N° Spécial | 2023

N° Spécial

ÉTHIQUE ET DROIT

DE NOUVELLES PERSPECTIVES D'INTERACTIONS

Revue JURIDIQUE de l'USEK

USEK Law Journal

Ouvrage collectif

Sous la direction scientifique de

Marjolaine MONOT-FOULETIER, Carine COPAIN-HÉRITIER, Céline BAAKLINI, Reine DAOU et Bechara KARAM

UCLy LYON CATHOLIC UNIVERSITY

Presses de l'Université Saint-Esprit de Kaslik | USEK

ÉTHIQUE ET DROIT

DE NOUVELLES PERSPECTIVES D'INTERACTIONS

Copyright © PUSEK, Kaslik, 2023 | All Rights Reserved

Faculté de Droit et des Sciences Politiques

Nº Spécial | 2023

ÉTHIQUE ET DROIT
DE NOUVELLES PERSPECTIVES D'INTERACTIONS

Ouvrage collectif

Sous la direction scientifique de

Marjolaine MONOT-FOULETIER, Carine COPAIN-HÉRITIER, Céline BAAKLINI, Reine DAOU et Bechara KARAM

UCLy
LYON CATHOLIC UNIVERSITY

USEK
Presses de l'Université Saint-Esprit de Kaslik

Copyright © PUSEK, Kaslik, 2023 | All Rights Reserved

La Revue juridique de l'USEK est ouverte à tous les enseignants et chercheurs en matière de Droit.
Ces derniers pourront envoyer leurs articles tapuscrits à l'adresse suivante :

Université Saint-Esprit de Kaslik
Faculté de Droit et des Sciences Politiques

B. P. 446 Jounieh, Liban
Tél. : +961 9 600 651
Fax : +961 9 600 011
Mél. : lawjournal@usek.edu.lb
usek.edu.lb

Les opinions exprimées dans ces pages n'engagent que leurs auteurs
et ne reflètent pas nécessairement le point de vue de la Faculté.
La Direction ne rend pas les manuscrits non publiés.

En collaboration avec :
L'Université Catholique de Lyon

Comité scientifique :
Marjolaine Monot-Fouletier, Carine Copain-Héritier *(Université Catholique de Lyon)*
Céline Baaklini, Reine Daou et Bechara Karam *(Université Saint-Esprit de Kaslik)*

La Revue juridique de l'USEK est une revue publiée depuis 1992.

ISSN 1026-3268

© PUSEK, Kaslik, 2023
Tous droits réservés
Université Saint-Esprit de Kaslik

B. P. 446 Jounieh, Liban
Tél. : +961 9 600 275
Fax : +961 9 600 273
Mél. : pusek@usek.edu.lb
usek.edu.lb

Copyright © PUSEK, Kaslik, 2023 | All Rights Reserved

USEK
Holy Spirit University of Kaslik Press

Revue juridique de l'USEK
*USEK **Law Journal***
Nº Spécial | 2023

(OA) Open Access
eISSN 2664-8156

Sommaire

Carine Copain-Héritier

Introduction 7

PARTIE I : L'INSTRUMENTALISATION DE LA NORME JURIDIQUE À DES FINS ÉTHIQUES : LA VOLONTÉ D'UNE APPROCHE ÉTHIQUE DE LA NORME

A – La revendication d'une alternative normative éthique

Yann-Maël Larher

L'affadissement du critère de la subordination face à la surveillance panoptique 19

Louis-Daniel Muka Tshibende

La dissociation des fonctions dirigeantes comme remède à la tentation des pleins pouvoirs dans le gouvernement des sociétés anonymes. Éthique vs. Efficacité ?..... 45

B – L'ambition d'une norme éthique

Reine Daou, Fabrice Toulieux et Céline Baaklini

L'interruption volontaire de la grossesse entre éthique et droit 73

Marie Fayad

Care et droit international humanitaire à l'ère du néolibéralisme – Aspects théorico pratiques 101

Louis Fériel

La compliance environnementale des entreprises 133

Copyright © PUSEK, Kaslik, 2023 | All Rights Reserved

Aude Thevand

La probité des gouvernants insufflée par la loi :
la complémentarité de l'éthique et du droit au secours de la démocratie ? 159

PARTIE II : L'INSTRUMENTALISATION DE L'ÉTHIQUE À DES FINS JURIDIQUES : L'IMPÉRATIF D'UNE APPLICATION ÉTHIQUE DU DROIT

A - Pratiques juridictionnelles et éthique

Marjolaine Monot-Fouletier

De l'éthique au droit des systèmes d'intelligence artificielle :
l'exemple de la justice algorithmique en France 179

Antoine Ploux

Dépasser la vision monologique de la décision de justice :
des pistes pour une éthique de la discussion 201

B – Pratique de la norme et éthique en période de crise

Simia Abi Khalil

Le secret médical au Liban :
entre l'éthique et la loi et les bouleversements en mode post-covid 227

Francisco Salvador Barroso Cortés et Dominik E. Hamm

The Law ethical dilemmas in facing the dictatorship syndrome
and civil disobedience 255

Sara Martouzet

« C'est une hypocrisie fantastique ! » :
la loi, les soignants et le protocole Maastricht III 277

Guillaume Rousset

Éthique de la mort en période de pandémie :
quelles dérogations au droit funéraire français pendant le COVID-19 ? 295

Carine Copain-Héritier

Conclusion 311

Copyright © PUSEK, Kaslik, 2023 | All Rights Reserved

USEK
Holy Spirit University of Kaslik Press

Revue juridique de l'USEK
*USEK **Law Journal***
Nº Spécial | 2023

(OA) Open Access

eISSN 2664-8156

INTRODUCTION

Carine Copain-Héritier, *Enseignant-chercheur*, *UR Confluence*, *Sciences et Humanités – UCLy*

Dans un système de droit continental comme en France ou au Liban, quand une personne débute des études de Droit, elle apprend généralement très rapidement qu'il convient de distinguer Droit, Morale et Éthique. Si les trois concepts constituent des règles de conduite, de comportement, dans une société déterminée, ils ne se superposeraient pas. Un certain nombre de règles de droit seraient fort éloignées de la morale et de l'éthique et inversement un certain nombre de règles morales et de règles éthiques ne seraient pas consacrées par le droit. L'exemple classiquement donné de cette distinction est la règle imposant de circuler à droite ou à gauche selon les États, règle parfaitement neutre et sans aucune connotation morale ou éthique. Plus précisément, dans nos sociétés modernes, serait généralement adoptée « *une attitude de neutralité à l'égard de l'ensemble des systèmes moraux*[1] ». But individuel, coercition intérieure, détermination du bien et du mal au regard de la culture, de la religion ou de l'histoire, seraient les marqueurs de la Morale. Le Droit, quant à lui, serait caractérisé par des objectifs d'ordre social, un caractère général et abstrait ainsi que par une coercition extérieure[2] portée par l'autorité publique. L'obéissance à la règle de droit résulterait de la contrainte publique alors que l'obéissance à la morale relèverait de la seule conscience individuelle. À partir du XVIII[e] siècle, Morale et Éthique, jusque-là synonymes, se sont également distinguées. Si la Morale a un caractère purement individuel, l'Éthique s'intéresse à la justification rationnelle de la conduite des individus dans la société. Plus précisément, l'Éthique constitue un questionnement de ces règles de vie commune. Elle interroge le sens

1 B. OPPETIT, *Philosophie du droit*, Paris, Dalloz, coll. Précis, 1[re] éd., n° 131.

2 V. not. *ibid*., n° 14.

Copyright © PUSEK, Kaslik, 2023 | All Rights Reserved

de nos actions et décisions au regard de valeurs résultant de la culture, de l'histoire, de l'éducation, notamment. Elle conduit à déterminer ce qui est bien ou mal à l'aune de ces valeurs.

Cependant, la distinction n'est pas aussi tranchée que les nécessités pédagogiques conduisent à le dire. Le Droit et l'Éthique entretiennent des relations à la fois étroites et ambivalentes depuis l'Antiquité. Le Droit, considéré comme permettant le maintien des valeurs essentielles d'une société, renvoie lui aussi nécessairement à la culture, à l'histoire, aux traditions sociales. S'il n'indique pas ce qui est bien ou mal, il indique ce qui peut raisonnablement être accompli, comment telle ou telle chose doit être réalisée et ce qui est interdit. En réalité, la distinction entre Droit et Morale, et par ricochet Éthique, résulte des écrits de Thomasius[3] puis de Kant[4] au XVIII[e] siècle. Depuis lors, de nombreuses études ont été consacrées aux liens entre Droit, Morale et Éthique, dont les auteurs comptent parmi les plus grands noms de la théorie du Droit et de la Philosophie. Il est ainsi possible de citer, notamment, Jean Carbonnier[5], Jurgen Habermas[6], Paul Ricoeur[7], ou encore Chaïm Perelman[8] et Maurice Hauriou selon lequel le droit a pour tâche de « *médiatiser* » l'éthique[9]. En 1927, Georges Ripert souligna qu'un certain nombre de règles incluses dans le Code civil français, telles que la loyauté contractuelle ou la théorie de l'obligation naturelle, donnent force contraignante à des règles de conduite dictées par la conscience[10]. Fondant son analyse sur l'étude de la construction jurisprudentielle de l'abus de droit,

3 THOMASIUS, *Fundamenta juris naturae et gentium*, 1713.

4 E. KANT, *Métaphysique des mœurs*, 1re partie : Doctrine du droit ; F. DERMANGE, « Introduction », *in Éthique et droit* (dir. F. DERMANGE et L. FLACHON), Genève, Labor et fides, 2002, p. 9 à 18.

5 J. CARBONNIER, *Flexible droit. Pour une sociologie du droit sans rigueur*, Paris, LGDJ, 1995.

6 J. HABERMAS, *Droit et démocratie. Entre faits et normes*, Paris, Gallimard, 1997.

7 P. RICOEUR, *Le Juste*, Paris, Editions Esprit, 1995.

8 Ch. PERELMAN, *Éthique et droit*, Bruxelles, Ed. de l'ULB, 1990.

9 Pour plus de précisions V. : S. GOYARD-FABRE, « Les rapports du droit et de la morale aujourd'hui », *in Éthique et droit*, (dir. F. DERMANGE et L. FLACHON), p. 19 à 41.

10 G. RIPERT, *La règle morale dans les obligations civiles*, 1927. V. not. B. STARCK, H. ROLAND et L. BOYER, *Introduction au droit*, Paris, Litec, 3e éd., 1991, n° 12.

Copyright © PUSEK, Kaslik, 2023 | All Rights Reserved

Louis Josserand, également en 1927, souligna, quant à lui, l'identité entre Droit et Morale[11].

