



HAL
open science

L'emprise de l'Amour sur le Droit

Hania Kassoul

► **To cite this version:**

Hania Kassoul. L'emprise de l'Amour sur le Droit. Le Droit et les Sentiments, CERDP, Jun 2015, Nice, France. hal-02182368

HAL Id: hal-02182368

<https://hal.science/hal-02182368>

Submitted on 26 Dec 2019

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

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

L'emprise du droit sur l'amour

Hania KASSOUL

Résumé. *Le Droit et l'Amour vivent une histoire faite d'Idéal et de désillusion. Leur liaison est à la fois forcée et fructueuse, en ce qu'elle doit intégrer des sentiments intimes dans l'ordre juridique, par essence général, impersonnel et impératif. Tout d'abord, l'Amour appartient par nature aux Hommes. Il s'exprime alors pour l'Institution au travers d'une liberté qui doit être protégée. Ensuite, l'Amour est traduit par le Droit comme un modèle de comportement qui doit être promu (I). Toutefois, le Droit, en tant que machine sociale qui concilie des intérêts divers, a pour fonction de limiter la place des sentiments en faveur d'autres valeurs à préserver. C'est ainsi qu'une certaine indifférence peut être observée. Enfin, cette indifférence peut se transformer en réprobation si l'expression de l'Amour nuit à la société (II).*

Comprendre l'art d'aimer. – « *Si quelqu'un parmi vous [...] ignore l'art d'aimer, qu'il lise mes vers; qu'il s'instruise en les lisant, et qu'il aime* »¹. Suivons cette recommandation d'Ovide, et abordons le sens de l'amour au travers la poésie.

L'amour dit par la poésie. - Dire son amour n'est pas chose aisée. Dire ce qu'est l'amour n'est pas plus facile. Dans l'extrait d'une supplique magnifique du poète Louis Aragon, on découvre que l'amour est :

*« [...] Ce qui me traverse
Ce qui me bouleverse et qui m'envahit
[...] Ce qui me transperce
Ce qu'ai j'ai trahi quand j'ai tressailli
Ce que dit ainsi le profond langage
Ce parler muet de sens animaux
Sans bouche et sans yeux miroir sans image
Ce frémir d'aimer qui n'a pas de mots »².*

¹ Ovide, *L'art d'aimer*, Livre I, § 1, FV Editions, 2012.

² L. Aragon, « *Les mains d'Elsa* », in *Le Fou d'Elsa*, 1963.

Les vers du poète sont autant d'indices pour exprimer ce que signifie Aimer. Si surgit l'idée d'un instinct, animal et physique, il s'agit aussi d'un langage muet et silencieux. Cette dualité signe la rencontre mystérieuse d'univers physique et métaphysique. Les mots manquent nécessairement pour dire un sentiment qui ne peut se décrire. Est-ce pour autant que l'on ne sait pas ce qu'est l'Amour ? Bien sûr nous le savons ! : C'est pourquoi le poète décrit encore « *ce que le silence, un éclair, aura connu d'inconnu* »³. *Le silence qui connaît l'inconnu*. L'amour a donc quelque chose de surnaturel en ce qu'il nous dote d'un savoir indicible.

L'amour, un sentiment aux expressions variées. - Néanmoins, l'Homme ne résiste pas au défi de dire l'indicible... La conséquence est que l'amour apparaît, mais de façon protéiforme. Son expression dévoile une réalité aussi riche que variée, du fait notamment de la subjectivité qui l'anime. De plus, l'amour, comme une force invisible, nourrit les relations humaines sous différents aspects. *Philia, storgè, érôs, agape*⁴... Passionnel, platonique, heureux, pathologique, romantique, charitable, parental... Les formes d'amour sont multiples, complexes et changent selon les cultures et les siècles. Ainsi, définir les relations entre le Droit et l'amour semble un véritable défi, d'autant que définir l'amour lui-même s'avère problématique. Il faut pourtant reconnaître que des tentatives de définitions existent. Essayons de mettre des *mots* sur ce sentiment, pour saisir ensuite les *maux* dont il peut être responsable. Pour cela, il faut recourir à d'autres sciences, car le Droit ne saurait définir à lui seul un phénomène aussi complexe.

L'amour vu par la philosophie. - L'insaisissabilité de l'amour n'a pas découragé la philosophie qui s'est naturellement essayée à un

³ *Idem.*

⁴ Cf. V° Agape, in *Encyclopaedia Universalis [en ligne]* : « Agapè convient principalement à l'amour fraternel, à l'amour paisible et pur, à l'amour de dilection. Erôs convient davantage à l'amour des amants, à l'amour enflammé ». Adde V° Agape, in M. R. Gabriel, *Dictionnaire du Christianisme*, Publibook, 2007 : « Terme grec qui, selon certains théologiens, désigne l'amour de Dieu pour l'homme ; amour désintéressé et loyal qui ne dépend pas des mérites de celui qui est aimé et qui implique le don de soi, en opposition à érôs, amour fugitif, passionnel, possessif et charnel. Autres termes grecs pour désigner l'amour sont *philia*, l'amour amical, et *storgè*, l'amour familial ou affection naturelle ».

exercice de définition. L'amour y est joie et jouissance. Tels sont les éléments classiques du sens prêté à ce mystérieux sentiment, établis par Aristote, repris par Spinoza, expliqués par André Compte-Sponville dans son Dictionnaire philosophique⁵. Toutefois, observons que toutes les amours ne sont pas heureuses. La cause de cette fatalité réside notamment dans le sens platonicien de l'amour qui est associé au désir. Pas de désir, pas d'amour. Or seul le manque nourrit le désir, puisque nous désirons ce que nous n'avons pas. Obtenir l'objet aimé reviendrait à ruiner le désir et donc l'amour. Selon cette approche, la satisfaction tue l'amour. Pour surmonter l'ennui de la satisfaction, et la frustration liée à l'insatisfaction du désir, l'Homme doit réussir à aimer ce qui lui est déjà accordé. Mais peut-on aimer passionnément l'ordinaire, se demande alors André Compte-Sponville⁶. En l'occurrence, demandons-nous en quoi le Droit peut nous sauver des caprices du cœur? La solution est peut-être dans une forme d'encouragement, très simple et bien sage (mais non moins ambitieux), de la part des institutions, à désirer ce que l'on a déjà. Le Droit aurait alors l'audace de faire la promotion d'une humanité capable d'aimer ce qu'on ne lui refuse pas, d'aimer ce qui la comble, quitte à extraire un acte d'engagement d'un sentiment intime, et à faire peser des devoirs sur l'amour.

L'amour vu par la psychologie et les neurosciences. - S'il peut être question de volonté pour aimer ce que l'on a déjà, il ne faut toutefois pas sous-estimer l'aspect pulsionnel des sentiments. La psychologie rappelle leur caractère irrépressible. En effet, les individus apparaissent davantage comme victimes de leur emprise que comme acteurs volontaires. Ainsi, l'amour correspond à une excitation pulsionnelle. Selon la Métapsychologie freudienne, il s'agit d'un état de contrainte intérieure auquel on ne peut se soustraire et que la fuite ne peut évincer. Ce n'est pas une force d'impact momentanée, mais une force constante. Ce besoin est supprimé par la satisfaction. L'amour est ici défini au travers de la *libido*. Ce désir ne se réduit pas au seul désir sexuel, bien que ce dernier en soit une expression.

⁵ V° amour, in A. Compte-Sponville, *Dictionnaire philosophique*, PUF, 1^{re} éd., 2013, p. 38 s.

⁶ V° amour, in A. Compte-Sponville, *idem*.

Les neurosciences expliquent pour leur part que l'amour est une réalité hormonale complexe, variable selon que le sujet soit homme ou femme, selon son âge, etc.⁷ Le philtre d'amour serait ainsi, en réalité, un subtil mélange biochimique qui agit dans notre cerveau. La question se pose alors de l'intensité de cette contrainte interne et du prix de sa satisfaction. Le Droit pénal sera préoccupé par de tels questionnements lorsque l'excitation pulsionnelle ou l'activité hormonale du sujet le pousse à l'infraction. Tel est le débat suscité par la castration chimique des délinquants et criminels sexuels⁸. L'amour peut-il rendre fou? Peut-il rendre irresponsable ou peut-il excuser l'infraction? C'est notamment les questionnements qu'ont pu poser les affaires de crimes passionnels.

