

## LE DROIT ET LES PASSIONS

Conferência proferida na Faculdade de Direito de Nice, em 19 de outubro de 2017

Norbert Rouland<sup>1</sup>

### INTRODUCTION

Cette conférence est une broderie autour de deux ouvrages différents : récemment celui sur *Le droit et les sentiments*, dont Delphine Lanzara a été une des responsables scientifiques, et le mien qui date de 2005 sur *Du droit aux passions*, en fait un résumé de mes séminaires sur ce thème que j'ai abordé pendant quelques années dans mon Master de droit des activités artistiques à la Faculté de droit d'Aix-en-Provence. Je me suis par la suite intéressé à l'histoire des femmes artistes, dans un ouvrage qui vient d'être récemment publié et qui aborde les problèmes du genre de manière historique.

Si la passion est un sentiment, tous les sentiments ne sont pas des passions. Ce qui semble la marque de la passion, pour le pire ou le meilleur, c'est son caractère extrême. Et puis un sentiment peut évoluer en passion, et inversement. L'économiste peut devenir avare. Le joueur occasionnel peut développer une addiction aux casinos. L'amour peut devenir passionnel.

Inversement, on sait bien que l'amour passion ne dure jamais éternellement : des psychologues ont établi que l'état amoureux durait environ trois ans. Dans le domaine politique, la prise d'âge entraîne généralement un assagissement. Mais quand la passion se transforme en addiction, il n'y a en général pas de retour en arrière, sauf cure de désintoxication.

Remarquons aussi que les deux types d'attitudes peuvent coexister dans le même individu : on sait qu'on peut éprouver un amour réel pour son conjoint, tout en étant dévoré par le feu de la passion dans une relation adultère. La littérature et la jurisprudence abondent d'exemples de ce comportement *a priori* irrationnel.

Si toutes les passions ne se réfèrent pas à l'amour entre deux partenaires de même sexe ou de sexe différent, on constate que ce sont le plus souvent des exemples de ce type qui viennent à l'esprit. L'explication me semble claire. Depuis longtemps l'Eglise a compris que l'élan sexuel était un des plus fondamentaux de l'être humain : en témoignent de multiples manuels de confession. Il y a un siècle, Freud le confirme, en affirmant, peut-être avec excès, que l'élan sexuel est à la base de toutes nos passions, quitte à être contraint à changer d'objet par le mécanisme de la sublimation.

L'ouvrage codirigé par Delphine Lanzara me rappelle aussi des souvenirs personnels. Il fait en effet allusion aux enseignements de Christian Atias, un civiliste trop tôt disparu, et qui fut mon ami. C'était non seulement un esprit original, mais il était passionné dans ses enseignements. Et sa passion déclenchait des réactions passionnelles parmi les étudiants. La

---

<sup>1</sup> Ancien Membre de l'Institut Universitaire de France, Professeur émérite à la Faculté de droit d'Aix-en-Provence.

plupart devenait ses fidèles ; mais une minorité demeurait hermétique, ne comprenant pas les liaisons qu'il effectuait entre le droit et d'autres domaines du comportement humain. Il me revient aussi à l'esprit la position mainte fois affirmée d'un constitutionnaliste aixois disparu, le doyen Louis Favoreu, concernant ce qu'il appelait la spécificité du droit. C'était un kelsenien convaincu alors que je me situe du côté des théories réalistes du droit soutenues notamment par Michel Troper. Inutile de vous dire que pendant trente ans nous ne nous sommes pas bien entendus, car il défendait passionnément ses positions...

Permettez-moi aussi d'évoquer un lointain souvenir d'étudiant en droit à Aix-en-Provence.

Je suis entré à reculons dans les études de droit. Puis, en première année, j'ai eu la chance d'avoir deux professeurs exceptionnels. Un en droit constitutionnel, le Recteur Michel Henry Fabre, malheureusement maintenant un peu oublié, car son enseignement se situait avant le culte de cette nouvelle divinité qu'est devenue la jurisprudence du Conseil constitutionnel. L'autre était un historien du droit, Lionel Robert Ménager. Son enseignement était passionnel, et souvent même provocant. Au bout de trois mois, je savais que j'allais essayer de devenir professeur de droit.

Quand ce fut le cas, j'entretins des relations d'amitié avec le Recteur Fabre. Après avoir avoué qu'il avait été amoureux de ma mère quand ils firent ensemble leurs études de droit, il me dit : « *N'oubliez jamais qu'un bon enseignant enseigne non seulement ce qu'il sait, mais ce qu'il est* ». J'ai essayé de suivre ce conseil, et d'après les réflexions de certains de mes étudiants, je pense que j'y suis parfois parvenu. Il y a cinq ans, toujours dans cet esprit, la Faculté de droit d'Aix-en-Provence a publié une série d'entretiens que j'ai eus avec un collègue anthropologue, le professeur Jean Benoist. Le livre s'intitulait : « *Voyage aux confins du droit* ». J'ai essayé d'y expliquer que les options théoriques, les positions académiques ne dépendaient pas seulement de choix rationnels, mais aussi des expériences de vie personnelles, avec leur cortège de malheurs et de bonheurs. La position d'un professeur de droit sur le droit du divorce, celui des minorités, ou sur le mariage pour tous dépend évidemment de ses inclinations affectives.

Beaucoup de grands esprits ont depuis longtemps remarqué que les relations entre les éléments étaient au moins aussi importantes que les éléments eux-mêmes. Platon déjà le pensait. Avant lui les bouddhistes avaient insisté sur le l'interdépendance entre tous les éléments de notre monde. Plus près de nous, le structuralisme procède de la même conviction.

Épicure quant à lui dit que nous devons rechercher le plaisir, mais à condition d'en faire un usage modéré.

C'est en fait tout le problème. Car la passion est l'inverse de la modération. Et le juriste se situe de du côté de l'équilibre, du moins en principe. Car certains juristes sont conservateurs ; d'autres ont voulu utiliser le droit pour transformer la société.

La Révolution française institua le divorce en 1791. Elle alla même plus loin que l'époque actuelle, en instituant le divorce pour incompatibilité d'humeur. C'était là ouvrir la

voie à toutes les passions, notamment aux nouvelles amours. Napoléon allait y mettre bon ordre.

Plus près de nous, Lénine, Gorbatchev et même Poutine ont fait des études de droit. Après la victoire inattendue de la révolution bolchevique, Lénine affirmait : « *Il n'y a plus de droit privé en Russie, il n'y a plus que du droit public* ». Et ce nouveau droit était animé par la passion de l'égalité, qui progressa rapidement entre les hommes et les femmes. Lénine fit passer des décrets qui avaient pour but de révolutionner le mariage. Désormais, on considérerait comme mari et femme tout couple qui vivait d'un commun accord en concubinage. L'homme perdait son pouvoir sans limites au sein de la famille, la femme devenait un partenaire égal en droits au sein du couple.

Mais les théoriciennes bolcheviques ont cherché à dépassionner l'amour. Inés Armand (1874-1920), qui fut la maîtresse de Lénine et cohabita un temps avec son épouse, Nadezhda Kroupskaia, fut à l'origine de la création de la section féminine du Comité central du parti bolchevique.

Mais l'histoire retient surtout le nom d'Alexandra Kollontai (1872-1952), Commissaire du peuple à l'Assistance Publique dans le gouvernement bolchevique, de novembre 1917 à mars 1918. Elle préconisait la légalisation de la bigamie et de la polyandrie. Et sa formule est restée célèbre : « *Pour un communiste, l'acte sexuel doit être aussi simple que boire un verre d'eau* », ce qui suscita la critique de Lénine : on ne doit pas boire un verre d'eau sale. Et de toute façon, les inclinations individuelles devaient être soumises à l'idéal collectif de la construction d'une nouvelle société communiste.

Des jeunes femmes nues défilent dans les rues de Saint-Pétersbourg, en exhibant des banderoles : « *A bas la pudeur !* ». Dans les années 1920, le nombre des viols explose, au point de devenir une menace réelle pour l'ordre public. Des jeunes femmes sont persécutées pour avoir refusé « *l'amour libre Komsomol* ».

