1198, 1431, 1437, 1441, 1443-1444, 1448, 1524, 1788,

Vulnérabilité : 62, 102, 104-105, 1541, 1719-1722, 1749,

Vulnérable : 104, 105, 491, 951, 1141, 1238, 1317, 1533, 1541, 1721, 1749, 1776,

TABLE DES MATIÈRES

VOLUME 1

TABLE DES PRINCIPALES ABREVIATIONS	4
SOMMAIRE	8
INTRODUCTION	12
I / Le consentement : une absence de définition et un usage en décalage avec l'importance conférée au concept.....	13
A : La recherche d'une définition du concept de consentement.....	13
1 / Définition du consentement au sein de la littérature juridique.....	14
2 / Définition du consentement dans la langue philosophique et ordinaire.....	16
B : Une étymologie du terme de consentement à forte valeur heuristique.....	18
1 / Étymologie latine et anglaise du vocable de consentement	18
2 / L'importance de Cicéron dans l'introduction du consentement dans la langue latine.....	21
C : Étude statistique des usages du consentement : une importante quantitative en décalage avec l'importance reconnue au concept.....	23
1 / Recension statistique du vocable de consentement et des termes qui lui sont associés	24
2 / Analyse des données statistiques au regard de la production doctrinale	26
3 / Réflexions à l'égard de la surabondance du commentaire doctrinal par rapport à l'utilisation jurisprudentielle des termes recherchés	29
4 / Premières hypothèses à l'égard du concept juridique de consentement.....	32
II / La subjectivité juridique prisonnière de l'appréhension très majoritairement objective du sujet de droit.....	34
A : Le primat d'une conception abstraite et désincarnée de la subjectivité juridique.....	34
1 / La définition majoritaire en doctrine de la subjectivité juridique : un fonctionnalisme abstrait.....	35
2 / L'attention trop marginale de la doctrine à l'égard de la subjectivité concrète	39
B : La nécessité du recours au prisme subjectif et à l'incarnation du sujet en droit	43
1 / L'importance de la thématique de la capacité au regard de la subjectivité juridique.....	44
2 / Les risques engendrés par l'appréhension purement abstraite du sujet de droit.....	48
3 / La nécessaire conciliation des approches objective et subjective dans la	

compréhension de la subjectivité juridique	50
C : La vulnérabilité comme déterminant ontologique de la subjectivité :	
l'ouverture aux émotions	53
1 / Autonomie et subjectivité sous l'angle de la sensibilité	53
2 / De l'utilité d'une perspective émotivo-rationnelle dans la compréhension du droit.....	56
3 / Un recours encadré aux émotions et à la thématique de l'intériorité	59
III / Hypothèses et objectifs de la recherche : le consentement comme sentir-avec, voie d'accès à une subjectivité juridique renouvelée	62
A : Les questions soulevées par l'étude des liens entre consentement et subjectivité juridique	62
B : Formulation des hypothèses et cadre de la recherche.....	64

PARTIE I : CONSENTEMENT ET SUBJECTIVITE : UNE LIAISON DELICATE.....68

TITRE 1 : PERSPECTIVES HISTORIQUES SUR LE CONSENTEMENT.....72

CHAPITRE I : ÉMERGENCE DU CONCEPT DE CONSENTEMENT AU SEIN DE LA SPHÈRE JURIDIQUE.....73

Section 1 : Les premières traces du consentement juridique formalisé : le monde grec	74
§1 : L'émergence du consentement dans l'antiquité grecque	75
A / Propos général sur le problème de la traduction du grec ancien	75
1 / L'assimilation non justifiée de la volonté et du consentement	75
2 / Des variations substantielles de sens selon la traduction retenue	77
B / Consentement et contrats consensuels au sein du droit des obligations de la république athénienne.....	79
1 / Le consensualisme dans le droit antique grec : la problématique du volontaire et de l'involontaire	79
2 / Le statut ambigu du consentement derrière le principe du consensualisme.	81
C / Caractérisation juridique du consentement dans l'antiquité grecque	84
1 / L'absence de définition du consentement au sein de l'antique droit grec	84
2 / La nécessité d'un consentement doté de qualités particulières	86
§2 : Protection et limites du consentement dans l'antique droit grec	88
A / Consentement et vices du consentement dans l'antique droit grec	88
B / Consentement et bonnes mœurs : une liaison ancienne et incertaine.....	91
1 / Une protection du consentement tournée davantage vers la liberté que vers l'individu concret.....	92
2 / Appréciation des limites au consentement en référence aux bonnes mœurs	93
C / Conclusions sur le rôle et l'importance du consentement dans le droit de l'antiquité grecque	96
Section 2 : la période fondatrice de la réflexion juridique sur le consentement : l'antiquité romaine.....	100
§ 1 : L'affirmation du consentement : le droit romain	100
A / L'émergence du concept de consentement dans le droit romain	101