Divers autres exemples peuvent être donnés de ces liens entre Droit et Éthique. L'article 6 du Code civil français, dont la rédaction n'a pas changé depuis 1804, dispose que « *on ne peut déroger*, *par des conventions particulières*, *aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs*[12] ». Par la notion de bonnes mœurs, le législateur renvoie à l'idée communément admise du bien et du mal. Autre exemple plus récent, morale et éthique ont été invoquées aussi bien comme limites, arguments favorables ou encore obstacles aux évolutions envisagées lors des débats parlementaires ayant précédé l'adoption de la loi n° 2021-1017 du 2 août 2021 relative à la bioéthique[13]. De même, les travaux menés par la Commission européenne en 2019 pour assurer la confiance en l'intelligence artificielle concluent à la nécessité de l'adoption du premier cadre juridique sur l'IA tendant à ce que les systèmes d'IA soient « *sûrs*, *transparents*, *éthiques*, *impartiaux et sous contrôle humain*[14] ». Le cadre juridique permettra le respect de l'éthique. En novembre 2021, les États membres de l'Unesco ont adopté une recommandation sur l'éthique de l'intelligence artificielle[15]. Celle-ci souligne, quant à elle, que l'éthique est le fondement du cadre juridique nécessaire en matière de technologies de l'IA. En effet, cette recommandation constate notamment que « *le cadre normatif applicable aux technologies de l'IA et à ses implications sociales trouve son fondement dans les cadres juridiques internationaux et nationaux*, *les droits de l'homme et les libertés fondamentales*, *l'éthique*, *la nécessité d'accéder aux données*,

---

11 L. JOSSERAND, *De l'esprit des droits et de leur relativité*, 1927. L'empreinte de la pensée de Josserand, qui a supervisé la rédaction du Code des obligations et des contrats libanais, apparait à travers l'article 124 de ce code, qui codifie l'abus de droit. S. SFEIR, *Les origines doctrinales du Code des obligations et des contrats*, Librairie juridique Al Halabi, 2017, p. 351 et s., et surtout p. 360-361.

12 Auquel correspond l'article 166 du Code des obligations et des contrats libanais : « *Le droit des contrats est dominé par le principe de la liberté contractuelle : les particuliers règlent leurs rapports juridiques à leur gré*, *réserve faite des exigences de l'ordre public et des bonnes mœurs et compte tenu des dispositions légales qui ont un caractère impératif* ».

13 Pour plus de détails V. Bioéthique (Dossier législatif en version repliée) – Assemblée nationale, <https://www.assemblee-nationale.fr/dyn/15/dossiers/bioethique_2?etape=15-PROM>.

14 Excellence et confiance en matière d'intelligence artificielle | Commission européenne, <https://ec.europa.eu/info/strategy/priorities-2019-2024/europe-fit-digital-age/excellence-trust-artificial-intelligence_fr>.

15 Recommandation sur l'éthique de l'intelligence artificielle – UNESCO Bibliothèque Numérique, <https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000381137_fre>.

Copyright © PUSEK, Kaslik, 2023 | All Rights Reserved

aux informations et aux connaissances, *la liberté de recherche et d'innovation*, *le bien-être de l'humanité*, *de l'environnement et des écosystèmes*, *et établit un lien entre les valeurs et principes éthiques et les défis et possibilités liés aux technologies de l'IA*, *sur la base d'une compréhension commune et d'objectifs partagés* ». Ces différents exemples mettent en exergue que dès lors que le législateur s'intéresse à l'être humain, à sa place dans la société, sa protection face aux évolutions notamment scientifiques et technologiques, il recourt à l'argument de l'éthique soit comme fondement des règles de droit soit comme objectif à atteindre.

L'affirmation de la neutralité de la règle de droit est en réalité un corollaire du caractère fondamental du principe de légalité issu de la Révolution française et la marque du positivisme juridique[16]. Tout pouvoir politique et décision ou acte de celui-ci n'est considéré comme légitime, et par conséquent admis de tous, que s'il inspire la confiance quelle que soit la source de cette confiance[17]. La légitimité suppose ainsi la conformité d'un acte, d'une décision à quelque chose. Plus précisément, la légitimité des actes des « *gouvernants* » que sont les règles de droit suppose l'accord entre le gouvernement et les gouvernés au sujet du « *bien commun*[18] ». Au XIX^e^ siècle, la légitimité des règles de droit était purement formelle en ce sens qu'elle découlait du seul respect de la légalité. Influencés par les philosophes des Lumières, les Révolutionnaires français avaient une confiance absolue en la Loi. Celle-ci, étant l'expression de la souveraineté populaire, ne pouvait qu'être un barrage contre l'arbitraire. Légalité et légitimité se confondaient[19] s'agissant de l'ensemble des « *actes des gouvernants* », tels que les lois ou les décisions administratives[20]. Cette confiance en la Loi a perduré tout au long du XIX^e^ siècle. Cependant, au cours du XX^e^ siècle, une remise en cause de la Loi s'est progressivement fait jour. Ont ainsi été dénoncés, pèle mêle, la surabondance des lois, leur longueur croissante, le caractère « *réactif* » de la

16 S. GOYARD-FABRE, « Les rapports du droit et de la morale aujourd'hui », *in Éthique et droit*, (dir. F. DERMANGE et L. FLACHON), p. 19 à 41.

17 M. DOGAN, « La légitimité politique : nouveauté des critères, anachronisme des théories classiques », *Revue internationale des sciences sociales* 2010/2, n° 196, p. 21 à 39.

18 S. COTTA, « Éléments d'une phénoménologie de la légitimité », *in L'idée de légitimité*, PUF, coll. Annales de philosophie politique, 1967, p. 61 à 86.

19 V. not. A. PASSERIN D'ENTREVES, « Légalité et légitimité », *in L'idée de légitimité*, PUF, coll. Annales de philosophie politique, 1967, p.1 à 15 ; E. MAULIN, *La théorie de l'État de Carré de Malberg*, PUF, 2003, 343 pages.

20 S. COTTA, « Éléments d'une phénoménologie de la légitimité », *in L'idée de légitimité*, p. 61 à 86.

Copyright © PUSEK, Kaslik, 2023 | All Rights Reserved

loi celle-ci « *[étant] devenue un acte politique avant d'être un acte de raison [en ce que] elle borne généralement ses objectifs à être un instrument d'intervention à court terme sur la conjoncture ou de satisfaction d'intérêts catégoriels*[21] », le caractère spécifique et non plus général des lois, leur mauvaise rédaction, leur évolution quasi permanente, la volonté d'ajuster la loi aux évolutions des mœurs par nature instables, l'utilisation du droit dans une visée purement socio-économique. A également été remise en cause la capacité effective du législateur à exprimer la volonté du peuple. Il n'y aurait « *ni représentation au sens juridique du terme ni identité entre la volonté du peuple et celle Parlement*[22] ».

La crise de la loi et l'affaiblissement consécutif du principe de légalité ont conduit à s'interroger sur la légitimité du pouvoir politique, indépendamment du respect du principe de légalité. Dès lors que le principe de légalité est mis à mal, le principe de légitimité se métamorphose. Toute atténuation du principe de légalité dans un système de droit continental tels que le droit français et le droit libanais, suppose le sentiment d'un écart sur cette idée du « *bien commun* » entre les gouvernants et les gouvernés. À la légitimité formelle s'est ainsi ajoutée une légitimité matérielle ou substantielle[23] impliquant le respect des « *règles morales incontestées qui sont les bases mêmes de toute civilisation*[24] ». La notion d'intérêt général s'est peu à peu substituée à celle de volonté générale[25]. Cette idée est illustrée par la rédaction même de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme (CESDH) adoptée en 1950. Ainsi, l'article 8 de la CESDH relatif au droit au respect à la vie privée et familiale dispose en son alinéa 2 que « *il ne peut y avoir ingérence d'une autorité publique dans l'exercice de ce droit que pour autant que cette ingérence est prévue par la loi [principe de légitimité formelle] et qu'elle constitue une mesure qui, dans une société démocratique, est nécessaire à la sécurité nationale, à la sûreté publique, au bien-être économique du pays, à la défense*

---

21 B. OPPETIT, *Philosophie du droit*, n° 77.

22 J-C BECANE, M. COURDEC et J-L HERIN, *La loi*, 2e éd., Dalloz, collection Méthode du droit, Paris, 2010, p. 61. Pour aller plus loin V. not. P. ALBERTINI, *La crise de la loi Déclin ou mutation* ?, Paris, LexisNexis, 2015.

23 P. ROSANVALLON, *La légitimité démocratique, Impartialité, réflexivité, proximité*, Points, coll. Essais, 2008, p. 14. Pour plus de détails sur l'apparition de cette dichotomie légalité / légitimité, V. : A. SIMARD, *La loi désarmée Carl Schmitt et la controverse légalité / légitimité sous Weimar*, Éditions de la Maison des sciences de l'homme, Les presses de l'Université de Laval, coll. Philia Philosophie et littérature allemandes, 2009, 427 pages.

24 P. BASTID, « L'idée de légitimité », *in L'idée de légitimité*, p. 1 à 15.

25 P. ROSANVALLON, *La légitimité démocratique, Impartialité, réflexivité, proximité*, Points, coll. Essais, 2008, p. 69.

Copyright © PUSEK, Kaslik, 2023 | All Rights Reserved

de l'ordre et à la prévention des infractions pénales, à la protection de la santé ou de la morale, ou à la protection des droits et libertés d'autrui [principe de légitimité matérielle] ». De même, l'article 10 alinéa 2 de la Convention souligne que « *l'exercice de ces libertés comportant des devoirs et des responsabilités peut être soumis à certaines formalités, conditions, restrictions ou sanctions prévues par la loi, qui constituent des mesures nécessaires, dans une société démocratique, à la sécurité nationale, à l'intégrité territoriale ou à la sûreté publique, à la défense de l'ordre et à la prévention du crime, à la protection de la santé ou de la morale, à la protection de la réputation ou des droits d'autrui, pour empêcher la divulgation d'informations confidentielles ou pour garantir l'autorité et l'impartialité du pouvoir judiciaire* ». Légitimité matérielle et légitimité substantielle se complètent. Cette double condition des limitations et privations de droits et libertés est ainsi déclinée pour chacun des droits fondamentaux rappelés par la Convention. Toute atteinte à ces droits fondamentaux se doit d'être prévue par la loi et conforme aux valeurs d'une société démocratique. L'un ne va pas sans l'autre. Le lien entre droit et éthique ressurgit.

Toutefois, cette référence à l'éthique est nécessairement liée au contexte politique, économique et social. Dès lors cette connexion à la fois étroite et ambivalente entre Droit et Éthique est d'autant plus prégnante et renouvelée[26] aujourd'hui dans notre monde globalisé en perpétuelle mutation technologique et sociale. Si la mondialisation, impliquant la multiplication des échanges tant sociaux que culturels ou économiques malgré les frontières, a une histoire ancienne, la globalisation, phénomène économique faisant abstraction des frontières et du temps, conséquence directe du développement du numérique, marque nos sociétés contemporaines tout comme les crises sanitaire et économique. Par nature nationales et reflets d'une société à un instant t, les règles de droit sont nécessairement impactées par ce phénomène. En 1997, Piero Bassetti, Président de la Chambre de commerce de Milan, lors d'une conférence dans le cadre de l'École des cadres des Nations Unies, aurait affirmé que le développement des télécommunications et des moyens de traitements automatisés de l'information allait atteindre un niveau tel « *qu'il ne serait plus qu'un seul lieu où se prendraient tous les jours, par million, les seules décisions qui comptent : le libre marché globalisé* » extrêmement volatil. Le rythme et la spatialité des décisions gouvernementales telles que nous les connaissons ne seraient plus adaptés. « *Il conviendrait de laisser mourir*

26 Résolution du Parlement européen concernant les règles de droit civil sur la robotique adoptée le 16 février 2017, <https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-8-2017-0051_FR.html>.

