



HAL
open science

Propos impertinents sur l'amour conjugal

Mélina Douchy-Oudot

► **To cite this version:**

Mélina Douchy-Oudot. Propos impertinents sur l'amour conjugal. Mélanges en l'honneur du professeur Jean Hauser, 2012. hal-04015346

HAL Id: hal-04015346

<https://hal.science/hal-04015346v1>

Submitted on 5 Mar 2023

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.

Propos impertinents sur l'amour conjugal

Mélina Douchy-Oudot
Professeur à l'Université du Sud TOULON-VAR
Membre du Centre de Droit et de Politique Comparés - UMR 73-18

« Quand on s'aime, il y a des choses irrévocables (les enfants ?)... » interrogeait en s'amusant l'auteur auquel nous dédions ces lignes¹.

La société voudrait faire croire que l'amour serait le fondement « des » familles...mais puisqu'ils s'aiment...mais puisqu'ils ne s'aiment plus...Au prétexte d'un amour réducteur, au nom de la tolérance et de l'accueil des différences, tout devient légitime dans le domaine de la famille. Ce faisant, il n'est plus de famille car ce qui la fonde la détruit dans le même temps. Or, s'attaquer à la famille, c'est s'attaquer au fondement de la société. « Il est des moments où les responsables des désordres doivent être clairement identifiés ! » pouvait-on lire sous la plume du professeur Jean Hauser à propos de l'art législatif dégradé². En transposant en matière familiale, il faut dénoncer le responsable de tous les maux, cet amour mou, libéral, tolérant et en définitive inexistant. Mensonge d'une société qui prétend que pour s'aimer, il n'est pas nécessaire de s'engager et que l'on doit pouvoir défaire aussi facilement ce que l'on a fait : rupture du concubinage, résiliation du pacte civil de solidarité (CC, art. 515-7), divorce (CC, art. 229 s).

Pour fonder la famille, on peut sceller l'acte par les liens d'un amour éternel, mais chacun sait qu'il est fait pour ne pas durer sauf à comprendre ce que veut dire le mot aimer. Il ne s'agit pas d'amour de sensibilité, de sentiments. Il s'agit d'amour de volonté le seul au demeurant qui soit dans son essence conforme à ce qu'est l'amour. Est-ce à dire que seuls les mariages de raison produisent des fruits ? Evidemment, non³, il y a dans le fait de s'engager l'un envers l'autre cette chose toute particulière à chaque couple qui a conduit au don de leur personne et qui n'est réductible à aucune analyse. Ceci étant, l'engagement pris, c'est là véritablement que l'amour se révèle, qu'il prend racine pour porter le fruit de ce don réciproque des personnes.

Tout engagement suppose l'orientation vers une fin et, pour l'époux et l'épouse, la fin prend forme dans la faculté d'engendrement qu'ils incarnent et dans l'enfant qui les lie, au-delà même des désertions d'un droit qui admet la rupture du couple⁴. Cette famille a un contenu indépendant de la volonté des époux. Le mariage unit les époux et il en résulte devoirs et prérogatives dans la vie ensemble. L'amour conjugal se vit à partir de ces devoirs et prérogatives indépendants de la subjectivité et de l'individualité des personnes. Il ne s'agit pas de savoir si les époux décident de vivre leur mariage de telle manière – par exemple aventures libertines autorisées- il s'agit ici de comprendre que le seul fait d'être une personne mariée engage à vivre les devoirs et prérogatives propres à un statut auquel il a été consenti le jour de

¹ J. Hauser, obs. ss Civ. 1^{re}, 18 mai 2011, n° 10-14.841, inédit - Civ. 1^{re}, 18 mai 2011, n° 10-17.943, RTD Civ. 2011, p. 522.

² J. Hauser, obs. ss Crim., 16 févr. 2011, n° 10-83.606, RTD Civ. 2011, p. 523.

³ Outre le fait que l'expression reste fort discutable : voir le philosophe et Académicien Gustave Thibon, *Ce que Dieu a uni*, éd. Fayard 1975.

⁴ Sur cette faculté d'engendrement, voir l'excellente étude d'Aude Mirkovic : « Assistance médicale à la procréation pour les femmes célibataires et les personnes de même sexe : l'implosion de la parenté et de la filiation », Dr. famille 2010, étude 21, p. 14 s ; « Le coût juridique. Les conséquences de la théorie du gender sur la filiation », in colloque Théorie du Gender, 17-18 sept. 2011, OSP Fréjus-Toulon, à paraître.

la cérémonie. Ce statut est indépendant même des conventions que les époux pourraient être tentés de se reconnaître. De nombreuses considérations découleront de cette affirmation, notamment s'agissant de la sexualité au sein du couple, de l'accueil des enfants, de la paternité ou maternité responsable.

Ce qui a de la valeur en général coûte, et ce n'est pas sur un chemin de roses que toujours il faudra avancer dans la vie conjugale parce que l'amour, quelle qu'en soit la forme, suppose toujours l'oblation de ce que l'on est. Il est victimal dans l'oubli de soi, a fortiori avec les enfants - *...lorsque le Pélican lassé d'un long voyage*⁵ ...- tout est là. La clé de compréhension de ce bel amour mutuel ne s'explique que par cette donnée, ôtons-la et le risque est de passer à côté de ce qu'il est et, pire parfois, de renier ce qui paraissait être amour, parce qu'en réalité il n'aura pas été connu pour ce qu'il est vraiment. Mais si cet amour est connu, s'il est ensuite vécu, il rayonnera pour réchauffer les cœurs durs, les cœurs mous, les cœurs isolés, les cœurs délaissés, les cœurs de pierre et il apportera la joie autour de lui.