À partir de 1930 et du stalinisme, changement de cap. Le respect de la famille fait place à l'amour libre ; c'est le temps du fameux slogan : « *Il n'y a pas de sexe en Union soviétique* ».

Le juriste se situe en général du côté de l'équilibre, du contrôle des passions : en quelque sorte, le droit, c'est le surmoi.

Rivarol: *Les habits gênent un peu les mouvements du corps, mais ils les protègent contre les accidents du dehors : les lois gênent les passions, mais elles défendent l'honneur, la vie et les fortunes.*

Doyen Carbonnier : *L'amour du droit, comme l'autre, peut mettre la Raison en déroute.*

Plus loin de nous, le droit romain affirme que le but du droit est d'attribuer à chacun son dû. Les jusnaturalistes définissent le droit comme « *la juste répartition des biens et des choses entre les membres d'une société déterminée* ». Kelsen voit le droit comme un emboîtement hiérarchisé de normes.

L'ouvrage codirigé par Delphine Lanzara contient nombre de savants exemples pris dans notre droit positif qui illustrent cette tendance essentiellement modératrice du droit par rapport aux sentiments, et plus encore aux passions.

Le droit se méfie même de la compassion...

Le sujet de cette conférence sera beaucoup plus modeste. Il s'agira seulement d'illustrer par divers exemples d'ordre historique les attitudes des moralistes et des juristes, parfois des artistes, par rapport aux grandes passions humaines.

Dans une première partie, je citerai les principales critiques depuis longtemps formulées contre les passions.

Dans une seconde partie je citerai un certain nombre d'exemples illustrant la recherche de l'équilibre par les juristes.

Dans une troisième partie, portant davantage sur l'époque contemporaine, je m'interrogerai sur la distinction entre le Bien et le Mal, qui sous-tend la réglementation morale et juridique des passions.

### **Partie I : Contre les passions.**

La passion est un mal, elle est même une facette *du* Mal, à travers la notion de péché. Elle manifeste l'excès, d'où sa brièveté. Irrationnelle, elle est promesse de douleur.

#### **a) La passion est péché**

En 1684, le père Ameline écrit que les passions sont les principales maladies de l'âme et qu'elles sont apparues avec la Chute, l'expulsion de l'homme du Paradis. C'est le péché, qu'Adam a causé à l'âme. Autrement dit, la passion est constitutive de la nature humaine, du moins de sa nature d'après la faute initiale. D'ailleurs, poursuit l'ecclésiastique, la passion est d'abord inscrite dans le corps, opposé à l'âme. Dans le corps, et donc aussi sur les visages : il y a une physionomie des passions, d'où la fréquence des séries des bustes des douze Césars, décrits par Suétone. Esclave des passions, l'homme ne peut espérer s'en affranchir totalement : sa dépendance ne prendra fin qu'avec sa mort, qui le fera accéder à une paix entière.

Ce courant chrétien se coule volontiers dans le néo- stoïcisme, en vogue au milieu du siècle (Gomberville, 1646 ; Le Grand, 1663). Ce courant philosophique prône un homme sans passions, entièrement dédié à la Raison.

#### **b) La passion est passagère**

Dans un tableau de Van Dyck (1599-1641), un vieillard maintient fermement un enfant. Il le mutile avec un instrument tranchant, dans un décor où l'on devine des ruines aux couleurs sombres. La scène s'intitule : *Le Temps coupe les ailes de l'Amour*.

[Illustration 1: Van Dyck, *Le Temps coupe les ailes de l'Amour*, Livre-guide du Musée Jacquemart-André, Paris, Institut de France, p. 27]

[Illustration 2 : Simon Vouet, *Le Temps vaincu par l'Amour, l'Espérance et la Renommée*, Musée du Berry, Bourges]. Vouet peint le contraire.

Van Dyck a donc voulu signifier que l'amour ne dure pas<sup>2</sup>. L'expression du vieillard souligne le caractère inexorable du phénomène. Si la scène est cruelle (l'enfant souffre), les traits prêtés au temps n'expriment aucun sadisme, mais la seule résolution. On peut s'interroger sur la réalité du processus. En fait, l'amour ne s'efface pas dans la violence, mais il s'éteint plutôt progressivement, par une lente asphyxie, dûe à l'habitude, à l'usure du quotidien. La souffrance de l'enfant illustre peut-être moins le mode d'opération du processus que la cruauté de son résultat. D'autre part, plutôt que de l'amour (il peut tenir en respect le vieillard), mieux vaudrait parler de l'état amoureux, dans sa composante passionnelle. Peint aux couleurs du malheur, le phénomène n'en est pas moins banal. Marivaux, bien après d'autres, le souligne :

*«Je me suis toujours défié en amour des passions qui commencent par être extrêmes ; c'est mauvais signe pour leur durée »<sup>3</sup>.*

Un peu plus tard Mme de Staël le confirme :

*«... l'amour est de toutes les passions la plus fatale au bonheur de l'homme (...) On abandonne son âme à des sentiments qui décolorent le reste de l'existence ; on éprouve, pendant quelques instants, un bonheur sans rapport avec l'état habituel de la vie, et l'on veut survivre à sa perte... »<sup>4</sup>.*

### **c) La passion est douleur : de la Passion aux passions**

L'étymologie de la passion porte largement trace de cette association. Le mouvement des arts à l'époque qui nous intéresse également. Nous savons que le dolorisme devient un courant important de la sensibilité religieuse, et qu'il arrive que les passions soient attribuées à la nature devenue pécheresse de l'homme. Dès lors, la Passion du Christ sert de mise en scène à la représentation des passions de l'homme, intrinsèquement mauvaises. De la souffrance de son Sauveur, le spectateur doit identifier comme responsables ses appétits non censurés de jouissance, et à son tour être atteint par la souffrance<sup>5</sup> : celle du Christ, celle du remords de ses fautes. Son angle de vision est d'ailleurs frontal, favorisant ainsi la

---

<sup>2</sup> D'autres artistes auront une vision plus optimiste, et même inverse. Ainsi de Simon Vouet (1590-1649) qui peint à la même époque *Le temps vaincu par l'Amour, l'Espérance et la Renommée*. Cette fois-ci, le vieillard effondré est entouré par trois jeunes filles et un chérubin qui le tiennent par les ailes...

<sup>3</sup> Marivaux, *Le cabinet du philosophe*.

<sup>4</sup> G. de Staël, *De l'influence des passions sur le bonheur des individus et des nations*, Paris, Payot, 2000, p. 117.

<sup>5</sup> Cf. *Figures de la Passion*, Paris, Musée de la musique-Réunion des musées nationaux, 2001, 74.

possibilité d'un dialogue, d'une *réflexion*. Il est en face du Crucifié (les *Crucifixions* de Picasso garderont cette disposition), ou de son visage, comme dans le tableau de Simon Vouet (1590-1649), *Sainte Véronique montrant la Sainte Face*.

#### **d) Passion et déraison musicales**

Saint Augustin (354-430), grand connaisseur de l'âme humaine, était très lu au XVIIe. Il évoque ainsi l'émotion qu'il ressent en écoutant les chants sacrés :

*« Le chant de votre Église, ô mon Dieu ! ajoutait une nouvelle douceur à vos hymnes et à vos cantiques ; et je ne saurais exprimer combien j'en étais attendri, ni combien il me faisait répandre de larmes (...) L'union harmonieuse de tant de voix me rendait plus attentif et plus sensible à vos vérités qui entraient ainsi dans mon coeur avec un nouveau plaisir, et qui le remuaient par le sentiment d'une piété si vive et si tendre, que je ne pouvais retenir mes larmes et que je trouvais une consolation indicible à les laisser couler<sup>6</sup> » .*

Jusqu'ici, tout va bien : l'émotion est au service de la piété. Mais plus loin, Augustin sent bien le danger du pur plaisir esthétique, qui peut ne concerner en rien le sentiment religieux. Dans ce cas, ce plaisir devient péché :

*« Mais la délectation de ma chair, à laquelle il ne faut pas permettre de briser le nerf de l'esprit, me trompe souvent : le sens<sup>7</sup> alors n'accompagne pas la raison en se résignant à rester derrière elle, mais, simplement parce qu'il a mérité d'être admis à cause d'elle, il va jusqu'à prétendre la précéder et la conduire. Voilà comment je pêche en cette matière, sans me rendre compte ; c'est après coup que je me rends compte (...) Je balance entre le péril qu'il y a de rechercher le plaisir, et l'expérience que j'ai faite de l'avantage que l'on reçoit de ces choses, et me sens plus porté, sans néanmoins prononcer sur cela un arrêt irrévocable, à approuver que la coutume de chanter se conserve dans l'Eglise, afin que par le plaisir qui touche l'oreille, l'esprit encore faible s'élève dans le sentiment de la piété. Toutefois, lorsqu'il arrive que le chant me touche davantage que ce que l'on chante, je confesse avoir commis un péché qui mérite châtement ; et j'aimerais mieux alors ne pas entendre chanter »<sup>8</sup>.*

Texte célèbre, écrit au début du Ve siècle après J.-C., qui servit de justification à la méfiance de l'Eglise envers la musique et son pouvoir évocateur<sup>9</sup>.

