

## RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

### Les arrêts de la Cour d'arbitrage comme jugement de Zeus, ou pourquoi le droit est sans amour

Fierens, Jacques

*Published in:*

Liber amicorum Paul Martens. L'humanisme dans les conflits, utopie ou réalité ?

*Publication date:*

2007

*Document Version*

le PDF de l'éditeur

[Link to publication](#)

*Citation for pulished version (HARVARD):*

Fierens, J 2007, Les arrêts de la Cour d'arbitrage comme jugement de Zeus, ou pourquoi le droit est sans amour. dans *Liber amicorum Paul Martens. L'humanisme dans les conflits, utopie ou réalité ?*. Larcier , Bruxelles, pp. 911-926.

#### General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

#### Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

# Les arrêts de la Cour d'arbitrage comme jugement de Zeus, ou pourquoi le droit est sans amour

par

**Jacques Fierens**

Avocat au barreau de Bruxelles  
Professeur extraordinaire aux FUNDP à Namur  
Chargé de cours à l'ULg

*C'est la proportionnalité qui établit l'égalité entre les parties et qui préserve l'amitié.*

ARISTOTE, *Éthique à Nicomaque*, IX, 1, 1163b, 32.

Il n'y a pas de *verbo* « amour » dans les *Pandectes* ni dans le *Répertoire pratique de droit belge*. L'injonction d'aimer a aujourd'hui déserté le droit. Si la loi concerne les rapports entre les humains, pourquoi n'évoque-t-elle jamais, fût-ce à titre accidentel, cette relation essentielle ? L'amour n'apparaît même pas là où on l'attendrait le plus, dans les relations familiales, à propos du lien entre époux ou entre parents et enfants. Le Code civil belge énonce ainsi de manière fort peu romantique les obligations fondamentales du mariage : « Les époux ont le devoir d'habiter ensemble ; ils se doivent mutuellement fidélité, secours, assistance »<sup>1</sup>. Les obligations des parents envers les enfants, ou la réciproque, s'expriment comme suit : « Les père et mère sont tenus d'assumer, à proportion de leurs facultés, l'hébergement, l'entretien, la surveillance, l'éducation et la formation de leurs enfants »<sup>2</sup>. « L'enfant et ses père et mère se doivent, à tout âge, mutuellement le respect »<sup>3</sup>. L'obligation de respect, qui pourrait apparaître aux plus optimistes comme un degré vers l'affection ou l'amour, n'est ni déterminée, ni sanctionnée<sup>4</sup>. Le

<sup>1</sup> Art. 213 du Code civil.

<sup>2</sup> Art. 203 du Code civil.

<sup>3</sup> Art. 371 du Code civil.

<sup>4</sup> La notion de respect mériterait peut-être un regain d'intérêt de la part des juristes, lorsque l'on voit son importance pour le droit, qui tout entier l'appelle, puisqu'il convient de « respecter » les lois en général ou que certaines, comme la disposition citée ici, le vise expressément. On sait que pour KANT, le respect est le seul mobile possible de l'action morale et le sentiment déterminé *a priori* par la seule représentation de la loi morale, c'est-à-dire celle qui se différencie précisément de la loi juridique. Voy. *Critique de la Raison pratique*, Première partie, livre I, ch. III.

droit à l'amour ne figure pas davantage dans la Déclaration relative aux droits de l'enfant du 20 novembre 1989.

L'amitié, proche en principe de l'amour, n'apparaît plus guère explicitement dans notre langage juridique que sous forme de sédiments fossilisés. Le droit « social », en tant que droit des *socii*, est littéralement le droit entre amis; on connaît aussi, en droit des sociétés (qui veut dire « groupes d'amis »), l'*affectio societatis*, dont le moins que l'on puisse dire est qu'elle n'est d'habitude pas l'expression d'un sentiment désintéressé.

Les juristes d'aujourd'hui souriraient, à tout le moins, si la loi ordonnait aux sujets de droit, aux époux, aux parents ou aux enfants, de s'aimer, ou aux citoyens de se lier d'amitié.

Pourtant, les deux racines les plus profondes du droit contemporain de nos régions, la racine hébraïque et la racine grecque, ont chacune voulu faire qui de l'amour, qui de l'amitié, les fondements ou les buts mêmes du système juridique.

Mais alors, pourquoi notre droit est-il devenu sans amour? Peut-être parce qu'une fois pour toutes, demeuré grec, il sacralise plus que tout la proportion que Platon appellera « le jugement de Zeus », ce qui apparaît à l'évidence à travers notamment les arrêts de la Cour d'arbitrage. L'amitié comme égalité s'oppose alors à l'amour fondé au contraire sur une justice nécessairement disproportionnée.

### I. La tradition sémite et l'amour dans le droit

Le droit occidental a été très longtemps chrétien, de la conversion de l'empereur Constantin le Grand en 312 jusqu'au XVIII<sup>e</sup> siècle<sup>5</sup>, excusez du peu. Nul doute dès lors qu'il ait été marqué par la conception sémite, juive, biblique du droit, souvent négligée lorsque l'on évoque la recherche de sens de ces systèmes juridiques composant ce qui est devenu le « droit occidental », dont on ne veut savoir que les origines grecques et romaines.

Or, cette conception sémite n'a pas hésité à faire de l'amour une prescription juridique, un commandement (*miswôt*). Le Pentateuque, la Torah hébraïque, qui originairement constitue un recueil de traditions composé sans doute au V<sup>e</sup> siècle avant J.C., porte entre autres la trace de la formation du droit des tribus israélites nomades huit siècles plus tôt. La Torah a fini par constituer un système juridique élaboré, aux prescriptions de comportement multiples. La tradition juive en compte 613, incluses dans des récits et des traditions narratives. Parmi elles: « Tu aimeras le Seigneur

<sup>5</sup> L'abandon de la référence chrétienne comme fondement du droit se dessine à partir des Guerres de religion et aboutit à la Révolution française. Il est déjà manifeste chez un GROTIUS, à travers la célèbre formule des Prolégomènes du *De iure bello ac pacis* (1625) qui recherche « des notions si certaines que personne ne puisse les nier à moins de se faire violence » et des principes « par eux-mêmes clairs et évidents », « *etiamsi daremus, quod sine summo scelere dari nequit, non esse Deum* »; « quand même nous accorderions, ce qui ne peut être concédé sans un grand crime, qu'il n'y a pas de Dieu » (§ 11).