Il convient de partir de l'amour conjugal pour comprendre la place de l'enfant, le sens de la famille et les mensonges du droit (I). Il sera alors nécessaire dans un second temps d'appréhender de façon plus plénière ce qu'est l'amour et ses modes d'expression dans le quotidien des familles (II).

I – La place de l'amour conjugal dans le couple

Peut-on encore comprendre en ce XXI^{ème} siècle aseptisé par les bons sentiments que *l'amour conjugal n'est pas constitutif du mariage*, il n'est pas un élément de définition, il n'est pas ce qui fonde le mariage et n'est d'ailleurs en rien une condition légale du mariage : on ne se marie pas parce qu'on s'aime, pas plus que l'on ne se pacse ou que l'on « concubine ». *L'amour conjugal est consécutif au mariage*, à ce qui fonde le mariage, l'échange des consentements par lequel les personnes se donnent pour constituer une famille : on s'aime parce qu'on s'est marié⁶, ce qui suppose le don de soi dans la durée, à la différence du pacs ou du concubinage qui n'incluent pas la notion de durée *ab initio*. L'amour donné est celui exprimé lors de l'échange des consentements sans lequel il n'est pas.

Deux points importants pour le couple : le sexe (A) et l'enfant (B).

A – Le sexe et le couple

Pourquoi se marie-t-on ? Les mobiles du mariage sont indifférents même s'ils peuvent révéler une personnalité. Tous les éléments concernant l'autre personne pourront changer et ce n'est pas là le fondement du mariage. La réponse à laquelle on cherche ici à répondre est de savoir à quelle fin on se marie. Quel est le but ? Ce but devient la raison du mariage et le fondement de l'amour conjugal.

Cet objet précis de l'engagement matrimonial montre que l'acte conjugal, le sexe dans le couple, même s'il a une place importante pour les époux, pour la société en vue de la perpétuation de la vie humaine, n'est pas un élément de définition de l'amour conjugal. Il n'est pas contrairement à ce que l'on entend partout aujourd'hui le critère de l'amour, ni même sa manifestation la plus explicite, il n'en est qu'une manifestation. Le but est le bonheur recherché de l'autre dans le couple, ceci de façon mutuelle, et dont la fécondité prend

⁵ Alfred de Musset, *La nuit de Mai*.

⁶ Guy de Broglie, *Qu'est-ce que l'amour conjugal ?*, éd. Téqui 1971.

la forme la plus usuelle mais non exclusive de l'enfant. La difficulté aujourd'hui réside dans la confusion entretenue autour du mot aimer. On disait jusqu'à il y a peu « on se marie pour le meilleur et pour le pire ». Si les époux l'ont bien compris, ils appliqueront à l'autre dans le couple cet amour d'amitié qui conduit à vouloir le bien de l'autre absolument, l'authentique bonheur dont il est capable. Si l'esprit de communion lie les époux, alors, l'amour conjugal sera le prototype le plus achevé de toutes les modalités diverses que l'amitié humaine puisse revêtir, ceci en raison de l'importance particulière de cette complète union des cœurs pour la grande tâche éducative qui incombe aux parents, qui bénéficie à la société, et dont la procréation n'est en réalité que le point de départ.

Parce que justement ce qui fonde l'amour conjugal, c'est le mariage lui-même.

Il suit de ce qui a été exposé que les différents amours (filial, paternel, etc) se différencient non par la diversité des biens voulus à la personne aimée, mais par les motifs qui imposent aux personnes aimantes une obligation de s'intéresser au bonheur de telle ou telle personne. Ce qui fonde principalement les diverses formes d'amour ce sont les rapports irrévocables que certains faits passés ont noués une fois pour toute entre chacune de nos personnes et telles ou telles autres, indépendamment de la volonté future des intéressés : ce rapport oblige chacun de nous à reconnaître une place privilégiée au sein de l'universelle multitude humaine que l'amour nous prescrit d'aimer. S'agissant de l'amour conjugal, le fait passé consiste dans le double engagement par lequel les époux ont librement déclaré l'un à l'autre se choisir mutuellement en vue de fonder une famille. Là est l'autel du mariage à partir duquel les époux s'engagent à s'aimer, c'est-à-dire à vouloir à l'autre un authentique bonheur, son bien absolu. On comprend que si l'on peut se marier parce qu'on s'aime au sens de cette alchimie particulière qui lie l'un avec l'autre, en réalité on s'aime parce qu'on s'est marié : nos pensées et nos actes devront à présent poursuivre le bien de la personne épousée, quoique devienne cette personne, quels que soient nos sentiments, nos attirances et appétits à son égard ou envers d'autres. Nous sommes irrémédiablement liés pour vivre de façon privilégiée cet amour⁷.

Ceci suppose évidemment de comprendre qu'il n'est de liberté que dans l'engagement. L'erreur essentielle n'est-elle pas dans l'acception qui est faite du mot liberté, et, à l'époque contemporaine, du mot liberté individuelle ? La liberté n'a jamais été et ne sera jamais la possibilité de faire ce que je veux. Cette liberté posée comme une fin en soi se confond avec l'indépendance, alors que la liberté est tout l'inverse. Elle est capacité d'engagement, et capacité d'engagement pour le bien. De façon très classique, il faut rappeler que trois éléments forment la liberté humaine : l'élection des moyens (le pouvoir du choix ou libre arbitre), pour atteindre une fin (la dépendance de la volonté à l'intelligence qui lui montre ce qui est bon comme ce qui est vrai) et la capacité de sa réalisation (la liberté d'action). Par définition, la liberté est dépendante, soumise à la fin qu'elle poursuit et qui suppose en définitive la réalisation pour la personne de sa fin dernière⁸.