1 / Remarques terminologiques et critique sur le terme de consentement en droit romain	101
2 / Datation de l'apparition du consentement et du consensualisme, et hypothèses explicatives	103
a / Émergence et développement du consensualisme en droit romain	103
b / Hypothèses explicatives relatives à l'apparition et au développement du consensualisme	105
B / Une notion aux contours indistincts : la confusion sémantique du droit romain	108
1 / Convention, consentement et <i>paction</i> : un dépassement de l'opposition formalisme/consensualisme.....	108
2 / Consentement, convention, accord : des synonymes juridiques ?.....	111
C / Le consentement comme voie d'accès à un environnement conceptuel plus large	113
1 / Une virtualisation des conditions empiriques présidant au contrat	113
2 / Un retour à la volonté sans liens directs avec la subjectivité concrète.....	116
§2 : L'absence d'une théorie générale de protection des vices du consentement en droit romain	118
A / La protection du consentement en droit romain face à l'ignorance et l'erreur d'un contractant	119
1 / Mécanismes de protection du consentement dans le droit romain : le cas de l'ignorance.....	119
2 / Consentement et erreur en droit romain	123
a / Une protection du consentement au travers du régime juridique de l'erreur	123
b / Une protection fondée essentiellement sur une appréciation objective de l'erreur	126
B / Une protection du consentement qui confirme la faible attention portée à la subjectivité.....	127
1 / Le dol : une atteinte au consentement	128
2 / Consentement, subjectivité et droit romain : une relation fortement déséquilibrée.....	130
Section 3 : Le consentement juridique après la chute de l'Empire romain : une histoire complexe marquée par une fluctuation du sens.....	
§1 : Le droit franc : une pulvérisation du consentement	134
A / Une présence variable du consentement au regard de la situation géographique	135
1 / Consentement et région Sud : une forte influence romaine	135
2 / Consentement et région nord : un consentement évanescent	138
B / Une place moindre accordée au consentement dans la théorie juridique franque	141
1 / Le consentement en droit franc : une formalisation juridique moins avancée	141
2 / Consentement et subjectivité : l'impensé du sujet	143
3 / Une confirmation du lien entre consentement et opérations économiques	147
§2 : Consentement et droit romano-canonique.....	149
A / La redécouverte des solutions romaines et leur réinterprétation créatrice	149

1 / La redécouverte du droit romain	150
a / La glose ou le commentaire itératif	150
b / La diffusion des principaux travaux des glossateurs	152
2 / Analyse et éléments d'appréciations critiques à l'égard de la glose.....	154
a / Caractérisation de la démarche spécifique des glossateurs à l'égard du droit romain	154
b / Une lecture orientée et subjective du droit romain à l'occasion de sa redécouverte.....	156
B / L'importance du consentement et de l'intentionnalité dans le droit romano-canonique.....	159
1 / Consentement, subjectivité et théorie de la cause dans la glose.....	159
a / Théorie de la cause et liberté contractuelle : la destination économique du consentement	159
b / Une transformation de la conception romaine de la cause du contrat	162
2 / L'influence de la pensée chrétienne sur la forme du consentement juridique : l'exemple du serment.....	164
3 / Rôle et présence du consentement au sein du droit canon : une subjectivité enjeu de pouvoir	168
 <i>Conclusion du Chapitre 1</i>	 171
 <i>CHAPITRE II : INSCRIPTION DU CONSENTEMENT DANS L'HISTOIRE DE LA PENSÉE JURIDIQUE</i>	 173
 Section 1 : Consentement et fin du Moyen-Âge : un retour vers l'individu ?	 174
§1 : La nécessité de repenser les solutions anciennes en lien avec la montée de l'individualisme	175
A/ Une réinterprétation des interprétations des glossateurs : un éloignement toujours plus important du sens originel.....	175
B / Le rôle éminent joué par le droit naturel et Grotius dans la redéfinition du consentement	178
1/ L'importance du droit naturel sur le consentement : l'émergence de la volonté	178
a / Volonté divine et volonté humaine dans la fondation du droit naturel ..	178
b / La centralité de Grotius dans l'importance conférée à la volonté sur le plan juridique.....	180
2 / Éléments d'appréciation critique des propositions de Grotius.....	182
a / La place trouble du consentement dans la pensée de Grotius	183
b / Une utilisation du consentement à visée collective.....	186
§ 2 La construction définitive du lien entre droit, volonté et consentement	187
A / Une minoration du consentement au profit de la volonté.....	187
1 / L'importance capitale de Pufendorf à l'égard du concept juridique de consentement	188
2 / Une redéfinition intégrale du consentement : « la simple approbation des moyens ».....	192
3 / Une redéfinition qui passe par la perte du caractère fondamental du consentement	195
B / Une théorisation nouvelle qui n'évite pas les écueils classiques de l'usage du	

consentement	198
1 / Une redéfinition problématique dans ses conséquences : un simple déplacement des problèmes posés par le consentement	198
a / Une nouvelle définition problématique au regard de son application pratique	198
b / Un déplacement des problèmes qui aboutit à faire disparaître le consentement	200
2 / Pufendorf et Grotius : un même rejet des passions	202
3 / Une redéfinition qui masque mal un usage erratique et imprécis du consentement	206
Section 2 : Le consentement dans sa forme moderne : Code civil et théorie de l'autonomie de la volonté	210
§1 : L'évolution de la pensée juridique en lien avec le consentement : l'émergence du Code civil.....	212
A / Les principales inspirations doctrinales du Code civil : Jean Domat et Raymond Pothier	212
1 / Domat et le consentement : une ouverture à la sensibilité d'inspiration janséniste	213
2 / La pensée juridique de Pothier : un consentement placé sous le signe de la loi naturelle.....	215
B / L'avènement du Code civil : un consentement minoré, au service de la propriété.....	217
1 / L'inspiration philosophique de la Constituante : entre liberté et machinisme	218
a / Lectures critiques des présupposés philosophiques de la Constituante..	218
b / Un même rejet apparent de la sensibilité et du sentiment	221
2 / Les travaux préparatoires du Code civil : un consentement non défini à l'importance toute relative.....	222
a / Recherche et étude du concept de consentement au sein des travaux préparatoires du Code civil.....	222
b / La confirmation du caractère essentiellement technique du consentement chez les rédacteurs du Code civil	226
3 / Interprétations critiques par la doctrine de l'orientation idéologique du Code civil : le primat de la propriété	228
§2 La théorie de l'autonomie de la volonté et le consentement : un mythe savamment entretenu	231
A / L'invention du mythe de l'autonomie de la volonté	232
1/ La théorie de l'autonomie de la volonté : une fondation bancale à raison d'une interprétation erronée du droit romain.....	232
a / Une interprétation douteuse des termes spécifiques au droit romain	232
b/ La paternité introuvable de l'autonomie de la volonté au sein de la doctrine française.....	235
2 / La présence introuvable de cette théorie au sein du Code civil	237
B / L'impuissance la théorie juridique de l'autonomie de la volonté à fonder le consentement comme sentir-avec.....	241
1 / Le Code civil : un nouveau désaveu pour la subjectivité et le consentement comme sentir-avec.....	241