La passion amoureuse et ses travers sont souvent décrits dans les opéras de Mozart. Celui que j'aime le plus est *Così fan tutte*. Sous les apparences d'une farce, il décrit combien

<sup>6</sup> Saint-Augustin, *Confessions*, Livre IX, chapitre VI

<sup>7</sup> Par *sens*, il faut ici entendre *sensualité*.

<sup>8</sup> *Ibid.*, Livre X, chapitre 33, édition 1993, page 382.

<sup>9</sup> À Saint-Cyr, bien que nous possédions par ailleurs des témoignages sur l'émotion qu'elle pouvait ressentir à l'audition de certains cantiques, Mme de Maintenon était réticente à l'abondance de chants proposés pour les cérémonies religieuses par Guillaume Gabriel Nivers. Plus encore, elle recommandait une interprétation économe en ornements, qui sont un des traits distinctifs de la musique baroque, surtout française.

l'amour est fragile. Vers la fin de l'opéra, le droit intervient. Un faux notaire lit le contrat de mariage aux fiancées adultères. Il servira de preuve à leurs fiancés pour leur faire avouer leur faute. La fin est assez angoissante. On ne sait pas vraiment ce que vont devenir les couples brisés par la passion.

Mais à l'époque à laquelle Mozart compose cet opéra, le panorama mental des passions a changé. La déchristianisation est silencieusement en marche ; la passion ne mène plus nécessairement à l'enfer.

En France, la plupart des philosophes des Lumières condamne l'indissolubilité du mariage. Cela au nom du droit au bonheur. Montesquieu a des phrases terribles contre cette inaliénabilité. Il compare le sort des époux condamnés à rester ensemble à celui des suppliciés dans l'Antiquité où on les attachait un cadavre. Il faut dire qu'il fut lui-même un époux volage... mais quand en 1791 le divorce fut permis, on assista dans les grandes villes à un grand nombre de divorces. Les consensuels ne nécessitaient même pas l'intervention du juge. Ils répondaient donc à une attente, qui n'était pas seulement celle des intellectuels.

En philosophie, c'est avec Hegel que change l'opinion sur les passions.

C'est le sens de la fameuse formule par laquelle il relie la passion à l'accomplissement des grandes œuvres : rien de grand ne s'est fait sans les passions. Contrairement à la plupart de ses devanciers, il distingue soigneusement le dynamisme passionnel de l'objet sur lequel il se focalise. C'est cet objet qui, selon sa nature, fera la passion bonne ou mauvaise et, plus précisément, le choix de cet objet par la volonté subjective, qui comprend aussi bien les désirs et les passions que les idées et les convictions de l'individu. Mais en elle-même la passion n'est porteuse d'aucun de ces deux caractères. Ce qui la distingue des autres attitudes, c'est plutôt son exclusivisme :

*« La passion contient dans sa détermination, sa restriction à une particularité de la détermination volontaire où la subjectivité de l'individu est plongée tout entière-quel que soit d'ailleurs le contenu de cette détermination. À cause de cet élément formel toutefois, la passion n'est ni bonne, ni mauvaise ; cette forme exprime seulement ceci qu'un sujet a placé tout l'intérêt vivant de son esprit, de son talent, de son caractère, de sa jouissance dans un seul contenu. Rien de grand ne s'est fait sans passion, ni ne peut s'accomplir sans elle. Ce n'est qu'une moralité morte, trop souvent hypocrite, qui se déchaîne contre la passion comme telle »<sup>10</sup>.*

Un peu plus tard, Kierkegaard (1813-1855) poursuivra cette réhabilitation de la passion. Non seulement, comme pour Hegel, la passion est nécessaire à l'action, mais plus encore elle est consubstantielle à une véritable existence du sujet : on ne peut vraiment vivre que passionné. On mesure la distance parcourue depuis le classicisme français...

---

<sup>10</sup> Hegel, *Précis de l'Encyclopédie des sciences philosophiques*.

Dans les arts, on assiste aussi à la montée du plaisir, qui peut aller jusqu'à la perte du sujet.

C'est l'esprit même de l'esthétique qui change : le plaisir, et non plus seulement l'imitation, suivant la vieille leçon d'Aristote, devient *progressivement* la fin de l'art. Certes, on s'était déjà aperçu (notamment Descartes) que le plaisir au théâtre venait non seulement de la représentation de passions positives (l'amour heureux, la joie), mais aussi négatives (le chagrin, le malheur) : ce qui explique entre autres, aujourd'hui, le succès des films d'horreur... Mais plus encore, le mouvement général des arts traduit cette montée du plaisir. D'abord en peinture, à travers la querelle de la couleur et du dessin : quel est l'élément le plus important, la ligne (descriptive, analytique), ou la couleur (synthétique, qui vise l'ambiance) ? Le débat avait déjà ses partisans au *Quattrocento*, dominé par l'esthétique linéaire régie par la perspective. Au XVI<sup>e</sup> siècle, les Florentins sont pour le dessin, les Vénitiens pour la couleur. Mais c'est au XVII<sup>e</sup>, avec la querelle dite du coloris, que le conflit prend toute son ampleur avec l'affrontement du Flamand Pierre-Paul Rubens (1577-1640), auquel il faut rattacher Le Titien, et du Français Nicolas Poussin (1594-1665), maître du classicisme.

Ce dernier est attaché à la maîtrise d'un langage clair, accessible à tous et susceptible de transmettre une vérité, d'ordre moral ou religieux : il faut donc éviter tout risque d'obscurité, d'ambiguïté.

À l'opposé, le portraitiste Champaigne (1602-1674) et Nocret, dans leurs commentaires des tableaux de Titien et de Véronèse, vantent les qualités de la peinture vénitienne. Leur parti l'emportera<sup>11</sup>, et avec lui une nouvelle manière de regarder un tableau, beaucoup plus globale, avec des masses de clairs et de sombres et des dégradés de couleurs, fondues dans une dominante. L'hédonisme passe désormais avant la nécessité d'instruire.

Même trajet en musique, mais avec un siècle de retard. Il faudra attendre les années 1750 pour que s'affrontent les partisans de l'harmonie, de l'ordre rationnel (Rameau) et ceux de la mélodie, de la sensibilité (Pergolèse, Jean-Jacques Rousseau)<sup>12</sup> : là encore, les seconds l'emporteront.

Parallèlement, on note en peinture les commencements d'une évolution capitale : *la perte du sujet*, au nom de la recherche d'une expressivité maximale<sup>13</sup>. Ce phénomène est de plus en plus perceptible entre 1650 et 1720. À la mort de Louis XIV déjà (le phénomène ne date donc pas d'aujourd'hui seulement...), l'abbé Du Bos constatait que les spectateurs avaient du mal à identifier les sujets des tableaux :

---

<sup>11</sup> A la fin de sa vie, Poussin lui-même reconnaîtra dans une lettre de 1665 que le but de la peinture doit être la « délectation ».

<sup>12</sup> Cf. le beau livre de C.Kintzler, *Jean-Philippe Rameau-Splendeur et naufrage de l'esthétique du plaisir à l'âge classique*, Paris, Minerve, 1988.

<sup>13</sup> Cf.E.Coquery, *La peinture des passions : un défi académique ?*, dans : *Figures de la passion, op.cit.*, 34-35.