⁷ Cette excellente analyse a été empruntée à Guy de Broglie et peut être retrouvée de façon plus étayée dans : *Qu'est-ce que l'amour conjugal ?*, éd. Téqui 1971.

⁸ « Les expressions visibles de la théorie du gender en droit », Colloque 17-18 sept. 2011, Toulon, intervention publiée Kephass 2012/1 ; v. aussi notre étude : « La dignité de la personne en tant qu'être humain », Revue droit civil Lamy 2010.

La différence sexuelle est ensuite un élément essentiel du couple et de l'engagement réciproque des époux⁹. Les mariages entre personnes de même sexe reconnus dans des pays voisins, l'Espagne et la Belgique notamment ne peuvent intrinsèquement correspondre à ce qu'est le mariage. On assiste en matière familiale à ce que nous avons rencontré dans les années quatre-vingt en matière de responsabilité civile, la victoire du nominalisme juridique. Dans cette perspective, les concepts ne sont pas faits pour désigner des réalités tirées de l'observation objective de la nature des choses, ils sont le résultat de conventions sociales qui s'accordent à donner tel sens, tel contenu à tel concept, indépendamment de toute réalité car celle-ci est niée en soi. Mais le mariage n'est là que pour offrir un cadre protecteur à la famille et non pour reconnaître des droits à un couple¹⁰. Le mariage ne devrait se comprendre que par rapport à la potentialité de l'enfant et cette potentialité suppose au préalable l'engagement de ceux qui souhaitent offrir un cadre stable à leur famille. Faute de l'avoir admis, le droit en fragilisant le mariage a fragilisé la famille. Il a rendu peu compréhensible l'actuelle construction juridique de la « conjugalité »¹¹.

L'engagement matrimonial est fondateur parce qu'il fait entrer les époux dans l'union conjugale proprement dite, c'est-à-dire dans cette institution naturelle qu'est la famille.

B – L'enfant et le couple

Lorsqu'il a été contracté mariage, tout refus de l'enfant ou d'un nouvel enfant n'est-il pas déjà manquement à l'amour conjugal, s'il n'est pas justifié par une raison impérieuse et supérieure à la finalité du mariage (1) ? A l'inverse, l'idéalisation de l'enfant ou l'enfant à tout prix comme expression obligatoire de l'amour conjugal n'est-elle pas également une forme d'instrumentalisation du couple et de l'enfant¹² (2) ?

1) Le refus de l'enfant ou du nouvel enfant : manquement à l'amour conjugal

La finalité procréative du mariage doit être repensée à une époque où les époux estiment que la survenance de l'enfant est une simple faculté laissée à leur libre vouloir. La contraception, qui permet l'accomplissement de l'acte conjugal en supprimant la faculté générative de l'acte de façon délibérée, est présentée comme une libération des couples et surtout de la femme. Elle pourrait être en réalité un manquement à l'amour conjugal (a), de même que l'avortement, outre le fait qu'il est à titre principal une atteinte à la vie de l'enfant conçu (b).

a. La contraception

La contraception a pour effet immédiat de dissocier la finalité propre de l'union charnelle du plaisir attaché à cette union. N'aboutit-elle pas ainsi à instrumentaliser l'union et à la réduire à une simple satisfaction des sens ? Admettre la contraception par principe aboutit à accepter et légitimer la dissociation entre l'affectivité, la jouissance et la procréation. Elle conduit à réduire l'acte conjugal à une simple relation sexuelle, en lui ôtant l'orientation vers la fin qui est sienne. La relation sexuelle n'est plus qu'un instrument au service d'une jouissance que

⁹ Cons. const., 28 janv. 2011, n° 2010-92 QPC, RTD Civ. 2011 p. 326, obs. J. Hauser ; D. 2011, 1040, obs. J.-J. Lemouland et D. Vigneau.

¹⁰ Aude Mirkovic, « Les revendications des personnes de même sexe en matière familiale », Rev. Lamy nov. 2011, p. 42 s..

¹¹ Il pourrait y avoir pourtant une autre façon d'approcher les couples et dans ces couples, le mariage : du même auteur, « Le mariage, un service public à redécouvrir », à paraître.

¹² Sur les situations rocambolesques du droit : RTD Civ. 2011 p. 338, obs. J. Hauser.

l'on peut au mieux espérer mutuelle mais qui n'est plus un lieu de don de ce que l'on est. La personne, être sexué, se définit alors par l'orientation sexuelle qui la caractérise, ses propres pulsions ou désirs, et non plus par rapport à une nature reçue et transmise à partir de l'intimité conjugale, mode d'expression de l'engagement matrimonial. Or, la fin du mariage restant pour le couple et la société dans la faculté d'engendrement née de la différence des sexes, poser la contraception comme principe légitime du rapport conjugal conduit à rendre prioritaires d'autres fins comme l'assouvissement de passions (neutres en soi), le bien des époux, mais éradique l'une des fins propres du mariage de sa définition¹³.

Le droit valide cette analyse qui autorise la stérilisation volontaire et tous les modes de contraceptions, remboursés au titre de la sécurité sociale (CSS, art. L321-1), et même administrés aux enfants sans nécessité d'autorisation parentale (CSP, art. L5134-1).