2 / La persistance de l'autonomie de la volonté dans la doctrine contemporaine et l'impossible réflexion sur le consentement	245
<i>Conclusion du Chapitre 2</i>	249
TITRE 2 : CONSENTEMENT JURIDIQUE, CONSENTEMENT PHILOSOPHIQUE, CONSENTEMENT POPULAIRE : DES NOTIONS DISTINCTES	251
<i>CHAPITRE 1 : PANORAMA PHILOSOPHIQUE DU CONSENTEMENT INDIVIDUEL ET SOCIAL</i>	254
Section 1 : Consentement et philosophie : l'ancrage dans le subjectif	255
§1 : Stoïcisme et consentement : les origines du concept	255
A / Le point de départ stoïcien : l'assentiment	256
B / stoïcisme et théorie de la volonté.....	259
C / Consentement et fermeté du jugement	262
§2 : Une philosophie riche d'enseignements pour la compréhension du concept de consentement	266
A / Éléments d'appréciation critique sur la philosophie stoïcienne	266
B / Stoïcisme et Destin : la subjectivité entre liberté et déterminisme	269
1 / L'importance de la notion de Destin : le règne de l'ordre des causes	269
2 / La liberté stoïcienne comme harmonie avec l'ordre du monde	271
C / Conclusion sur les rapports entre consentement et stoïcisme.....	275
Section 2 : Consentement et théories du contrat social chez Hobbes et Locke :	
l'affirmation d'une subjectivité différenciée en lien avec le consentement	278
§1 : Thomas Hobbes : le consentement comme choix entre vivre et mourir	279
A / Caractérisation des principaux éléments notionnels de la théorie hobbesienne en rapport avec le consentement et la subjectivité	279
1 / Définition des principaux concepts de la philosophie politique de Hobbes au regard du consentement	280
a / Le rôle joué par le consentement dans le passage de l'état de nature à l'état social.....	280
b / La dualité hobbesienne du consentement libre et du consentement contraint	282
2 / Les conséquences du relativisme de Hobbes sur la détermination de la subjectivité.....	284
a / Le refus de la transcendance au travers de l'absence de la loi naturelle	284
b / L'émergence du sujet et de la volonté comme point d'origine de la normativité.....	286
B / L'abolition de la subjectivité individuelle au profit d'une subjectivité nouvelle	289
1 / Consentement et Léviathan : la subjectivité évanescence.....	289
2 / Le consentement comme vecteur de passage de la multitude au peuple....	292
C / Une subjectivité écrasée par la puissance du souverain	296
1 / L'impossible refus individuel de consentir.....	296
2 / Éléments d'appréciation critique sur la philosophie de Hobbes	298
a / Le consentement pensé comme outil de destruction plus que de création	

.....	299
b / Une crainte explicite du peuple et de ses possibles débordements	300
§2 : John Locke : le consentement comme levier d'appropriation matérielle	303
A / De l'importance de la sensibilité dans la philosophie lockéenne	303
B / Consentement et contrat social : la liberté de suivre son intérêt.....	306
1 / La vision pacifiée de l'état de nature chez Locke	306
2 / La place éminente de la propriété dans la construction de l'État et la structuration des rapports sociaux	309
3 / Les pouvoirs conférés aux institutions placés sous le signe de la défense de la propriété.....	311
C / Éléments critiques sur la proposition lockéenne au regard du consentement	312
Section 3 : Consentement et théorie du contrat social chez Rousseau et Spinoza : l'importance des passions et de la sensibilité dans la définition de la subjectivité et du consentement	315
§1 : Jean-Jacques Rousseau : Le consentement entre technique juridique et faculté sensible	316
A / L'importance considérable de la sensibilité dans l'œuvre de Rousseau	316
1 / Éléments de définition à l'égard des principaux concepts rousseauistes ...	317
a / Le sentiment : point d'entrée de la subjectivité dans le monde.....	317
b / Une sensibilité non exclusive de l'usage de la raison	318
c / L'exaltation de la liberté dans la philosophie de Rousseau	321
2 / Consentement et contrat social : l'importance de la sympathie.....	323
B / Le consentement : témoignage de l'égalité des sujets et fondement de la légitimité du corps social.....	326
1 / Consentement, égalité et légitimité	326
2 / Légitimité du consentement populaire : la question du nombre suffisant..	328
C / Le nécessaire dépassement des intérêts particuliers par le citoyen : une subjectivité citoyenne transcendante	330
1 / La socialité comme dépassement de la subjectivité	330
2 / Éléments d'appréciation sur les propositions rousseauistes à l'égard du consentement	333
§2 : L'œuvre politique de Spinoza : la Société comme communauté pathique	336
A / L'importance des passions chez Spinoza et ses conséquences sur l'appréhension de la moralité des individus	337
1 / L'homme : un animal passionnel.....	337
2 / Spinoza : un dépassement de la morale.....	340
B / La spécificité du contrat social spinoziste : la continuation de l'état de nature au sein de la société	343
1 / Multitude, état de nature et passions : l'originalité de la pensée de Spinoza	343
2 / La liberté placée au cœur de la vie sociale	344
C / Du souverain et de sa relation au sujet juridico-politique	347
1 / Le premier temps de la réflexion : le Traité théologico-politique et l'étendue des pouvoirs du souverain	348
2 / La réflexion renouvelée du Traité Politique : le rôle du consentement.....	349
<i>Conclusion du Chapitre 1</i>	354