L'amour vu par le Droit. - Alors que le Droit se définit par son caractère impersonnel, rigoureux, ordonné et en quête de tempérance, il peut paraître difficile de l'associer sans encombre au sentiment intime, impétueux, indomptable et excessif que peut représenter l'amour. De plus, l'amour apparaît comme un sentiment dont la beauté universelle tarit les mots humains. Indicible n'est pourtant pas juridique... En effet, aux yeux du juriste, les mots doivent pouvoir encercler une dimension de l'amour, certes modeste, mais suffisante à exposer utilement le sentiment au domaine du Droit. C'est ainsi que la doctrine détermine que « *l'amour selon la loi c'est le regard du législateur sur les rapports d'affection entre les individus, un regard relayé par le juge lorsqu'il applique la loi* »⁹. Cette approche, nécessairement objective, place les juristes en observateurs extérieurs d'un phénomène social. Ne pouvant assurément pas agir sur les sentiments eux-mêmes, le Droit n'a d'autre choix que de respecter la nature essentielle des Hommes.

En revanche, il peut encadrer les actions causées par les sentiments. À ce titre, les interactions les plus connues sont celles qui forment la conception de l'union, de la famille, des mœurs... Mais, incapable de sonder les cœurs, le langage juridique, aux antipodes du

⁷ V. not. Pr B. Sablonnière, *La chimie des sentiments*, Odile Jacob, 2015.

⁸ Cf. « La castration chimique », *Les Documents de travail du Sénat*, Étude de législation comparée n° 202, nov. 2009.

⁹ F. Terré et C. Puigelier, « L'amour selon la loi. Exercices d'écriture », *Droit soc.* 2014, p. 964.

lyrisme littéraire, utilise des vocables aseptisés pour exprimer les sentiments. L'exaltation se meurt quand l'amour est traduit au travers d'expressions telles que *l'intention matrimoniale*, la *procréation*, la *vie commune*, le *devoir conjugal*... Exprimant à sa manière cette tendance à la rationalisation des comportements, Charles Baudelaire écrivait que « *ne pouvant pas supprimer l'amour, l'Eglise a voulu au moins le désinfecter, et elle a fait le mariage* »¹⁰. En bref, l'association entre Droit et amour n'apparaît donc pas comme un mariage de passion, mais plutôt de raison. Or, un problème se pose : il paraît, selon Pierre Corneille que « *la raison et l'amour sont ennemis jurés* »¹¹.

La problématique du rapport entre Droit et amour. – sentiments et raison se perturbent mutuellement. Or le Droit compte sur notre raison pour respecter les règles. C'est à ce titre que la rencontre du Droit et de l'amour doit prendre en compte un élément fondamental : le Devoir. Voici la problématique très classique qui oppose l'*Ethos*¹², le devoir, et le *Pathos*¹³, le sentiment. L'idée simple qui soutient ce couple infernal est que les sentiments détournent parfois les individus, même les plus raisonnables, de leurs devoirs. « *L'amour est transgressif*

¹⁰ Ch. Baudelaire, *Mon cœur mis à nu*, Chant XVIII.

¹¹ P. Corneille, *La Veuve*, Hachette, 1862, p. 427.

¹² L'éthos grec est une notion difficile à cerner par les philosophes. Elle désigne généralement les actions et comportements habituels et constants chez les Hommes. Elle se rapporte ainsi aux mœurs et, par extension, à la morale. Le terme fonde également la formation du mot *éthique*. C'est pourquoi l'éthos permet d'identifier les vertus et la part d'actions humaines qui doit leur obéir. En outre, « *Nietzsche distingue l'éthos du pathos. Ainsi, éthos est lié au « style de l'intellect » ou « style dépourvu de sentiments »*, « [II] démontre que la durabilité de l'éthos doit être opposée à la volatilité du pathos », in D. Bilate, « La signification de l'éthique chez Nietzsche », *Philonsorbonne*, vol. 7, 2013, pp. 27-44, § 12 et § 15.

¹³ Le *pathos* exprime les sentiments, associés littéralement à la souffrance intérieure qu'ils peuvent notamment provoquer lorsqu'ils sont passionnels. La notion s'oppose à celle d'*éthos* notamment en ce qu'elle contient une grande part d'inconstance. « *En latin, affectus, ainsi qu'affectio, signifie tout changement dans le corps ou dans l'esprit. D'après saint Augustin, le terme est très proche du grec pathos et de sa traduction immédiate par passion. Augustin écrit : « ces mouvements de l'âme [motus animi] que les Grecs appellent pathos, ce que certains des nôtres, Cicéron par exemple, traduisent par perturbationes animi d'autres par affectiones ou affectus, ou encore, comme Apulée, précisément, par passiones, [...] Le pathos est donc lié aux sentiments et aux affects »*, in D. Bilate, *op. cit.*, § 20.

par nature »¹⁴. Corrélativement, les devoirs peuvent faire obstacle à l'épanouissement des sentiments. Si l'issue de cette opposition a traditionnellement clos des destins tragiques, tels que celui d'Antigone et Aimée, de Roméo et Juliette, de Tristan et Iseult, de Sophonisbe et bien d'autres... Il reste d'abord possible de croire raisonnablement que le Droit permet de concilier les sentiments individuels et les devoirs. Tel est l'Idéal du rapport entre Droit et amour. Cet Idéal permet d'intégrer tant le droit d'aimer que les devoirs que fait naître l'amour.

Cependant, lorsque l'opposition entre sentiments et devoirs devient violente ou tourmentée, alors la conciliation n'est plus possible et le Droit exige des sacrifices. Le rapport entre Droit et amour connaît alors une amère désillusion. Cette désillusion écaïlle l'Idéal du couple Droit- amour et le transforme en *Spleen*... Elle met en évidence le droit d'ignorer l'amour, mais également le devoir d'en limiter les manifestations. En conséquence, il est possible de voir dans la relation entre Droit et amour deux phases : la phase d'idéalisation, ***Droit et amour : L'Idéal (I)***, et la phase de désillusion, ***Droit et amour : La désillusion (II)***.

I. Droit et amour : L'idéal

Au service de l'humain, le Droit ne saurait rester insensible aux sentiments. Ces derniers vont nécessairement apparaître sous différents aspects. Mais en tant que projection sociale, le droit va promouvoir et organiser l'amour autour d'un Idéal.

D'une part, le Droit va concevoir l'amour au travers de l'exercice d'une liberté. C'est pourquoi, nécessairement, ***L'amour est protégé par le Droit*** (A). D'autre part, le Droit va chercher à responsabiliser l'amour, contrepartie logique de la liberté. C'est pourquoi ***L'amour est rattrapé par le Devoir*** (B).

¹⁴ T. Nathan, *Philtre d'amour*, Odile Jacob, 2013, *La passion amoureuse, Passion*, § 2.

A. L'amour protégé par le Droit

L'amour est liberté. – « *Il n'y a de Joie que d'Amour, il n'y a d'Amour que de Joie* »¹⁵. Il faut prendre le soin de préciser également qu' « *il n'y a pas d'amour de la part d'un être sans liberté* »¹⁶. Or l'idée de Liberté est consubstantielle au Droit, et l'amour est consubstantiel à l'Homme.

Le droit d'aimer. - La liberté d'Aimer existe par le droit d'aimer, de ne pas ou de ne plus aimer. Le consentement libre et éclairé est donc une condition de réalisation de l'amour. L'article 146 du Code civil prévoit qu'il n'y a pas de mariage lorsqu'il n'y a pas de consentement et, selon l'article 202-1, quelle que soit la loi personnelle applicable aux époux. Cette liberté est consacrée par l'article 16 (2) de la DUDH et par l'article 12 de la CESDH. Le Code pénal prévoit depuis 2013 que le fait de contraindre une personne à contracter mariage ou à conclure une union à l'étranger en usant à son égard de tromperies afin de la déterminer à quitter le territoire de la République, est puni de 3 ans d'emprisonnement et 45 000 euros d'amende.

Le droit de choisir l'être aimé. - Le Droit doit permettre d'aimer la personne de son choix. Un Montaigu peut-il aimer un Capulet? La tragédie shakespearienne enseigne qu'un amour entre deux familles ennemies n'est pas toléré par les Véronais. La société s'oppose à l'union pour des raisons morales et politiques. Cette situation semble théorique et il est tentant de réserver cette analyse à la fiction shakespearienne. Toutefois, la réalité rattrape parfois la fiction. Aujourd'hui, les noms Montaigu et Capulet pourraient être remplacés par Peuls et Forgerons, au Mali, Watchi et Fon dans le Golf du Bénin

¹⁵ A. Compte-Sponville, *op. cit.*, p. 38.