Ce faisant, c'est faire croire que l'homme et la femme sont les maîtres de la vie, qu'ils la donnent au lieu de la transmettre, qu'ils décident du nombre d'enfants, du moment de l'enfant, en ignorant la source même de la vie qu'ils donnent. La conséquence logique est l'admission de l'avortement.

b. L'avortement de convenance et l'avortement dit thérapeutique

Faut-il dans tous les cas interdire l'avortement? La réponse ne peut être que positive, sous peine d'être incohérente, même si elle est contraire à l'enseignement unanimement dispensé en France. La loi, chacun le sait, autorise l'interruption volontaire de grossesse jusqu'à trois mois d'aménorrhée, et l'interruption médicale de grossesse sans aucun délai (CSP, art. 2213-1). Dans les deux cas cela revient à priver l'acte conjugal de sa fin, l'enfant, et de façon extrême puisque l'enfant existe (alors que la contraception vise à l'empêcher d'exister). Si la femme est mineure, après l'avoir incitée à prévenir ses parents et à obtenir leur consentement à l'IVG, il est admis qu'elle peut refuser leur information et être accompagnée par toute personne majeure de son choix (CSP, art. L2212-7). L'acte générationnel¹⁴ perd son sens puisque l'enfant est rattaché à la mère uniquement, exclusion du père, exclusion des ascendants par rapport à la descendance.

¹³ Sur les fins du mariage selon une approche de droit naturel ou du mariage comme « institution naturelle » : P. Adnès, *Le mariage*, éd. Desclée 1961, p. 123 s. ; déjà St Thomas d'Aquin, *Le mariage*, T. I, suppl., quest. 41-49, spéc. quest. 41, art. 1, *Utrum matrimonium sit naturale ?* (Le mariage est-il de droit naturel ?).

¹⁴ L'enfant ne naît pas seul, il s'intègre dans une succession de générations. Le professeur J. Hauser rappelait à propos que « Le lien entre la biologie et la famille, même parfois tempéré, a l'avantage considérable de faire échapper à tous les fantasmes individualistes la constitution de cette famille et de montrer à l'enfant qu'il n'est pas seulement un choix, voire un caprice, mais une donnée qui s'insère dans un lignage temporel (avec un droit de succéder ?). Qu'on ne puisse échapper à ce choix dans certains cas, certes, qu'on en fasse une règle universelle pour répondre à quelques cas on peut en douter. On ne peut que méditer la réflexion simple mais profonde d'une éminente spécialiste de la matière (C. Labrusse-Riou, *Rép. civ. Dalloz, v° Filiation, généralités*, n° 14) : « la question ouverte est de savoir jusqu'où le droit peut s'abstraire de la réalité sans semer des confusions graves sur le plan individuel et social », RTD Civ. 2010 p. 97 ; la même difficulté se pose pour l'accouchement dans l'anonymat de la mère qui de ce seul fait empêche l'établissement de tout lien de l'enfant avec ses grands-parents : RTD Civ. 2010 p. 540, obs. J. Hauser.

Surtout cela conduit à supprimer la vie de l'enfant conçu. Pourtant, le principe de précaution ne devrait-il pas conduire à la protéger dès la fécondation, puisque l'on sait que ce qui fait la personne est entièrement présent au moment de celle-ci, le patrimoine génétique étant arrêté et l'unicité de la personne établie ? Comment expliquer que le droit incrimine pénalement le fait d'empêcher ou de tenter d'empêcher un avortement, l'article L2223-2 CSP prévoyant une peine pouvant aller jusqu'à deux ans d'emprisonnement et 30000 euros d'amende ? N'est-il pas paradoxal que les femmes qui désirent interrompre leur grossesse aient pour aide des centres dénommés « centres de protection maternelle et infantile » (CSP, art. L2311-3) ?

Bien plus, admettre l'avortement à la suite de la découverte de la maladie de l'enfant à l'occasion d'un dépistage anténatal, la trisomie 21 par exemple, en deçà des trois mois de délai, n'est-ce pas là faire ni plus ni moins que de l'eugénisme ? La qualité de vie serait-elle plus importante que la vie elle-même ? L'article 16-4, al. 2 du Code civil dispose sobrement « Toute pratique eugénique tendant à l'organisation de la sélection des personnes est interdite ». Il faut comprendre que les dépistages anténataux n'en font pas partie...

2) L'enfant à tout prix ou l'instrumentalisation du couple

Le couple qui n'arrive pas naturellement à avoir d'enfant n'admet pas ce qui arrive et demande à la science de suppléer à cette carence¹⁵. Que la douleur soit présente est un fait évident : le mariage met les époux dans la situation où ils sont qualifiés pour s'unir et avoir des enfants, la non survenance de l'enfant apparaît logiquement comme un échec. Pourtant, lorsque certaines choses surviennent dans la vie du couple, n'est-ce pas qu'il est attendu d'eux une réponse appropriée par rapport à la vérité de l'amour ? L'assistance médicale à la procréation ne semble pas pouvoir être cette réponse (a), ce qui conduit à approfondir, au sein du couple, la question de la stérilité (b).

a. L'assistance médicale à la procréation

L'assistance médicale à la procréation n'est pas une réponse à la stérilité qu'elle ne soigne pas, mais une substitution à l'acte procréateur des époux de l'intervention d'un tiers, l'équipe médicale¹⁶. Quelles bonnes que soient les intentions, il s'agit ni plus ni moins d'une « fabrication » de l'enfant qui au demeurant tend à s'externaliser pour reprendre les mots du professeur Hauser, lorsque la pratique est illicite en France¹⁷. Les techniques autorisées en France sont l'insémination de l'épouse avec les gamètes du conjoint, du concubin ou d'un tiers donneur, ou la fécondation *in vitro* de l'embryon avec les gamètes des conjoints, des concubins ou d'un tiers donneur suivie du transfert de l'embryon dans l'utérus de la femme (la gestation pour autrui est encore prohibée en France, mais non dans certains pays étrangers), autant d'éléments précisément détaillés au sein du Code de la santé publique (CSP, art. L. 2141-6 s).

¹⁵ Xavier Lacroix, Un droit à l'enfant ?, in H. Fulchiron, dir., *Mariage-conjugalité Parenté-parentalité*, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2009, p. 125.