<i>CHAPITRE 2 : CONSENTEMENT ET SUBJECTIVITÉ : LE MYSTÈRE DE L'AUTONOMIE</i>	355
Section 1 : La conception continentale de l'autonomie : le sujet entre universalité et singularité des préférences.....	356
§1 : L'autonomie kantienne : fixer par soi-même les lois de son agir.....	357
A / L'influence de Rousseau sur la pensée kantienne : la question de la nature humaine et des passions.....	357
B / Universalisation et perspective transcendantale : le dépassement de la subjectivité.....	359
1 / La fondation de la morale par l'universalisation désintéressée.....	360
2 / Causalité et liberté individuelle : plan phénoménal et plan nouménal.....	361
C / Critique de la distinction kantienne entre plan nouménal et phénoménal.....	363
§2 : L'ambivalence de la subjectivité et des passions : le pessimisme kantien.....	366
A/ Le sentiment comme fondement de la morale.....	366
B / Individu et espèce : la subjectivité ambivalente.....	370
C / Conclusion sur les apports de la philosophie kantienne à la logique de la subjectivité et du consentement.....	373
Section 2 : La conception anglo-saxonne de l'autonomie comme faculté d'avoir des préférences singulières.....	376
§1 : Un changement d'approche dans la perception de la subjectivité et de la nature humaine.....	377
A / Une réflexion sociale et politique à l'égard du libre-arbitre.....	377
B / La question de la nature humaine dans la pensée millienne.....	379
§2 : La subjectivité millienne : liberté de l'individu et exigences sociales.....	381
A / Autonomie et liberté dans la pensée de John Stuart Mill : la subjectivité en actes.....	382
1 / La liberté de pensée et de discussion, étape dans la fondation d'une subjectivité.....	382
2 / La liberté d'action : la subjectivité au prisme de l'expérience et de l'éducation.....	385
B / Subjectivité et exigences de la socialité : les limites aux prétentions du sujet.....	389
1 / Autonomie personnelle et normativité collective : quelle place pour la singularité d'une opinion ?.....	389
2 / Le « <i>harm principle</i> » comme limite à l'autonomie de la subjectivité.....	391
Section 3 : Consentement et psychanalyse : le mystère de la subjectivité.....	394
§ 1 : Consentement et psychanalyse : l'énigme du désir.....	395
A / De l'utilité de la psychanalyse pour la compréhension juridique du consentement.....	395
B / Inconscient et droit : une conciliation impossible ?.....	398
1 / Définition et utilité de la notion d'inconscient pour le droit.....	398
2 / L'inconscient en droit : une notion d'application délicate.....	402

C / L'appréhension psychanalytique du désir : le désir a-moral.....	403
§ 2 : Psychanalyse et subjectivité : une transformation de la figure du sujet.....	407
A / Une subjectivité et une liberté malmenées par le discours moderne	407
1 / Psychanalyse et droit : la remise en cause de la liberté du sujet	408
2 / Le discours contemporain en tant que destruction de l'interdit	409
B / Psychanalyse et droit : une redéfinition des contours du sujet juridique.....	412
1 / Psychanalyse et droit : la question de la subjectivisation juridique	412
a / L'apport de la psychanalyse à la compréhension de la subjectivité juridique et du consentement.....	412
b / Le refus d'une prise en compte uniquement déresponsabilisante de l'inconscient	415
2 / Psychanalyse et droit : la délicate définition de la santé mentale.....	416
 <i>Conclusion du Chapitre 2</i>	 420
 CONCLUSION PARTIE I	 421

VOLUME 2

PARTIE II : LE RÉGIME JURIDIQUE DU CONSENTEMENT : UNE SUBJECTIVITÉ D'IMPORTANCE VARIABLE423

TITRE I : LA SUBJECTIVITÉ A L'AUNE DE L'ENGAGEMENT : QUI S'ENGAGE, ET POUR QUELLE DURÉE ?425

CHAPITRE 1 : CONSENTEMENT ET CAPACITÉ A CONSENTIR : UN DÉPASSEMENT DU SUJET 426

Section 1 : Consentement individuel et capacité : étude et redéfinition.....428

§1 : Consentement et capacité : essai de redéfinition du support juridique du sujet429

A / Éléments de caractérisation du concept de capacité dans la sphère juridique429

1 / Première approche de la capacité en droit.....429

2 / Définition historique de la capacité.....432

B / La redécouverte contemporaine des capacités de l'incapable.....434

C / Illustration des conséquences de l'incapacité au travers du régime de l'expérimentation médicale et de la stérilisation forcée.....437