¹⁶ J. Bousquet, *Langage entier*, Rougerie, 1966, p. 79.

que la coutume n'autorise toujours pas à s'unir¹⁷... Jusqu'au 4 août 1982¹⁸, l'homosexualité était pénalisée en France.

Pourtant, notons que dans le mythe de Roméo et Juliette, une autorité sauve l'amour : il s'agit d'une force divine symbolisée par *Frère Laurent* qui célèbre secrètement l'union des jeunes amants. Plus qu'une force divine, s'impose la voix d'une autorité instituée par l'ordre ecclésiastique. Sa légitimité est renforcée par le contexte de l'œuvre, c'est-à-dire au décor décrit en 1597, dans une société où l'institution du mariage appartient au pouvoir spirituel. On observe alors une concurrence entre la loi des Hommes, et le *Jus naturale*¹⁹. Les règles circonstancielles et matérielles apparaissent injustes lorsqu'elles sont une entrave à l'amour. Plus encore, elles sont contraires à la Nature. Il semble donc qu'en vertu de valeurs naturelles et universelles, le Droit doit protéger l'amour. Tout autre Droit serait un mauvais Droit, un Droit injuste ou inhumain. C'est d'ailleurs ce que nous enseigne l'Antigone de Jean Anouilh, dont l'histoire est présentée comme un appel à la résistance. Antigone perd la vie pour défendre ce qu'elle croit juste. Le sentiment de justice est ancré profondément dans l'amour qu'elle porte à ses frères. Le courage de ce combat, elle le puise effectivement dans ses sentiments, représentation de son humanité, face à un droit déshumanisé. Ici, l'amour est un contrepoids du Devoir et place l'Humain au-dessus de la règle lorsque celle-ci nie son humanité. Antigone qui viole la règle positive illégitime, honore une loi supérieure inspirée par l'amour et la Justice. Rappelons également que *Les Lois civiles dans leur ordre naturel*, ainsi que le *Traité des Lois* de DOMAT posent l'amour comme loi régnant sur la matière civile, et les

¹⁷ Cf. Y. Diallo, *Nomades des espaces interstitiels : pastoralisme, identité, migration (Burkina Faso—Côte d'Ivoire)*, Rüdiger Köppe Verlag, 2008, not. p. 87, 160 et 216. Adde I. Diallo, *L'Etat et la religion au Mali de 1960 à nos jours*, Jamana, 2009, p. 311. Pour une explication synthétique de l'origine de la prohibition coutumière, v. B. Sangaré, « Mariage : ces interdits qui ont la vie dure », *MaliActu.net*, 28 nov. 2014.

¹⁸ Abrogation de l'art. 331 (al. 2) du CP par la loi n°82-683 du 4 août 1982.

¹⁹ À noter toutefois que le personnage de Frère Laurent incarne également l'Humanisme de la Renaissance. Érudit, il connaît l'art de la posologie et l'usage médicinal des plantes. C'est ainsi qu'il apparaît comme un personnage proche des Lois de la Nature. Il croit, pour sa part, en l'amour qui a le pouvoir de contrer la haine des Hommes de la cité et donc de rétablir l'équilibre dans leurs excès.

engagements comme les effets de l'amour sincère que chaque Homme doit porter à tout autre²⁰.

L'amour protégé par le bon Droit. – Il semble possible d'affirmer maintenant que « *là où l'amour n'existe pas, la raison elle aussi est absente* »²¹. Cette affirmation peut sembler paradoxale alors que sentiments et Raison sont traditionnellement regardés comme antagonistes. L'Idéal subtil qui porte l'alliance de l'amour et de la Raison est pourtant très proche des fondements philosophiques du Droit lui-même. En effet, l'amour réunit en lui les idéaux du Bien et du Beau. La Raison, pour sa part, accède à un autre Idéal qu'est le Vrai (selon la doctrine platonicienne, l'amour aussi permet de reconnaître le Vrai²²). Justement, selon la philosophie classique platonicienne, la notion d'Idéal repose sur trois piliers : Le Bien, le Beau et le Vrai²³. Ainsi, on ne peut trouver la Vérité là où il n'y a pas le Bien et le Beau. Tels des organes complémentaires, Raison et sentiments doivent fonctionner ensemble : la Raison permet à l'âme de chercher la Vérité et l'amour lui permet de chercher le Bien et le Beau. Or, le Droit est l'art du bon et du juste. Il ne peut donc pas ignorer l'amour sans se priver de raison.

Raisonné, le Droit se doit ainsi de l'être en valorisant et protégeant l'amour. C'est d'ailleurs ce que le législateur et le juge font en France lorsque, par exemple, l'incrimination d'aide à la circulation ou au séjour irréguliers d'un étranger exclut de son champ d'application

²⁰ « *L'amour est le principe naturel de tous nos mouvements et de toutes nos actions, et le lien que Dieu a formé pour unir les hommes, et pour régler leur société* », J. Domat, *Les lois civiles dans leur ordre naturel, le droit public et legum delectus*, t. I, 1745, p. 285.

²¹ F. M. Dostoïevski, *Dans mon souterrain*, Nouvelles Editions Latines, 1948, p. 194.

²² Cf. note suiv.

²³ « *Ce qui nous fait quitter le monde sensible, ce qui nous pousse à pénétrer dans le monde idéal, ce qui sous-entend tout notre effort scientifique, le fonde et à la limite, le justifie, c'est l'amour que nous portons au Vrai, au Bien, au Beau. Cet amour est inné en nous, parce que, en nous, au fond de notre âme, se trouve enfouie la notion du Bien et du Beau en soi que nous avons contemplé avant de choisir un corps de chair, prisonnier de la matière. Par cet amour, nous reconnaissons le moindre reflet du Beau, la moindre image du Bien, la plus frêle imitation du Vrai, et à cause de lui, nous désirons nous élever de plus en plus vers l'objet suprême de notre amour, le Bien en soi* », J.-M. Lovinfosse, « La morale de Platon », *L'Antiquité classique*, t. 34, fasc. 2, 1965, p. 498.

les comportements humanitaires, et les attitudes inspirées par l'amour et l'affection. C'est en se fondant sur cette protection des sentiments de l'ordonnance n° 45-2658 du 2 novembre 1945, modifiée par la loi n° 94-1136 du 27 décembre 1994, que la jurisprudence a déjà permis la réintégration d'un professeur de l'éducation nationale, ainsi que l'annulation de sa condamnation pour aide, assistance et protection d'une prostituée en séjour irrégulier sur le territoire²⁴. La décision est motivée par le fait qu'il était venu en aide à une femme dont il était tombé amoureux. Dans une autre espèce comparable, un professeur certifié en disponibilité parvient à soustraire de la prostitution une jeune femme moldave dont il était amoureux. Cette relation le conduit à une condamnation pénale pour aide à l'entrée, à la circulation et au séjour irrégulier d'un étranger en France ainsi que pour aide, assistance ou protection de la prostitution d'autrui. Mis à la retraite d'office pour ces mêmes faits, il demande et obtient l'annulation de cette sanction et sa réintégration par la Cour administrative d'appel de Marseille²⁵.

Cependant, si le Droit valorise l'amour, il en organise également la construction dans les relations. En effet, aux yeux du Droit, là où il y a de l'amour, il n'y a pas que du plaisir, et là où il y a du plaisir, il n'y a pas que l'amour. C'est ainsi que l'amour va être rattrapé par le Devoir.

B. L'amour rattrapé par le Devoir

L'amour, plus qu'un sentiment. - « *L'amour est un risque terrible car ce n'est pas seulement soi que l'on engage. On engage la personne aimée* »²⁶. Le Droit protège certes l'amour mais, attaché à une certaine idée de celui-ci, il fait la promotion non pas d'un modèle de sentiment, mais d'un modèle de comportement. « *L'amour, ce n'est pas la respiration coupée, ce n'est pas l'excitation, ce n'est pas l'échange de promesses d'une passion éternelle, ce n'est pas le désir de s'accoupler à chaque minute [...] Ça, c'est simplement être « amoureux », ce qui est à la portée du premier imbécile venu. L'amour*

²⁴ TGI Toulouse 30 oct. 1995 ; D. 1996, p. 101.

²⁵ Arrêt rendu par la Cour adm. d'appel de Marseille, 2^e ch., 10 nov. 2009, n° 07MA03132.