¹⁶ Alors pourquoi ne pas autoriser la survenance de l'enfant au sein de couples ne pouvant naturellement les concevoir ; pour une réflexion entre personnes de même sexe : H. Fulchiron, dir., *Mariage-conjugalité Parenté-parentalité*, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2009.

¹⁷ RTD Civ. 2011 p. 340 : L'externalisation et la délocalisation de la fabrication des enfants : arrêt sur image de la maternité pour autrui.

Ce recours aboutit malheureusement biologiquement à des dissociations graves pour le couple lui-même, pour l'enfant qui en est issu et ceux qui sont détruits à cette occasion, et pour la société entière. Pour le couple, l'intrusion d'un tiers, le recueil de gamètes, les échecs répétés du recours à cette assistance qui est non seulement très douloureuse mais aussi peu productive, sont autant d'épreuves. Pour l'enfant, le fait d'avoir été conçu dans un geste technique, parfois comme orphelin de père ou de mère, détaché de ses géniteurs, qui lui transmettent leur patrimoine génétique, sans possibilité de connaissance de l'identité du donneur ni d'établissement d'un lien avec lui, est destructeur de sa personne¹⁸. N'est-il pas amputé de lui-même avant même d'être conçu ? Pour la société, l'instrumentalisation du couple, la dissociation des éléments qui le constituent, aboutissent notamment aux questions actuelles de l'homoparentalité et de la définition de la famille.

Chacun connaît aujourd'hui tel ou tel de ses amis ayant eu recours à l'AMP, car la stérilité des couples va en augmentant sans que le budget correspondant soit donné à la recherche pour trouver les causes de stérilité des couples et essayer d'y remédier. A partir des cas particuliers, se développent une normalisation du phénomène et sa légitimation, à l'instar de ce que l'on a pu connaître des familles dites monoparentales, recomposées, etc. Et derrière ces questions douloureuses réapparaît une philosophie compassionnelle coupant court à toute discussion sur ce qui est ontologiquement et anthropologiquement souhaitable.

Le fait commande, le fait dispose, le fait impose. Or, la question demeure non pas de ce que l'on peut faire mais de ce que l'on doit faire ou de ce qu'il est légitime de faire. La société a renoncé à poser cette question, car le principe d'une réponse commune, objective et véridique est rejetée¹⁹. Il n'est que des réponses plurielles, subjectives et relatives, reposant sur l'idée qu'est légitime ce qui est voulu par les individus. C'est ainsi notamment qu'un enfant conçu *in vitro* pourra tout à la fois être simple matériau génétique ou enfant à part entière en fonction de l'existence ou non « d'un projet parental » à son égard. Une même réalité sera qualifiée conceptuellement de façon distincte par le pouvoir des volontés niant une nature des choses.

b. La question de la stérilité du couple

Le couple stérile voit devant lui une souffrance à la mesure du don de chacun des époux. Le mariage ayant pour fin propre l'exercice des facultés génératrices et l'éducation des enfants en résultant, l'annonce de la stérilité obligera le couple à réfléchir davantage sur le sens du don qu'il a fait et sur ce qui est attendu de lui dans cette circonstance particulière.

Tout d'abord, si la fécondité s'exprime naturellement dans l'enfant, elle ne saurait se réduire à l'enfant, car le couple participe à la communauté humaine par la réalité de l'amour conjugal qui témoigne de cet amour envers les autres. Lorsque l'enfant n'est pas là, le couple s'emploiera à rayonner son amour d'autres façons. Ce peut être en se dédiant aux enfants des autres, soit par l'adoption, soit par le temps donné à l'éducation des enfants ayant des parents, soit en exprimant leur générosité en d'autres causes utiles dans la communauté où ils vivent.

La stérilité en ce sens n'est pas un obstacle à l'amour conjugal et peut, même, être vécue comme une union plus riche, plus profonde du couple qui touche davantage la spiritualité

¹⁸ G. Raoul-Cormeil, Clonage reproductif et filiation. La chaîne des interdits, JCP., éd. G., 2008, I, 128.

¹⁹ Sur le caractère redoutable du fait accompli: RTD Civ. 2010 p. 96, obs. J. Hauser.

conjugale qui caractérise le couple humain. Ce faisant, il pourra œuvrer pour une véritable culture de vie au sens où le bienheureux Jean-Paul II l'entendait dans son encyclique du 25 mars 1995 *Evangelium vitae*.

Dans une société où la souffrance en soi doit être bannie, où aucun sens ne peut lui être donné, où les limitations du vouloir par l'adhésion à une réalité ordonnée sont subies comme des entraves à la liberté, la fécondité du couple stérile échappera à beaucoup tout comme d'ailleurs la réalité d'un amour conjugal prenant ses racines aux confins du don.

II – La réalité de l'amour conjugal au sein du couple

L'amour conjugal est une déclinaison de l'amour que l'on doit avoir les uns envers les autres, à ceci près que, dans l'amour conjugal, les époux ont décidé de le vivre l'un envers l'autre et de le faire rayonner. Amour oblatif reposant sur le don mutuel de leur personne qui trouvera à s'exprimer dans les mille et une choses du quotidien (A), il sera également un amour orienté, poursuivant une fin. Il s'ensuivra que la famille pourra être le lieu de toutes les vertus humaines et sociales (B).

A – Un amour oblatif : le don

Les époux dans le mariage ont fait un don initial comme pour tout engagement de vie (1) qui suppose au cours de son exécution un renouvellement journalier (2).