ton Dieu de tout ton cœur, de tout ton être, de toute ta force »<sup>6</sup> et surtout cette injonction qui ne se trouve d'ailleurs pas dans les « Dix paroles » mais dans le *Lévitique*, l'obligation d'aimer autrui, spécialement les étrangers qui, avec les veuves et les orphelins, représentaient comme aujourd'hui les membres de la communauté qui avaient le plus besoin de la protection de la loi: « N'aie aucune pensée de haine contre ton frère, mais n'hésite pas à réprimander ton compatriote pour ne pas te charger d'un péché à son égard; ne te venge pas, et ne sois pas rancunier à l'égard des fils de ton peuple; c'est ainsi que tu aimeras ton prochain comme toi-même<sup>7</sup>. Quand un émigré viendra s'installer chez toi, dans votre pays, vous ne l'exploitez pas; cet émigré installé chez vous, vous le traiterez comme un indigène, comme l'un de vous; tu l'aimeras comme toi-même; car vous-même avez été des émigrés dans le pays d'Égypte »<sup>8</sup>. « Vous aimerez l'émigré, car au pays d'Égypte vous étiez des immigrants »<sup>9</sup>. L'amour est marqué au sein même de la Loi par une exigence tendant à la limite, puisqu'il doit mobiliser tout le cœur, tout l'être, toutes les forces<sup>10</sup>. Le « comme toi-même » ou le rappel constant de l'identité entre l'étranger et le destinataire de la norme réfutent par ailleurs le cloisonnement juridique si marqué aujourd'hui entre les différents individus. L'amour de soi et l'amour de l'autre ne sont pas en opposition, comme à présent mon intérêt et le tien, en sorte que la « balance des intérêts » – la balance, figure du jugement est aussi d'origine proche-orientale ou moyen-orientale – a succédé aujourd'hui à celle que les Égyptiens destinaient à la pesée des âmes<sup>11</sup>.

L'« amour », dans la Bible, comme en français, peut renvoyer à un sentiment, à un désir, à une action, au tout d'une relation. Aimer – *ahab* – peut ainsi désigner l'amour sexuel<sup>12</sup>, l'amour des conjoints<sup>13</sup>, l'amour

<sup>6</sup> *Dt* 6, 4-5. Voy. aussi *Dt* 10, 12; 11,1. Cette citation et celles qui suivent sont extraites de la Traduction oecuménique de la Bible.

<sup>7</sup> *Lv* 19, 17-18.

<sup>8</sup> *Lv* 19, 33-34. La loi marque ici une exigence particulièrement haute parce que le dédain ou la haine des étrangers étaient déjà un des fléaux du monde antique. Il ne suffit pas de ne pas mépriser l'étranger et de ne pas l'exploiter, comme en *Ex* 22,20; 23,9. La référence spécifique à l'étranger est abandonnée par le Nouveau Testament. Voy. *Mt* 12, 28-31; *Mt* 22, 36-38; *Lc* 10, 25-27.

<sup>9</sup> *Dt* 10, 19.

<sup>10</sup> *Dt* 6, 4-5.

<sup>11</sup> La figure de la balance comme instrument de jugement est d'origine proche-orientale et moyen-orientale. Les Égyptiens représentaient Maït, la dame de vérité, ou Toth, le conducteur des âmes, pesant sur une balance le cœur du défunt sous les yeux d'Osiris, tandis que la bête hideuse, Amaït, la « mangeuse », mi-crocodile, mi-hippopotame, attendait le verdict avec appétit. Voy. C. JACQ, *Le Voyage dans l'autre monde selon l'Égypte ancienne*, Monaco, Le Rocher, 1986. Voy. aussi dans le Coran, qui recueille évidemment maints aspects de la tradition sémite: « Qui aura accompli le poids d'un atome de bien le verra; qui aura accompli le poids d'un atome de mal le verra. » (Sourate XCIX, *Le tremblement de terre*, 7-8)

<sup>12</sup> Comme en *Os* 3, 1.

<sup>13</sup> Comme en *I S* 1, 5.

paternel<sup>14</sup>, l'amour du prochain<sup>15</sup>, l'amitié<sup>16</sup>. L'amour – *yedia* – signifie aussi connaissance, comme lorsqu'il vise la relation conjugale, l'amour des époux, qui se connaissent parce qu'ils s'aiment, qui s'aiment parce qu'ils se connaissent.

Les mots « tu aimeras » de la Torah ont été rendus en grec, dans la traduction des Septante, par *agapèseis*. C'est la philosophie – donc la langue grecque – qui plus tard tentera de mieux caractériser le commandement d'amour en élaborant une différence, voire une opposition entre *agapè* et *érôs*, le premier mot étant alors le plus souvent traduit par *caritas* en latin puis par « charité ». Généralement, le premier terme vise l'amour de parenté ou d'amitié, l'amour fraternel, l'amour oblatif et désintéressé; le second l'amour sexué, l'amour-passion, le désir amoureux, l'amour captatif, intéressé, celui qui convient davantage à l'amour des amants, bien qu'il soit utilisé aussi, à la suite de Platon, dans le *Phèdre* et *Le Banquet*, pour désigner non l'érotisme sexuel et sentimental, mais la ferveur mystique. L'opposition sera durcie d'abord par Aristote, puis par le christianisme, dans ce dernier cas en partie par peur ou déconsidération de la sexualité. Mais Grégoire de Nysse (~330 – ~395) préférera encore évoquer *érôs* pour l'amour chrétien, en le définissant comme une *agapè* plus intense, plus « tendue »<sup>17</sup>.

Avec le judaïsme, le christianisme se veut aujourd'hui héritier de la loi d'amour biblique. Or, il a généré aussi son discours juridique propre, tout au moins en ce qui concerne le catholicisme, à travers le paradoxal Code de droit canonique. Celui-ci, et on peut en être surpris, ne fait pas aux « fidèles » obligation d'aimer Dieu ni le prochain, ou de pratiquer la charité (*agapè*), mais plus vaguement de « mener une vie sainte »<sup>18</sup>. L'amour n'est requis ni entre époux, ni entre parents et enfants<sup>19</sup>. Est-ce à dire que le droit canonique considère que la prescription d'aimer lui échappe? Non point. L'évêque doit se comporter « avec bonté et charité »<sup>20</sup>. Le curé « aidera d'une charité sans bornes les malades »<sup>21</sup>. L'amour du Pape et de ses confrères est désigné

<sup>14</sup> Comme en Gn 25, 28.

<sup>15</sup> Comme en Lv 19, 18, déjà cité.

<sup>16</sup> Comme en I S 16, 21.

<sup>17</sup> *Sur le Cantique*, P. G. 44, 1048c. Voy. G. HORN, « L'amour divin. Note sur le mot "eros" dans S. Grégoire de Nysse », *Revue d'ascétique et de mystique*, 6, 1925, pp. 378-389.

<sup>18</sup> *Voy. Code de droit canonique promulgué par le Pape Jean-Paul II le 23 janvier 1983*, Texte officiel et traduction française par la Société internationale de droit canonique et de législations religieuses comparées avec le concours des Facultés de droit canonique de l'Université Saint-Paul d'Ottawa – Faculté de droit canonique de l'Institut catholique de Paris, canon 210: « Tous les fidèles doivent, chacun selon sa condition propre, s'efforcer de mener une vie sainte et promouvoir la croissance et la sanctification continuelle de l'Église ». L'exigence pour les Hébreux d'être un « peuple saint » est un des termes de l'Alliance conclue avec Yahvé au Mont Sinaï.

<sup>19</sup> *Voy. Les effets du mariage*, canons 1134 et s.

<sup>20</sup> Canon 383, § 3. Voir aussi canon 387.