²⁶ E. Morin, *amour, Poésie, Sagesse*, Editions du Seuil, 1997, p. 33

vrai, c'est ce qui reste quand on a cessé d'être amoureux »²⁷. C'est ainsi que l'amour se dessine aussi sous les traits de l'engagement.

Un engagement soumis à des obligations par le Droit. -
D'aucuns diront qu'« *il est plus facile d'être amant que mari, par la raison qu'il est plus difficile d'avoir de l'esprit tous les jours que de dire de jolies choses de temps en temps* »²⁸. L'exemple du mariage est assurément le plus topique, il engage pour le meilleur et pour le pire, fait peser des obligations sur les partenaires entre eux, mais également à l'égard de leur foyer. Obligations de vie commune, de respect, de fidélité, de secours, d'assistance sont autant de devoirs qui participent à la création d'une société commune entre les conjoints. La plus mythique des obligations reste quand même celle du *copula carnali*, c'est-à-dire du devoir d'union charnelle. Il faut noter que ce devoir ne peut être contraint, sauf à constituer un viol entre époux²⁹ et à transformer « *la plupart des mariages en prostitution jurée* »³⁰. À ce sujet, la présomption de consentement des époux aux rapports sexuels a été supprimée par la loi du 9 juillet 2010 (art.36) relative aux violences faites aux femmes, aux violences au sein du couple, et aux incidences de celles-ci sur les enfants.

Toutefois, le juge civil peut relever l'absence de relations sexuelles comme un comportement fautif. C'est ainsi que la Cour d'appel d'Aix-en-Provence³¹ a pu prononcer un divorce aux torts exclusifs de l'époux, condamné à indemniser son épouse à hauteur de

²⁷ L. de Bernières, *La mandoline du Capitaine Corelli*, Denoël & d'ailleurs, 1996, chap. 47.

²⁸ H. de Balzac, *Physiologie du mariage*, « Le catéchisme conjugal », Instruction XLIX, in *Œuvres illustrées de Balzac*, Maresq et Compagnie et J. Bry Ainé, 1832, p. 14. Ce catéchisme affirme également que le mariage est une science, qu'un homme ne peut se marier sans avoir étudié l'anatomie, ou au moins une fois disséqué une femme, ou qu'un mari ne doit jamais se permettre un plaisir qui n'ait été désiré par sa femme, ou encore qu'il existe dans l'âme de toute femme un sentiment qui tend à proscrire les plaisirs dénués de passion.

²⁹ Reconnu par la Cour de cass. en 1990 : Crim., 5 sept. 1990, D. 1991, p. 13. En 1992, la Haute juridiction confirme sa position en admettant le viol en l'absence de coups et blessures : Cass. crim. 11 juin 1992, Bull. crim. 1992, n° 232, D. 1993, p. 117.

³⁰ G. Sand, *La Comtesse de Rudolstadt*, Alph. Lebègue et Sacré Fils, t. 3, 1844, p. 47.

³¹ CA Aix-en-Provence, 6^e Ch. B, 3 mai 2011, n° 2011/292, RG 09/05752

10 000 euros, aux motifs que « *la quasi-absence de relations sexuelles pendant plusieurs années, certes avec des reprises ponctuelles, a contribué à la dégradation des rapports entre époux* ». Aussi « *les attentes de l'épouse étaient[-elles] légitimes dans la mesure où les rapports sexuels entre époux sont notamment l'expression de l'affection qu'ils se portent mutuellement, tandis qu'ils s'inscrivent dans la continuité des devoirs découlant du mariage* ». La jurisprudence a pu s'intéresser à la qualité des rapports sexuels, en affirmant que le fait pour un époux d'avoir « *entretenu des rapports si imparfaits qu'ils ne procuraient à sa femme ni espérance de maternité ni plaisir* »³² était fautif.

L'amour entre partage et solidarité. - Plus globalement, le droit exige des époux une « *communauté de vie réelle et affective* »³³. Cette communauté est censée marquer le lien entre les époux, en tant qu'expression de l'intention matrimoniale. De plus, les liens du mariage prescrivent notamment aux époux un devoir de secours et d'assistance décrit comme permettant de « *s'aider à porter le poids de la vie* » et de partager une « *commune destinée* »³⁴. Si l'assistance peut se traduire matériellement, alors corollaire du devoir de secours, elle puise néanmoins son essence dans l'idée d'un soutien moral entre partenaires. Une relation solidaire est ainsi exigée entre les époux qui doivent s'assister mutuellement. Si cette exigence semble évidente et naturelle, le contentieux matrimonial démontre que les conceptions subjectives du mariage n'incluent pas toujours les mêmes valeurs que celles du Code civil. C'est ainsi que la jurisprudence a dû rappeler aux conjoints le caractère gratuit de l'assistance. En effet, lorsque, par exemple, un époux s'occupe de l'autre malade, la Cour de cassation a dû préciser que l'accomplissement de ce devoir ne donne pas droit à un salaire au titre des soins prodigués³⁵. Il en ressort que l'engagement pris par les époux évoque un rapport de confiance et de soutien mutuel instauré par un idéal juridique pour lequel les devoirs sont à la fois un effet de

³² CA Lyon, 28 mai 1956, D. 1956, p. 546.

³³ Cass. 2^e civ., 14 janv. 2015, n° 13-27138.

³⁴ G. Cornu, *Droit civil. La famille*, coll. « Domat droit privé », Montchrestien, 9^e éd., 2006, p. 274.

³⁵ Cass. Soc. 19 mars 1954, D. 1954, p. 239. – Cass. 1^{re} civ., 8 juin 1963, D. 1964, p. 713.

l'affection entre conjoints, mais également gardiens d'une vie commune conforme à l'intention matrimoniale. En effet, « *il y a l'amour, bien sûr. Et puis il y a la vie, son ennemie* »³⁶. Certains concluront dans le même sens qu' « *on devrait toujours être amoureux. C'est la raison pour laquelle on ne devrait jamais se marier* »³⁷. L'amour pouvant ainsi être mis à l'épreuve par la vie de couple, les obligations matrimoniales visent à commander des comportements pour préserver ou remplacer le rôle des sentiments. La violation des devoirs peut donc être la manifestation d'une défaillance des sentiments, ou en être la cause. C'est d'ailleurs en constatant cette violation que le juge peut conclure, sur la base d'une appréciation *in concreto*, à la dégradation de la vie commune pour prononcer le divorce. La Cour de cassation a ainsi pu rejeter un pourvoi moyennant le manque de base légale d'un divorce prononcé aux torts exclusifs de l'épouse, aux motifs qu'elle était justifiée « *l'appréciation souveraine des juges du fond qui ont estimé que le comportement de l'épouse constituait une violation grave et renouvelée des devoirs et obligations résultant du mariage qui rendait intolérable le maintien de la vie commune* »³⁸. En outre, la contribution des époux à la vie commune ne doit pas éclipser leur individualité propre. C'est ce à quoi contribue pour sa part le devoir de respect qui veille à protéger l'intégrité tant physique que psychologique et morale de chacun des époux.

L'amour absent de la liste des devoirs. - Il faut bien constater que nul *devoir d'amour* n'est prévu par le Code civil. L'amour ne peut être exigé par les partenaires qui doivent, en cas de défaut des sentiments, se contenter d'un effet placebo au travers de la fidélité,

³⁶ J. Anouilh, *Ardèle ou la Marguerite, Pièces grinçantes*, La Table Ronde, 1973, p. 14.

³⁷ O. Wilde, cité in J.-P. KURTZ, *Nouveau recueil de citations et de pensées*, Essai, Books on demand, 2013, p. 60.

³⁸ Cass. 1^{re} civ., 24 juin 2014, inédit, n° 13-20291. Dans le cas d'espèce, il était reproché à l'épouse d'avoir consenti mariage dans un intérêt purement patrimonial, organisé une captation du patrimoine de son mari en obtenant, notamment, de fortes sommes d'argent de la part de son époux, en retirant l'intégralité de la pension de retraite de ce dernier qu'elle insultait et violentait. L'épouse refusait également de fréquenter la famille ou les amis de son conjoint et s'opposait à toute intimité dans le couple.

du respect, de l'assistance et du secours. Comme produisant un substrat rationnel des sentiments, le Droit indique quel doit être l'effet objectif des noces. Mais il ne peut forcer les couples à s'aimer. Alors qu'un époux reprochait à son épouse un manque caractérisé d'affection et de tendresse, une Cour d'appel lui a rappelé de ne pas confondre mariage et amour, en affirmant que « *le manque d'affection et de tendresse ne peuvent constituer non plus une [violation des droits et devoirs du mariage], les sentiments ne pouvant résulter d'une obligation et seuls les comportements devant être pris en compte* »³⁹. Il n'y a pas de norme d'amour, il n'y a pas de standard d'affection. Comme un excipient au dosage incertain, l'amour est traité par le droit conjugal avec précaution, tel un auxiliaire facultatif du couple. Sans être le but poursuivi par l'Institution du mariage, il est toutefois difficile de nier l'influence du sentiment sur l'esprit qui anime le modèle d'union préconisé par le Droit. S'il n'est pas nécessairement la substance de la relation matrimoniale, il en est quelque part la coquille.