« *Déjà les peintres, dont on grave les ouvrages, commencent à sentir l'utilité de ces inscriptions [qui les expliquent] et ils en mettent au bas des estampes qui se font d'après leurs tableaux* »<sup>14</sup>.

Charles Antoine Coypel (1661-1722) confirme que le talent du peintre dépend de sa capacité de toucher :

« *Le peintre le plus parfait est celui qui [...] sait émouvoir l'esprit des spectateurs avec force ; celui qui le fait médiocrement est un peintre médiocre et celui qui ne le fait pas usurpe le nom de peintre* ».

Parallèlement, se met à changer la hiérarchie des sujets des peintures, qui privilégiaient les scènes d'histoire et leur côté héroïque, tandis que le portrait était situé au bas de l'échelle. Plus proche de l'humain, il est maintenant en vogue. Les sujets amoureux, notamment sous la forme aimable de l'idylle, se mettent à proliférer au tournant du siècle.

On l'aura compris, l'essentiel est devenu l'émotion ; la passion fait figure de plaisir autonome

La musique connaît la même évolution : petit à petit, elle se détache du texte, son guide. Et même de la voix. Phénomène radicalement nouveau : la musique instrumentale prend son essor dans la deuxième moitié du XVIIe., non sans d'ailleurs inquiéter. On se souvient de la fameuse apostrophe de Fontenelle :

« *Sonate, que me veux-tu ?* » ; on sait que les manuels de savoir-vivre recommandaient aux maîtres de maisons d'abréger les concerts de musique instrumentale afin de ne pas lasser leurs invités.

L'émotion pure devient à la mode.

Du côté du droit, en France, le mouvement des codifications générales amorcées sous Louis XIV s'épuise. On devient au contraire attentif aux particularismes locaux, aux langues régionales. Il faudra tout l'élan de la Révolution française pour revenir aux codifications. En Allemagne, on est à la veille du romantisme allemand, et de l'éclosion de toute l'Ecole historique du droit, contre la rationalisation de l'esprit révolutionnaire français.

La rupture avec le passé est manifeste : le sentiment à sa place à côté de la Raison et ne lui est certainement pas inférieur.

Les juristes du passé n'étaient pas de cet avis.

## **Partie II : Les juristes et la recherche de l'équilibre**

Tous les juristes ne sont pas forcément conservateurs ou rétrogrades. Nous avons vu que le droit peut participer aux élans révolutionnaires. Mais en général, il se situe du côté de l'ordre établi.

---

<sup>14</sup> On peut sans doute en rapprocher le procédé devenu maintenant quasi systématique, même dans les grands festivals, consistant à afficher les dialogues des perso l'équilibrennages parallèlement aux spectacles d'opéra.

Un exemple extrême en est donné par l'attitude des professeurs de droit pendant le régime de Vichy vis-à-vis des législations antisémites. La majorité n'était pas en faveur de la collaboration. Mais une fois les statuts des juifs promulgués, il fallait bien les commenter, comme on le fait d'un nouvel objet juridique. C'est ce qu'ils firent...

Mais prenons des exemples dans un passé plus lointain.

Tout d'abord, le crime passionnel. Tout le problème consiste à déterminer le degré d'autonomie de la volonté dans l'accomplissement de l'acte.

Si celui-ci est atténué par la passion, la responsabilité se trouve diminuée d'autant.

Ce raisonnement n'est pas récent<sup>15</sup>. On le trouve affirmé en 1559<sup>16</sup> par André Tiraqueau (1488-1558) dans le premier grand traité français de droit pénal<sup>17</sup> : le *De poenis temperandis aut etiam remittendis*<sup>18</sup>, consacré aux circonstances atténuantes et aux divers motifs de suppression de la peine.

Que pense-t-il des passions ?

Certaines peuvent émaner d'un tiers et agir sur le sujet à son corps défendant, comme la violence. Dans ce cas, l'auteur de l'infraction doit malgré tout être puni-nous devons résister au mal-mais d'une peine plus légère que la normale. Cependant, si son libre arbitre a été totalement annihilé (cas de la femme violée), toute punition lui sera évitée<sup>19</sup>.

Mais Tiraqueau envisage plus généralement les passions éprouvées par le sujet lui-même. Elles constituent des circonstances atténuantes : «... lorsque quelqu'un a commis une infraction sous l'effet de la colère ou de la douleur, il y a lieu de le punir avec quelque clémence »<sup>20</sup>. En effet, l'auteur de l'infraction n'est plus en mesure d'exercer son entier contrôle sur lui-même : «... la crainte d'un péril imminent, un excès de douleur anéantissent la réflexion ; l'homme en proie à une intense douleur n'est plus maître de son esprit... »<sup>21</sup>. Trait remarquable, Tiraqueau poursuit en précisant bien que le passage à l'acte n'est pas provoqué par un vice particulier, mais plutôt par la faiblesse inhérente à la nature humaine. Autrement dit, l'infraction aurait pu être commise par un individu « normal » :

«...les jurisconsultes (...) ont décidé que les délits que l'on commet sous l'effet de la colère ou de la douleur, ne doivent pas être punis avec trop de sévérité. Leurs décisions se fondent sur la conscience de l'infirmité et de la fragilité de la nature humaine (...) Car combien

---

<sup>15</sup> Si le raisonnement est effectivement ancien, les notions de responsabilité, de culpabilité et d'imputabilité ne sont apparues dans la langue française qu'à l'extrême fin du XVIIIe siècle (et même plus tard pour l'imputabilité).

<sup>16</sup> Son ouvrage est de publication posthume.

<sup>17</sup> L'expression de « traité de droit pénal » paraîtra étrange à l'étudiant qui consultera cet ouvrage. Bien des arguments en sont fondés sur des citations d'auteurs littéraires (on voit mal un pénaliste actuel commenter un arrêt en citant Baudelaire ou René Char...), des textes religieux ; en revanche aucune référence n'est faite aux ordonnances royales et aux coutumes françaises. Il faut se souvenir que le droit français ne fut enseigné dans les Facultés de droit qu'à la fin du XVIIe siècle. Le droit romain et le droit canon étaient considérés comme bien supérieurs, au point que les docteurs l'étaient *in utroque iure*, en l'un et l'autre droits. Les étudiants ne recevaient donc aucun enseignement de droit pénal français. Leurs connaissances ne pouvaient leur venir que d'exemples tirés de l'enseignement secondaire, fournis par des professeurs de théologie le plus souvent jésuites ou oratoriens. Puis ils apprenaient sur le tas, avec l'aide des praticiens. Enfin, le droit pénal était rare dans les coutumes françaises, en voie de rédaction officielle à l'époque de Tiraqueau.

<sup>18</sup> Il était évidemment rédigé en latin. Grâce à André Laingui, il est maintenant disponible en français : cf. A. Laingui, *Le « De poenis temperandis de Tiraqueau (1559) », Paris, Economica, 1986.*

<sup>19</sup> A. Tiraqueau, *op. cit.*, cause 36.

<sup>20</sup> Cause 1, paragraphe 1.

<sup>21</sup> Cause 1, paragraphes 6-7.