<sup>21</sup> Canon 529, § 1<sup>er</sup>.

comme le but de la formation des séminaristes<sup>22</sup>, qui « doivent cultiver ces vertus [la foi et la charité] si appréciées dans la communauté humaine, afin qu'ils parviennent à concilier harmonieusement les valeurs humaines et les valeurs surnaturelles »<sup>23</sup>. L'obéissance, au sein des instituts de vie consacrée, doit obliger « en esprit de foi et d'amour »<sup>24</sup>. Les membres de ces instituts, qui « s'efforceront de porter un témoignage en quelque sorte collectif de charité et de pauvreté »<sup>25</sup> doivent vivre dans « la communion fraternelle, enracinée et fondée dans l'amour »<sup>26</sup>, les novices seront « pénétrés d'amour pour l'Église et ses Pasteurs sacrés »<sup>27</sup>, de même que les néophytes doivent être « imprégnés d'un sincère amour envers le Christ et son Église »<sup>28</sup>.

## II. La tradition grecque et l'amitié dans le droit

Même si nos notions et nos techniques juridiques sont surtout romaines, nul n'ignore que Rome a philosophiquement été conquise par la Grèce, y compris dans la recherche du juste qui, au moins jusque Machiavel, se confond nécessairement avec le droit. On prend un seul exemple de cette influence, mais fondamental: lorsque Cicéron<sup>29</sup>, Ulpien<sup>30</sup>, les *Institutes* de Justinien<sup>31</sup>, Augustin d'Hippone<sup>32</sup> affirment dans la célèbre formule que le *ius est suum cuique tribuere*, rendre à chacun son dû, ils ne font que reprendre une formule sans doute largement répandue dans la Grèce antique, mentionnée dès Platon dans *La République*, dont l'exploration est d'ailleurs prétexte au reste de l'ouvrage<sup>33</sup>.

La notion d'amitié, en Grèce, issue de la langue populaire relayée par les poètes, tel Homère, acquiert un sens clairement politique au IV<sup>e</sup> siècle<sup>34</sup>. Ce sens politique ne fait pas de la *philia* un prescrit juridique en tant que tel, mais le but même du droit, qui est d'instaurer l'amitié entre les citoyens. A

<sup>22</sup> Canon 245, § 2: « Les séminaristes seront formés de telle sorte que, pénétrés de l'amour de l'Église du Christ, ils se lient au Pontife Romain, successeur de Pierre, par un amour humble et filial, s'unissent à leur propre Évêque comme de fidèles coopérateurs et collaborent avec leurs frères; par la vie commune au séminaire et les liens de l'amitié et de la concorde entretenus avec leurs confrères, ils se prépareront à l'union fraternelle avec le *presbyterium* diocésain dont ils feront partie dans le service de l'Église. »

<sup>23</sup> Canon 245, § 1<sup>er</sup>.

<sup>24</sup> Canon 601.

<sup>25</sup> Canon 640.

<sup>26</sup> Canon 602.

<sup>27</sup> Canon 652, § 2.

<sup>28</sup> Canon 789.

<sup>29</sup> *Rhétorique à Herennius*, III, 2, 3.

<sup>30</sup> *Digeste*, I, 1, 10, 1.

<sup>31</sup> I, 1, pr.

<sup>32</sup> *La Cité de Dieu*, XIX, 21.

<sup>33</sup> *La République*, 331d.

<sup>34</sup> Sur la notion de *philia* en Grèce et à Rome, voy. J.-C. FRAISSE, *Philia. La notion d'amitié dans la philosophie antique. Essai sur un problème perdu et retrouvé*, Paris, Librairie philosophique J. Vrin, 1974, et les ouvrages antérieurs renseignés par l'auteur, spécialement p. 26.

l'heure où nos systèmes juridiques cherchent à privilégier la médiation sur le contentieux, il convient de se souvenir que Platon avait déjà écrit : « Le but auquel visent fondamentalement nos lois, c'est, nous le savons, de rendre les citoyens le plus heureux possible et, au plus haut point, amis les uns des autres (*malista allèlois philoi*). Mais jamais l'amitié n'existera entre les citoyens là où entre eux se multiplieront les procès, ni où se multiplieront les injustices mutuelles, mais là où tout cela est le moins grave et le moins nombreux »<sup>35</sup>. Le beau « Mythe de Protagoras » explique pour sa part qu'à l'origine des sociétés humaines, alors que les hommes isolés étaient détruits par les bêtes sauvages mieux armées, ils se sont rassemblés par utilité, pour ne pas être anéantis. Mais cette union n'a pas suffi. Les humains n'ont été sauvés que lorsque Zeus leur a accordé « la dignité et la justice » (*aidô te kai dikên*), « afin que ces sentiments fussent la parure des Cités et le lien par lequel s'unissent les amitiés »<sup>36</sup>. Le contrat social, le droit considéré en fonction de sa seule utilité, ne préserve pas les sociétés humaines, ni ne suffit à produire la justice. Il faut encore accéder à l'amitié entre les citoyens.

Chez Platon, la méditation sur l'amitié s'inaugure dans le *Lysis*, que l'on tient souvent comme un dialogue préparatoire au *Banquet* et à *Phèdre*. C'est dire que d'emblée la notion est en rapport avec la question de l'amour, de l'*érôs*. Et en effet, Socrate s'adressant à Lysis part de l'amour paternel ou maternel pour tenter une première élaboration de la *philia*, qui est d'abord l'expression d'un manque, celui de la sagesse chez l'enfant, qui est aussi davantage l'apanage de l'amant que de l'aimé. Le *Banquet* et le *Phèdre*, qui traitent tour à tour selon les intervenants d'une attraction universelle, de la folie amoureuse, du désir de rapprocher ce qui aurait été initialement séparé, enfin de l'amour à l'égard de la sagesse et du sage, récuseront une acception passive de la *philia* en montrant qu'elle se fonde justement sur *erôs*, sur le désir actif de ce qui est le propre de chacun. *Erôs* est en effet lui-même fils de *Poros* et de *Pénia*, de Possession et de Manque, non pas un dieu mais un intermédiaire entre les hommes et les dieux. *Erôs* est si exigeant que Platon a une formule qui préfigure la conception chrétienne de l'amour quand il dit « Mourir pour autrui, c'est à quoi consentent, seuls, ceux qui aiment »<sup>37</sup>.

L'amitié politique, juridique, se distancie toutefois d'*érôs*. Elle n'est pas tension de tous vers le Bien intérieur, mais plus modestement, si l'on peut dire, tension des citoyens vers le bien de la Cité, fin éminente mais extérieure à chacun. Tous les citoyens ne sont pas capables de discerner ce bien, mais à son sujet peut se faire un accord malgré la distinction des tâches. Cette amitié entre citoyens est acquise par la *dikaïosunê*, par la justice comme

<sup>35</sup> *Les lois*, V, 743c, trad. fr. par L. ROBIN, Paris, Gallimard [bib. de la Pléiade], 1950, t. II, p. 803; voy. aussi III, 693b, V, 739c; *La République*, IV, 424a et V, 449c; *Gorgias*, 507e; *Alcibiade*, 126c.