Copyright © PUSEK, Kaslik, 2023 | All Rights Reserved

de leur belle mort ces institutions surannées, le marché devant parvenir à terme, à une autorégulation qui n'aurait sans doute pas même besoin d'une gouvernance globale étrangère à lui-même[27] ». Ainsi, mondialisation et globalisation entraineraient l'apparition de nouveaux acteurs transnationaux du droit, notamment entreprises, ONG, groupements professionnels et associations, ainsi que, par ricochet, une perte du monopole de création des règles de la part des sujets de droit international et des législateurs nationaux. Cela conduirait à l'apparition d'espaces juridiques sans frontières, virtuels et par nature fluctuant, ces ordres venant à leur tour influencer les ordres juridiques nationaux « *traditionnels*[28] ». Les travaux menés tant par le Conseil de l'Europe que l'ONU sur la responsabilité liée à l'intelligence artificielle et aux algorithmes évoqués précédemment illustrent d'ailleurs ce phénomène. Afin de réguler les algorithmes et prévenir le risque juridique de responsabilité, ces travaux invitent les acteurs économiques à l'autorégulation au regard de l'éthique en particulier[29]. Un autre exemple peut être tiré de l'évolution de la conception économique des sociétés. Par une fiction juridique, la personne morale, un groupe de personnes physiques, se voit reconnaitre par le droit la personnalité juridique en raison de l'exercice d'une activité commune. Ainsi, afin de leur permettre une activité économique, les sociétés acquièrent la personnalité juridique sous certaines conditions. Les personnes morales sont soumises, au même titre que les personnes physiques, au respect des règles de conduite en société. Dès lors, la question se pose : une organisation, telle qu'une société, doit-elle, au-delà des règles de droit, respecter une certaine éthique ? Cette question est indubitablement liée à la distinction à partir des années 1930 de l'économie et de l'éthique en particulier dans les milieux universitaires. En effet, « *dans la tradition occidentale, […] la première pensée sur les marchés et leur fonctionnement, fut celle d'Aristote dans sa* Politique *et son* Éthique à Nicomaque ». Aristote fondait l'économie dans l'éthique et l'ingénierie. Au XIX^e^ siècle, « *la dimension de l'ingénierie quantitative va, petit à petit, prendre le pas sur la dimension philosophique et […] vont se développer dans les universités des chaires de philosophie. La rupture entre les deux sera consommée dans les années 1930, quand l'université de Cambridge […] séparera*

27 Cité par D. PECCOUD, « Éthique et droit : les régulations économiques et sociales », *in Éthique et droit*, (dir. F. DEMANGE et L. FLACHON), p. 100 à 114.

28 G. RABU, « La mondialisation et le droit : éléments macrojuridiques de convergence des régimes juridiques », *Revue internationale de droit économique* 2008/3, t. XXII, 3, p. 335 à 356.

29 Pour plus de détails V. : D. FOREST, *Le droit au défi du numérique Libertés et propriété à l'ère d'internet*, Paris, L'Harmattan, 2020, p. 181 à 191.

Copyright © PUSEK, Kaslik, 2023 | All Rights Reserved

les deux disciplines[30] ». En 1938, dans son ouvrage *The functions of the executive*, Chester I. Barnard[31] soulignait la « *fonction morale du dirigeant d'entreprise. Il lui faut créer des codes moraux et un environnement propice à des conditions morales* ». Reconnaitre une éthique des affaires conduit à questionner le comportement des organisations, en particulier des acteurs économiques, au regard de certaines valeurs morales. Lorsque l'éthique des affaires est abordée, deux théories sont fréquemment exposées. La première, dite théorie de la valeur pour les actionnaires de Milton Friedman[32], retient que l'entreprise n'aurait d'obligations morales qu'envers ses actionnaires. La seconde, intitulée théorie normative des partenaires de Edward Freeman[33], considère que l'entreprise a l'obligation morale de veiller aux intérêts d'un éventail de communautés dont les actionnaires ne sont qu'un groupe parmi d'autres. Les partenaires sont au sens strict les actionnaires, les dirigeants, les salariés, les fournisseurs, les clients et les communautés locales. Au sens large les partenaires englobent également les concurrents, l'environnement et les générations futures. Aucune hiérarchie n'est établie entre les groupes. Actuellement, cette dernière théorie, bien que critiquée, prime. Ainsi, les entreprises « *mettent en avant leur attitude citoyenne à travers des politiques de responsabilité sociale, notamment par le biais de codes d'éthique* [s'inquiétant tour à tour du respect de l'environnement, du bien-être des salariés…]. *Aujourd'hui, l'efficacité de ces engagements volontaires passe en partie par le risque de réputation : si une entreprise ne respecte pas les engagements éthiques qu'elle a affiché de son plein gré, elle risque de voir sa réputation ternie par la révélation des manquements à ses propres engagements*[34] » via notamment les lanceurs d'alerte. Une comparaison des « *niveaux de qualité éthique* » est parfois mise en place. Ainsi, le magazine Ethisphare[35] publie chaque année une liste des sociétés les plus éthiques au regard de 7 critères, à savoir le bilan judiciaire, la responsabilité citoyenne, le respect de l'environnement, la gouvernance interne, l'influence de la direction et les systèmes internes de garanties

30 D. PECCOUD, « Éthique et droit : les régulations économiques et sociales », p. 100 à 114.

31 C. I. BARNARD, *The functions of the executive*, Harvard University Press, 1938.

32 M. FRIEDMAN, "The Social Responsibility of Business is to increase its profits", 13 septembre 1970, New York Times.

33 E. FREEMAN, "Stakeholder Theory and 'The Corporate Objective Revisited". *Organization Science*, vol. 15, n° 3, 2004.

34 G. GOFFAUX CALLEBAUT, « Avant-propos : secret et transparence en droit des affaires », *Les petites affiches*, 14 novembre 2016, n° 119, vol. 1, p. 48.

35 <https://worldsmostethicalcompanies.com/honorees/> .

Copyright © PUSEK, Kaslik, 2023 | All Rights Reserved

éthiques. Divers textes internationaux, dépourvus de valeur juridique, illustrent cette volonté d'imposer aux acteurs économiques une éthique des affaires. Il est ainsi possible de citer la Charte de bonne conduite à destination des entreprises multinationales des Nations Unies, la Déclaration sur les principes et droits fondamentaux au travail élaborée par l'OIT en 1998, les principes de gouvernement d'entreprise du G20 et de l'OCDE élaborés en 1999 et révisés notamment en septembre 2015, ou encore les principes directeurs relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme publiés par le Haut-Commissariat aux Nations-Unies en 2011. Dans ce dernier texte, est souligné que « *la responsabilité de respecter les droits de l'homme est une norme de conduite générale que l'on attend de toutes les entreprises où qu'elles opèrent. Elle existe indépendamment des capacités et/ou de la détermination des États de remplir leurs propres obligations en matière de droits de l'homme et ne restreint pas ces dernières. Elle prévaut en outre sur le respect des lois et règlements nationaux qui protègent les droits de l'homme* ». L'éthique prime sur la règle de droit.

La globalisation économique aurait pour conséquence une globalisation juridique illustrée par exemple par cette autorégulation des acteurs économiques régulièrement incitée par le droit mais aussi par le développement de l'arbitrage international, la mise en place d'un régime transnational de la protection de la dignité humaine avec la création de la Cour européenne des droits de l'homme[36] ou encore la perméabilité de plus en plus importante des divers systèmes juridiques nationaux favorisée par une communauté de valeurs[37], une éthique commune. Toutefois, « *si les pays européens se reconnaissent un patrimoine éthique commun au travers des droits fondamentaux, ils n'en donnent pas une expression uniforme au sein de leurs frontières. De multiples clivages éthiques existent ainsi en Europe, fondés sur des différences religieuses, historiques, juridiques ou sociales. Les exemples sont nombreux dans les domaines de la santé et de la bioéthique, ce qui ne va pas sans créer parfois certaines tensions au niveau européen*[38] ».

---

36 T. DELPEUCH, « Une critique de la globalisation juridique de style civiliste. État des réflexions latines sur la transnationalisation du droit à partir du Dictionnaire de la globalisation », *Droit et société* 2012/3, n° 82, p. 733 à 761.

37 J-M. SAUVE, « L'Europe dans la globalisation du droit », Discours du 14 juin 2011, <https://www.conseil-etat.fr/publications-colloques/discours-et-interventions/l-europe-dans-la-globalisation-du-droit>.

38 Sénat, Rapport d'information n° 67 (2013-2014) de MM. S. SUTOUR et J.-L. LORRAIN, fait au nom de la commission des affaires européennes, déposé le 10 octobre 2013, <https://www.senat.fr/rap/r13-067/r13-067.html >.

Copyright © PUSEK, Kaslik, 2023 | All Rights Reserved

Dès lors, dans ce contexte de globalisation et de crise, l'éthique questionne nécessairement le juriste contemporain. Comment le droit devient-il porteur d'une éthique opérationnelle ? Dans quelle mesure l'éthique et le droit, dans leur complémentarité, peuvent mener à une « *vie bonne avec et pour l'autre dans des institutions justes*[39] » ? C'est à ces questions que les diverses contributions composant cet ouvrage cherchent à répondre. Alors que la norme juridique est aujourd'hui instrumentalisée à des fins éthiques (1re partie), l'éthique est à son tour instrumentalisée à des fins juridiques (2e partie).

39 P. RICŒUR, *Soi-même comme un autre*, Paris, Seuil, 1990.

Copyright © PUSEK, Kaslik, 2023 | All Rights Reserved

USEK
Holy Spirit University of Kaslik Press

Revue juridique de l'USEK
*USEK **Law Journal***
Nº Spécial | 2023

(OA) Open Access

eISSN 2664-8156

PARTIE I

L'instrumentalisation de la norme juridique à des fins éthiques : la volonté d'une approche éthique de la norme

A. La revendication d'une alternative normative éthique

Copyright © PUSEK, Kaslik, 2023 | All Rights Reserved

USEK
Holy Spirit University of Kaslik Press

Revue juridique de l'USEK
*USEK **Law Journal***
Nº Spécial | 2023

(OA) Open Access

eISSN 2664-8156

L'affadissement du critère de la subordination face à la surveillance panoptique / Panoptic Surveillance: the Changing Concept of Subordination in Digital Age

Yann-Maël Larher, *Avocat au barreau de Paris*, *Docteur en droit Paris 2*

Abstract

In studying recent innovations, the idea that we are living in a Benthamian era is striking. Uber uses its software to exercise control over its drivers equivalent to that of a human manager. The company's algorithm uses performance indicators, scheduling systems, behavioral suggestions, dynamic pricing and information asymmetry as a substitute for direct managerial control. If the algorithm is the new director of human resources, the customers are the middle managers in charge of supervising the drivers, carrying out an unprecedented outsourcing of management. This generalized surveillance system is reminiscent of the "panopticon", a type of prison architecture imagined by the utilitarian philosopher Samuel Bentham and his brother, Jérémy Bentham, at the end of the 18th century. From now on, what restricts the individual is not the control that is exercised over him, but the potentiality of this control of which he knows nothing.