L'amour nécessaire à la protection de la famille. - Par ailleurs, nous l'avons dit, les époux ont des obligations envers leur foyer. La plus centrale concerne l'amour porté aux enfants : « *pour exercer l'autorité parentale, les parents doivent avoir une grande puissance d'amour* »⁴⁰. L'engagement des partenaires envers leur progéniture est certainement le plus vital en ce qu'il doit garantir la protection de la famille. La fonction de la famille est notamment définie plus généralement dans le préambule de la Charte Internationale des Droits de l'Enfant qui dispose que « *l'enfant doit grandir dans le milieu familial, dans un climat de bonheur, d'amour et de compréhension* ». L'article 9 de ce même texte prévoit que l'enfant ne pourra être privé de sa famille que lorsque son intérêt supérieur l'exigera. La quintessence de l'amour au travers de l'union s'impose donc par la protection du fruit de l'amour.

Bien que profondément dépendant d'un Idéal, l'amour vu par le Droit est écaillé par la réalité vécue par le Droit. Les sentiments étant propices aux excès, ils sont capables de dicter le meilleur comme le pire. Ce constat classique alimente leur définition même, de telle sorte

³⁹ CA Paris, 17 sept. 2008, n° 07/17622.

⁴⁰ Ph. Malaurie et H. Fulchiron, *La Famille*, Defrénois, coll. « Droit civil », 2^e éd., 2006, n° 1520.

qu'à la question posée par Phèdre : « *Qu'est-ce donc qu'on appelle amour chez les humains?* », intervient la réponse inévitable : « *Rien n'est plus doux, ma fille, ni plus amer tout ensemble* »⁴¹. Après avoir envisagé l'Idéal du rapport entre Droit et amour, il est donc naturel de s'intéresser maintenant au temps de la Désillusion.

II. Droit et amour : La Désillusion

Les institutions ont beau être au service de l'humain, cela ne signifie pas qu'elle est esclave de ses moindres désirs. En tant que machine qui concilie des intérêts divers, le Droit recherche un équilibre dans lequel les sentiments peuvent être devancés par des valeurs prioritaires.

D'une part, afin de remplir ses fonctions de régulateur social, le Droit restera parfois indifférent aux sentiments. On verra alors *L'amour délaissé par le Droit* (A). D'autre part, le Droit pourra légitimement s'opposer à l'amour. C'est ainsi que *L'amour sera éconduit par le Droit* (B).

A. L'amour délaissé par le Droit

Le Droit ne s'occupe pas que de l'amour. - « *Tout l'univers obéit à l'amour ; - Aimez, aimez, le reste n'est rien* »⁴². Cet encouragement signé par Jean de la Fontaine n'emporte pas l'émotion des juristes. Assurément, *le reste n'est pas rien*. Le Droit ne peut se préoccuper que de l'amour alors qu'il est l'art d'orchestrer des intérêts sociologiques divers. Incrédules, les sciences juridiques ne comptent pas sur les bons sentiments comme seuls rouages de l'Univers, ou du moins d'une harmonie sociale satisfaisante. En quête d'un ordre général, il n'est pas étonnant que ce dernier se montre parfois peu sensible à l'amour, en faveur d'impératifs indispensables au fonctionnement de la collectivité.

⁴¹ Euripide, *Hippolyte*, 347-348.

⁴² J. de La Fontaine, « Eloge de l'Amour », *Les Amours de Psyché*.

La place relativisée de l'amour. - Le sort des familles des détenus en est un exemple. On parle des victimes extra-muros qui se voient privées par la justice d'un parent. Mais le Droit ne peut prendre en compte parfaitement l'amour des familles quand il s'agit d'exécuter la loi qui vise à protéger la société toute entière. Des aménagements existent néanmoins, tels que les rencontres au parloir, les Unités de Vie Familiales⁴³, les procédures de mariage entre détenus et personnes extérieures⁴⁴, ou encore les aménagements de peine⁴⁵. Mais les détenus eux-mêmes sont victimes de l'altération du lien affectif avec leurs proches, ce qui alimente et renforce les troubles psycho-sociaux en milieu fermé. « *Sanctionner un individu en le privant de liberté, est-ce aussi l'interdire d'amour et de chair?* »⁴⁶ s'interroge la société civile au travers de la presse. Cette question est celle de la prise en compte des sentiments des détenus et leur famille dans un contexte naturellement hostile à l'épanouissement affectif⁴⁷.

⁴³ Cf. Art. 36 de la loi pénitentiaire n° 2009-1436 du 24 nov. 2009.

⁴⁴ Cf. Art. D. 424 du CPP dans la *Section 4 relative aux événements familiaux et sorties exceptionnelles qu'ils peuvent motiver*, au sein du *Chapitre IX « Des relations des personnes détenues avec l'extérieur »* (LIVRE V – Titre II).

⁴⁵ Tel est le cas par exemple pour une détenue devant assumer sa maternité en prison. À ce sujet, cf. A. Garraud, « La maternité bouleversée par l'incarcération », *AJ Fam.* 2014, p. 551 : Si l'enfant est âgé de plus de 18 mois, il « *doit bénéficier de la protection inscrite à l'art. 7 Conv. de New York (droit d'être élevé par ses deux parents). Or, la mère est séparée de son enfant dès lors que ce dernier est âgé de plus de 18 mois (v. supra p. 553). La réforme de 2014 permet à la femme, exerçant l'autorité parentale sur un enfant de moins de 10 ans ayant chez elle sa résidence habituelle, de bénéficier d'une suspension de peine (C. pr. pén., art. 720-1) ou d'une libération conditionnelle (déjà prévue par C. pr. pén., art. 729-3 dans son ancienne rédaction)* ». Concernant l'enfant âgé de moins de 18 mois, « *la circulaire de 1999 admet la présence, auprès de sa mère détenue, d'un enfant déjà né avant l'incarcération lorsque deux conditions sont réunies : l'enfant a moins de 18 mois et la mère refuse de se séparer de lui. Elle exhorte, toutefois, les autorités judiciaires à tenter de rechercher d'autres solutions pour éviter cette situation* ».

⁴⁶ M. Piquemal, « L'amour au parloir », *Libération.fr*, 17 avr. 2015. Cet article relate une sanction prise par un établissement pénitentiaire à l'encontre d'un détenu auquel était reprochée une trop grande proximité avec sa compagne lors des rencontres au parloir. L'administration pénitentiaire avait en l'occurrence suspendu temporairement le permis de visite pour ensuite n'autoriser, temporairement toujours, que des rencontres à l'hygiaphone.

⁴⁷ Pour une analyse du lien maternel à l'épreuve de la détention, cf. A. GARRAUD, *op. cit.*, p. 551 : « *Le droit essaye donc de concilier les vies carcérale et familiale en prenant en considération le lien maternel que doit tisser une mère détenue avec son*

Toutefois, les effets de l'emprisonnement sur l'équilibre émotionnel du détenu ou de sa famille peuvent parfois représenter un préjudice indemnisable. Pour preuve, le chiffre de 65 000 euros représente le montant de l'indemnisation octroyée par la Commission de réparation des détentions à un homme incarcéré deux ans avant d'être définitivement acquitté⁴⁸. En l'espèce, un homme est incarcéré pour des charges criminelles dont il est finalement définitivement acquitté, après presque deux ans d'enfermement. Il forme une demande de réparation de son préjudice moral, fondé sur la violence du choc d'une primo-incarcération qui l'a conduit à une tentative de suicide en milieu fermé. Son état a nécessité un suivi médical par psychothérapie et prise d'anxiolytiques. L'état du détenu s'est dégradé par l'affaiblissement de sa mère et le chagrin inconsolable de son enfant âgé de sept ans - qui a dû être pris en charge par des soins pédopsychiatriques. Le détenu invoque aussi la détérioration de son état psychique au travers, notamment, de troubles de l'érection et du développement d'une phobie de la relation amoureuse manifestement provoqués par la promiscuité mal vécue en centre pénitentiaire. La Cour d'appel de Reims accueille la demande en octroyant une indemnité de 200 000 euros à l'intéressé. L'Agent judiciaire de l'État estimant sur-évalué le montant de l'indemnisation du préjudice moral, il se pourvoit devant la Commission de réparation des détentions. En 2013, la Cour de cassation accueille la demande de l'Agent de l'État en estimant que, compte tenu de la durée de l'incarcération, le droit à réparation ne peut excéder la somme de 65 000 euros, le retentissement familial et les séquelles psychologiques persistantes fussent-ils dûment attestés.