1) Le don initial

On peut donner sans se donner, et cette caricature du don est bien sûr un manquement à l'amour conjugal. Le don initial passe par l'abdication de ce qui est le plus caractéristique de la personne, sa liberté de choix (a). En mariage, il a pour particularité d'être un don mutuel (b).

a. L'abdication de la liberté de choix

Lorsque des personnes décident de se marier, alors que souvent aujourd'hui elles ont pu partager nombre d'années ensemble, il faut bien sûr qu'il y ait quelque chose de différent entre ce qu'elles vivent et ce à quoi elles ont à présent décidé de s'engager. Ce sera rarement par pure convenance vu le parcours des nouveaux couples. Ce sera davantage la volonté de donner à leur vie commune un caractère définitif, irrévocable. Une sorte de confirmation a posteriori d'un choix initial que l'on pensait fragile. Souvent l'enfant sera venu consolider ce qui n'était qu'une vie à deux et sceller ce qui pouvait être vécu parfois comme un égoïsme à deux. C'est dire, au moins dans l'intention, quel que soit l'avenir, quoi qu'il arrive, que la personne à laquelle on se donne en mariage sera celle avec laquelle on souhaite vivre jusqu'au moment de la mort.

Ce don suppose une certaine abdication de sa liberté de choix, dans la mesure où l'on ne peut évidemment plus réorienter sa vie et se séparer de la personne à laquelle on s'est donné. Cette réduction de la liberté de choix s'exprime non seulement s'agissant de la personne avec laquelle on va vivre mais, aussi, dans les décisions du quotidien. On réduit sa liberté d'action, d'initiative si propre à l'être humain ou, à tout le moins, on la subordonne à la décision de l'autre. Les décisions sont prises à deux, on n'est plus seul à décider.

Ceci n'est pas spécifique au don en mariage. Tout engagement de vie suppose l'abdication de la liberté de choix. Les célibataires qui demeurent dans cet état pour garder leur « liberté », les

couples qui refusent de se marier parce qu'implicitement ils souhaitent pouvoir se reprendre ont choisi de ne pas s'engager. Ne passent-ils pas à côté du bonheur? La nature humaine ne se réalise-t-elle pas pleinement dans l'amour, qui suppose le don de ce que l'on est et donc le renoncement à sa volonté propre ?

b. Le caractère mutuel du don

Le don en mariage est particulier parce que les époux se donnent l'un à l'autre. Il y a mutualité du don des personnes, l'un donne et l'autre reçoit et ce réciproquement. La douceur du don en mariage s'il est vécu par les deux époux de façon radicale tient au fait que l'autre prend soin de nous, nous reçoit et nous fait grandir dans l'amour. Il est celui, elle est celle qui va s'occuper de notre bien pour nous aider à avancer dans la vie vers le plein accomplissement de ce que l'on est. Notre bonheur sera dans les mains de l'époux ou de l'épouse, de l'autre, qui aura accepté la responsabilité de nous aimer de façon particulière et toute spéciale. Il est donc essentiel de bien savoir avec qui on s'engage et si cette personne a du bien une vue droite.

La douleur en mariage tient justement à cette mutualité lorsqu'elle n'est pas vécue ou mal vécue. Il n'est pas surprenant que la loi n° 2006-399 du 4 avril 2006 soit venue modifier le célèbre article 212 du Code civil, ajoutant aux droits et devoirs du mariage le « respect ». Désormais, on peut lire « Les époux se doivent mutuellement respect, fidélité, secours et assistance ». Il ne faut pas s'étonner non plus que le législateur soit contraint d'intervenir pour lutter dans la société contre les violences au sein du couple, comme il l'a fait avec la loi n° 2010-769 du 9 juillet 2010 et son décret d'application n° 2010-1134 du 29 septembre 2010²⁰. Dans une société où l'engagement n'a plus de sens, où le mariage n'est plus significatif du don des personnes et de la recherche du bien de l'époux (e), des garde-fous ne sont-ils pas alors nécessaires ?

Si l'autre ne se donne pas à la mesure de ce que nous nous sommes donné, il s'ensuit une disproportion qui fait souffrir. Si l'autre ne sait pas aimer au sens plénier, il s'ensuivra des incompréhensions, un manque de communication, un sens qui ne sera plus commun de la vie à deux. Le danger est de penser que l'on s'est trompé, que celui ou celle à laquelle on s'est donné ne le méritait pas, que l'engagement doit être rompu, la vie séparée. Il se peut au demeurant que l'on se soit trompé sur les qualités de celui ou de celle auquel ou à laquelle on s'est donné. Là se pose avec acuité la question de l'irrévocabilité ou non du don, de l'indissolubilité du lien, du divorce. Tout amour sensible aurait-il disparu que l'engagement serait toujours présent. Le droit, lui, réduisant le mariage à ce qu'il n'est pas, un contrat, a par la loi n° 2004-439 du 26 mai 2004 instauré un droit au divorce, mieux un droit à la répudiation unilatérale par le divorce « pour altération définitive du lien conjugal » (CC, art. 237). Le droit considère que tout ce qui constitue un maintien intolérable de la vie commune légitime la dissolution du lien, comme par exemple de rendre le domicile conjugal inhabitable du fait de la prolifération des animaux²¹.

²⁰ Outre toutes les dispositions pénales en la matière, voir les références citées dans notre étude « « Quelle protection contre les violences au sein du couple », Procédures, 2010/12.

²¹ RTD Civ. 2011 p. 328, obs. J. Hauser.