<sup>36</sup> *Protagoras*, II, 3, 322c, trad. fr. L. ROBIN, Paris, NRF Gallimard [Bibliothèque de La Pléiade], 1950, p. 90. On traduit parfois *aidos* par « pudeur ».

<sup>37</sup> *Le Banquet*, I, 1, 179b, trad. fr. L. ROBIN, cité, t. I, p. 702.

vertu et par la justice dans l'ordre social<sup>38</sup>. Cette justice suppose bien l'égalité, mais surtout la *proportionnalité* quant au mérite<sup>39</sup>. Si la première forme d'égalité, banale, est « égale quant à la mesure, au poids et au nombre », « la plus vraie et la meilleure », la proportionnalité, « requiert le discernement de Zeus » et « ce n'est plus à n'importe qui qu'il est aisé de l'apercevoir »<sup>40</sup>. Isocrate, dans son *Discours aréopagitique*<sup>41</sup> se réfère aussi à « deux égalités [...] dont l'une distribue la même part à tous et l'autre à chacun ce qui lui convient ».

Dans la Cité idéale, la *philia* politique a entre autres pour effet notable l'absence de rivalité dans la jouissance des biens, problème politique encore actuel s'il en est. La *philia* a aussi le mérite de n'être jamais arrachée aux citoyens par un pouvoir qui leur enlèverait éventuellement tout le reste, c'est-à-dire qu'elle préserve toujours une forme de liberté. Elle se propose donc constamment, quelle que soit la forme de gouvernement choisie<sup>42</sup>.

Chez Aristote, l'amitié, qui recouvrait chez son maître une signification quasi religieuse, vise exclusivement une relation humaine interpersonnelle, essentielle au bonheur, et distincte de l'attachement (*philêsis*) qui peut nous unir par exemple à un objet ou un animal « aimé »<sup>43</sup>. Elle ne saurait non plus exister entre un homme et un dieu. La *philia* aristotélicienne rompt aussi définitivement avec ce que l'*érôs* pourrait avoir de passionné, de passionnel, de disproportionné. Le Stagirite ne mentionne d'ailleurs pas la relation amoureuse, si ce n'est pour précisément indiquer en quoi elle n'est pas l'amitié, qui lui est supérieure<sup>44</sup>.

L'amitié peut, comme chez Platon, être politique, et elle représente alors l'idéal du législateur : « L'amitié semble aussi constituer le lien des cités, et les législateurs paraissent y attacher un plus grand prix qu'à la justice même : en effet, la concorde, qui paraît bien être un sentiment voisin de l'amitié, est ce que recherchent avant tous les législateurs »<sup>45</sup>. Elle ne constitue pas dans ce cas sa forme la plus vertueuse, puisque régie d'abord par un rapport d'utilité. Elle est *polyphilia*, amitié avec un grand nombre, et à ce titre moins éminente que la *philia* qui ne peut concerner que quelques-uns. L'amitié politique est régie par le droit, le *dikaion*, dont une caractéristique est qu'il comporte la sanction. L'amitié vertueuse entre quelques amis n'a, elle, plus besoin du droit<sup>46</sup>.

<sup>38</sup> *La République*, I, 351d et III, 367e et s., notamment.

<sup>39</sup> *Les lois*, VI, 757a-c, trad. fr. L. ROBIN, cité, t. II, p. 819.

<sup>40</sup> *Les lois*, 757b.

<sup>41</sup> VII, 21-22.

<sup>42</sup> *Les lois*, III, 693d-e.

<sup>43</sup> Voy. surtout l'*Éthique à Eudème*, Livre VII, et l'*Éthique à Nicomaque*, spécialement Livre VIII.

<sup>44</sup> Voy. le dernier chapitre du Livre IX de l'*Éthique à Nicomaque*.

<sup>45</sup> *Éthique à Nicomaque*, VIII, 1, 1155a, 23-24, trad. fr. J. TRICOT, Paris, Librairie philosophique J. Vrin, 1979; Voy. aussi *ibidem*, 1160a, 12; *Politique*, II, 4, 1262b, 7-9.

<sup>46</sup> *Éthique à Nicomaque*, 1155a, 27. Et certains systèmes juridiques, selon ARISTOTE, ont raison d'interdire la consécration légale des associations d'amis et d'interdire le règlement de leurs différends par les tribunaux (*Éthique à Eudème*, VII, 10, 1243a, 8-11).

L'amitié multiple, même marquée d'abord par l'utilité, demeure intimement liée à l'idée de justice et à celle d'égalité. Toute amitié est instauration ou rétablissement d'égalité, justice distributive ou justice commutative. La première précède nécessairement la seconde et est, comme l'avait dit Platon, une *proportion*, une médiété, un juste milieu : « Le juste implique donc nécessairement au moins quatre termes : les personnes pour lesquelles il se trouve en fait juste, et qui sont deux, et les choses dans lesquelles il se manifeste, au nombre de deux également. Et ce sera la même égalité pour les personnes et pour les choses : car le rapport qui existe entre ces dernières, à savoir les choses à partager, est aussi celui qui existe entre les personnes. Si, en effet, les personnes ne sont pas égales, elles n'auront pas de parts égales ; mais les contestations et les plaintes naissent quand, étant égales, les personnes possèdent ou se voient attribuer des parts non égales, ou quand, les personnes n'étant pas égales, leurs parts sont égales »<sup>47</sup>. Si  $A/B = \Gamma/\Delta$ , où A et B représentent des personnes et  $\Gamma$  et  $\Delta$  des choses,  $A/\Gamma = B/\Delta$  et  $A/B + \Gamma/\Delta = A/B$  ; c'est-à-dire, pour cette dernière égalité, que si on donne à A la part  $\Gamma$  et à B la part  $\Delta$ ,  $A + \Gamma$  et  $B + \Delta$  restent dans le même rapport que A et B, donc  $A + \Gamma/B + \Delta = A/B$  également<sup>48</sup>.

Cicéron reprendra la notion d'égalité proportionnelle, suivi par les Pères de l'Église. La justice attribue à chacun ce qui lui revient, dit Ambroise de Milan lorsqu'il reprend Cicéron dans son traité *Des offices des ministres*<sup>49</sup>, et Augustin d'Hippone a des formules analogues dans le *De libero arbitrio*<sup>50</sup> et dans la *Cité de Dieu*<sup>51</sup>. Rousseau, bien plus tard, pensera aussi que celui qui est socialement plus utile est en droit d'exiger plus d'honneurs, et l'article 1<sup>er</sup> de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, plus connu dans son début que dans sa finale, l'exprimera également, rappelant que la proportionnalité politique demeure marquée du sceau de l'utilité : « Les hommes naissent et demeurent libres et égaux en droits. Les distinctions sociales ne peuvent être fondées que sur l'utilité commune. »

### III. De quelques explications insatisfaisantes sur l'absence d'amour dans le droit

Pourquoi donc l'amour a-t-il déserté notre droit ?