Copyright © PUSEK, Kaslik, 2023 | All Rights Reserved

Le travail a changé – « *Protéiformes, les milieux de travail évoluent sous l'influence des nouvelles technologies, de la transnationalisation de la production et des services, de la mondialisation de l'économie et de la crise financière*[1] ». Dès 1991, dans son rapport « Les libertés publiques et l'emploi », le professeur Gérard Lyon-Caen rappelait que la vie privée du salarié au sein de l'entreprise met en cause tout à la fois le lien de subordination qui caractérise le contrat de travail et la part irréductible de liberté des hommes et des femmes dans une société démocratique. Ce qui était vrai hier, l'est encore plus aujourd'hui : « *la ligne de partage [entre lien de subordination et vie privée] ne saurait plus être tracée à la sortie des lieux de travail et à l'expiration de l'horaire. Tout est devenu plus complexe et plus flou* ». Parallèlement, l'auteur du rapport évoquait un « *nouvel espace police, véritable ordre technologique qui n'a plus rien de commun avec l'ancienne subordination car le salarié n'est plus sous les ordres de quelqu'un. Il est surveillé par la machine, à la limite par lui-même, par tous et par personne*[2] ». Dans cet espace, le salarié numérique est-il toujours la seule partie faible du contrat, qu'il faut protéger à tout prix y compris de lui-même et de l'employeur ? La protection du contrat de travail de droit français est-elle adaptée à l'émergence de nouveaux modèles économiques ? Il convient d'évaluer en quoi les nouvelles formes d'organisations numériques modifient les rapports de pouvoir (I) et pourquoi le salarié n'est pas toujours le plus « *subordonné* » (II).

I. Sub-organisation collective

La subordination sociale – Le « *recours aux technologies de l'information et de la communication et le haut niveau de qualification des (premiers) cybertravailleurs a pu (un temps) faire douter de la pertinence de la subordination comme critère du contrat de travail*[3] ». La subordination apparaît en réalité plus souple dans les métiers intellectuels. Pendant la pandémie de COVID-19, la subordination sociale n'a fait que s'intensifier. Au lieu de s'inscrire dans des organisations collectives stables et fortement hiérarchisées, le travail

1 C. BRUNELLE, A. HAYDEN et G. MURRAY, « Les systèmes de représentation au travail : à la mesure des réalités contemporaines ? », *Relations industrielles*, 2011, vol. 66, n° 4, p. 493.

2 G. LYON-CAEN et France Ministère du travail, de l'emploi et de la formation professionnelle, *Les libertés publiques et l'emploi : rapport pour le ministre du Travail, de l'Emploi et de la Formation professionnelle*, *in* La Documentation Française, 1992 ; H. BOUCHET, *La cybersurveillance des salariés dans l'entreprise*, Paris, CNIL, 2008, p. 5.

3 C. RADÉ, « NTIC et nouvelles formes de subordination », *Dr. soc.* 2001, p. 26.

Copyright © PUSEK, Kaslik, 2023 | All Rights Reserved

répond de plus en plus à des procédures de coordination dans des réseaux aux contours incertains. La subordination n'a plus le visage d'un chef, mais celui d'un ordre anonyme, que chaque travailleur, salarié ou non se doit de servir fidèlement. « *Il ne s'agit plus de se conformer à des ordres mais de répondre continûment et parfaitement à des attentes*[4] ». L'émergence de la société postmoderne fait émerger de nouvelles logiques. Un nouveau rapport au savoir et à la hiérarchie s'installe dans les organisations. L'objectif de l'organisation en réseau est de rendre à la fois le travailleur plus autonome et plus responsable pour qu'il donne le maximum pour exécuter la mission qui lui est confiée[5].

Le besoin d'autonomie – Quelles sont les évolutions à l'œuvre ? La subordination s'envisage traditionnellement vis-à-vis d'une personne, c'est la figure du patron, contremaitre dans son usine, qui rappelle ses employés à l'ordre. Avec ce patron, les salariés doivent exécuter le travail demandé avec les moyens et le temps qui leur est imparti. Quand l'entreprise devient plus grande il est représenté par un supérieur hiérarchique, représentant direct de l'autorité. Pourtant dans les structures la subordination tend à prendre de nouvelles formes, la subordination est désormais diffuse dans le collectif de travail et à travers les engagements du salarié vis-à-vis de l'entité. « *Dans un monde plus volatile, la circulation horizontale et rapide de l'information est supérieure à l'organisation hiérarchique fordiste qui peut intégrer l'ensemble du système productif, mais qui demande une longue période de transmission (et de remonté) de l'information*[6] ». Les exemples d'autodisciplines sont nombreux, mais le cadre au forfait ou le salarié en télétravail sont sans doute les meilleurs exemples. On peut parler d'une certaine autorégulation qui rapproche le travailleur du numérique du régime de l'indépendant. Dans la plupart des cas, le travail numérique ou dématérialisé réclame des connaissances multiples pour maîtriser les nouveaux outils et une plus grande capacité d'initiatives pour faire face au faisceau d'informations à traiter.

---

4 J.-P. CHAUCHARD et A-C. HARDY-DUBERNET, *La subordination dans le travail : analyse juridique et sociologique de l'évolution des formes d'autonomie et de contrôle dans la relation de travail*, La Documentation Française, 2003, p. 8.

5 *Réinventer le travail - Comment saisir les opportunités de l'ère digitale ?*, Roland Berger Strategy Consultants, 2014, p. 12.

6 P. ASKÉNAZY et C. GIANELLA, « Le paradoxe de productivité : les changements organisationnels, facteur complémentaire à l'informatisation », *Économie et statistique*, mai 2001, n° 339-340, p. 222.

Copyright © PUSEK, Kaslik, 2023 | All Rights Reserved

Contrôle social – Que désigne le contrôle social ? Internet a créé un espace où chacun peut s'exprimer, mais aussi un espace où chacun peut surveiller son voisin, ses enfants, son conjoint, ses collègues, connaître l'opinion de ses salariés, de ses clients... Or une société où chacun peut épier son voisin, est une société où nous sommes en permanence soumis au contrôle social. Gilles Deleuze a commencé à penser, dès les années 90, sous le nom de « *sociétés de contrôle* », un nouveau régime de domination ayant substitué à la logique visible et centralisée de l'enfermement disciplinaire, celle du « *contrôle instantané et continu, disséminé et réticulaire, d'une multitude d'individus atomisés, tel qu'il est rendu possible et particulièrement efficient par le développement de l'informatique en réseau dans toutes les sphères de l'existence*[7] ».

L'affadissement du critère de la subordination – Les collaborateurs, comme les clients, ont massivement investi les réseaux sociaux publics à l'instar du réseau social Facebook. Ces réseaux sociaux contribuent à développer une forme de connaissances (en partie tacites) jusqu'alors restées dans l'ombre, davantage faites de collaboration et d'échanges horizontaux. Mobiliser les réseaux sociaux conduit donc les organisations à accélérer le travail collectif, puisqu'ils permettent d'éviter de passer par des structures hiérarchiques[8]. Une tension apparaît alors entre un ancien mode de coordination fondé sur la supervision hiérarchique et un nouveau mode de coordination fondé sur l'ajustement mutuel. Le rôle de la hiérarchie, contrôle ou coordination des tâches, se pose. En réalité, le cadre de la subordination évolue. On passe ainsi du contrôle à la coordination des tâches. On assiste à un processus de mutation du contrat de travail. Sa caractéristique générale est qu'il s'agit moins aujourd'hui de fixer des règles que de créer des liens qui conditionnent le comportement de chaque sujet de droit[9]. « *Avec l'affadissement du critère de la subordination, nombre de salariés jouissent d'une certaine liberté, mais d'une liberté dirigée, assujettie à des objectifs souscrits d'accord avec le chef d'entreprise. Le pouvoir s'exprime alors au travers de critères "objectifs", indépendants du pouvoir arbitraire d'un chef. Du gouvernement des hommes, on passe alors à ce qu'on appelle aujourd'hui la "gouvernance". La gouvernance est au gouvernement ce que la régulation est à la règlementation et l'éthique à la morale : une technique de*

7 G. DELEUZE, « Post-scriptum sur les sociétés de contrôle », *Pourparlers*, mai 1990, p. 240-247.

8 Compte rendu de la première séance du groupe de travail de l'Anvie, Gestion des connaissances, réseaux sociaux d'entreprise, travail collaboratif : comment piloter l'intelligence sociale ?

9 FRANCE *et al.*, *La subordination dans le travail*, p. 11.

Copyright © PUSEK, Kaslik, 2023 | All Rights Reserved

normalisation des comportements qui tend à combler l'écart entre la loi et le sujet de droit. Cette nouvelle manière de discipliner les hommes concerne évidemment au premier chef les travailleurs, mais elle touche aujourd'hui les demandeurs d'emploi et les employeurs eux-mêmes[10] ». On assiste à un double phénomène : des valeurs liées à l'indépendance ont ressurgi au sein de la relation subordonnée, et inversement le modèle salarial a projeté son ombre sur le régime juridique du travailleur indépendant. On sait, depuis des années, que « *le travailleur salarié n'est plus nécessairement un simple rouage dépourvu d'initiative dans une organisation fortement hiérarchisée. Et le travailleur indépendant n'est plus nécessairement un entrepreneur libre d'œuvrer comme bon lui semble. Le travail salarié fait place à ce qu'on peut appeler l'autonomie dans la subordination, tandis que réciproquement le travail non salarié s'est ouvert à ce qu'on peut appeler l'allégeance dans l'indépendance*[11] ».

La discipline laisse place au contrôle – Les nouveaux modèles de production s'opposent aux logiques anciennes. Dans l'usine taylorienne, la discipline est le fondement de la productivité. Cette autorité « *verticale* » était naturelle dans la société[12] jusqu'à l'irruption des logiques issues du monde informatique. Ce modèle que l'on retrouve « *dans le système juridique avec la suprématie de la loi ne fonctionne plus*[13] ». La société du contrôle diffus est en train de remplacer la société disciplinaire. « *L'usine constituait les individus en corps, pour le double avantage, du patronat qui surveillait chaque élément dans la masse, et des syndicats qui mobilisaient une masse de résistance*[14] ». Pour le Professeur Jean-Emmanuel Ray, la subordination classique du travail fait place à une « *sub-organisation gommant subtilement la distinction entre travail commandé et travail volontaire*[15] ». D'une part, l'autonomie (dans la subordination) est rendue possible par les progrès de la technique, mais la technique contribue aussi à effacer les frontières de l'entreprise et les barrières de protection de la vie du salarié (qu'elle soit privée ou professionnelle).

---

10 A. SUPIOT, « Un faux dilemme : la loi ou le contrat ? », *Dr. soc.* 2003, p. 59.

11 A. SUPIOT, *Au-delà de l'emploi : transformations du travail et devenir du droit du travail en Europe*, Paris, Union européenne. Commission européenne et Universidad Carlos III, 1999, p. 133.

12 Elle irriguait la famille à travers la figure du *« bon père de famille »*, l'école à travers celle de l'instituteur, etc.

13 J.-E. RAY, « D'un droit des travailleurs aux droits de la personne au travail », *Dr. soc.*, 2010, p. 3.

14 G. DELEUZE, « Post-scriptum sur les sociétés de contrôle », p. 240.

15 J.-E. RAY, « De la sub/ordination à la sub/organisation », *Dr. soc.*, 2001, n° 1, p. 5.

Copyright © PUSEK, Kaslik, 2023 | All Rights Reserved

Le Panoptique, c'est le réseau – Avec les plateformes de notation, la mise en scène de notre vie privée et professionnelles sur des réseaux professionnels… on assiste à une société où la transparence numérique devient finalement la norme. « *L'effet global provoqué par la multiplication et le croisement des points d'observation renvoie à une problématique qui relève de l'utopie moderne de la société et de l'homme transparents à eux-mêmes, au travers desquels on pourrait lire directement les intentions ou les intérêts, une transparence qui serait au fond le moyen idéal de s'assurer des personnes, de les conduire dans leurs actions sinon dans leurs pensées, et d'apporter aux individus et à la société une pleine et entière sécurité*[16] ». En étudiant les innovations récentes, l'idée que nous vivions une époque benthamienne est frappante. *Uber* utilise son logiciel pour exercer un contrôle sur ses chauffeurs équivalent à celui qu'accomplirait un manager humain. L'algorithme de la société utilise des indicateurs de performance, des systèmes de planification, des suggestions de comportement, une tarification dynamique et l'asymétrie d'information « *comme substitut au contrôle managérial direct*[17] ». Si l'algorithme est le nouveau directeur des ressources humaines, les clients sont les cadres intermédiaires chargés de surveiller les chauffeurs, réalisant une externalisation inédite du management[18].