*peu arrivent à dissimuler ou à contraindre la colère qui les prend ou la douleur, sans les trahir par un geste mauvais ou une parole mauvaise ? Presque tous, nous cédon à la douleur ou à la colère, nous leur obéissons, nous nous laissons dominer par elles... »<sup>22</sup>.*

Cependant, tous les êtres humains ne sont pas également armés contre les passions: on doit être d'autant plus clément avec les plus vulnérables à la faiblesse, que leur incapacité soit temporaire ou définitive. Cette incapacité temporaire frappe les mineurs, pour plusieurs raisons:

*«... la première est que la jeunesse est, pour ainsi dire, par nature, un excitant propre et spécifique au vice, en sorte qu'il vaut mieux imputer la faute du mineur au défaut de l'âge qu'à une malice opiniâtre et à la perversité. La seconde raison est que cet âge ne possède pas encore le plein usage du jugement et du discernement (...) On peut espérer qu'ils s'amenderont et qu'ils abandonneront à la fois leur jeunesse et leurs vices. Comme un des buts du châtement est l'amendement du coupable ainsi que nous le dirons plus bas, dans la mesure où l'on peut penser que cet amendement se produira même en l'absence de peine, il y a tout lieu de supprimer la peine ou, du moins de l'atténuer »<sup>23</sup>.*

En revanche, les femmes sont l'objet de moins de sévérité pour des raisons constitutives: il faut tenir compte de la faiblesse de leur raison, de leur moindre empire sur elles-mêmes:

*«... Les femmes sont douées de moins de raison que les hommes (...) Il est donc logique que les femmes soient moins gravement châtiées au cas d'infraction (...) Dans la mesure où les hommes sont doués de plus de raison que les femmes, grâce à quoi ils peuvent plus virilement résister aux incitations des vices et-pour parler comme les théologiens-résister aux tentations, il est équitable de punir avec plus de clémence les femmes ; mais il ne convient pas de leur accorder une totale impunité, comme aux animaux, puisque ceux-ci sont tout à fait privés de raison, tandis que les femmes en ont quelque peu »<sup>24</sup>.*

Nous avons jusqu'ici cité des passages de Tiraqueau portant surtout sur la colère. Mais l'amour ? Il n'est pas absent de ses réflexions, loin s'en faut : il lui donne même beaucoup d'importance, citant des auteurs assurant qu'il constitue la plus forte des passions. Une folie, à vrai dire:

*«... l'amour est une espèce de folie (...) Les poètes qualifient indistinctement l'amour de folie et les amants de forcenés, de fous, de furieux (...) rien n'a plus de véhémence que cette frénésie : la contenir relève d'une philosophie accomplie (...) « Aucune volupté, dit-il [Socrate], n'est plus véhémente, aucune plus furieuse, que la volupté amoureuse ». Et*

---

<sup>22</sup> Cause 1, paragraphe 22 .

<sup>23</sup> Cause 7, paragraphe 7.

<sup>24</sup> Cause 9, paragraphes 5-6.

*toujours chez Platon (...) Agathon dit qu'il n'y a pas de volupté plus forte que l'amour. Cicéron, le père de l'éloquence latine, (...) écrit « qu'il importe de remarquer la force de la fureur amoureuse : parmi toutes les passions de l'âme, aucune à coup sûr, n'est plus véhémence ». Quant à Balde, au courant de toutes les sciences : (...) il écrit qu'il est digne d'un philosophe-et non pas d'une femme-, d'emprisonner cette passion dans de justes limites (...) J'affirmerai que l'on doit punir de matières atténuée, voire laisser impuni, celui qui a commis quelque infraction en raison d'un amour excessif et trop ardent, comme s'il avait commis son acte moins par une décision de sa volonté que par la force de son égarement»<sup>25</sup>.*

Ensuite, le consensualisme dans le droit du mariage. L'Église catholique fut révolutionnaire en ce sens qu'elle affirma le primat du consentement des époux sur celui des familles. Mais elle allait ainsi contre des coutumes pluri séculaires. Le droit royal français refusa de recevoir le droit du concile de Trente, et continua à accorder de l'importance au consentement des pères de famille. On s'efforçait ainsi de ménager un équilibre entre le poids de la famille et les inclinations personnelles des futurs époux.

À l'heure actuelle, dans le monde, environ 60 % des mariages sont encore des mariages «arrangés».

L'Église catholique, ayant compris la force de la sexualité s'efforça de la brider, même à l'intérieur du mariage. Les pénitentiels nous en apprennent beaucoup à ce sujet. Tout d'abord, pendant tous les jours à caractère religieux, les rapports sexuels étaient interdits, ainsi que pendant les règles. Au total, on en arrivait après de plus de la moitié de l'année d'abstinence sexuelle. Les pénitentiels nous montrent que la réalité était très loin de la théorie...

Les postures sont également réglementées. L'accouplement « *à la manière des chiens* » est interdit. Et bien entendu aussi des pratiques comme le coït interrompu, la fellation, etc. Le but premier de la sexualité est la procréation, le plaisir accessoire. Au Moyen Âge des canonistes affirment même que traiter son épouse trop amoureusement c'est la prendre comme une prostituée...

Le XVIIe siècle, qui est celui de la Raison, voit l'élaboration de nombreuses codifications dans bien des domaines.

Dans celui du droit, ce sont les ordonnances de codifications de Colbert.

Dans le domaine des arts, ce sont les Académies. Dans la peinture, Charles le Brun (1619-1690), qui vit à la même époque Colbert, croit à une codification esthétique de ce qu'il appelle les passions de l'âme.

Même mouvement en musique. Marc-Antoine Charpentier (1643-1704), propose un catalogue complet des tonalités avec les effets qu'elles sont capables de produire. Ut majeur est gai et guerrier, ré mineur grave et dévot, etc.

---

<sup>25</sup> Cause quatre, paragraphes 1-2-3.

Jean-Sébastien Bach est un exemple inégalé de la codification du système tonal. Il écrit le *Clavecin bien tempéré*, dans toutes les tonalités ; et à la fin de sa vie, *L'Art de la Fugue*.

Quelques décennies plus tard seulement, la musique de Mozart est toute autre : le contrepoint est moins serré, la liberté se lit même dans l'apparence des partitions. Élisabeth Vigée Le Brun commence à peindre ses maternités , qui sont maintenant laïques et valorisent le naturel. Elle devient l'artiste favorite de Marie-Antoinette. Mais que dire de nos jours des passions ?

### **Partie III :Entre le Bien et le Mal**<sup>26</sup>

Pour l'historien situé au XXI<sup>e</sup> siècle, le XX<sup>e</sup> siècle est avant tout celui du déchaînement de la guerre, inspiré par les idéologies poursuivies avec passion dans le déni de la réalité : le nazisme, le communisme. La Russie compte au moins 5 millions de morts pendant la période de guerre civile à la suite de la révolution bolchevique. Le second conflit mondial lui coûte 20 millions d'hommes ; à peu près le même nombre que les victimes du Goulag. Staline disait: « *La mort d'un individu est une tragédie ; la mort d'un million d'hommes, une statistique* ». Passion de la liberté aussi, dans les luttes menées un peu partout dans le monde pour les décolonisations.

Dans le domaine sentimental, l'amour semble être le grand vainqueur. La plupart des chansons de variétés, la musique la plus écoutée dans le monde, nous parle de l'amour, heureux ou malheureux. Juridiquement, le majeur de 18 ans peut se passer du consentement de sa famille. Mais cette valorisation du sentiment dans les rapports conjugaux est aussi une des sources majeures de leur fragilité et donc de la multiplication des divorces. Les sentiments évoluent, comme l'attirance sexuelle. Quand ils n'évoluent plus dans le même sens, la rupture est proche : le droit au bonheur est conçu comme contraire à la patience, au compromis et au renoncement.

Les hécatombes du XX<sup>e</sup> siècle incitent aussi à réfléchir sur la distinction entre le Bien et le Mal. Cette distinction est elle-même à la base de la réglementation des sentiments et des passions. Dans notre droit positif, aucune liberté n'est absolue. Le législateur et le juge tracent des limites. La liberté sexuelle trouve ses limites dans le consentement du partenaire et son âge. La liberté d'expression est limitée par la législation antisémite et le principe d'interdiction des discriminations.

Mais où passe la frontière entre le Bien et le Mal ? On a parfois du mal à le déterminer.

Le Mal est un scandale. Presque tous les philosophes ont essayé de l'expliquer, ainsi que les religions, par diverses constructions qui ont chacune leurs limites. Supprimons le Mal, supprimons la mort : une bonne partie de toutes ces spéculations disparaîtrait avec eux.

---

<sup>26</sup> Cf. N.ROULAND, La morale à l'épreuve de la diversité culturelle , *RRJ*,2016-4,1483-1499.

Le christianisme, après un long passé de dolorisme (nous souffrons en pénitence de nos péchés) insiste sur le fait que Dieu a donné la liberté à l'homme, de faire le bien ou le mal. Au quatrième siècle c'est déjà l'explication de Saint-Augustin : « *Le libre arbitre de la volonté est la cause du mal que nous faisons et le juste jugement de Dieu celle de nos souffrances* ». Dieu permet le mal, mais il ne le veut pas en tant que tel, reprendra Saint Thomas dix siècles plus tard.