Une première réponse, inexacte, consisterait à affirmer que celui-ci n'a pas à se mêler de « ces choses-là », qui concernent la morale ou la religion. L'explication relèverait alors d'une tentative de distinction aussi ancienne que problématique entre droit, morale et religion. Elle s'inspirerait sans doute de critères proposés depuis l'antiquité grecque, relayés par Augustin

<sup>47</sup> *Éthique à Nicomaque*, 1131a, 20 et s., trad. fr. J. TRICOT.

<sup>48</sup> *Ibidem*.

<sup>49</sup> I, 24, 115.

<sup>50</sup> I, 13, 27.

<sup>51</sup> XIX, 21. Voy. aussi *Commentaires sur le Psaume LXXXIII*, 11 et s.

d'Hippone, par Thomas d'Aquin, explicités à l'époque moderne par Kant surtout, repris selon diverses variations depuis<sup>52</sup>. Ce qui ferait la différence spécifique du droit serait l'existence d'une contrainte légalisée (on a mentionné l'importance de la contrainte comme caractéristique de la relation juridique chez Aristote déjà), tandis que la morale consisterait à agir par devoir exclusivement, et que la religion introduirait une référence au sacré. En d'autres termes, le respect du droit serait la conformité au devoir sous la menace de la contrainte, la morale la conformité au devoir parce qu'il est le devoir, et la religion la conformité au devoir parce que l'instance sacrée le demande ou l'exige. Le droit serait hétéronomie, contrainte extérieure, la morale serait autonomie, obligation intérieure, la religion relation entre l'humain et le divin. Peu importe d'ailleurs que le droit soit effectif : ce qui fait la juridicité n'est pas la réalité de la contrainte extérieure, mais sa possibilité.

Cette tentative de délimiter les champs de compétence respectifs, si elle n'est pas vaine, est pourtant vouée à être recommencée sans cesse et demeure insatisfaisante quand on tente d'identifier les normes qui en relèvent respectivement. On voit par exemple que certaines sont qualifiées sans hésitation de « droit humanitaire » alors qu'elles sont dépourvues de toute possibilité de contrainte extérieure, que la vérification de la moralité d'une action par l'exploration du for interne est impossible, sans parler de ce que la psychologie et la psychanalyse pourraient dire des mensonges de la conscience à elle-même, et que le droit recourt sans cesse à la sacralisation, quitte à en habiller les droits de l'homme eux-mêmes en général, ou la propriété en particulier quand Dieu devient trop incertain<sup>53</sup>. Les plus fins analystes soulignent eux-mêmes que notre droit se heurte encore continuellement au sacré<sup>54</sup>.

Si le droit contemporain, volontairement laïc, n'a certes plus à régir les relations de l'homme avec une éventuelle divinité, même aux yeux de juristes croyants et thomistes<sup>55</sup>, pourquoi refuser au commandement d'aimer son

<sup>52</sup> Voy. spécialement [AUGUSTINUS HIPPONENSIS], *De libero arbitrio*, I, 5 ; E. KANT, *Métaphysique des mœurs. Première partie. Doctrine du droit*, §§ D et E, trad. fr. A. PHILONENKO, Paris, Vrin, 1986, pp. 105-107. Voy. aussi, dans la même veine, H.-L.-A. HART, *The concept of law*, 1961, trad. fr. sous le titre *Le concept de droit* par M. VAN DE KERCHOVE, Bruxelles, Facultés universitaires Saint-Louis, 1976 ; L. FRANÇOIS, *Le problème de la définition du droit*, Liège, Faculté de droit, d'économie et de sciences sociales de Liège, 1978.

<sup>53</sup> C'est ce que fait la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, au moment où Dieu est mis en congé du droit occidental. Voy. le préambule (« ... les droits naturels, inaliénables et sacrés de l'homme... ») et l'art. XVII (« La propriété étant un droit inviolable et sacré... »).

<sup>54</sup> P. MARTENS, « Égalité et transcendance. Quand la broyeuse égalitaire se heurte au rempart du sacré », note sous Cour eur. D.H., 26 février 2002, *Fretté c. France*, J.L.M.B., 2002, pp. 775-790. M. MARTENS écrit certes que les juges « se voient chargés de régler les rapports [...] de la morale et de l'amour [...] c'est-à-dire de concepts qui ne composaient pas, jusqu'ici, l'ordinaire de leur métier » (p. 775), mais il s'agit sans doute plutôt d'une figure rhétorique que de la constatation que les tribunaux appliquent la loi d'amour.

<sup>55</sup> Par exemple J. DABIN, *Théorie générale du droit*, Bruxelles, Bruylant, 1953, n° 134 et s.

prochain, relation strictement humaine, le statut possible de règle de droit au sens moderne? Pourquoi estimer qu'une éventuelle contrainte extérieure visant la sanction de ce commandement serait aberrante? S'il n'y a pas de droit sans juges, pourquoi un système juridique ne pourrait-il pas choisir de sanctionner le manque d'amour? Chaïm Perelman fait observer que la Torah résout, lorsqu'il le faut, le problème de la sanction<sup>56</sup>. A propos du quatrième commandement du Décalogue, celui du repos sabbatique, il rappelle l'histoire de cet homme qui, selon le *Deutéronome*, fut arrêté parce qu'il ramassait du bois le jour du sabbat<sup>57</sup>. Mais «on n'avait pas encore statué sur la peine qui lui serait infligée. Alors le Seigneur dit à Moïse: "Cet homme sera mis à mort; toute la communauté le lapidera, en dehors du camp"<sup>58</sup>. Si donc la sanction n'est pas prévue, le législateur peut toujours la définir. Bien des juges de la jeunesse expriment qu'ils tentent de discerner si les parents aiment leurs enfants ou pas, et qu'ils décident en conséquence. Des avocats plaident l'existence de l'amour ou du mépris, ce qui tend à montrer que ce constat judiciaire est communément considéré comme possible. Nous reconnaissons d'ailleurs tous spontanément, dans la vie quotidienne, des actes de charité ou de haine, alors pourquoi le juge en serait-il incapable? Certains auteurs en appellent même à cette chose la mieux partagée au monde pour introduire le devoir d'aimer ses enfants dans un droit qui ne le mentionne pas: «Pour n'être pas prévu par la loi, [le devoir d'affection] n'en est pas moins de bon sens, et la jurisprudence le consacre implicitement lorsqu'elle tient compte des sentiments des parents envers leurs enfants dans toute une série de cas<sup>59</sup>. A tout le moins, le commandement d'amour pourrait entraîner des conséquences sur la vie du groupe qui se serait donné cette loi pour règle et entrer à ce titre dans la définition des éléments juridiques telle que la retient le Professeur Rigaux<sup>60</sup>.