Potentialité du contrôle et assymétrie – Désormais, ce qui bride l'individu ce n'est pas le contrôle qu'on exerce sur lui, mais la potentialité de ce contrôle dont il ignore tout. Dans l'entreprise traditionnelle, le salarié était soumis à la surveillance d'une ou plusieurs personnes strictement identifiées, aujourd'hui cette surveillance est diffuse : partout et nulle part à la fois, elle embrasse le salarié comme l'indépendant ou le demandeur d'emploi notamment au travers de la réputation en ligne. Ce système de surveillance généralisée, n'est pas sans rappeler le « *panoptique* », un type d'architecture

16 C. LAVAL, « Surveiller et prévenir. La nouvelle société panoptique », *Revue du MAUSS*, novembre 2012, n° 2, p. 42.

17 In Uber's system, algorithms, CSRs, passengers, semiautomated performance evaluations, and the rating system all act as a combined substitute for direct managerial control over drivers, but distributed responsibility for remote worker management also exacerbates power asymmetries between Uber and its drivers. A. ROSENBLAT et L. STARK, *Uber's Drivers: Information Asymmetries and Control in Dynamic Work*, Rochester, NY, Social Science Research Network, 15 octobre 2015, p. 1, disponible sur <http://papers.ssrn.com/abstract=2686227>.

18 H. GUILLAUD, « Qui des algorithmes ou des clients seront nos nouveaux patrons ? », *InternetActu.net*, 10 novembre 2015, disponible sur <http://www.internetactu.net/2015/11/10/qui-des-algorithmes-ou-des-clients-seront-nos-nouveaux-patrons/>.

Copyright © PUSEK, Kaslik, 2023 | All Rights Reserved

carcérale imaginée par le philosophe utilitariste Samuel Bentham et son frère, Jérémy Bentham, à la fin du XVIII[e] siècle[19]. L'objectif de la structure est de permettre à un gardien, logé dans une tour centrale, d'observer tous les prisonniers, enfermés dans des cellules individuelles autour de la tour, sans que ceux-ci puissent savoir s'ils sont observés. Ce dispositif devait ainsi créer un « *sentiment d'omniscience invisible* » chez les détenus[20]. Le rapport de visibilité asymétrique va conduire à influencer les comportements. Le pouvoir devient invisible et se concentre sur l'esprit du sujet, afin de marginaliser et « *traiter* » ceux qui ne participent pas efficacement à la discipline[21]. Le panoptique fait ainsi écho à l'asymétrie de la visibilité, au marketing des traces et à l'économie de l'attention. Ces formes de rapports de visibilité sont multiples dans les entreprises[22]. Les salariés plébiscitent eux-mêmes un rééquilibrage de l'autorité dans l'entreprise[23]. Il ne s'agirait plus d'un lien disciplinaire entre l'employeur et l'employé mais plutôt d'une intériorisation par le salarié des normes liées au modèle de l'autonomie. Ce nouveau lien managérial fait appel aux motivations, au savoir-faire qui puisent dans l'expérience quotidienne et qui a pour conséquence de renvoyer le salarié à sa responsabilité personnelle. C'est ce que Aurélien Faravelon nomme la « *structuration des affects* », une organisation qui tend à supplanter l'organisation contractuelle et légale. En tout état de cause, « *la vie privée étant tout à la fois une norme sociale, un objet juridique et le résultat d'un cadre technique et épistémologique*[24] », on peut s'attendre à ce qu'un nouvel équilibre

---

19 J. GLICENSTEIN, « Le paysage panoptique d'Internet. Remarques à partir de Jeremy Bentham », *in Autres sites, nouveaux paysages*, Presses universitaires de France, 2001, p. 107.

20 A. LECLERCQ, H. ISAAC et M. KALIKA, *Travail à distance et e-management : Organisation et contrôle*, s.l., Dunod, 5 juin 2013, p. 45.

21 A. BRUNON-ERNST, *Beyond Foucault : New perspectives on Bentham's Panopticon*, Farnham, Royaume-Uni, 2012.

22 L'étude originale de la relation hiérarchique au sein des sociétés de service et d'ingénierie informatiques par Isabelle Berrebi-Hoffmann s'attache à montrer que la hiérarchie a changé *« de ton et de rôle »* en n'usant plus de l'autorité mais en s'assurant du bon fonctionnement par des mécanismes d'autorégulation et de contrôle horizontal différents. I. BERREBI-HOFFMANN, « Impossible subordination ? Figures de la relation hiérarchique dans les services informatiques », *Clinique du travail*, mars 2012, p. 59.

23 J.-L. CERDIN, R. COLLE et J.-M. PERETTI, « La fidélisation des salariés par l'entreprise à la carte », *Revue Gestion des Ressources Humaines*, 2005, n° 55, p. 578.

24 J. PIERRE, « Interview d'Aurélien Faravelon, double doctorant », *Les identités numériques*, 6 janvier 2011, disponible sur <http://www.identites-numeriques.net/06-

Copyright © PUSEK, Kaslik, 2023 | All Rights Reserved

s'impose entre le traitement des données et le nécessaire respect des libertés fondamentales. « *Si notre droit est hésitant, lui-même en crise, c'est parce que nous quittons l'un pour entrer dans l'autre*[25] ».

Une organisation transitoire – En définitive, des organisations étendues ont aujourd'hui accès à de plus en plus d'informations, alors que ceux qui travaillent, bénéficient de très peu de transparence vis-à-vis de leurs employeurs ou de leurs donneurs d'ordres. Les nouvelles formes de contrôle du travail questionnent et menacent ainsi certains droits. C'est pourquoi nous devons interroger le droit du travail pour maintenir un équilibre dans les organisations numériques.

II. Échelle de subordination

Échelle de subordination – Aujourd'hui, une grande partie de notre travail est menée numériquement, en tirant parti de la technologie et des canaux de communication numériques. Ces canaux peuvent être utiles, mais ils peuvent aussi nous exposer à une surveillance numérique sophistiquée. À certains égards les salariés se voient reconnaître une plus grande autonomie, à d'autres le poids de la subordination s'accroît. « *Le travailleur salarié n'est plus nécessairement un simple rouage dépourvu d'initiative dans une organisation fortement hiérarchisée. Et le travailleur indépendant n'est plus nécessairement un entrepreneur libre d'œuvrer comme bon lui semble. Le travail salarié fait place à ce qu'on peut appeler l'autonomie dans la subordination, tandis que réciproquement le travail non salarié s'est ouvert à ce qu'on peut appeler l'allégeance dans l'indépendance*[26] ». La bivalence de cette évolution, rend plus incertaines les frontières de la subordination. À l'instar du professeur Chauchard, « *si l'on accepte de considérer que les conditions économiques du travail ne sont pas à priori reflétées par les catégories juridiques, on peut penser les uns indépendamment des autres, sur des échelles différentes*[27] ». On peut alors imaginer une gradation entre deux positions extrêmes entre, d'une part, le travail dépendant et le travail indépendant, et d'autres part, entre le travail pour autrui et le travail

01-2011/interview-aurelien-faravelon-double-doctorant>.

25 G. DELEUZE, « Post-scriptum sur les sociétés de contrôle », p. 240.

26 A. SUPIOT, « Les nouveaux visages de la subordination », *Dr. soc.*, 2000, n° 2, p. 133.

27 FRANCE *et al.*, *La subordination dans le travail*, p. 309.

Copyright © PUSEK, Kaslik, 2023 | All Rights Reserved

pour soi. On trouve alors une représentation schématique[28] des formes de travail avec quatre types. D'une part les formes pures, le travail pour soi indépendant et le travail pour autrui dépendant (2 et 4). D'autre part des alternatives mixtes, le travail pour soi dépendant et le travail pour autrui indépendant (1 et 3). Dans les faits, la distinction entre les deux dernières catégories de travail est difficile. Le portage salarial pourrait être une illustration de ce cas de figure. Le glissement progressif du pouvoir de l'employeur est la transcription de cette évolution (1) qui consacre le droit à la désobéissance du salarié coopérant (2) et appelle à la formalisation d'un cadre juridique pour cette nouvelle catégorie de travailleurs (3).

1. Le déplacement du pouvoir de l'employeur

L'autorité institutionnelle et l'autorité naturelle – La structure de pouvoir décrite par Foucault à travers le panoptique prolifère dans les nouvelles organisations de travail. Le pouvoir connaît plusieurs définitions. Il vient du verbe pouvoir qui signifie « *avoir la capacité* » ou « *avoir la possibilité* ». Il désigne ainsi la possibilité de faire quelque chose. En sociologie, le pouvoir est souvent considéré comme une relation entre des acteurs sociaux (des individus, des groupes sociaux ou classes sociales) où la relation de pouvoir s'observe quand un individu accomplit (ou s'abstient d'accomplir) conformément à la volonté d'un autre individu, une action qu'il n'aurait pas accomplie (ou aurait accomplie) spontanément[29]. Enfin pour le juriste, en droit civil, le pouvoir désigne un acte : le mandat. Contrat par lequel une personne, le mandant, donne à une autre personne, le mandataire, le pouvoir de faire un ou des actes juridiques en son nom et pour son compte. Finalement en droit du travail, le pouvoir de l'employeur désigne-t-il plutôt une prérogative de l'employeur sur le salarié ou un mandat donné par le second au premier ? Il faut distinguer l'autorité institutionnelle de l'autorité naturelle, faire autorité est le fait de gens compétents. L'homme d'autorité, au sein d'une entreprise, est celui qui, par ses propres facultés, est capable de faire fonctionner une organisation, un groupe de personnes, de développer, d'aider.

28

Travail pour soi

Travail dépendant	1	3	Travail indépendant
	2	4	

Travail pour autrui

29 La définition la plus célèbre est celle énoncée par Max Weber : *« Le pouvoir politique, c'est le monopole de la violence légitime », (Le Savant et le Politique*, 1919*).*

Copyright © PUSEK, Kaslik, 2023 | All Rights Reserved

Le dictateur bienveillant – L'un des paradoxes de la transition numérique du travail, « *c'est qu'elle repose à la fois sur la déconcentration des initiatives individuelles et collectives mais aussi sur l'exigence d'une gouvernance forte*[30] ». C'est ce que l'on nomme dans le monde des développeurs un dictateur bienveillant[31]. Le développement d'un logiciel libre est particulièrement paradoxal et particulièrement instructif. Il est par définition ouvert à tout le monde mais en pratique son efficacité tire très souvent profit d'une structure qui voit une personne (presque toujours le créateur initial), se dégager de la multitude pour exercer son « *leadership* ». Le « *dictateur* » assure seul la ligne directrice du projet en assumant les décisions (prises en concertation mais sans codécision). La « *bienveillance* » se matérialise par la capacité du « *dictateur* » à écouter et à manifester de la considération pour les contributeurs. Cette méritocratie va à l'encontre des théories développées dans les années 90 d'une organisation plus collective, mais le modèle dominant dans les « *start-up* » d'hier et dans les entreprises devenues mondiales aujourd'hui tend à démontrer que cette organisation du travail organisée autour d'un leader fonctionne. Sans chef, que seraient devenues Google, Apple, Facebook ? La différence avec l'entreprise que nous connaissons en France, c'est que ce chef ne tient pas sa légitimité de la hiérarchie mais de sa compétence, de sa capacité à transporter et de la vision qu'il partage avec son équipe. Le supérieur hiérarchique ne tire plus son pouvoir du fait qu'il saurait mieux faire que son subordonné. Il a en effet moins de connaissances que lui sur la tâche à accomplir. Il tire sa légitimité de sa capacité à mettre en œuvre des normes abstraites d'évaluation des performances de son collaborateur subordonné[32].