1/ Le régime dérogatoire de l'expérimentation sur les incapables : témoignage d'une attention distante à l'égard de la sensibilité.....438

2 / Incapacité et stérilisation forcée : la subjectivité au carrefour de l'animalité et de l'humanité441

§2 : La conception renouvelée de la capacité : une ouverture aux émotions et à la sensibilité444

A / Étude des liens entre le concept juridique de personne et la capacité444

1 / La personne comme support de la capacité.....444

2 / Bref retour historique sur le concept de personne446

B / Caractérisation de l'incapable et redéfinition de l'incapacité en lien avec le consentement comme sentir-avec448

1 / L'incapable est-il une personne juridique ?448

2 / La nouvelle définition de l'incapacité au regard de la Convention des Nations-Unies relative aux droits des personnes handicapées.451

a / Étude des principales dispositions en lien avec le consentement et la capacité451

b / Une modification très substantielle en faveur de la prise en compte de la subjectivité des incapables.....454

C / Une redéfinition en accord avec les mouvements contemporains du droit ...455

1 / Illustration jurisprudentielle de la nouvelle définition de l'incapable au regard du consentement455

a / Un mouvement jurisprudentiel en concordance avec la nouvelle perception de l'incapacité.....456

b / Des changements conséquents à prévoir dans le statut juridique de l'incapable en droit français458

2 / Une redéfinition qui consacre le consentement comme sentir-avec	460
Section 2 : Consentement individuel à visée collective : la subjectivité citoyenne	463
§1 : La capacité en droit constitutionnel : consentement et vote.....	464
A / La détermination de la qualité d'électeur au sens du Code électoral	464
B / La privation du droit de vote : une interdiction nécessairement circonscrite du consentement électoral	468
C / L'exclusion de fait de la capacité à consentir en matière électorale	471
§2 : Consentement populaire et vote : une subjectivité redoutée	474
A / Subjectivité et pouvoir de consentir : la figure de l'électeur	474
1 / Le vote : le principe d'un consentement égal de chaque citoyen	474
2 / Vote et consentement en matière électorale : faculté subjective ou devoir ?	476
a / Critique du droit de vote comme devoir : pour une liberté du consentement en matière électorale.....	476
b / Le droit de vote comme faculté : outil d'articulation entre liberté individuelle et vie sociale	480
B / Consentement, vote et expression directe de la subjectivité.....	483
1 / Le soupçon porté sur le consentement non médiatisé du corps social : la crainte de la subjectivité	483
a / L'introduction du référendum d'initiative minoritaire : une consécration du consentement populaire ?	483
b / Le référendum d'initiative minoritaire : une place restreinte laissée à l'expression directe du consentement populaire.....	485
c / Le référendum en droit constitutionnel : le peuple redouté.....	487
2 / Consentement populaire et légitimité du pouvoir	490
Section 3 : Consentement du tiers et subjectivité : identité et différence dans la représentation.....	492
§1 : Consentement du tiers en droit constitutionnel : mécanique de la représentation	493
A / Propos général sur le tiers représentant en droit constitutionnel	494
B / L'élection présidentielle en droit constitutionnel : la médiation du consentement	497
1 / Consentement, liberté de choix et égalité des prétendants à la représentation	497
2 / La tentative avortée d'instauration d'un filtre supplémentaire du consentement aux représentants.	500
§2 / Une large liberté laissée aux candidats à la représentation	503
A / L'égalité de principe entre les candidats à la représentation du consentement en matière électorale.....	503
B / Mandat impératif et consentement en matière électorale.	504
<i>Conclusion du Chapitre 1</i>	507

CHAPITRE 2 : LA SUBJECTIVITÉ DE L'ENGAGEMENT AU REGARD DE LA

TEMPORALITÉ SPÉCIFIQUE DU CONSENTEMENT 508

Section 1 : Consentement, naissance et vie de l'engagement : une subjectivité bornée	509
§1 : Temporalité du consentement social : la subjectivité au prisme du vote.....	511
A / Étude de la durée des mandats électoraux en droit français : le consentement fugitif	511
B / Conséquences de la temporalité des élections sur la nature du consentement populaire	513
§2 : La temporalité du consentement face au sujet incarné.....	515
A / Les directives anticipées : le consentement face à la mort du sujet.....	515
1 / L'émergence des directives anticipées ou l'apparition d'un consentement suspendu	516
2 / L'absence de caractère obligatoire des directives : le consentement mis en échec	519
a / Critique de l'absence de force obligatoire des directives anticipées dans l'ordre juridique français.	519
b / Conclusions à l'égard de la temporalité spécifique des directives anticipées au regard du consentement	521
B/ Consentement et image du cadavre : le consentement après la mort.....	523
1 / La dignité comme paradigme de la protection de l'image du cadavre.....	523
2 / Les fondements incertains de la dignité du cadavre et l'impossible subjectivisation de sa dignité par le consentement.....	525
a / Une possibilité de modulation de la dignité du cadavre par le consentement dans la jurisprudence de la CourEDH	525
b / Les incertitudes de la jurisprudence actuelle au regard du principe de dignité du cadavre.....	527
C/ Consentement et assistance médicale à la procréation post-mortem : le droit entre vie et mort.....	530
1 / Le transfert d'embryons congelés face au consentement : la protection du temps.....	530
a/ Le refus renouvelé d'un consentement apte à transcender la mort d'un des parents.....	531
b / Le maintien de l'interdiction, en dépit des positions favorables du CCNE et du Conseil d'État	533
2 / L'insémination artificielle post-mortem : un consentement impuissant à transcender la mort	534
Section 2 : Consentement et retrait de l'engagement : une subjectivité malmenée	538
§1 : La révocation du consentement : l'impossibilité de déduire un principe d'ensemble.....	539
A / L'impossibilité de la révocation en droit constitutionnel : illustration du mirage du pouvoir populaire	539
1 / Révocation du consentement et nature du consentement populaire.....	540
2 / Une méfiance prononcée à l'égard du consentement populaire et de son titulaire.....	543
B / Consentement et résiliation face aux engagements contractuels	546