Ce qui ne résout pas le problème du mal causé par la maladie ou les catastrophes naturelles. Mais de toute façon, un tel Dieu reste incompréhensible à mes yeux. S'il permet le mal, il permet donc son existence ; et comme il est à l'origine de tout, il est aussi à l'origine du Mal, ce qui est contradictoire avec sa nature profonde, puisqu'il est le souverain Bien. En plus, il tend un piège à l'homme, comme l'illustre l'épisode du sacrifice d'Abraham. Jésus lui-même ne termine-t-il pas la prière à son Père céleste en lui demandant de délivrer l'homme du mal ? Le prophète Isaïe n'entretenait aucune illusion sur la paternité divine du mal : « *Je façonne la lumière et je crée les ténèbres ; je fais le bonheur et je crée le malheur* », fait-il dire à Dieu. Et le même Dieu de l'Ancien Testament, pour expliquer à Job la cause de ses souffrances le renvoie à l'existence de l'univers en affirmant sa toute-puissance.

Or la cosmologie moderne nous apprend que contrairement à ce que pensait Voltaire, il peut y avoir une horloge sans horloger : à partir d'un état premier difficilement imaginable, l'univers s'auto-organise dans la voie d'une complexité croissante pendant des millions d'années.

Du côté de l'islam je vois la même impasse. Dans la deuxième sourate, dite de la Vache, Dieu dialogue ainsi avec ses anges :

*-Je vais établir sur la Terre un successeur.*

*-Vas-Tu y mettre un qui y corrompra et répandra les sangs, alors que nous exaltons ta louange et te sanctifions ?*

Et Allah de leur répondre :

*Je sais ce que vous ne savez pas !*

Au retour d'Auschwitz, un pasteur protestant affirme que le seul moyen de continuer à croire en Dieu et qu'il a lui-même limité sa toute-puissance<sup>5</sup>.

Il y a déjà quinze siècles Protagoras d'Athènes (490-420 av. J.-C.), contre Platon et Aristote, affirmait de façon extrêmement moderne que ce ne sont ni les dieux ni la nature des choses qui déterminent le bien et le mal : « *L'homme est la mesure de toute chose* ». Ce sont donc des conventions.

Reste enfin à évoquer les expériences des mystiques, si semblables dans les trois monothéismes, qui évoquent aussi l'Éveil des bouddhistes. On connaît la phrase célèbre de Pascal, qui connut une telle expérience :

*« Tu ne me chercherais pas tu ne m'avais déjà trouvé ».*

Il veut dire que Dieu se trouve déjà en celui qui le cherche. À l'aide de certaines techniques (méditation, danse, musique) les mystiques accèdent à la fusion avec Dieu qu'ils décrivent comme un amour flamboyant qui ne brûle pas et disent qu'ils sont tout près de se perdre en Lui.

En fait, je ferais volontiers miens les propos de Jean Rostand, un naturaliste du xxe siècle aujourd'hui bien oublié : « *Il y a 50 % de chances que Dieu existe ; s'il existe, il y a 50 % de chances qu'il ne se soucie nullement de sa création* ». Un agnosticisme tout à fait raisonnable et ouvert à beaucoup de solutions, y compris le Pari de Pascal.

Si l'existence du Mal paraît très difficilement conciliable avec celle de Dieu, il ne reste plus qu'à admettre qu'il fait partie de la nature humaine, qui, dans son côté impur, ne peut fonder de manière absolue le recours à une morale ou à des droits universels.

Et *quid* de la Raison ? Comme l'argent, celle-ci peut-être utilisée dans des sens très différents. La Raison peut servir le Bien comme le Mal : l'histoire le démontre amplement.

D'ailleurs, le Bien n'est pas nécessairement un principe de bonne gouvernance comme on dirait aujourd'hui, de manière un peu snob. On sait que le lien entre la morale et la politique se rompt avec Machiavel au xve siècle. Il ne s'agit pas d'envisager l'homme tel qu'il devrait être, mais tel qu'il est. Et le gouvernant doit faire avec. C'est-à-dire, dans un souci d'efficacité, ne pas reculer devant l'emploi de moyens moralement condamnables : « *Aussi est-il nécessaire à un prince, s'il veut se maintenir, d'apprendre à pouvoir n'être pas bon* ». Bien plus tard, Joseph Goebbels, le ministre de la propagande de Hitler affirmera à juste titre :

*« Un mensonge mille fois répété devient une vérité ».*

Face au Mal, les hommes aspirent au Bien. Mais comment le définir ?

Pour le bouddhisme et beaucoup de mouvements hérétiques, le Bien réside dans l'extinction des passions. Plus modéré, Épicure affirme qu'il faut savoir désirer raisonnablement :

*« Lorsque donc nous disons que le plaisir est la fin, nous ne parlons pas des plaisirs des débauchés ou de ceux qui consistent dans la jouissance [...] ; nous parlons du fait de ne pas souffrir pour le corps et du fait de ne pas être troublé pour l'âme. En effet, ce qui fait naître une vie agréable, ce ne sont ni les beuveries ni les fêtes ininterrompues, ni la jouissance des jeunes garçons ou des femmes, ni celle des poissons et autres mets que procure une table abondante, mais un raisonnement sobre, qui examine les causes de chaque choix et de chaque rejet, qui écarte les opinions à partir desquelles un très grand tumulte s'empare des âmes ».*

Les dictatures modernes font des analyses plus sociologiques ou prétendent scientifiques. Pour Lénine et Mao Tsé Toung, le bien adviendra dans une société sans classes.

Pour Hitler, le bien se confond avec la domination de la race aryenne, dans le respect des implacables lois de la nature.

De plus, les anthropologues montreraient aisément que si la distinction entre le Bien et le Mal est universelle, les contenus en diffèrent. Certaines sociétés peuvent valoriser la guerre d'autres au contraire la paix.

Autre difficulté, celle de la stricte délimitation entre le Bien et le Mal, à laquelle s'attellent les morales. Depuis Descartes, la majorité des philosophes constate la disparition d'une frontière claire entre le bien et le mal. Comme l'a remarqué Primo Levi au sujet des camps d'extermination, même chez les bourreaux il peut exister une zone grise. À Auschwitz, on ouvre la chambre à gaz après une exécution. Dans l'enchevêtrement de cadavres, une jeune fille de seize ans est encore vivante. Les hommes des *Sonderkommando* la réchauffent, lui apportent un peu de nourriture. La jeune fille ne comprend pas ce qui lui est arrivé. On appelle un médecin qui la ranime avec une injection. Le médecin fait part de l'incident au SS qui dirige les exécutions. Ce dernier hésite : peut-on l'épargner ? Il décide en fin de compte que non : si elle était plus âgée, on aurait pu la convaincre de ne pas révéler aux autres ce qui se passe dans la chambre à gaz. Mais tel n'est pas le cas. Il fait venir un subordonné qui la tue en quelque sorte une seconde fois, mais plus « humainement », d'un coup dans la nuque : elle n'aura pas à repasser dans la chambre à gaz.

Même parmi les *Einsatzgruppen*, opérant en Russie, on dispose de témoignages montrant que certains exécuteurs de femmes et enfants souffraient de troubles psychosomatiques qu'ils compensaient par l'alcoolisme. On avait mis au point certains procédés permettant de diminuer la charge psychologique. Par exemple, l'exécution des femmes et des enfants (d'après beaucoup de témoignages, l'exécution des nourrissons était un tabou difficile à franchir pour la plupart des hommes) était confiée à des personnels auxiliaires autochtones. Le 6 août 1941 le *Sturmbannführer* Bruno Müller, **un docteur en droit**, exécute en Ukraine du sud devant ses hommes une femme et son enfant afin de leur donner l'exemple

C'est donc qu'ils en avaient besoin.

Ou encore, l'abattage des victimes avait lieu suivant un rituel para – militaire simulant une mise à mort par un peloton d'exécution.

Dans son fameux discours de Posen en octobre 1943 aux cadres de la SS, Himmler affirmait à propos de la tâche d'extermination qu'elle exigeait beaucoup de la part de ses exécutants, qui l'avait assumée avec un courage qu'il fallait redoubler, mis à part quelques cas dus à la faiblesse humaine.