Fondement du pouvoir de l'employeur – La notion de pouvoir dans les organisations de travail est la source d'intarissables réflexions à travers les époques. Depuis le début du XX^e^ siècle, l'origine et le fondement du

30 GTEI, *Contenus haut débit : stratégies et politiques en matière de contenu numérique*, OCDE, 2006, p. 28.

31 Normalement, les mots démocratique et dictateur sont antinomiques ; cependant, on ne peut que constater que le modèle de logiciel libre est un processus très démocratique sous le règne d'un dictateur bienveillant. La communauté se fie à sa vision et à sa compétence. Lorsque viendra le moment où il ne s'intéressera plus au projet ou lorsque la communauté décidera qu'il n'est plus apte à prendre des décisions, un nouveau leader sera appelé à régner. R. BLUM et D.-A. LEBLANC, *Linux Pour les nuls*, s.l., EDI8, 14 août 2013, p. 118.

32 A. SUPIOT, *Homo juridicus : essai sur la fonction anthropologique du droit*, Paris, Seuil, 2005, p. 256.

Copyright © PUSEK, Kaslik, 2023 | All Rights Reserved

pouvoir de l'employeur ont ainsi été largement discutés par les auteurs, et plusieurs fondements ont finalement été retenus par la doctrine. Le premier fondement alors suggéré était de nature patrimoniale. Au XIX[e] siècle, le législateur, le juge, (…), la société entière reconnaissait au chef d'entreprise des pouvoirs très étendus. En effet, la main d'œuvre était considérée comme un outil de production à part entière, à côté de la machine à charbon, et l'employeur en tant que propriétaire des moyens de production était habilité à en faire usage sans restriction. Le pouvoir de l'employeur est alors avant tout considéré comme un faisceau de prérogatives à caractère économique et patrimonial. Il est d'ailleurs difficile de dissocier ses différentes prérogatives de direction et d'organisation de ses autres prérogatives, puisque toute mesure prise par l'employeur poursuit l'objectif du bon fonctionnement de l'entreprise. La solution s'adaptait parfaitement à l'exercice des prérogatives de gestion dans l'ordre économique au sens le plus strict. Le pouvoir exercé sur des individus, notamment par le truchement de la discipline ou du règlement intérieur de l'entreprise, trouve alors sa source dans le contrat de travail. Ce dernier est l'expression de la volonté du salarié de se soumettre à l'autorité de l'employeur dans le cadre strict de l'entreprise[33]. L'arrêt Bardou du 6 juillet 1931, consacre la subordination juridique du salarié, la Cour de Cassation jugeait alors que « *la condition juridique d'un travailleur ne saurait être déterminée par sa faiblesse ou sa dépendance économiquem (…) ; la qualité de salarié implique nécessairement un lien juridique de subordination* », ce qu'elle confirmera par la suite. L'autorité forte de l'employeur était bien assise sur l'idée de propriété des moyens de production permettant l'établissement d'un lien juridique de subordination de la main d'œuvre. Cette prérogative était simple à définir car l'entreprise était dans la majeure partie des cas « *unitaires* » avec un seul lieu, une seule communauté de salariés placée dans les mêmes conditions de travail. Aujourd'hui ce concept est difficilement duplicable, ne serait-ce que par la taille et l'éclatement de l'entreprise[34].

La théorie institutionnelle et fonctionnelle – Ainsi, dès les années trente, face à la complexification de l'économie des entreprises, les auteurs se sont efforcés d'identifier un nouveau fondement : l'institution. Cette théorie formulée par le doyen Maurice Hauriou, il y a déjà plus d'un siècle,

33 F. DUQUESNE, *Droit du travail*, s.l., Gualino-Lextenso éd., 2010, p. 74.

34 On parle également d'organisation dite en réseau, avec différents sites géographiques, des réseaux de sous-traitant en cascade, de sorte que le capital de l'entreprise qu'il soit intellectuel ou financier ne correspondra pas symétriquement à la communauté juridique de travail. A.-F.S. LAURENT-KOGAN et J.-L. METZGER, *Où va le travail à l'ère du numérique* ?, s.l., Presses des MINES, 14 mai 2013, p. 48.

Copyright © PUSEK, Kaslik, 2023 | All Rights Reserved

« *demeure particulièrement stimulante pour une analyse théorique du droit et pour une compréhension de sa dimension sociale*[35] ». De cette théorie, il résulte que l'employeur est titulaire d'une autorité et non d'un « *pouvoir discrétionnaire* » à l'égard de ses subordonnés car s'il dispose de la liberté de choix dans l'action, il doit être guidé par la recherche de l'intérêt commun. *« Une institution est une idée d'œuvre ou d'entreprise qui se réalise et dure juridiquement dans un milieu social ; pour la réalisation de cette idée, un pouvoir s'organise qui lui procure des organes ; d'autre part, entre les membres du groupe social intéressé à la réalisation de l'idée, il se produit des manifestations de communion dirigées par les organes du pouvoir et réglées par des procédures*[36] ». Les prérogatives de l'employeur lui sont accordées en vue de la satisfaction d'un intérêt qui dépasse les limites de ses intérêts propres : une distinction est faite avec « *l'intérêt de l'entreprise* ». Il est alors question d'une finalité commune à l'aune de laquelle le contrôle de la décision patronale par le juge devient possible[37]. Mais la théorie institutionnelle échoue finalement puisque l'intérêt de l'entreprise demeure, à travers ce paradigme, identifié à celui de son seul chef. Une nouvelle évolution théorique du droit du travail apparaît à partir de la loi du n° 82-689 du 4 août 1982[38] qui a consacré l'existence du pouvoir réglementaire mais l'entoure de strictes limites. Désormais le pouvoir de sanction de l'employeur est soumis au contrôle étroit du juge. Dans cette approche fonctionnelle, l'employeur est titulaire d'un pouvoir fort en vertu d'une habilitation de la loi. Le règlement intérieur qui constitue le cadre de l'exercice du pouvoir de sanction est détaché de la finalité du contrat de travail, en vue d'assurer le bon ordre au sein du collectif de travail.

La communauté de l'entreprise – Finalement, cette évolution révèle combien la conceptualisation de la subordination juridique est mouvante. Mais la recherche d'un fondement est-elle vaine ? Doit-on rechercher un fondement dont l'efficacité est la règle ? En réalité, on pourrait définir le fondement des manifestations de pouvoir dans l'entreprise et par conséquent la subordination comme la soumission aux intérêts de la communauté de l'entreprise. C'est cette communauté et non l'employeur, qui doit apparaître

35 E. MILLARD, « Hauriou et la théorie de l'institution », *in Droit et Société*, Paris, 1995, p. 381.

36 M. HAURIOU, « La Théorie de l'institution et de fondation », *in La cité moderne et les transformations du droit*, Paris, 1925, p. 96.

37 F. DUQUESNE, *Droit du travail*, p. 75.

38 L. n° 82-689 du 4 août 1982 relative aux libertés des travailleurs dans l'entreprise (Loi dite loi Auroux), *JO* du 6 août 1982, p. 2518.

Copyright © PUSEK, Kaslik, 2023 | All Rights Reserved

comme le fondement de l'existence de la relation subordonnée. L'employeur n'est alors que l'incarnation de cette communauté. Il faut ainsi aller plus loin que la théorie de la l'institution, qui « *n'est pas une construction intellectuelle figée*[39] ». « *Il s'agit de constituer une théorie du droit qui regarde le droit d'un autre point de vue que la théorie classique parce qu'elle regarde la dimension sociale du droit, mais qui soit en même temps une théorie pleinement juridique - ce que permet l'interdisciplinarité véritable, et non un simple saupoudrage d'éléments non juridiques sur une analyse du droit*[40] ». En effet, grâce aux nouvelles technologies, la communauté de travail peut exister de façon tangible et autonome par rapport au seul « *chef* » d'entreprise, et intégrer à la fois les clients, les fournisseurs... Cette acception permet de faire correspondre le fondement de l'organisation de travail et rapprocher deux logiques qui se croisent entre la subordination du salarié et sa participation active à la gouvernance de l'entreprise et à travers elle à s'autodiscipliner. Le pouvoir de la communauté de travail doit prendre sa source dans le contrat de travail, dont le critère principal continue de reposer sur une forme de subordination. Subordination vis-à-vis de l'entité, de ses collègues mais pas forcément de son supérieur hiérarchique, dans la sphère numérique de travail la subordination est diluée, diffuse… Son caractère diffus fait aussi toute sa force, certains diront son insidiosité. Celle-ci implique que le travailleur se place sous l'autorité de la communauté de travail dans laquelle il choisit de s'intégrer. Cette approche permet également d'uniformiser les relations contractuelles. Qu'il s'agisse d'organismes publics ou privés, l'origine de la subordination est la même. Nous retiendrons en définitive l'analyse institutionnelle parce qu'elle est la seule capable d'expliquer de nombreux faits sociaux relatifs aux relations numériques : « *tel est notamment le cas des processus d'institutionnalisation, c'est à dire des processus institués (comme le droit) parce qu'elle est la seule à combiner le point de vue du tout (par exemple : le collectif) et des parties (par exemple : l'individu) en transcendant les frontières rigides entre les matières et les points d'observation*[41] ». Il s'agit désormais d'interroger concrètement les prérogatives juridiques dévolues à l'employeur ou à la communauté de travail dans le cadre d'une nouvelle forme de relation de travail.

---

39 E. MILLARD, « Hauriou et la théorie de l'institution », p. 383.

40 *Ibid*., p. 384.

41 *Ibid.*, p. 406.