1 / Consentement et temporalité en droit des obligations : l'impossible consentement perpétuel	546
2 / Consentement et résiliation des contrats à durée indéterminée : l'absence de contrôle des motifs	549
3 / Consentement et droit de résiliation unilatérale : la primauté administrative	552
C / Consentement, assistance médicale à la procréation et révocation : la liberté de retrait du don de gamètes.....	555
1 / Illustration de la temporalité du consentement en matière médicale : l'affaire Evans c. Royaume-Uni.....	555
2 / L'appréhension concrète du consentement en matière d'assistance médicale à la procréation.	557
a / La volonté d'une partie des juges de recourir à une appréhension concrète du consentement	558
b / Appréciation critique des propositions formulées par les juges dissidents	559
3 / Les juges face au consentement en matière biomédicale : une tentative de rejet de la pure appréhension contractuelle	562
§2 : Temporalité et imprévision dans le champ contractuel : une perception différente de la subjectivité suivant le juge	565
A / Consentement et imprévision en droit privé : le refus de principe d'une variation de l'engagement	565
B / L'imprévision dans le droit public : une prise en compte illusoire de la subjectivité.....	569
C / Conclusions sur le rapport du consentement à la temporalité en matière contractuelle : la subjectivité indistincte.	572
 <i>Conclusion du Chapitre 2</i>	 574
 TITRE II : UNE SUBJECTIVITÉ ÉPROUVÉE PAR LE RÉGIME JURIDIQUE DU CONSENTEMENT	 576
 <i>CHAPITRE 1 : LE CONSENTEMENT LIBRE ET ÉCLAIRÉ : MIRAGE DE LA SUBJECTIVITÉ</i>	 577
Section 1 : Consentement, vices du consentement et subjectivité.....	579
§1 : Études des vices du consentement en lien avec la subjectivité	580
A / L'erreur dans la théorie générale des obligations : le consentement entre interprétation objective et subjective.....	580
1 / Erreur, interprétation subjective et interprétation objective : la place du consentement moderne	581
a / Le régime juridique de l'erreur en droit des obligations : l'oscillation entre approche objective et subjective.....	581
b / La volonté d'une partie de la doctrine contemporaine de retourner à une appréciation essentiellement objective de l'erreur	583
2 / L'exclusion de certaines erreurs indépendamment de leurs effets sur le	

consentement	586
3 / Conclusion sur le rapport entre erreur et consentement en droit privé.....	589
B / Consentement et dol : une subjectivité indistincte.....	591
C / Consentement et violence : la subjectivité écrasée.....	595
1 / Historique de la violence : consentement et <i>metus</i>	596
2 / Consentement et violence dans sa forme contemporaine : une prise en compte accrue de la subjectivité.....	599
§2 : La transposition des vices du consentement en droit administratif.....	601
A / Dol, violence et erreur en droit administratif : une reprise relativement fidèle des solutions du droit civil.....	603
B / Une transposition de la théorie des vices du consentement aux fondements incertains.....	605
1 / La réception peu commentée de la théorie civiliste des vices du consentement par le droit administratif	605
2 / La transposition des vices du consentement en droit administratif : une différence de nature du consentement ?	607

Section 2 : Consentement, appréciation objective et appréciation subjective : place de l'objet et du sentiment.....	609
§1 : De la possibilité de distinguer entre le consentement et l'accord en matière contractuelle.....	610
A / Retour sur la distinction entre consentement et accord	610
B / Éléments pour une phénoménologie de l'accord	613
1 / L'importance de la dissociation entre consentement et accord	613
a / Cadre théorique de la réflexion autour des concepts de consentement et d'accord	613
b / La possibilité d'une disjonction entre le consentement et l'accord.....	616
2 / Le consentement dissocié de l'accord : conséquence du postulat erroné de la liberté radicale	618
§2 : Les conséquences de la phénoménologie de l'accord sur la théorie des vices du consentement	621
A / Une redéfinition des concepts favorable à la prise en compte accrue de la subjectivité.....	621
B / Réexamen de la théorie des vices du consentement dans la perspective du consentement comme amalgame	624
1 / Étude renouvelée de la problématique du dol au regard du consentement comme sentir-avec.....	624
2 / Consentement, accord et erreur dans la théorie des contrats.....	626
a / L'appréhension nouvelle de l'erreur par la distinction entre consentement et accord.....	627
b / L'erreur obstacle au regard de la distinction du consentement et de l'accord	627
c / Étude de la distinction du consentement et de l'accord dans l'hypothèse de l'erreur sur la substance	629
3 / L'erreur sur la substance et l'erreur sur les motifs : une subjectivité méconnue au profit de l'objet.....	631
a / Consentement et erreur sur la substance : le fétichisme de l'objet ?.....	631
b / Le rejet de l'erreur sur les motifs : la réaffirmation du primat de l'objet	