La Cour de cassation rappelle à cette occasion que les frais de transport exposés par la mère du détenu pour les visites n'ouvrent pas droit à réparation, contrairement aux frais de transport de l'enfant mineur. On observe donc en l'occurrence une indifférence relative à l'équilibre sentimental et familial, qui ne trouve malheureusement qu'une place artificielle dans le système carcéral.

enfant devenu, bien malgré lui, le principal acteur du processus de responsabilisation de sa mère. En réalité, le lien maternel s'effiloche sous l'effet de l'incarcération de la mère, le droit restant perfectible ».

⁴⁸ Cass. CRD, 30 sept. 2013, Bull. Crim. CRD, n° 6, n° 12-CRD045.

L'amour laissé pour compte. - Un exemple d'indifférence radicale aux sentiments est observable chez nos voisins helvètes. En effet, depuis le 1^{er} janvier 2011, la Suisse interdit le mariage entre ses citoyens et personnes sans-papier⁴⁹. Cette prohibition participe à une politique drastique de gestion de l'immigration. Ici, il ne s'agit pas de définir les mœurs ou une idée des comportements amoureux. Une telle politique se contente de se montrer hermétique aux sentiments en ignorant les désirs humains, afin de poursuivre un objectif de régulation migratoire. Assurément, la méfiance étatique à l'égard d'un éventuel opportunisme matrimonial des personnes en situation irrégulière, a mené les autorités à durcir la législation au mépris de l'amour, mais surtout au grave détriment des libertés publiques. Alors que la France applique un principe d'opportunité du contrôle de l'intention matrimoniale, le choix de la Confédération helvétique s'avère extrême en ce qu'il présume irréfragablement le détournement du mariage en moyen d'obtenir une régularisation administrative. Ce parti pris semble oublier que l'union entre les personnes relève par essence de l'affection qu'elles se portent mutuellement et non d'une course à la légalisation du séjour des migrants. Il s'agit là d'un déni d'humanité dont le critère discriminant est celui de la nationalité.

Le cas des *centres de détention administrative* (équivalents de nos centres de rétention) est également particulièrement polémique. Les centres regroupant notamment les demandeurs d'asile dont la requête a été rejetée, et en attente d'expulsion, révèle l'insensibilité volontaire de la situation personnelle des *détenus*. Effectivement, l'indifférence aux sentiments ainsi qu'à la protection de la famille est patente lorsque sont exécutées des mesures d'éloignement à l'encontre d'étrangers ayant

⁴⁹ L'art. 98 al. 4 du C. civ. suisse prévoit que «*les fiancés qui ne sont pas citoyens suisses doivent établir la légalité de leur séjour en Suisse au cours de la procédure préparatoire du mariage ou du partenariat*». Pour un exemple d'application du texte : cf. la IIe Cour de droit civil qui, dans une décision n° 5A_814/2011 rendue le 17 janv. 2012, statué sur la conformité du droit national aux exigences européenne et affirmé que «*l'officier de l'état civil, saisi d'une demande d'ouverture de la procédure préparatoire en vue du mariage, ne dispose d'aucune marge de manœuvre lorsque le fiancé étranger n'a pas établi la légalité de son séjour en Suisse, conformément à l'art. 98 al. 4 CC : il doit refuser d'entrer en matière sur la demande de mariage* ».

fondé un foyer sur le territoire, devenus époux ou parents de nationaux, et ayant vécu, travaillé et payé leurs impôts depuis de nombreuses années sur le sol suisse. Ainsi balayés, les sentiments n'ont de valeur que pour ceux qui les vivent, alors que la stratégie de froideur institutionnelle permet d'appliquer une politique déshumanisée pour davantage d'efficacité⁵⁰.

L'amour émancipé du regard Droit. - Dans un autre registre, il est possible de se demander si la libéralisation des mœurs laisse plus ou moins de place à l'amour qui a tendance à s'émanciper du contrôle étatique. Une tendance à la libéralisation préserve notamment la vie privée de l'intervention du Droit qui ne fait plus son affaire des sentiments.

Le Code d'Hammourabi prévoyait la noyade pour punir les femmes adultères⁵¹. Les Amérindiens punissaient les femmes adultères en leur coupant le nez, en leur arrachant les cheveux, ou en leur infligeant un viol collectif⁵². Aujourd'hui, en France, le Droit ne pénalise plus l'adultère suite à la loi n° 75-617 du 11 juillet 1975. Depuis une loi de 2001⁵³ et une ordonnance de 2005⁵⁴, les enfants naturels bénéficient d'une égalité devant la succession. En 2004, l'arrêt Galopin reconnaît que la libéralité consentie par un homme marié à sa concubine adultère n'est pas contraire aux bonnes mœurs⁵⁵. La création du PACS, l'évolution jurisprudentielle du concubinage, et l'adoption du *mariage pour tous* sont encore d'autres exemples de la

⁵⁰ Pour un éclairage sur la situation des étrangers retenus sur le territoire français, cf. A. GARRAUD, « Actualités sur la retenue des étrangers pour vérification du droit au séjour : de la jurisprudence européenne à la jurisprudence nationale », RPDP, 2014, n° 4, pp. 811-818.

⁵¹ V. P. Cruveilhier, *Commentaire du Code d'Hammurabi*, E. Leroux, 1938, p. 126.

⁵² V. L. Verrand, *La vie quotidienne des Indiens Caraïbes aux Petites Antilles (XVII^e siècle)*, Karthala, 2003, p. 63 : « [la femme adultère] est rendue commune et libre à tous ceux qui en veulent ».

⁵³ Loi n° 2001-1135 du 3 déc. 2001 relative aux droits du conjoint survivant et des enfants adultérins et modernisant diverses dispositions de droit successoral.

⁵⁴ Ordo. n° 2005-759 du 4 juill. 2005 portant réforme de la filiation.

⁵⁵ Ass. Plén. 24 oct. 2004, n° 03-11.238, Bull. A. P., n° 12, p. 27.

libéralisation⁵⁶. En plein cœur de l'actualité, le développement des sites de rencontre en ligne extraconjugales pose la problématique des mœurs. *Prend-un-amant.com*, *entre-infidèles.fr*, *vivre-son-infidélité.com*, *sitepourtromper.fr*... Il y paraît qu' « être fidèle à deux hommes, c'est être deux fois plus fidèle ». Un site a été attaqué par les associations familiales catholiques⁵⁷. Le problème est de déterminer si la cause de la société, et du contrat proposé est contraire aux bonnes mœurs. La jurisprudence a déjà rejeté le caractère illicite de la cause d'un contrat de courtage matrimonial conclu par un homme encore marié mais déjà à la recherche de sa future âme sœur⁵⁸. Si le juge décide de s'inscrire dans la continuité de cette libéralisation, il est probable que l'action des associations catholiques soit vouée à l'échec, laissant ainsi à chacun la liberté de vivre sa vie privée comme bon lui semble, quitte à indemniser un jour le cœur brisé de son partenaire.

En mariage, trompe qui peut⁵⁹ ! Il faut bien passer le temps, il faut bien que le corps exulte⁶⁰ !

Les mœurs délaissent donc une conception traditionnelle des sentiments, en faveur de plus de libertés. De Hammurabi à Galopin, on voit que le Droit passe d'une indifférence à l'autre, c'est-à-dire d'une indifférence aux sentiments comme liberté, à une indifférence aux sentiments comme valeur d'un engagement. En d'autres termes, les mœurs rigides se désintéressent des sentiments qui étouffent derrière les devoirs imposés aux Hommes. Quant à elles, les mœurs souples se désintéressent des sentiments dont la réalisation et la forme sont confiées aux choix des Hommes. Néanmoins, si ces choix viennent perturber gravement l'ordre social, alors le Droit ne sera pas

⁵⁶ Pour un état du droit et des pratiques, cf. V. Avena-Robardet, « Dossier « Mariage, pacs, concubinage : le guide » : Statistiques », *AJ Fam.* 2015, p. 43 ; *adde* S. Thouret, « Dossier « Mariage, pacs, concubinage : le guide » : Relations du couple », *AJ Fam.* 2015, p. 662.