C'est donc que même parmi les SS, ces cas ont existé.

Dans une logique difficile pour nous à comprendre, Himmler a toujours insisté sur le fait que la liquidation des Juifs devait avoir lieu sans que les exécutants en éprouvent un quelconque plaisir. La cruauté sadique était interdite. C'était un devoir, résultant de l'application des lois de la nature. Il précisait aussi que les enfants devaient être tués non

seulement pour des raisons biologiques tenant à leur race, mais parce que si on les laissait en vie, plus tard ils éprouveraient le besoin de venger leurs parents.

Parallèlement, les juristes nazis ont toujours prétendu qu'ils étaient les premiers à appliquer vraiment une conception véridique du droit naturel, contre les positivistes formalistes.

À partir de 2003, un certain nombre d'auteurs ont mis en évidence qu'il existait bien une moralité nazie, dont la Shoah était l'ultime conséquence.

Du côté des djihadistes, ceux-ci se réclament aussi d'une morale : les victimes bombardées, ce sont eux, parce qu'ils ont engagé la lutte contre les mécréants pour faire advenir le califat. Ils n'ont pas de drones, et sont prêts à donner leur vie pour cet objectif.

Il s'agit là évidemment d'exemples extrêmes, mais d'autres sont beaucoup plus quotidiens : il est rare de rencontrer dans la vie des saints ou des salauds complets.

Il y a bien longtemps la plupart des philosophes chinois affirmait déjà qu'il n'y a pas de bien ni de mal dans l'absolu. L'un et l'autre sont en constante évolution, à la manière du *Ying* et du *Yang* qui s'engendrent l'un l'autre. Tout bien comporte une part de mal ; tout mal comporte une part de bien. Il existe cependant une morale, celle de l'harmonie. Ce qui met en péril un groupe, notamment la famille, est mal. Et il faut viser davantage l'harmonie dans le respect des hiérarchies de la société que le bonheur individuel. On est donc très loin

du subjectivisme moderne, et on comprend que Mao Tsé toung ait lancé une campagne contre Confucius.

De notre côté du monde, plusieurs siècles après, Kant écrira : « *Dans un bois aussi courbe que celui dont est fait l'homme, on ne peut rien tailler de tout à fait droit* ».

Plus près de nous, Alexandre Soljenitsyne écrit :

*« Peu à peu, j'ai découvert que la ligne de partage entre le bien et le mal ne sépare ni les États ni les classes ni les partis, mais qu'elle traverse le cœur de chaque homme et de toute l'humanité [...]. Dans un cœur envahi par le mal, elle préserve un bastion du bien. Dans le meilleur des cœurs un coin d'où le mal n'a pas été déraciné ».*

En revanche, il est beaucoup plus simple de définir et circonscrire le Mal. On peut distinguer le mal volontaire (celui qui provient de l'homme) ou involontaire (celui de la maladie ou des catastrophes naturelles). Aux scientifiques de lutter contre le second. Aux moralistes et juristes de tenter de limiter le premier.

Sur le plan moral, on peut le faire à partir de la mise en oeuvre d'un critère assez simple : « *Ne fais pas à l'autre ce que tu ne voudrais pas qu'il te fasse* ». C'est l'éthique de la réciprocité. Hillel, sage juif de la seconde moitié du premier siècle avant J.-C. affirmait déjà que le judaïsme se résumait en un unique principe : « *Ce que tu ne voudrais pas qu'on te fasse, ne le fais pas à ton prochain* » Kant écrira plus tard : « *Agis de telle sorte que tu traites l'humanité, aussi bien en ta propre personne que dans la personne de tout autre, toujours en même temps comme une fin, et jamais seulement comme moyen* ». Avant Jésus, le Lévitique

(19,18) allait plus loin en prescrivant : « *Tu aimeras ton prochain comme toi-même* ». Encore faudrait-il savoir qui est exactement le prochain. Le prochain peut-il être le tout autre, dois-je l'aimer au point de pouvoir me sacrifier pour lui ? Voilà une morale qui risque de ne guère être de ce monde...

Plus raisonnablement, on peut aussi citer le test de justiciabilité proposé par le philosophe Bernard Williams. Pour vérifier si une pratique qui paraît problématique (excision, suicide des veuves indiennes, sacrifices humains, infanticide des petites filles, etc.) est acceptable, il faut interroger toutes les personnes impliquées et affectées par ces pratiques. Si le consentement n'est pas unanime il y a de sérieux doutes sur la légitimité de l'acceptation desdites pratiques.

Quant à l'anthropologue, s'il doit se départir des stéréotypes propres à sa culture, ce n'est pas pour adopter ceux des sociétés qu'il observe. On peut être anthropologue et condamner l'excision. L'ethnologue n'est pas de manière absolue le représentant des cultures qu'il étudie. Son but, et si j'ose dire, sa morale, consiste à comparer les sociétés et mesurer les convergences et les divergences existant entre elles.

Sur le plan juridique, Mireille Delmas Marty écrit à propos de l'internationalisation du droit que nous sommes parvenus à certains concepts juridiques ayant une vocation universelle de statut de droit positif : les jurisprudences des tribunaux pénaux internationaux portant sur l'ex-Yougoslavie et le Rwanda, et de la Cour pénale internationale aboutissent à l'élaboration d'une hiérarchie de droits valable sur l'ensemble de la planète : les droits à protection absolue, les droits à protection quasi absolue (droits qui peuvent être suspendus temporairement en cas de circonstances exceptionnelles, les droits à protection relative forte (droit à la vie et à la liberté d'aller et venir) et ceux à protection relative faible (ceux pour lesquelles des restrictions sont admises avec une marge nationale d'appréciation). Parmi les droits à protection absolue, les interdictions de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants, l'esclavage, les expulsions collectives, l'interdiction d'imposer à une personne une expertise médicale scientifique sans son consentement et l'obligation de reconnaître en tous lieux la personnalité juridique de chacun ce sont donc des interdits absolus.

De multiples textes, notamment ceux sur les droits de l'homme, les droits et libertés fondamentaux, nous donnent une idée assez précise du Bien.

Mais on peut objecter, et ce à juste titre, qu'il n'y a pas un accord universel sur la valeur universelle des droits de l'homme, du moins dans leur formulation reconnue par les grandes instances internationales. Aujourd'hui, c'est dans le monde musulman que la conception différentialiste des droits de l'homme s'exprime avec le plus de force.

Nous avons donc constaté que le Bien et le Mal très souvent s'entremêlent, et correspondent à des définitions diverses. D'où la tentation de renoncer à définir leur essence, mais plutôt d'organiser la coexistence entre des conceptions différentes : c'est le but fondamental des multiculturalismes, politique officielle du Canada, et tabou de la pensée française. L'injonction de respecter toutes les opinions, même fausses ou dangereuses, trouve

son fondement dans le socle philosophique construit par les Lumières. Dieu ayant été congédié, personne ne sait plus réellement ce qui est vrai, ou bon, ou juste. Personne ne peut donc dicter de manière absolue sa conduite ou ses opinions à autrui. C'est la thèse de l'indifférenciation des normes. Cette indifférenciation est concomitante du désenchantement du monde. Mais peut-on en déduire avec Dostoïevski que si Dieu n'existe pas, tout est permis ?

Il faut distinguer entre le relativisme absolu et le relativisme tempéré. Dans le cas du premier, tout se vaut, et personne n'a le droit de condamner des pratiques comme l'excision ou les sacrifices humains. Richard Schweder, un anthropologue, dénonce l'incompréhension des libéraux et des féministes et propose de considérer l'excision comme de simples « *modifications génitales féminines* ». Dont acte.

On peut accorder davantage de crédit aux partisans d'un multiculturalisme modéré, comme Charles Taylor, le chef de file du mouvement multiculturaliste au Canada, des démocrates libéraux américains tels que Allan Bloom, Steven Lukes, ou Ronald Dworkin. Par des chemins divers, ils s'efforcent de concilier la croyance entre l'universalisme et le pluralisme comme le font aussi de leur côté les juristes que j'ai cités. Charles Taylor écrit ainsi qu'il faut distinguer entre les différences qui ne peuvent pas être respectées (par exemple, racisme et antisémitisme) mais dont l'expression peut être tolérée. Le théoricien du droit Ronald Dworkin proclame qu'une société libérale est une société qui n'adopte aucune vue particulière sur la finalité de l'existence. En conséquence, on doit observer une obligation d'égal respect envers les autres. Ce n'est notamment pas la majorité arithmétique qui établit la véracité d'une opinion. Cette dernière observation est évidemment le fondement des droits des minorités et des peuples autochtones, en constante progression depuis une cinquantaine d'années.