.....	633
4 / Consentement, accord et violence dans la perspective du consentement dissocié de l'accord	635
C / L'être humain en droit : catégorie juridique abstraite à contenu sentimental variable	637
1/ Importance du sentiment et obligation de fidélité dans le contrat de mariage et de pacs.	637
2/ Le statut de l'obligation de fidélité dans doctrine contemporaine : la question du sentiment.....	640
Section 3 : Consentement, obligation d'information et subjectivité	641
§1 : Consentement et information : la prédominance de l'information dans la concrétisation juridique du consentement	642
A/ Retour historique et théorique sur l'importance de l'information dans la sphère juridique.....	643
B/ Étude de la place de l'information dans la théorie des vices du consentement	647
1 / Analyse économique des vices du consentement et consentement : l'importance de l'information.....	647
2 / Analyse de la violence dans son lien avec l'information et l'objet du contrat	652
C / Appréciation des conséquences d'une théorie marquant l'abandon du critère de la volonté	655
§2 : Une illustration de l'importance variable de l'information : le consentement en situation	658
A / Consentement et sphère médicale : l'importance de principe de l'information	658
1 / Bref historique de l'obligation d'information dans la sphère médicale	659
2 / L'obligation d'information : des contours délimités de manière particulièrement précise.....	662
a / La difficulté à déterminer ce qui constitue un risque devant être communiqué au patient.....	662
b / L'application par la jurisprudence de l'obligation d'information en matière médicale.....	664
3 / Manquement à l'obligation d'information : un préjudice autonome apparemment non subjectivable	668
4 / Information et recherches biomédicales : analyse des éléments d'informations obligatoires à transmettre au candidat à la recherche.....	672
a / Cadre juridique de la réflexion sur l'information en matière de recherches biomédicales	672
b / Caractérisation des éléments d'informations obligatoires au regard du consentement	674
B/ Une importance variable de l'information dans les autres domaines d'utilisation du consentement.....	677
1 / Obligation d'information, consentement et sexualité : les limites de l'appréhension juridique.....	677
2 / L'importance de l'information dans le consentement populaire	681
a / Les mécanismes d'accès à l'information touchant au candidat à la représentation.....	681

b / L'absence de mécanisme de protection spécifique à l'information en matière de votation	686
<i>Conclusion du Chapitre 1</i>	691
CHAPITRE 2 : LE CONSENTEMENT A L'ÉPREUVE DU TRAITEMENT JURIDIQUE DE LA SEXUALITÉ	693
Section 1 : Consentement juridique et usage du corps : la subjectivité au prisme de la sexualité	695
§1 : Le consentement à la sexualité au regard de la construction juridique du viol en droit pénal	696
A / L'apparition du consentement dans le champ de la sexualité : l'hypothèse du viol	696
1 / Perspectives historiques sur l'âge du consentement à la sexualité	696
2 / Approche du rôle du consentement par l'étude du viol	699
B / L'importance des éléments constitutifs du viol dans la définition du rôle du consentement	701
1 / Premier élément de définition : la notion juridique de coït	701
2 / Le viol : un coït illicite : éléments pour une caractérisation temporelle du consentement	703
a / Les conséquences du consentement présumé en matière de sexualité licite	703
b / Le consentement à la sexualité maritale : une obligation perpétuelle ?	706
3 / Le consentement comme médium de détermination du partage de la responsabilité dans les relations sexuelles illicites ou contestées	708
C / Viol et mariage : continuité et rupture de la logique consensuelle	711
1 / Le viol, une absence de consentement, et le mariage, un contrat d'aliénation ?	712
2 / Consentement et viol conjugal	715
3 / Premier bilan sur le rôle du consentement à la lumière des évolutions de la définition juridique du viol : que reste-t-il du devoir conjugal ?	719
a / Les défis posés par le consentement en matière sexuelle	719
b / L'appréciation de l'actualité du devoir conjugal au regard de la jurisprudence	721
§2 : Caractérisation du consentement dans l'architecture juridique contemporaine en rapport avec la sexualité	725
A / Consentement sexuel, capacité et incohérences temporelles : quand faire est moins grave que voir	726
B / Consentement et incapacité juridique : la logique consensuelle face aux incapables juridiques	729
1 / Consentement et capacité à consentir : la question de la sexualité des incapables	729
2 / Que fait celui qui ne peut consentir lorsqu'il a une relation sexuelle ?	732
a / Le consentement à la sexualité face à l'incapacité : un nécessaire dépassement du consentement juridique	733
b / L'absence de réponse du droit positif à l'égard du consentement à la sexualité des incapables juridiques	734