⁵⁷ V. not. S. Kovacs, « L'adultère en un clic : la justice saisie contre Gleeden », *Le Figaro.fr*, 18 fév. 2015.

⁵⁸ Cass. 1^{re} civ., 4 avr. 2011, n° 10-20114, *Bull. civ. I*, n° 191 ; note F. Chénéde, *AJ Fam.* 2011, p. 613.

⁵⁹ Selon la maxime célèbre de A. Loysel.

⁶⁰ J. Brel, *La chanson des vieux amants*.

simplement indifférent, il deviendra hostile aux comportements perturbateurs. L'amour sera alors éconduit par le Droit.

B. L'amour éconduit par le Droit

L'amour, ennemi de la cité ? - « *amour, sur ma vertu prends un peu moins d'empire* »⁶¹ ! Dans la version de Sophocle, l'histoire tragique d'Antigone est un enseignement de piété, une mise en garde contre les comportements subversifs qui doivent être punis : « *honte à l'orgueilleux qui viole les lois et prétend follement gouverner les rois* » ; « *la désobéissance est le mortel fléau qui fait la cité cendre, et la maison un tombeau* »⁶². Dans la tragédie de Sophocle, dans laquelle le chœur s'exclame « *amoureux, c'est-à-dire fou !* »⁶³, la désobéissance à la Loi est provoquée par la passion d'Antigone. L'amour humain, individuel, détourne du Droit et du Divin qui veulent pour leur part le bien commun. La Loi a ici quelque chose de supérieur à la Passion, en ce qu'elle protège l'Homme de ses excès. Le rôle protecteur du Droit connaît alors un antagonisme au travers de sa fonction sanctionnatrice. Les sentiments qui menacent la loi ou l'ordre public doivent donc être combattus. L'*ethos* vertueux doit l'emporter sur le *pathos* transgressif.

La lutte contre les comportements déviants. - Le Droit condamne ou cherche à neutraliser les expressions de l'amour lorsque ce dernier incite à la transgression, lorsqu'il est violent, pathologique, exploité... Les illustrations les plus connues sont celles de l'amour forcé, possessif, de l'érotomanie ou encore du harcèlement. Les excès infligés par les sentiments peuvent également confiner au tragique. La folie meurtrière due à la virulence des sentiments en est la représentation au travers du crime passionnel. Tel est le cas d'Otello qui assassine Desdemone. Le *pathos* est violemment exprimé puisque la passion pour la femme qu'il aime lui fait perdre la raison, malade d'une jalousie paranoïaque. Cet aspect pathologique de l'amour obscurcit le jugement d'Otello qui, dans un élan furieux, supprime l'objet de son désir irraisonné, en même temps qu'il anéantit l'objet de sa souffrance.

⁶¹ P. Corneille, *Suréna, général des Parthes*, Hachette, 1862, p. 473.

⁶² Strophe finale du chœur qui clôture la tragédie.

⁶³ Strophe de la scène VIII.

Le tragique en l'occurrence se révèle dans l'impossibilité de faire un choix éclairé, l'amour ayant aveuglé le sujet, et dans le fait de donner la mort à sa femme, innocente de la trahison dont il la croit fautive. Auteur de son propre malheur, au travers d'un acte dont l'injustice est provoquée par une folie amoureuse, Otello finalement perd l'amour autant qu'il viole son Devoir.

Il faut néanmoins remarquer que généralement l'aspect passionnel de l'infraction attire l'indulgence de la Justice, faisant des sentiments une circonstance atténuante de l'acte. Cette tendance indique la croyance de la société en la force contraignante des élans du cœur et de ses humeurs, jusqu'à possiblement inspirer une forme de compassion à l'égard de l'agent pénal. L'acquittement en 1914 d'Henriette Caillaux, auteur du meurtre de Gaston Calmette, en est une illustration célèbre. Henriette Caillaux est soutenue par l'opinion publique (comme pouvait l'être Antigone de Sophocle, ce qui n'a pas pour autant évité son sort tragique) notamment du fait que son crime a été inspiré par l'amour qu'elle porte à son mari et à l'honneur de sa famille⁶⁴. De plus, en tant que femme, elle bénéficie d'une forme de bienveillance à l'égard de son genre, voire même des stéréotypes tant féministes que d'autres sexistes, et de son courage.

Toutes les infractions dans lesquelles l'amour est mêlé ne sont pas pour autant passionnels. Le cas du crime passionnel définit un modèle où l'infraction, qui n'a pas nécessairement de rapport direct avec les mœurs, est justifiée par les sentiments. Mais ce sont parfois les pratiques amoureuses elles-mêmes qui constituent l'infraction. S'il n'est pas interdit de ressentir le désir, il n'est pas pour autant de le satisfaire à n'importe quel prix. Le droit d'Aimer n'est pas absolu et

⁶⁴ C'est vraisemblablement par amour pour son époux qu'Henriette Caillaux assassine Gaston Calmette, rédacteur en chef du journal *Le Figaro* qui, au moment des faits et pour des raisons politiques, menait une campagne de dénigrement du couple Caillaux. Avant le passage à l'acte, elle adresse à son époux une lettre dans laquelle elle explique son geste : « *Tu m'as dit que tu voulais lui casser la gueule. Je ne veux pas que tu te sacrifies. La France et la République ont besoin de toi. C'est moi qui commettrai l'acte. Je t'aime et je t'embrasse du plus profond de mon cœur* », rapporté in S. July, *Dictionnaire amoureux du journalisme*, V° CAILLAUX (Henriette), Meurtre du Figaro.

touche ses limites lorsque l'assouvissement des sentiments nuit à la liberté, plus spécialement à la liberté et à l'intégrité de la personne désirée. En l'occurrence, quelques exemples jurisprudentiels illustrent de façon marquante le contrôle du droit, notamment en matière pénale.

L'amour ne disqualifie pas l'agression sexuelle. - Que penser de l'amour d'un beau-père pour sa belle-fille, mineur de 15 ans, donnant lieu à des relations sexuelles répétées durant quatre années ? La question s'est posée devant les juridictions pénales⁶⁵. En l'espèce, après la mort de sa mère, la jeune fille développe une admiration et une affection considérable pour son beau-père qui est également son entraîneur de sport à haut niveau. L'homme l'initie à la sexualité, lui expliquant qu'elle doit remplacer sa défunte mère qui est « *partie pour lui laisser sa place* ». Il souhaite sincèrement attendre les 18 ans de sa belle-fille afin de pouvoir l'épouser : il est très épris d'elle⁶⁶. Finalement, en grandissant la jeune femme porte plainte. Il s'agit d'agressions sexuelles sur mineur, avec aggravation du fait que l'auteur soit un ascendant ayant autorité sur la victime. Les sentiments du beau-père ne justifient pas son comportement, pas plus que l'affection naturelle que lui porte sa belle-fille. Au contraire, facteurs de confiance, d'emprise et de proximité entre les personnes, ils aggravent l'infraction⁶⁷.

L'amour unilatéral et excessivement démonstratif. - Il paraît que « *le plus grand bonheur après que d'aimer, c'est de confesser son amour* »⁶⁸. Un prétendant a le droit de déclarer sa flamme à l'élue de son cœur. Mais, quand ses déclarations se font pressantes, inondent de messages l'être aimée, pousse le soupirant éconduit à contacter les amis de sa muse, pirater son compte *Facebook*, pour au final lui envoyer, en l'espace d'une nuit, 33 SMS décrivant le fait qu'il venait de

⁶⁵ Cass. Crim. 17 août 2011, n° 11-84081, inédit.

⁶⁶ « *S'il est manifeste que M. X... s'est attaché affectivement à la jeune Marion au point d'en tomber amoureux très tôt et de vouloir l'épouser à sa majorité, aucun élément ne va dans le sens de la réciprocité des sentiments de la part de Marion Y..., en dépit de l'affection et de l'admiration qu'elle a pu avoir un temps pour cet homme qui l'avait élevée et entraînée* ».

⁶⁷ À noter qu'en l'espèce, le beau-père exerçait une contrainte au travers d'un chantage affectif, de manipulations psychologiques et de menaces répétées.

⁶⁸ A. Gide, *Journal : 1887-1925*, Gallimard, 1996, p. 1067 (11 mai 1918).