Copyright © PUSEK, Kaslik, 2023 | All Rights Reserved

2. Une liberté accrue du salarié

Compétence et indépendance accrue – Les technologies de l'information et de la communication nécessitent en même temps qu'elles favorisent une plus grande compétence ainsi qu'une indépendance accrue du travailleur[42]. L'autonomie permet aux porteurs de projet de surmonter les obstacles qui surgissent et d'innover[43]. Les utilisateurs de TIC avancés bénéficient d'une plus grande latitude d'action que les autres populations de salariés y compris pour faire évoluer leurs objectifs. La contrainte juridique ne disparaît pas dans la relation numérique, mais elle s'exprime de manière différente. Elle est en quelque sorte intériorisée. « *Les salariés se trouvent davantage soumis à des obligations de résultats qu'à des obligations de moyens. Il en résulte une beaucoup plus grande latitude dans l'exécution de leur travail, et une libération de leurs capacités d'initiative. (…) Un nombre croissant de travailleurs salariés opèrent ainsi dans des conditions qui ne diffèrent pas sensiblement dans les faits du travail indépendant d'un sous-contractant*[44] ». Alors que dans le modèle ancien le lien de subordination se manifeste par le pouvoir de l'employeur à déterminer la nature des tâches à accomplir ainsi que les moyens pour y parvenir, le « *cerveau d'œuvre* » doit atteindre les objectifs fixés par l'organisation. « *Le salarié n'est donc plus débiteur d'une obligation de moyens mais bien d'une obligation de résultat* », « *l'employeur contrôlera moins la conformité des moyens mis en œuvre que la réussite attendue*[45] ». Les méthodes de management se sont adaptées pour prendre en compte les impératifs de l'entreprise. Les mécanismes d'évaluations sont assortis d'entretiens individuels sur l'atteinte

42 Selon une étude américaine publiée dans The Academy of Management Journal, les managers et les dirigeants n'écoutent pas assez leurs collaborateurs, parlent trop et se montrent souvent trop autoritaires, ce qui entraîne une démotivation de leur équipe et un manque de performance. C'est en observant sa relation avec ses doctorants que le professeur Rick Larrick de Fuqua School of Business s'est interrogé sur son propre comportement. Au cours de cette étude, plusieurs équipes ont été mises en place. Les résultats des expériences ont montré que les équipes sans manager étaient plus performantes que celles dont les dirigeants avaient une attitude dominatrice. Mais les meilleures équipes ont été celles qui avaient certes un leader, mais dont l'attitude n'était pas marquée par l'autoritarisme. L. P. TOST, F. GINO et R. P. LARRICK, "When Power Makes Others Speechless: The Negative Impact of Leader Power on Team Performance", 3 septembre 2013, disponible sur <http://dash.harvard.edu/handle/1/10996804>.

43 V. BOUCHARD et C. BOS, « Dispositifs intrapreneuriaux et créativité organisationnelle », *Revue française de gestion* 2006, vol. 161, n° 2, p. 95.

44 A. SUPIOT, *Au-delà de l'emploi*, p. 6.

45 C. RADÉ, « NTIC et nouvelles formes de subordination », p. 28.

Copyright © PUSEK, Kaslik, 2023 | All Rights Reserved

des objectifs. La pression se révèle alors particulièrement forte sur le travailleur, qui rend des comptes sur la qualité de son travail, conditionne son degré d'évolution dans l'entreprise ou ses futures commandes[46]. Cette « *obligation de résultat* » rapproche le salarié et le prestataire indépendant. Moins centrée sur la relation employeur salarié, cette obligation permet au travailleur numérique d'être plus autonome et est propice à la créativité.

Réintroduire la liberté du travail. L'évolution du concept de liberté du travail témoigne de sa grande élasticité. « *Au XX^e^ siècle, sa signification initiale s'est peu à peu transformée pour intégrer le droit au travail alors que la liberté du commerce et de l'industrie, celle de l'employeur, s'était réduite avec le développement du droit du travail. En ce début de XXI^e^ siècle, elle est de nouveau employée dans son sens ancien. Il s'agit de libérer le marché du travail, non pas évidemment des jurandes et autres communautés de métier, mais des avantages acquis et des rigidités qui pèsent sur les entreprises et entravent leur compétitivité*[47] ». Il s'agirait de ne plus concevoir le travailleur comme « *ressource humaine* », comme objet de gestion, mais au contraire comme un sujet, à l'institution duquel l'État et les entreprises doivent être subordonnés[48].

La « *désobéissance* » du travailleur – En droit du travail, la désobéissance est considérée comme légitime quand elle est justifiée par l'impératif pour le salarié de ne pas enfreindre les dispositions légales ou de mettre en cause sa sécurité ou celle des tiers. Toutefois, dans certaines professions, le salarié peut refuser d'exécuter les ordres de son employeur lorsque celui-ci essaye d'exercer son pouvoir de direction dans un « *domaine réservé* » du salarié. Mais la jurisprudence ne l'envisage que pour certaines professions particulières, comme le médecin salarié qui « *ne saurait recevoir d'ordres thérapeutiques de son employeur*[49] ». Pourtant ces valeurs ne sont pas propices au développement de la collaboration numérique. En effet, le développement de l'économie numérique, qui concerne tous les secteurs d'activités, nécessite que de plus en plus de salariés bénéficient d'une indépendance technique qui permette au salarié de refuser d'exécuter un ordre quand celui-ci est contraire aux besoins de la production. Le « *cerveau*

46 J.-P. CHAUCHARD et A.-C. HARDY-DUBERNET, *L'autonomie du salarié*, cahier travail et emploi, 2003, p. 202.

47 J.-P. LE CROM, « La liberté du travail en droit français. Essai sur l'évolution d'une notion à usages multiples », *Diritto romano attuale*, 2006, vol. 15, p. 162.

48 A. SUPIOT, « Le travail, liberté partagée », *Dr. soc.*, 1993, n° 9-10, p. 721.

49 Cass. soc., 10 oct. 1979, n° 78-12.275.

Copyright © PUSEK, Kaslik, 2023 | All Rights Reserved

d'œuvre » demande en effet une liberté accrue pour effectuer de travaux, qui restent toutefois à l'initiative de l'employeur[50].

L'exercice du pouvoir économique – Contrepoids à l'autonomie individuelle, un processus de financement étape par étape et conditionnel des projets est au cœur de la plupart des dispositifs « *intrapreneuriaux* » : il offre à l'entreprise la possibilité de contrôler périodiquement l'état d'avancement, la faisabilité et l'attractivité des projets en cours[51]. « *Le travail indépendant et le travail salarié se trouvent pris dans une même logique nouvelle d'exercice du pouvoir économique. L'entreprise moderne ne se satisfait pas plus de la simple obéissance aux ordres que de l'indépendance absolue. Il lui faut assujettir à ses propres fins les capacités d'initiative et de responsabilité des hommes au travail*[52] ». Ces nouveaux modes de gouvernement des hommes évoquent la vassalité féodale : un réseau de relations d'homme à homme, donnant des droits et des devoirs pour chacun d'entre eux, sans perdre sa qualité d'homme libre mais obligeant le travailleur à faire usage de cette liberté au service des intérêts de l'entreprise. « *Il n'est pas (ou ne devrait pas être) dans les rapports d'un salarié à son employeur, question de "pouvoir de direction", de hiérarchie ; il faudrait plutôt parler d'exécution d'obligations entre contractants qui sont nécessairement liés par ce que peut imposer le contrat*[53] ».

La domination du temps numérique – « *L'accélération du temps de travail excède de beaucoup la relation salarié-employeur*[54] ». Avec la démocratisation des smartphones possédés par des travailleurs économiquement dépendants, comme des salariés de plus en plus autonomes, la subordination juridique qui définit le contrat de travail doit être prise au pied de la lettre puisqu'ils sont en permanence connectés. Autrement dit, le pouvoir ne décline pas, mais il s'exerce sous des formes différentes, plus complexes et diffuses, que le droit du travail a de plus en plus de difficultés à appréhender. « *Alors que le*

---

50 E. CAIROLA et M. REVELLI, *Manuel de formation sur le fordisme et le post-fordisme : organisation des travailleurs sur le lieu de travail*, Turin, Centre international de formation de l'OIT, 2004, p. 36, disponible sur <http://actrav.itcilo.org/>.

51 V. BOUCHARD et C. BOS, « Dispositifs intrapreneuriaux et créativité organisationnelle », p. 95.

52 A. SUPIOT, « Les nouveaux visages de la subordination », p. 139.

53 J.-F. CESARO, « La subordination », *in Les notions fondamentales du droit du travail*, (dir. B. TEYSSIE), Paris, Ed. Panthéon-Assas - LGDJ diffuseur, 2009, p. 146.

54 C. SINTEZ, « De la subordination à la domination du salarié : la « preuve sociologique » par le temps de travail », *Siècles. Cahiers du Centre d'histoire « Espaces et Cultures »*, décembre 2012, n° 35-36, p. 36, disponible sur <https://siecles.revues.org/1431>.

Copyright © PUSEK, Kaslik, 2023 | All Rights Reserved

droit du travail repose sur la présence du salarié en temps et en lieu dans l'entreprise et sur une durée du travail fixée par le contrat de travail, les nouvelles technologies bouleversent ce schéma taylorien de l'organisation de la relation de travail. C'est la raison pour laquelle elles sont liées aux nouvelles organisations du travail autour de la flexibilité. Tout en réduisant la pénibilité du travail ou en allégeant des tâches, elles donnent naissance à de nouvelles contraintes. Par exemple, les nouvelles technologies obligent les individus à une remise en cause de leur mode de vie en estompant la frontière entre le temps professionnel et le temps personnel lorsqu'elles permettent d'effectuer les astreintes au domicile du salarié[55] ». La subordination juridique n'est pas de nature à protéger de la domination du temps numérique qui n'est pas uniquement le fait de l'employeur ou du donneur d'ordre. La subordination est reconnue pour protéger le salarié à travers un rapport contractuel. Autrement dit, la protection s'opère avec le consentement, l'assentiment des parties au contrat. Or, le rapport de domination n'est pas un rapport contractuel mais bien une relation d'asservissement qui excède de loin le consentement. Il manque une notion juridique susceptible de protéger les « *indépendants économiquement dépendants* » en tant que partie faible de l'exécution du contrat, comme les salariés qui jouissent a priori d'une certaine autonomie. « *Reconnaître aux côtés du lien de subordination un lien de domination apparaît essentiel. Ce lien de domination se définirait alors comme l'ensemble des conditions de travail qui lient le travailleur au-delà de son accord de volonté (accord de volonté émis tant au moment de la conclusion du contrat, qu'au moment de l'exécution du contrat lorsqu'il s'agit de mettre en œuvre le régime de la modification du contrat de travail). Ce lien habiliterait un contrôle judiciaire de la légitimité des conditions de travail. Autrement dit, il s'agirait d'introduire en droit du travail un critère de légitimité des conditions de travail*[56] ». On perçoit avec cette proposition de définition du lien de domination toute la complémentarité avec le lien de subordination. En ce qui concerne la vie privée du salarié et le temps de travail, certains temps sont par exemple consacrés par le salarié à travailler à distance mais sont exclus du temps de travail par l'employeur. Le lien de domination est une notion nécessaire qui permettrait de donner de l'unité aux possibilités du juge d'exercer pleinement un contrôle de légitimité des conditions de travail et une rémunération minimale.

---

55 « Informatique, communication et créations immatérielles : chronique no XVII (3e partie) », *LPA*, mars 2002, n° 56, p. 11.

56 C. SINTEZ, « De la subordination à la domination du salarié », p. 36.

Copyright © PUSEK, Kaslik, 2023 | All Rights Reserved

3. La création d'un statut intermédiaire

Lien de sub-organisation – Est considéré comme salarié par le Code de la sécurité sociale celui qui accomplit un travail pour un employeur dans un lien de subordination juridique permanent[57]. En droit du travail, « *l'existence d'un contrat de travail peut toutefois être établie lorsque les personnes (…) fournissent directement ou par une personne interposée des prestations à un donneur d'ordre dans des conditions qui les placent dans un lien de subordination juridique permanente à l'égard de celui-ci*[58] ».