On comprend dès lors la volonté de beaucoup d'uniformiser mariage et autres formes de couple, pacs, concubinage, dès lors que l'institution matrimoniale est ainsi désagrégée²². Quelle conjugalité si le mariage se dissout *ad nutum* ? Quelle spécificité matrimoniale si, à l'instar du pacte civil de solidarité, la résiliation unilatérale peut intervenir ? Pourquoi maintenir le lien entre filiation et mariage si le mariage n'est plus protecteur de la famille ? Voilà les questions auxquelles le législateur est aujourd'hui confronté. Les particularités du mariage, de ce qu'il est intrinsèquement, ont été peu à peu réduites par la loi. L'enfant n'est plus la fin du mariage (contraception, IVG) et l'aide mutuelle des époux (secours, assistance) se clôt aisément par le divorce et l'octroi d'une banale prestation compensatoire. La Cour de cassation, elle-même, n'hésite pas à juger que « le contrat proposé par un professionnel, relatif à l'offre de rencontres en vue de la réalisation d'un mariage ou d'une union stable, qui ne se confond pas avec une telle réalisation, n'est pas nul, comme ayant une cause contraire à l'ordre public et aux bonnes mœurs, du fait qu'il est conclu par une personne mariée »²³.

Le droit refuse un mariage fondé sur le don renouvelé des personnes victorieux des vicissitudes de la vie.

2) Le don renouvelé

L'amour est oblatif, il suppose de se donner au quotidien à une personne qui par définition change et n'est bientôt plus exactement celle à laquelle on s'est donné initialement, ou même plus du tout. La vie transforme les êtres et, si l'âme de la personne qui constitue en philosophie sa forme, est la même, la personne évolue à travers les circonstances de vie où elle se trouve. Le renouvellement est nécessaire en raison de la vie elle-même qui est en perpétuel mouvement. Le renouvellement du don suppose une vigilance de tous les instants dans le quotidien de la vie conjugale.

Il est impressionnant de voir, chez les couples unis depuis de nombreuses années, dans un cadre leur photo de mariage et ce qu'ils sont devenus. Il arrive qu'on ne les reconnaisse presque plus. La vie passe et avec elle la personne qui se révèle chaque jour davantage en ses qualités intrinsèques et ses défauts également. L'amour conjugal conduit à un affinement du don au fur et à mesure des années et d'une meilleure connaissance de l'autre. Il conduit à une connaissance si fine de l'autre que l'on en vient à l'aimer avec ses défauts, sans pour autant bien sûr aimer les défauts eux-mêmes. Combien d'époux, d'épouse aimant(e) répondent face à tel trait de caractère, telle déficience, telle insuffisance de l'autre : « sinon ce ne serait plus lui, ce ne serait plus elle ». Le renouvellement du don face à la transformation des personnes consiste à vivre ces transformations avec l'autre pour l'accompagner toujours davantage dans ce qu'il est et l'aider à grandir dans l'amour.

Lorsque l'engagement matrimonial a été pris disons-le un peu vite, sans réelle idée de l'engagement souscrit, sans véritable connaissance de l'autre, il peut arriver que l'époux ou

²² Sauf à réfléchir sur une véritable théorie générale des couples : voir pistes ouvertes par J. Hauser, RTD Civ. 2010 p. 764.

²³ Civ. 1^{ère}, 4 nov. 2011, n° 10-20.114, Droit de la famille et des personnes, 15 décembre 2011, n° 11, p. 1, obs. A. Batteur.

l'épouse ait l'impression de ne plus reconnaître celle ou celui avec qui il ou elle s'est marié. Ce sera alors le moment de comprendre ce qui a été dit en commençant : « on s'aime parce qu'on s'est marié ». Le consentement des époux ouvre sur l'union conjugale, cette institution protectrice de la famille. Il en va ainsi d'ailleurs de tout engagement, il n'est plus question de le discuter une fois qu'il a été pris et face aux incompréhensions qu'il peut engendrer il exigera de la part de celui qui doute un amour plus fort. Il faut donc se méfier de la mystique du « si » en mariage comme ailleurs : si j'avais su, s'il avait dit, si elle avait compris, si nous avions eu des enfants, si nous avions eu moins d'enfants, s'il n'avait pas perdu son travail, s'il s'intéressait davantage à ce que je fais, si, si, si... une expression peu convenable. Le don se renouvelle dans les circonstances de vie actuelles, présentes et telles qu'elles sont et non telles qu'on aurait aimé qu'elles soient, et non telles qu'on aurait pensé qu'elles seraient. Il peut y avoir dans les couples de grands drames, une maladie incurable, la mort d'un enfant, la violence de l'un des conjoints, la faillite du couple par l'utilisation des biens de l'un par l'autre, les infidélités répétées..., dans ces circonstances, il faudra encore renouveler le don et rester uni à celui ou à celle que l'on ne reconnaît décidément plus du tout.

Faut-il pour autant se laisser violenter ? Evidemment non, mais il faut, tout en protégeant sa famille, maintenir le lien. Il y a des séparations légitimes, mais elles ne légitiment pas le divorce car ce serait nier le don des personnes en mariage.