Une deuxième explication aux réticences de notre droit à intégrer la dimension d'amour serait que les comportements qu'elle impose sont trop imprécis. Cet argument n'est pas satisfaisant non plus, parce que la nécessaire précision de nos normes juridiques est un mythe construit spécialement par la Cour de cassation pour justifier ses solutions. La question de la précision suffisante a été mise en avant dans la problématique de l'«effet direct» ou, ce qui revient ici au même, de la détermination des «droits subjectifs» à travers la norme. Dernièrement, la Cour de cassation a affirmé que «le droit subjectif implique l'existence d'une obligation juridique précise

<sup>56</sup> Ch. PERELMAN, *Éthique et droit*, Bruxelles, éd. de l'Université de Bruxelles, 1990, pp. 480 et 729 et s.

<sup>57</sup> Voy. Nb 15, 32. Le «commandement» est en Dt, 5, 12-15.

<sup>58</sup> Nb 15, 34.

<sup>59</sup> P. MAHILON et J.-P. MASSON, *Les Nouvelles, Protection de la jeunesse*, 1978, n° 67.

<sup>60</sup> Voy. F. RIGAU, «Le droit au singulier et au pluriel», *R.I.E.J.*, 1982.9, p. 1. Pour se trouver en présence d'un système juridique, il faut mais il suffit: qu'existe une société dont les membres disposent d'un critère de reconnaissance mutuelle, que cette société édicte des règles de conduite, et que la transgression de ces règles produise des effets sur la vie interne du groupe (de la simple réprobation jusqu'à la suppression physique).

qu'une règle de droit met directement à charge d'une autre personne et à l'exécution de laquelle le demandeur a un intérêt propre<sup>61</sup>. Depuis plus de deux décennies, la Cour subordonne par ailleurs la reconnaissance des effets directs d'un traité à la condition que les obligations de l'État aient été exprimées «complètement et de manière précise» et que les parties à la convention aient eu l'intention d'accorder des droits subjectifs ou d'imposer des obligations aux individus au moyen du traité<sup>62</sup>. Sans discuter ici le critère de l'intention, il faut constater que c'est quand elle entend donner des effets directs à la norme que la Cour de cassation y trouve la précision suffisante, et non l'inverse. L'interprétation judiciaire permet de rendre claires les normes les plus confuses. Ce n'est pas la précision qui permet le contrôle, mais le contrôle qui donne la précision. Des notions aussi indéfinies que «dignité humaine», «faute», «ordre public», «bonnes mœurs», «société démocratique», «raisonnable», n'empêchent pas la Cour de cassation de reconnaître des droits subjectifs derrière les dispositions qui les contiennent. Plus il se rapproche de ses fondements, plus le droit utilise des concepts à contenu variable.

Ainsi, pour se limiter à un exemple, la section de législation du Conseil d'État avait estimé en 1974 que le droit à l'aide sociale, défini en référence au «respect de la dignité humaine»<sup>63</sup>, ne pouvait constituer un droit subjectif en raison de l'imprécision de la formulation d'une telle créance<sup>64</sup>. Pendant un quart de siècle, les chambres de recours d'abord, les juridictions du travail ensuite, ont au quotidien déterminé en quoi consistent les droits et les devoirs liés à l'aide sociale, sans que quiconque se plaigne encore – même pas la Cour de cassation – de l'impossibilité d'opérer cette détermination<sup>65</sup>. Rien n'empêcherait en principe de demander à une instance de contrôle de donner à travers une large casuistique un contenu à la loi d'amour, si le législateur l'estimait opportun.

Troisième objection, plus pertinente, qui nous rapproche de l'explication: il n'est pas possible de «juridiciser» l'amour sans le vider de sa substance même. Portalis note avec raison, dans le Discours préliminaire au Code civil, que la loi «permet ou elle défend; elle ordonne, elle établit, elle corrige,

<sup>61</sup> Cass., 16 janvier 2006, *J.T.*, 2006, p. 391.

<sup>62</sup> Cass., 21 avril 1983, *J.T.*, 1984, p. 212, cité. Jurisprudence constante: voy. plus récemment Cass., 19 septembre 1997, *R.W.*, 1998-1999, p. 435, note S. MOSSERMANS; *R.G.D.C.*, 1999, 45, note Y.-H. LEBEU; *J.D.J.*, 1999 (abrégé), liv. 182, p. 59, note J. JACQUAIN; *Bull.*, 1997, p. 886; *Arr. Cass.*, 1997, p. 843.

<sup>63</sup> «Toute personne a droit à l'aide sociale. Celle-ci a pour but de permettre à chacun de mener une vie conforme à la dignité humaine» (art. 1<sup>er</sup>, al. 1<sup>er</sup>, de la loi du 8 juillet 1976 organique des centres publics d'aide sociale).

<sup>64</sup> *Doc. parl.*, Sénat, sess. 1974-1975, n° 581-1, pp. 84 et 86.

<sup>65</sup> La loi du 12 janvier 1993 contenant un programme d'urgence pour une société plus solidaire a transféré la compétence du contentieux de l'aide sociale aux juridictions du travail. Jusqu'alors, il était confié à des juridictions administratives initialement créées par la loi organique des CPAS, les «chambres de recours».

elle punit ou elle récompense»<sup>66</sup>. Dès lors, il n'y a pas de loi d'amour dans le Code civil, car elle ne peut imposer un sentiment et si elle vise le comportement des humains, elle ne saurait se réduire ni à une de ces actions, ni à leur ensemble. Voilà la raison pour laquelle c'est dans le Discours, c'est-à-dire en dehors du texte normatif lui-même, que Portalis, ce janséniste romantique, écrit quand même l'hymne à l'amour qui manifestement lui tient à cœur et qu'il conviendrait selon lui de deviner dans le Livre premier du Code civil: «Sans doute, le désir général qui porte un sexe vers l'autre, appartient uniquement à l'ordre physique de la nature: mais le choix, la préférence; l'amour, qui détermine ce désir, et le fixe sur un seul objet, ou qui, du moins, lui donne son objet préféré, un plus grand degré d'énergie; les égards mutuels, les devoirs et les obligations réciproques qui naissent de l'union une fois formée, et qui s'établissent entre des êtres raisonnables et sensibles; tout cela appartient au droit naturel. Dès lors, ce n'est plus une simple rencontre que nous apercevons, c'est un véritable contrat. L'amour, ou le sentiment de préférence qui forme ce contrat, nous donne la solution de tous les problèmes proposés sur la pluralité des femmes ou des hommes, dans le mariage; car tel est l'empire de l'amour, qu'à l'exception de l'objet aimé, un sexe n'est plus rien pour l'autre. [...] On voit naître et s'affermir les plus doux sentiments qui soient connus des hommes, l'amour conjugal et paternel»<sup>67</sup>. Ou, à propos des enfants: «Les enfants doivent être soumis au père; mais celui-ci ne doit écouter que la voix de la nature, la plus douce et la plus tendre de toutes les voix. Son nom est à la fois un nom d'amour, de dignité et de puissance»<sup>68</sup>.

L'amour réduit à un commandement lui fait perdre ce qu'il tend à être: une distance par rapport à la Loi, un retour de l'extériorité vers l'intériorité, ce qui revient d'ailleurs à dire que la tentative de la Torah serait vaine si on y voyait une tentative de donner à l'amour la forme d'une loi actuelle, et que le droit canonique mélange indubitablement les genres en saupoudrant d'injonction à la charité un code juridique moderne.