« *s'empoisonner, qu'il mourrait pour elle et qu'elle pourrait venir le voir à la morgue* », cela constitue le délit d'appels téléphoniques malveillants⁶⁹. En l'espèce, le harceleur, qui expliquait littéralement être « *trop amoureux* »⁷⁰ pour parvenir se contrôler, est condamné à un an d'emprisonnement dont 6 avec sursis, d'une interdiction d'entrer en relation avec la victime, et d'une obligation de soins psychiatriques. Il s'agit là d'un état pathologique qui ne doit pas être confondu avec l'amour lui-même. Les sentiments ne sont pas reconnus comme un trouble par la juridiction. Des troubles d'ordre psychiatriques peuvent être de nature à exacerber les comportements jusqu'à l'obsession. Il faut alors être certain que les gestes de nature compulsive et malade, pouvant se traduire dans le domaine amoureux, ne doivent pas être confondus avec les sentiments eux-mêmes. La contrainte interne éventuelle ne peut pas être reconnue dans le sentiment amoureux lui-même, propre à expliquer un facteur émotionnel dans la manifestation de la pathologie. Mais seule la pathologie de l'individu peut être regardée par le droit comme étant de nature à déclarer irresponsable le délinquant.

L'amour, un état de sujétion psychologique ? - Certains comportements sont également punis par la loi lorsqu'ils consistent à exploiter l'état de faiblesse d'une personne, de sorte à en obtenir des avantages financiers. La jurisprudence a ainsi reconnu la constitution de l'infraction d'abus frauduleux de l'état d'ignorance ou de faiblesse, dans le fait pour une femme âgée de 47 ans d'avoir bénéficié de gratifications de la part d'un homme de 88 ans, en basant l'état de sujétion psychologique sur le fort sentiment amoureux qu'il a développé à son égard⁷¹. En l'espèce, les sentiments étaient notamment entretenus par l'auteur de l'infraction au travers de promesses illusoire de consentir un jour à des relations sexuelles avec un veuf (qui en avait été privé durant onze années auprès de son épouse malade).

⁶⁹ Cass. Crim. 17 sept. 2014, n° 13-85637, inédit.

⁷⁰ « *M. X... a reconnu, lors de l'enquête comme lors de l'audience, avoir « trop contacté » la victime, que ce soit par téléphone ou par mails, affirmant avoir été trop amoureux de Mme Y...* ».

⁷¹ Cass. Crim. 29 avr. 2015, inédit, n° 12-87650.

En l'occurrence, il est intéressant d'observer que l'état de sujétion psychologique correspond au sentiment amoureux que la victime développe à l'égard du manipulateur. La faiblesse telle que définie par le Code pénal peut donc être constituée par l'amour. Dans l'arrêt cité, un moyen au pourvoi s'attache d'ailleurs à contester cette confusion entre sentiment amoureux et état de sujétion psychologique. Mais l'argument ne parvient pas à convaincre les hauts magistrats qui entérinent le raisonnement des juges du fond. Est-ce à dire que le seul fait d'être amoureux afflige la victime d'un état de faiblesse, comparablement à l'état de grossesse par exemple? Il est plutôt permis de croire que le raisonnement des juges repose sur la reconnaissance d'un état de faiblesse relatif, c'est-à-dire induit par les circonstances qui entourent le sentiment de l'individu. Impossible donc de se déclarer en état de faiblesse du simple fait d'être amoureux. Contrairement aux critères structurels, tels que l'âge ou la lucidité, qui caractérisent une personne en état de faiblesse constant, la faiblesse relative n'existe que lorsqu'une situation provoque une injustice susceptible de donner lieu à des abus. Dans le cas d'espèce précité, la faiblesse tient à l'abus qui a été fait des sentiments de la victime, notamment en considération de son âge, de sa situation personnelle et des manipulations exercées en considération de ces éléments.

Les pratiques extrêmes. - Impossible d'évoquer l'amour *aux exultations insolites* sans se référer à l'arrêt KA et AD de 2008⁷². Un magistrat et un médecin, friands de pratiques sadomasochistes, sont condamnés pour coups et blessures sur leur partenaire - qui n'est autre que l'épouse du magistrat. Ils invoquent devant la Cour EDH le droit au respect de leur intimité sexuelle et de disposer librement de leurs corps, dans un contexte de libéralisation des mœurs. Si la Cour rappelle l'existence de ce droit fondamental, même si les pratiques concernées sont physiquement ou moralement dommageables, elle décide toutefois qu'en l'espèce, l'immixtion de l'État dans la sphère intime est proportionnée. En effet, les requérants n'avaient pas respecté leur engagement à stopper les pratiques à la demande de l'épouse du magistrat, s'adonnant ainsi à une surenchère de violence contre la volonté de leur partenaire-victime (coups, brûlures, entailles,

⁷² KA et AD c./ Belgique, 17 fév. 2008, Req. n° 42758/98 et 45558/99.

électrocution...). C'est sur le critère essentiel du consentement que la Cour européenne exerce son appréciation. L'enseignement de cette décision revient à reconnaître la liberté de chacun de disposer de son corps conformément à ses mœurs; ce qui ne permet pas pour autant la liberté de disposer du corps de l'autre contre son gré, les mœurs seraient-elles partagées par ailleurs.

L'amour contraire aux bonnes mœurs. – Un dernier exemple des sentiments éconduits par le droit s'impose au travers d'une actualité législative de droit comparé. Le projet de loi de réforme du Code pénal marocain prévoit de un à trois mois d'emprisonnement, ainsi qu'une peine d'amende, pour les personnes qui auraient des « *contacts sexuel* » sans être mariés⁷³. On voit alors que seul l'amour chaste est toléré en l'absence de liens matrimoniaux entre les personnes⁷⁴. L'amour charnel est ici éconduit sévèrement par le droit en ce qu'il est soumis entièrement au domaine de la loi. En effet, alors que le sentiment échappe naturellement au droit qui ne peut l'observer que de l'extérieur, les normes instigatrices des mœurs rigides font du Droit un outil d'absorption des libertés qui font l'essence de l'Homme. L'amour sans le droit, en l'occurrence sans la célébration du mariage, est frappé d'illégitimité. La législation française a déjà pu adopter des démarches analogues, par exemple en n'autorisant pas conjoints auteurs d'adultère à se remarier avec leur complice, faisant de l'amour illégitime un amour illégal⁷⁵. Si la finalité de ces prohibitions est de standardiser les comportements afin de décourager l'infidélité, l'instabilité de la cellule familiale, ou encore la conception d'enfants en-dehors du cadre protecteur du mariage, il est possible de douter tant de la réelle efficacité des mesures, que de la place laissée à l'intimité de la vie privée. De plus, il est acquis qu'elles limitent considérablement l'évolution et

⁷³ Art. 490 de l'avant-projet de loi de réforme du CP marocain. À noter que la locution imprécise « *contacts sexuels* » ne permet pas d'identifier les comportements susceptibles de tomber sous le coup d'une condamnation. Ainsi, du simple baiser aux relations sexuelles, il est impossible de prévoir le champ d'application de l'incrimination.

⁷⁴ Art. 418 et s. de l'avant-projet.

⁷⁵ La loi du 15 déc. 1904 a abrogé l'ancien art. 298 du C. civ. qui prévoyait cette interdiction.

l'émancipation des mœurs et des individus dont la vie sentimentale est mise sous tutelle de l'État.

En conclusion, voilà posée très brièvement la corrélation entre l'amour et le Droit. Le Droit doit contenir le déchaînement des passions humaines, pour rappeler l'Homme à l'ordre d'un côté. Parallèlement, les sentiments doivent rapprocher le Droit de l'Humain, d'un autre côté. La prise en compte de nos cœurs est inéluctable. Mais elle doit composer avec le respect et l'amour des libertés, préalables des obligations à la charge des Hommes, de la justice, de l'ordre; avec un amour peut-être un peu pathologique que je nous soupçonne tous de cultiver ici aujourd'hui : l'amour du Droit. Attention toutefois ! Si notre amour scientifique devient déraisonnable, au point de rendre le juriste incapable de regarder les rapports humains autrement que comme des rapports de droit, le Doyen Carbonnier proposait sagement d'inscrire un article zéro en tête du Titre préliminaire du Code civil : "*l'amour du droit est réductible en cas d'excès* »⁷⁶.

⁷⁶ J. Carbonnier, « Scolie sur le non-droit », in *Flexible droit*, L.G.D.J., 2001, p. 51.