Le discours est désuet, impertinent, inadapté, d'un autre temps, rétrograde, mais que l'on nous dise ce que c'est que d'aimer sinon de se donner sans retour pour n'être qu'un, pour ce meilleur mais aussi pour ce pire qui fait que l'on est ensemble dans les tempêtes de la vie ou dans ses embellies. Ce don renouvelé de l'engagement c'est l'amour au présent, et c'est le quotidien de la vie conjugale. Aimer à partir du quotidien de la vie conjugale, c'est comprendre que la moindre petite action a une valeur d'amour. Du lever au coucher, la vie offre une multitude d'occasion de montrer à l'autre qu'on l'aime. Il y a dans le couple une distribution des rôles tout simplement parce que la communion ne se conçoit que dans la différence. L'unité, l'union, suppose également la distinction. Il y aura coopération de l'homme et de la femme en fonction des talents de chacun. Les psychologies masculine et féminine étant différentes, on retrouvera une complémentarité dans la réalisation des tâches. Chacun aura donc des fonctions propres à remplir, et quelle que soit cette distribution des tâches, il faudra qu'il montre à l'autre combien il apprécie les services rendus, par la compétence, le dévouement que ces services supposent et révèlent. Il faut s'exercer à comprendre la volonté de l'autre pour l'anticiper et essayer de faire passer cette volonté avant la sienne propre. C'est tout un sport et suppose une conscience délicate qui consiste à faire passer l'autre avant soi-même, y compris et surtout lorsque l'on a raison et que l'on serait plus efficace. Cela revient à faire passer l'autre dans ses désirs et ses préférences. La difficulté ici est de le faire de telle sorte que l'autre ne s'aperçoive pas du sacrifice personnel que cela suppose. Dans un couple aimant, il est même difficile de le faire de façon cachée parce que chacun est aux aguets de ce qui plaît à l'autre. Celui qui ne s'est jamais renoncé ne le pourra pas pour l'autre, et ce n'est pas de l'ordre du sentiment mais de l'ordre de la volonté. Cela suppose un entraînement réel et quotidien. Aimer c'est comprendre. L'époux ou l'épouse va renouveler son don en comprenant l'autre, ses besoins, ses inquiétudes, ses faiblesses et en l'aidant à avancer vers son bien. Comprendre, c'est savoir écouter. La société actuelle a un rythme tel que l'on prend de moins en moins le temps de l'écoute de l'autre, non seulement entendre ce qu'il dit, mais le traduire au-delà des mots en ce qu'il pense. Ecouter, c'est saisir au-delà de ce qui est dit, le message que l'autre veut nous transmettre sans toujours voir clair lui-même, ou sans oser dire directement ce qu'il voudrait que l'on comprenne.

Tout ceci suppose que le couple sache qu'en mariage, l'amour est orienté vers une fin. Il est fondateur de quelque chose qui le dépasse et qui constitue ce que l'on a peut-être un peu trop oublié en droit à force de légiférer sur elle, la famille.

B – Un amour orienté : une fin

L'amour des époux donne naissance à la famille. L'éducation des enfants au service de la société, l'acquisition des vertus humaines qui rendront l'enfant pleinement homme ou pleinement femme. La particularité de la famille est que l'on devient parent sans avoir reçu d'autre formation que celle de l'exemple du foyer dont on est issu. La détresse et la carence des familles actuellement peut rendre difficile aux jeunes couples la charge nouvelle de la paternité et de la maternité pour n'avoir pas eu d'exemple dans leur propre vie. Dans une société dominée par l'enfant roi, par la consommation à outrance, par le matérialisme et le subjectivisme, l'éducation peut n'être pas une chose simple en soi.

Les dispositions juridiques relatives à l'autorité parentale témoignent de la carence parentale en matière d'éducation, soit que le législateur poursuive les parents de leurs obligations, soit qu'il les en décharge. Pourtant, l'enfant a besoin de ses parents plus qu'il n'a besoin d'éducateurs. C'est d'ailleurs la clé de distinction entre parenté et parentalité, qu'elle soit homoparentalité ou non.

La première école des enfants est la vie familiale. Les enfants sont avides de tout ce qui les entoure, ils observent et retiennent tout ce qu'ils voient dans le foyer. Leur âme est tendre comme une cire molle et les premières empreintes qu'on y laisse sont souvent indélébiles. Rien ne leur échappe, ni l'ambiance, ni les paroles, ni les actes de leurs parents que ce soit entre eux ou à leur égard. La première éducation sera donc celle de l'exemple donné par les parents. L'éducation suppose que chacun soit à sa place dans la structure familiale, le père en tant que père, la mère comme lieu de toutes les confidences, les enfants comme soumis à leurs parents. Cela ne signifie pas que l'un soit inférieur à l'autre comme un faux concept de l'égalité permettrait de le penser, mais que chacun a dans le corps familial un rôle à jouer, une fonction à assumer pour la croissance harmonieuse de ce corps et le bien des personnes le constituant. Les éléments de la famille ne sont pas en ce sens interchangeable. Dans les familles réussies, ces fonctions sont assurées sans même que les autres puissent dire qui fait quoi car le tout est si naturel que seuls l'harmonie et l'amour se dégagent du foyer sans que l'on sache à qui ou à quoi l'imputer. Il n'est d'ailleurs pas surprenant de constater que les partisans du *gender féminism* conseillent en priorité de s'attaquer à la famille²⁴.

Un foyer lumineux est un foyer joyeux. Cette joie est aussi celle qui accueille les autres, où l'amitié n'est pas instrumentalisée, mais où le partage des cœurs passe par le don du temps, du service. Un foyer lumineux est un foyer vertueux. Ne dit-on pas que la morale est la science des comportements vertueux ? Un foyer vertueux est donc un foyer où la morale est non seulement enseignée mais pratiquée. Mais c'est là, on l'aura compris, un au-delà du droit à une époque où le droit n'est plus l'ordonnement harmonieux de la société pour le bien commun. Il est une monstrueuse machine à produire de la réglementation, sitôt adoptée sitôt dépassée, où le bien n'est pas poursuivi mais l'utile et l'efficace, où la liberté se confond avec l'indépendance, où la technique de la législation par renvoi rend compte d'une décadence qui

²⁴ "The Unhappy marriage of patriarch and capitalism", in *Women and revolution*, p. 80; cit. O. Alzamora Revoreda, « Genre : dangers et portée de cette idéologie », in Conseil pontifical pour la famille. Lexique des termes ambigus et controversés sur la famille, la vie et les questions éthiques, éd. Téqui 2005, p. 559 s

laisserait penser que le doyen Jean Carbonnier avait en définitive peut-être raison lorsqu'il soutenait que la solution serait à trouver dans les autres normes de régulation sociale plutôt que dans la loi.