Mais l'impuissance du droit à échapper aux catégories du permis, obligatoire et défendu n'empêche pas que le Pentateuque ou qu'un autre système juridique puisse y amener une sorte d'amour, en considérant uniquement ce qui en lui est de l'ordre de l'action, du permis, de l'obligatoire et du défendu, sous réserve des discussions concernant l'appauvrissement de sens ainsi infligé à la relation visée. Un amour «juridicisé» pourrait trouver place à côté d'un amour intérieur. Il en va ainsi également de la notion de dignité humaine. Son insertion dans le droit constitue à l'évidence un affaiblissement de sens, mais elle est efficace – des dizaines de décisions de justice sont rendues en son nom – et ne constitue pas une aberration juridique.

<sup>66</sup> P.A. FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, Osnabrück, Otto Zeller, 1968, t. I<sup>er</sup>, p. 479.

<sup>67</sup> *Ibidem*, pp. 483-485 (orthographe modernisée par nous). Voy. aussi p. 490 *in fine*, et pp. 493, 496, 500.

<sup>68</sup> *Ibidem*, p. 504.

#### IV. Le droit actuel et l'horreur de la disproportion

Le droit pourrait réintégrer un devoir d'amour juridicisé et le droit d'être aimé. Il le pourrait, mais il ne le veut plus depuis des siècles, il ne le voudra plus, pour très longtemps encore. C'est qu'entre la conception du juste portée par la tradition sémitique d'une part, par l'inspiration grecque d'autre part, la seconde a été clairement préférée. Notre droit reste explicitement une recherche de médiété et de proportionnalité. Il y va même d'une de ses constantes les plus solides à travers tous les changements de conception du système juridique et à travers les bouleversements de plus en plus fébriles de son contenu.

Les signes certains de cette volonté de mesure, en Belgique, sont le rôle principal attribué à la Cour d'arbitrage et la manière dont elle s'en acquitte. Lorsqu'elle vérifie si la norme répond aux exigences constitutionnelles d'égalité ou, ce qui revient au même, de non-discrimination, elle ne s'inspire pas tant de la conception de l'égalité exprimée depuis longtemps par la Cour européenne des droits de l'homme que, plus fondamentalement, de la vision du juste proposée depuis beaucoup plus longtemps encore par la Grèce à travers Rome et l'Occident chrétien. La Cour d'arbitrage demeure par là profondément platonicienne et surtout aristotélicienne. Sans cesse, ces juges qui ont fini par disqualifier le législateur lui-même, ces «gardiens parfaits», ces sages à qui la Cité a accepté de se soumettre pour le plus grand Bien de notre Callipolis, recherchent l'égalité de Zeus et pas une autre, c'est-à-dire la juste proportion<sup>69</sup>. Les arrêts rendus adoptent parfaitement le schéma de l'égalité géométrique proposé par le Stagiritte dans l'*Éthique à Nicomaque*:  $A/B = \Gamma/\Delta$ , où A et B représentent des justiciables et  $\Gamma$  et  $\Delta$  les droits que la Constitution, la loi, le décret, l'ordonnance ou parfois la norme internationale leur octroient. Les discussions, devant la Cour, concernent souvent d'abord la question de savoir si les termes de la comparaison proposée par le requérant sont effectivement comparables, c'est-à-dire, si les rapports,  $A/B$  et  $\Gamma/\Delta$ , en sont vraiment. «Mais la proportion de la justice distributive n'est pas une proportion continue, car il ne peut y avoir un terme numériquement un pour une personne et pour une chose», précise Aristote<sup>70</sup>. Si la proportion était «continue», on aurait  $A/B = B/\Gamma$ , c'est-à-dire trois termes et non quatre, ce qui est impossible car les personnes et les choses sont de nature différente, ce pourquoi la nature des termes de la comparaison doit être vérifiée. La Cour répète ensuite comme une antienne, depuis sa création, que si ces rapports sont pertinents, les règles constitutionnelles de l'égalité et de la non-discrimination n'excluent pas qu'une différence de traitement ( $\Gamma/\Delta$  où  $\Gamma \neq \Delta$ ) soit établie entre des catégories de personnes ( $A/B$  où  $A \neq B$ ), pour autant qu'elle repose sur un critère objectif et qu'elle soit raisonnablement justifiée, c'est-à-dire que la Cour

<sup>69</sup> La première décision dans laquelle la Cour invoque la proportionnalité semble être l'arrêt n° 27/86 du 22 octobre 1986, 3.B.3.3.

<sup>70</sup> *Éthique à Nicomaque*, 1131b, 15.

vérifie alors l'existence du signe « = » entre les deux rapports de la proportion et non entre les termes de chacun d'eux<sup>71</sup>. Elle a précisé ensuite qu'il peut être admis que dans certaines circonstances, des inégalités ne soient pas inconciliables avec le principe d'égalité et l'interdiction de discrimination, lorsqu'elles visent à remédier à une inégalité existante<sup>72</sup> (ce dernier principe est souvent rangé sous l'expression impropre parce que contradictoire de « discrimination positive » ; une discrimination est nécessairement injuste). Les contestations des lois, des décrets ou des ordonnances sont donc fondées quand, étant égales, les personnes possèdent ou se voient attribuer des parts non égales, ou quand, les personnes n'étant pas égales, leurs parts sont égales. C'est exactement ce qu'écrivit Aristote<sup>73</sup>. Le « raisonnable » de la Cour d'arbitrage est grec.

C'est finalement la *polyphilia* aristotélicienne, moins vertueuse que l'amitié entre quelques amis proches mais comme elle toute en proportion, cette amitié au petit pied entre les justiciables, souhaitée par l'État antique comme par l'État moderne, qui s'oppose le plus nettement à la présence de l'amour dans le système juridique. Il n'y a pas d'amour en droit parce qu'il y a volonté d'amitié politique et que les relations que recouvrent ces termes ont fini par devenir incompatibles l'une avec l'autre. Même entre époux, entre parents et enfants, le droit exige la proportion, et ne veut qu'elle.

C'est que l'amour, même possiblement réduit à une obligation d'agir, au permis, à l'obligatoire et au défendu, est radicalement rétif à toute médiété. Il représente toujours un excès, Aristote le dit lui-même<sup>74</sup>. Il mobilise, comme l'exprime la Torah, tout le cœur, toutes les forces et tout l'esprit. Il est nécessairement injuste au sens grec. Il s'exprime en termes de surabondance, d'exagération, de don et non de dû. En amour, l'équation d'Aristote n'est jamais vérifiée, elle est toujours contradictoire. Du point de vue de la loi, l'amour est nécessairement injuste. Inversement, et Augustin d'Hippone

<sup>71</sup> On connaît la formule récurrente de la Cour d'arbitrage : « Les règles constitutionnelles de l'égalité des Belges devant la loi et de la non-discrimination n'excluent pas qu'une différence de traitement soit établie entre certaines catégories de personnes, pour autant que le critère de différenciation soit susceptible de justification objective et raisonnable. L'existence d'une telle justification doit s'apprécier en tenant compte du but et des effets de la mesure critiquée ainsi que de la nature des principes en cause ; le principe d'égalité est violé lorsqu'il est établi qu'il n'existe pas de rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé » (Arrêt n° 8/92 du 11 février 1992, B.3, et de nombreux autres).