Ce multiculturalisme modéré ne peut à mon sens être qualifié d'impasse. Il constitue au contraire une voie raisonnable. Son ampleur dépend évidemment des traductions historiques et culturelles des sociétés dans lesquelles il est applicable. De ce point de vue, la conception française de l'unité, longtemps voisine de l'uniformité, ne constitue pas le meilleur terrain d'accueil.

Il en va tout autrement au Canada qui affirme sa foi dans le multiculturalisme. Les juristes le font notamment à l'aide de la notion d'*accommodements raisonnables*, admis par la Cour suprême du Canada.

Celle-ci a par exemple admis que des Sikhs portent à l'école un turban contenant un couteau, au motif que d'autres instruments, tels les ciseaux, pouvaient aussi être considérés comme dangereux. Elle a également admis qu'une jeune femme d'origine musulmane procède à sa déclaration de nationalité en portant un niqab. Le premier ministre Justin Trudeau revêt volontiers des vêtements appartenant à des minorités ethniques ou autochtones dans des cérémonies publiques. À l'inverse, on sait qu'en France tout un débat s'est élevé devant le juge administratif pour savoir si les crèches de Noël pouvaient être admises dans des bâtiments publics, comme des mairies ou des écoles. Le débat a porté sur le fait de savoir si elles étaient des signes religieux, auquel cas il fallait les interdire ou plus

largement des traditions, et pouvaient être à ce titre tolérées. Au cours de l'été dernier, le port du Burkini sur les plages a été interdit par certains maires, mais autorisé par le conseil d'État.

Il faut d'autre part considérer que le multiculturalisme et le respect des identités différentes qu'il postule ne doivent pas devenir un masque d'autres facteurs tout aussi générateurs de l'inégalité socio économique. C'est un progrès de respecter et de reconnaître davantage de droits aux femmes, aux homosexuels, aux minorités visibles, aux immigrés, etc. Et il est vrai que les discriminations positives ont pu dans certains cas améliorer des situations tenant à l'origine ou à la couleur de la peau. Cependant, ce respect des identités est parfaitement com

patible avec le maintien d'inégalités socio-économiques fondamentales. Comme l'écrit à juste titre Walter Benn Michaels, un universitaire américain,

*« La diversité n'est pas un moyen d'instaurer l'égalité ; c'est une méthode de gestion de l'inégalité ».* Simplement, il y aura moins de Noirs ou de travailleurs immigrés chez les pauvres ; les femmes auront accès à davantage de professions jusqu'à certains plafonds de verre.

Il reste que si la mondialisation continue à s'effectuer, on ne voit pas comment elle ne devrait pas s'accompagner d'un certain multi-culturalisme : l'un conditionne l'autre. Mais il se peut aussi que la mondialisation, et même la conception universelle des droits de l'homme ne soient simplement que des moments de l'histoire. Nous avons cessé de croire avec les évolutionnistes unilinéaires du xix<sup>e</sup> siècle que la voie du progrès était inéluctable et qu'elle passait par les mêmes chemins pour toutes les sociétés.

L'histoire du droit et l'anthropologie juridique sont parmi les disciplines qui permettent de mieux connaître les différences, de les classer en ordre d'intensité, et peut-être de contribuer à les harmoniser.

Il est bien entendu impossible de conclure et peut-être ne le sera-t-il jamais sur de telles questions.

En ce qui concerne les origines du Bien et du Mal, on a un peu l'impression que tout a été dit. Peut-on au moins discerner des évolutions ? Probablement celle qui conduit au désenchantement du monde dans les pays occidentaux. Mais ailleurs, il semble que l'homme ne renonce pas si facilement à croire.

Plus largement, on a la désagréable impression qu'à des siècles de distance, dans des endroits différents du monde, les penseurs souvent se répètent.

C'est exact, mais on doit tenir compte du fait que le monde n'était pas interconnecté et qu'il était naturel que les idées chinoises, par exemple, ne parviennent pas si facilement en Europe.

Par ailleurs, il y a peut-être des motifs d'espérer qu'après tout la nature humaine n'est pas fondamentalement mauvaise et que donc le Bien peut être nommé et un jour atteint.

Un siècle après Hobbes, David Hume ne croit pas que l'homme soit fondamentalement égoïste et méchant. Au contraire, il croit en sa générosité, même si elle est limitée. Au-delà de l'instinct parental, les êtres humains sont capables de se sacrifier pour leurs proches ou les communautés auxquelles ils appartiennent.

Ici encore, l'expérience des camps de concentration a pu montrer que l'homme était capable du pire comme du meilleur : parmi les détenus on a pu constater toutes les gammes de comportements : depuis la négation absolue de l'autre pour un jour de sursis, jusqu'au sacrifice de la vie purement altruiste.

Plus largement, on réinterprète l'évolutionnisme de Darwin, trop souvent compris comme la consécration par la nature de la loi du plus fort. Douze ans après *L'origine des espèces* (1859), dans *La filiation de l'homme* (1871), il explique comment l'évolution favorise chez certaines espèces, dont l'homme, le développement de l'altruisme et de la solidarité. Des éthologues spécialistes du comportement de certains animaux (les Bonobo) ont remarqué que la morale est déjà présente chez eux. Récemment, un philosophe bouddhiste, Matthieu Ricard, a publié un ouvrage qui fera date sur l'altruisme et la plupart des théories scientifiques actuelles de l'évolution morale insistent justement sur le rôle de l'altruisme.

En faveur d'un certain optimisme, il faut aussi citer les théories du *Care*.

Les féministes ont critiqué la version originelle du *Care*, y voyant une résurrection des vieilles dichotomies sexistes patriarcales assignant la femme à des activités de soin purement domestiques, l'homme se réservant la part du lion.

C'est à mon sens méconnaître que dans le système dit patriarcal, ces valeurs féminines sont considérées comme inférieures aux valeurs masculines. C'est exactement le contraire dans les théories du *Care*. D'autre part, même à supposer que ces valeurs soient originellement féminines, rien n'empêche de penser que les hommes pourraient les adopter, ce que l'histoire d'ailleurs montre amplement. Il y a eu et il y aura toujours des hommes capables d'altruisme et de sacrifice, y compris parmi les religieux. On peut d'ailleurs formuler la même remarque au sujet des droits de l'homme. Si dans la formulation actuelle ils sont une découverte de l'Occident, rien ne prouve qu'ils ne puissent aussi valoir pour les autres civilisations. Prix Nobel de la paix en 2001, Kofi Annan, secrétaire général des Nations unies de 1997 à 2006 affirmait à juste titre :

*« Je vous garantis que si vous demandez un père africain ou à une femme africaine, dont on a exécuté le fils et dont la fille a subi des viols collectifs, ce que sont les droits de l'homme, croyez-moi, ils le savent mieux que vous et moi ! ».*

## **Conclusion**

Difficile de conclure sur de tels sujets... mais puisqu'il le faut, je dois dire que je suis en faveur des passions. Comme Hegel, je pense qu'elles sont le moteur indispensable pour accomplir de grandes choses et s'accomplir soi-même.

Je les préfère à l'ataraxie. Évidemment, elles ont un risque. Les grandes passions peuvent apporter de grandes joies, mais aussi de grandes douleurs. C'est le prix qu'il faut être prêt à payer.

Et comme le poète a toujours raison, je laisse ces mots attribués à Pablo Neruda résonner en accord final:

*Il meurt lentement celui qui ne voyage pas, celui qui ne lit pas, celui qui n'écoute pas de musique.*

*Il meurt lentement, celui qui devient esclave de l'habitude, refaisant tous les jours les mêmes chemins.*

*Il meurt lentement, celui qui évite la passion et son tourbillon d'émotions, celles qui redonnent la lumière dans les yeux et réparent les cœurs blessés.*