C/ La nécessaire évolution du cadre législatif existant : la nouvelle définition du consentement comme attention à la subjectivité	737
1 / L'impossible conciliation du système existant avec les derniers mouvements du droit.....	737
2 / Sexualité des incapables et apports du consentement comme sentir-avec	739
Section 2 : Consentement et prostitution : l'impossibilité de penser un consentement libre.....	741
§1 : Détermination de l'activité prostitutionnelle au regard du droit	743
A / La prostitution : une activité nécessairement corporelle	744
B / La prostitution ou l'évaluation monétaire du consentement.....	745
§ 2 : Caractérisation et régime juridique de la prostitution : le doute à l'égard du consentement	747
A / Le corps comme objet du contrat : la prostitution est-elle réductible au travail ?	748
1 / Prostitution et acte prostitutionnel : une relation contractuelle ?	748
2 / Prostitution, contrat portant sur le corps et contrat de travail.....	751
B / Une mise en doute du consentement liée à une certaine sacralité de la sexualité et du corps.....	753
1 / Prostitution et valeur du corps et de la sexualité	753
2 / La prostitution peut-elle résulter d'un libre choix ?.....	757
3 / Prostitution et possibilité d'un consentement éclairé	760
C / La pertinence incertaine de la dignité comme obstacle à l'activité prostitutionnelle.....	763
1 / Prostitution et limites du consentement : la dignité comme frontière ?	763
2 / Des conséquences de l'appréhension par le prisme de la dignité de la prostitution.....	767
3 / Pour un dépassement de la dichotomie régulation /abolition.....	770
<i>Conclusion du Chapitre 2.....</i>	<i>774</i>
 <i>CHAPITRE 3 : LE CONSENTEMENT FACE AUX FRONTIÈRES PHYSIQUES ET PSYCHIQUES DU SUJET DE DROIT</i>	<i>776</i>
Section 1 : Consentement et pratiques corporelles : le consentement face à la dignité	777
§1 : L'exemple de pratiques jugées incompatibles avec le consentement.....	778
A / La jurisprudence Morsang-sur-Orge : la dignité comme obstacle à la liberté corporelle.....	779
1 / Une essentialisation du handicap : l'impossible arrachement à la condition matérielle	779
2 / Une subjectivité figée appréhendée sous l'angle unique du devoir	782
3 / L'assimilation de l'identité à la subjectivité, et le recours aux émotions comme fondement de la décision	787
B / Consentement, subjectivité et désirs extrêmes : le cas du sadomasochisme	790
1 / L'introduction de la problématique du consentement au sein de l'appréhension juridique du sadomasochisme : l'affaire Laskey, Jaggard et Brown c. Royaume-Uni.....	791

a / Une appréciation des faits transformée par un vocabulaire spécifique : le juge, la doctrine et les émotions	791
b / La moralité publique : entre appréciation juridique et jugement de valeur	795
2 / L'affaire K.A et A.D c. Belgique : l'occasion d'une critique systématique du consentement et de la subjectivité	798
a / Détermination du cadre du raisonnement et inventaire des arguments doctrinaux	799
b / L'utilisation des émotions dans le discours doctrinal pour asseoir l'argumentation.....	803
3 / Contrôle objectif, motifs subjectifs : des critiques qui dépassent très largement leur objet.....	805
a / Les difficultés posées par le prisme objectif au regard de l'appréciation des faits.....	806
b / Des subjectivités d'importance variable dans le discours doctrinal....	809
§2 : Dignité et consentement : la négation de la subjectivité	812
A / La dignité juridique : une fondation incertaine résultant d'une interprétation partielle	812
1 / L'émergence de la dignité : une réécriture de l'histoire juridique par la doctrine	813
2 / Une interprétation idéologique et lacunaire de la pensée kantienne	816
B / La dignité en droit : un problème de définition source de paradoxes logiques.	818
1 / Une utilisation marginale de la dignité dans la jurisprudence administrative, en lien avec son absence de définition.....	818
2 / La dignité : un principe limitant et non universel.....	821
3 / L'impossibilité de penser la subjectivité du juge : la contradiction logique au cœur de l'appréhension juridique de la dignité	824
C / La dignité : l'émotion subjective au profit d'une protection objective détachée du sujet.....	826
1 / L'objet de la protection juridique de la dignité : référence abstraite et individu concret	826
2 / La dignité de la personne humaine : un rempart contre la subjectivité	830
3 / La raison insuffisante à expliquer le fondement et l'importance du concept de dignité	832
Section 2 : Consentement et subjectivité psychique : une relation sous le signe d'une plus grande liberté	834
§1 : Subjectivité psychique et croyances religieuses : une place large laissée au consentement	835
A/ La délicate appréhension juridique de la religiosité	835
1 / Subjectivité juridique et laïcité : un consentement largement accepté.....	836
2 / L'absence de définition juridique du religieux	840
B/ La circoncision comme exemple du lien entre subjectivité psychique et subjectivité physique	843
1 / Subjectivité de la croyance et objectivité de la protection juridique : la question de la circoncision	843
2 / La circoncision comme exemple de la négociation autour de l'accès au	

corps	847
C / Convictions religieuses et consentement : un régime complexe qui soulève de nombreuses questions	848
1 / Le consentement aux prises avec la fundamentalité de l'appréhension juridique du religieux	849
2 / Appréciation juridique de la sensibilité et subjectivisation des droits fondamentaux en matière religieuse	851
3 / Subjectivité des parents et subjectivité de l'enfant : une impossible conciliation ?	854
§2 : Consentement et liberté d'opinion sur le plan politique.....	858
A/ Le principe d'une tolérance renforcée à l'égard du débat public d'opinions politiques	858
B / Une liberté de principe mais non absolue : les bornes du consentement en matière politique	861
1 / La liberté politique des élèves de l'enseignement supérieur : un contrôle strict du consentement	861
2 / La délicate dissolution des partis politiques : le consentement protégé....	865
C / L'extension de la neutralité absolutisée : le risque d'un contrôle préventif de la parole publique	869
 <i>Conclusion du Chapitre 3</i>	 874
 Conclusion de la Partie II	 876
 CONCLUSION GÉNÉRALE	 878
 BIBLIOGRAPHIE	 883
 INDEX	 935
 TABLE DES MATIÈRES	 940