<sup>72</sup> C.A. n° 9/94, 27 janvier 1994, *M.B.*, 23 mars 1994, p. 8059 ; *Arr. C.A.*, 1994, 189 ; *Chron. D.S.*, 1994, p. 85, note J.J. ; *J.T.T.*, 1994, p. 106 ; *J.L.M.B.*, 1994, 1382, note B. RENAULT. C.A. n° 19/95, 2 mars 1995, *M.B.*, 11 mai 1995, p. 12.628 ; *Arr. C.A.*, 1995, 305 ; *Dr. Q.M.*, 1995, liv. 8, p. 17, note J. FIERENS, *err. Dr. Q.M.*, 1996, liv. 9, p. 23 ; *J.L.M.B.*, 1995, p. 376 ; *J.T.*, 1995, p. 424 ; *Jaarboek Mensenrechten*, 1995-1996, p. 363, note P. VAN CAENEGHEM ; *Journ. proc.*, 1995, p. 28 ; *R.W.*, 1995-1996, p. 1022 ; *Rev. dr. pén.*, 1995, p. 652. L'énonciation de certaines conditions apparemment supplémentaires dans le premier arrêt, qui n'étaient que la conséquence du même principe de proportionnalité, n'ont pas été répétées dans l'arrêt n° 19/95.

<sup>73</sup> *Éthique à Nicomaque*, 1131a, 22, déjà cité.

<sup>74</sup> « L'amour est une sorte d'excès » (*Éthique à Nicomaque*, VIII, 7, 1158a, 12).

l'avait compris, du point de vue de l'amour, toute loi humaine est forcément injuste<sup>75</sup>. La justice de Yahvé est radicalement incompatible avec la justice de Zeus.

Deux exemples de tentatives impossibles de réintroduire la logique de l'amour dans le droit contemporain clôtureront cette brève réflexion. Le premier est le recours à la « fraternité » comme dérivé de l'amour<sup>76</sup>, dans la Déclaration universelle des droits de l'homme du 10 décembre 1948, ce dont s'était d'ailleurs gardée la Déclaration de 1789 malgré la fière devise républicaine. L'article premier commande aux êtres humains de se « regarder comme des frères ». C'est peu dire que les aspects de liberté et d'égalité ont supplanté, tant en théorie qu'en pratique, ce qui, dans le droit, pourrait ressortir à la fraternité. Les pactes internationaux de 1966, qui se veulent mise en œuvre la Déclaration universelle, s'empresseront d'ailleurs d'oublier cette obligation intrusive. Le droit contemporain pourra tout au plus prétendre la chercher du côté de l'idée de « solidarité »<sup>77</sup>, mais quand il y parvient partiellement, c'est toujours à travers l'exigence de proportion, et l'amour s'est alors perdu dans les chemins du droit. La juridicité des droits économiques, sociaux et culturels, censés concrétiser la solidarité, a de toute façon toujours été moins bien assurée, tant au niveau international qu'interne, parce qu'ils sont encore trop éloignés de l'idée de proportion<sup>78</sup>.

Le second exemple de vaine introduction de l'*agapè* dans le droit contemporain est la tentative désespérée de certains États qui ont connu la haine absolue entre les concitoyens, l'extrême opposé de l'amitié politique, de réintroduire dans le tissu social non pas la médiété qui tout à coup paraît dérisoire, mais une logique du don, une logique du pardon, une logique de l'amour. Ainsi, le Rwanda assigne-t-il à la loi et aux juridictions *gacaca* à la fois le rôle de punir les acteurs du génocide, ce qui est évidemment une forme de justice distributive et proportionnelle selon Aristote, et celui de

<sup>75</sup> Voy. notamment *De perfectione iustitiae hominis* ; *De libero arbitrio*, *Contra Faustum manichaeum*, livre XIX ; Ph. CURBELLIÉ, *La justice dans la Cité de Dieu*, Paris, Institut d'études augustiniennes [Série Antiquité, n° 171], 2004.

<sup>76</sup> Voy., sur l'insertion de l'allusion à la fraternité dans la Déclaration, A. VERDOODT, *Naissance et signification de la Déclaration universelle des droits de l'homme*, Louvain-Paris, Société d'études morales, sociales et juridiques-Nauwelaerts, 1964, pp. 78-84. Le représentant du Panama à la Commission des droits de l'homme avait critiqué le projet initial qui disait : « Tous les hommes sont frères », parce qu'à son estime, cette formule relevait « de la religion ou de la philosophie » et non du droit (p. 79).

<sup>77</sup> Comme le fait la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne en réécrivant la devise française dans le préambule, alinéa 2 : « Consciente de son patrimoine spirituel et moral, l'Union se fonde sur les valeurs indivisibles et universelles de dignité humaine, de liberté, d'égalité et de solidarité ». Voy. aussi le Titre IV « Solidarité », qui rassemble quelques droits économiques et sociaux.

<sup>78</sup> Voy. dernièrement encore à propos de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, G. DE KERCHOVE, « L'initiative de la Charte et le processus de son élaboration », dans O. DE SCHUTTER et J.-Y. CARLIER (dir.), *La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. Son apport à la protection des droits de l'homme en Europe*, Bruxelles, Bruylant, 2002, pp. 38-39 ; O. DE SCHUTTER, « La garantie des droits et principes sociaux dans la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne », *ibidem*, pp. 117-147.

non seulement réconcilier les individus et les groupes sociaux, mais de les amener au pardon, ce qui est de l'ordre de l'ainour. L'échec du droit et des tribunaux, quels qu'ils soient, est alors inévitable. On ne peut demander de donner ce qui n'est jamais dû, ce qui est par définition disproportionné, ce qui dénie toute égalité arithmétique ou géométrique. Et si un pardon n'est jamais dû, c'est bien celui qui suit éventuellement les crimes des crimes perpétrés par des concitoyens, des voisins, des amis ou des parents<sup>79</sup>.

L'amour se fait ailleurs que dans les tribunaux.

Il n'est pas regrettable qu'il en soit ainsi. Le droit ne peut ordonnancer en même temps des relations humaines obéissant les unes à la logique, les autres à l'illogique. Il faut seulement savoir quels ont été ses choix pour en préserver la cohérence.

L'amitié au sens plein, non politique, qu'Aristote lui a donné n'est évidemment pas non plus une déception. Elle aussi doit s'exprimer ailleurs que dans le droit, comme le Stagirite l'avait dit, par exemple dans un *Liber Amicorum*.

<sup>79</sup> Pour plus de développements, voy. J. FIERENS, «Gacaca Courts: Between Fantasy and Reality», *Journal of International Criminal Justice*, 3 (2005), pp. 896-919.