Responsabilité sociale des plateformes – La numérisation de l'économie implique une évolution du droit du travail, notamment pour les travailleurs utilisant une plateforme de mise en relation par voie électronique[59]. « *Apparaît, nu, le travailleur exerçant une activité professionnelle. Apparaît, dans ses rapports avec lui, non pas une entreprise mettant en relation, à distance, par voie électronique des personnes (…) mais une plateforme*[60] ». Si ces utilisateurs en font « *une source de revenus significative* », « *il convient de s'assurer que cette activité ne constitue pas une sorte de travail informel et qu'elle soit soumise à des obligations similaires, en termes de cotisations et taxes, que les activités du secteur formel*[61] ». Des jugements en Espagne, aux Pays-Bas ou en France, ont déjà requalifié comme salariés des travailleurs de plateformes. Un arrêt rendu le 28 novembre 2018[62], la chambre sociale de la Cour de cassation a ainsi requalifié le contrat liant un livreur à une plate-forme numérique en contrat de travail. Pour la Cour de cassation, dès lors que l'application est dotée d'un système de géolocalisation permettant le suivi en temps réel de la position du coursier et la comptabilisation du nombre total de kilomètres parcourus, et que la société dispose d'un pouvoir de sanction

---

57 Le terme de « *lien de subordination permanent* » a été introduit par l'article 35 de la loi Madelin dans le code de la sécurité sociale à l'article L. 311-11 : « *Les personnes physiques visées au premier alinéa de l'article 120-3 du code du travail ne relèvent du régime général de la sécurité sociale que s'il est établi que leur activité les place dans un lien de subordination juridique permanent à l'égard d'un donneur d'ordre (...)* ». L. n° 94-126 du 11 février 1994, relative à l'initiative et à l'entreprise individuelle, *JO* n° 37 du 13 février 1994, p. 2493.

58 C. trav., art. L. 8221-6.

59 D. CASTEL, « Numérique – Plateformes de services – Vers de nouvelles cotisations ? », *JT*, 2015, n° 179, p. 10.

60 A. LYON-CAEN, « Plateforme », *RDT*, 2016, p. 301.

61 B. METTLING, *Transformation numérique et vie au travail*, La documentation Française, septembre 2015, p. 51.

62 Cass soc., 28 nov. 2018, n° 17-20079.

Copyright © PUSEK, Kaslik, 2023 | All Rights Reserved

à l'égard du coursier, les juges ne peuvent pas écarter la qualification de contrat de travail. Concrètement, la société concernée, Take Eat Easy, ayant fait faillite à l'été 2016, c'est le régime de garantie des salaires (AGS) qui devra assumer les conséquences financières de cette décision. Celui-ci permettra au livreur à vélo de voir son affaire jugée aux prud'hommes et lui permettra de bénéficier des avantages liés à ce statut : indemnités de congés payés, paiement des heures supplémentaires, l'indemnité de licenciement, droit à indemnisation chômage en cas de durée d'activité suffisante. Au-delà de ses conséquences pour le plaignant, l'arrêt a une portée majeure pour l'ensemble des travailleurs des plates-formes Internet. Cette interprétation du droit par les juges pourrait sérieusement menacer une économie basée sur des systèmes de géolocalisation et de sanction sociale. Dès lors, la tentation est grande d'intégrer ces nouveaux « *entrepreneurs* » au salariat, comme jadis les mannequins, artistes... car, comme eux, ils apparaissent dépendants et assument la responsabilité d'une entreprise sans pouvoir la diriger. En même temps, il convient d'évaluer les conséquences de la requalification qui pourraient être lourdes en termes d'emploi. En effet, les plates-formes numériques fondent leur modèle sur le recours aux indépendants et calculent leurs marges en fonction des coûts liés à ce mode de collaboration. Vouloir les soumettre à l'organisation du Code du travail reviendrait à les condamner à disparaître.

Présomption de salariat – La Commission européenne s'est emparée de la question du statut des travailleurs des plateformes numériques. Un projet de directive a été présenté le jeudi 9 décembre 2021. Il établit une présomption de salariat. Comment trouver le bon équilibre entre la souplesse du marché du travail et la protection des travailleurs ? Selon la commissaire à la concurrence, Margrethe Vestager : « *Cette proposition de directive aidera les faux indépendants travaillant pour des plateformes à déterminer correctement leur statut professionnel et à jouir de tous les droits sociaux qui en découlent*[63] ». En effet, les particuliers qui monétisent leurs compétences sont souvent pris dans une course au prix le plus bas afin d'être sélectionnés par le client, sans bénéficier de protection particulière, hormis l'assurance civile qu'ils auraient eux-mêmes souscrite. Les questions posées aujourd'hui par ces « *travailleurs des plateformes* » rejoignent des questions plus anciennes et pour certaines partiellement traitées par les législateurs de chaque État. L'objectif est donc

63 Propositions de la Commission pour améliorer les conditions de travail des personnes travaillant via une plateforme de travail numérique, communiqué 9 déc. 2021, <https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/fr/ip_21_660>.

Copyright © PUSEK, Kaslik, 2023 | All Rights Reserved

d'avoir une réponse uniforme à l'échelle européenne. Malheureusement cette démarche reste limitée aux « *faux indépendants* ». Soucieuse d'harmoniser les décisions des tribunaux dans l'UE, la Commission propose cinq critères : le fait qu'une plateforme fixe les niveaux de rémunération, supervise à distance les prestations, ne permet pas à ses employés de choisir leurs horaires ou de refuser des missions, impose le port d'uniforme, ou encore interdit de travailler pour d'autres entreprises. Si au moins deux critères sont remplis, la plateforme serait « *présumée* » employeur, et devrait se soumettre aux obligations du droit du travail imposées par la législation du pays concerné. À court terme, certaines plateformes pourraient rencontrer des difficultés, mais plus globalement il est probable que les plateformes adaptent leurs conditions pour éviter la requalification de leurs salariés[64].

L'intervention du législateur – La distinction entre le travail salarié et le travail indépendant ne tient pas à la difficulté de fixer une frontière, mais à l'incapacité de cette opposition binaire à répondre de manière satisfaisante aux diverses situations d'activité professionnelle. Une remodulation organique des protections suppose nécessairement l'intervention du législateur national. « *Ces sujets justifient un débat dont il est aisé de deviner à la fois les difficultés et l'inéluctabilité puisque l'évolution des formes d'organisation économique a fait qu'une zone médiane se développe entre salariés et indépendants, mais aussi que les questions de sécurisation des parcours professionnels discontinus d'un nombre croissant de personnes ont acquis une importance majeure*[65] ». Dans les pays qui reconnaissent l'existence d'une catégorie intermédiaire entre les statuts de salarié et de travailleur indépendant, on observe que la situation de dépendance économique va de pair avec la reconnaissance d'une série de droits dont ne jouissent pas les autres catégories de travailleurs indépendants, même si les droits en question sont moindres que ceux des salariés. Les droits du travailleur indépendant économiquement dépendant peuvent ainsi être relatifs à la protection sociale. Ils peuvent être aussi inspirés des garanties offertes par le droit du travail aux salariés. Dans cette mesure, ils peuvent s'appliquer aux relations individuelles entre le travailleur et son client (droit aux congés, durée maximale du travail, motifs particuliers de rupture du

64 L'Europe entend protéger les travailleurs des plateformes numériques... au risque que cela se retourne contre eux en France, <https://www.atlantico.fr/article/decryptage/l-europe-entend-proteger-les-travailleurs-des-plateformes-numeriques----au-risque-que-cela-se-retourne-contre-eux-en-france-travailleurs-independants-legislation-regulation-commission-europeenne-yann-mael-larher>.

65 C. LENOIR et F. SCHECHTER, *L'avenir et les voies de régulation du portage salarial*, Inspection générale des affaires sociales, octobre 2011, p. 44.

Copyright © PUSEK, Kaslik, 2023 | All Rights Reserved

contrat, etc.) mais aussi conduire à reconnaître aux travailleurs indépendants économiquement dépendants le droit de s'organiser et d'agir collectivement pour défendre et poursuivre leurs intérêts professionnels[66]. Jusqu'à présent en France, au cours des négociations sociales, les organisations syndicales ont refusé de négocier sur la sphère des indépendants, estimant que le sujet relève du seul domaine de la loi. Il faut dépasser une logique binaire héritée de l'ère industrielle et encourager grâce au droit la coopération, l'autonomie et la polyvalence. La protection des actifs comme la représentation syndicale, le droit au repos, le temps de travail, le salaire minimum… sont nés des métiers sur la base du salariat, dans le cadre d'appartenances professionnelles stables et définies. Ces logiques sont de plus en plus souvent obsolètes mais les besoins de protection demeurent. Les travailleurs changent par exemple de plus en plus souvent de casquettes tout au long de leur vie, quand ils ne cumulent pas plusieurs statuts à la fois. On peut ainsi être salarié, étudiant et entrepreneur à la fois. Aussi, il est temps d'envisager les droits des travailleurs autrement en dépassant le clivage entre indépendants et salariés au profit d'un droit de l'activité applicable à tous quelle que soit la forme juridique de l'exercice de son activité professionnelle.

Limite au droit de la sub-organisation – Selon Jacques Barthélémy, cette troisième voie présente toutefois l'inconvénient majeur « *de remplacer une frontière floue par deux autres qui le seront tout autant* » entre le salariat, le statut intermédiaire et celui de travailleur indépendant[67]. La création d'un nouveau statut juridique n'entraine pas forcément les effets escomptés et souligne la difficulté de traiter la problématique de la protection des travailleurs indépendants économiquement dépendants, la création d'un statut juridique ne faisant pas disparaître de fait les frottements et stratégies de contournement (notamment les « *faux indépendants* »). La crainte est d'assister à un effet report important de l'emploi salarié vers cette nouvelle catégorie. L'exemple de l'Italie est révélateur des effets contrastés que peut entraîner une telle mesure : le nombre de travailleurs parasubordonnés, en « *contrat de collaboration coordonnée et continue* » présents dans les entreprises a très fortement augmenté au début des années 2000. Les caractéristiques principales du « *contrat de collaboration coordonnée* » sont l'absence de lien de subordination, l'absence de temps de travail prédéfinis, le collaborateur

66 A. PERULLI, *Travail économiquement dépendant/parasubordination : les aspects juridiques, sociales et économiques*, 2003, p. 9.

67 J. BARTHÉLÉMY, « Du droit du travail au droit de l'activité professionnelle », *Les Cahiers du DRH*, 2008, n° 144, p. 35.

Copyright © PUSEK, Kaslik, 2023 | All Rights Reserved

peut se faire assister par un tiers dans une certaine proportion, les services rendus doivent être continus, le salaire doit être fixé à l'avance[68]. Alors que l'intention des autorités était principalement de reporter vers le salariat les « *faux autonomes* », le nombre de contrats de collaboration a au contraire connu une forte augmentation[69]. En second lieu, ce régime n'offre pas la certitude d'appréhender de manière exhaustive l'ensemble des situations concernées, dont la diversité n'a cessé de s'accroître[70]. Opter pour une protection particulière du travailleur économiquement dépendant effraie certaines organisations syndicales de salariés contraintes de « *revoir leurs fondamentaux*[71] ». Le risque peut être pourtant pris dès lors que le problème essentiel de la distinction entre le travail salarié et le travail indépendant ne tient pas à la difficulté de fixer la frontière mais à l'incapacité de cette opposition binaire à répondre de manière satisfaisante aux diverses situations d'activité professionnelle. Le débat sur la frontière du droit du travail et la définition de la subordination est fondamental. Certes il ouvre nécessairement une remise en cause au moins partiel du droit que nous connaissons, mais refuser de le reconnaître revient à abandonner ces travailleurs à leur sort. C'est en effet refuser leur développement, et les priver d'une nouvelle source d'emplois. Un raisonnement binaire est préjudiciable à l'emploi et à plus long terme à tous les travailleurs. La création d'une catégorie intermédiaire entre travail salarié et travail indépendant constitue une troisième voie, laquelle n'est pas nécessairement incompatible avec l'hypothèse de l'émergence d'un droit de l'activité professionnelle.

Allocation universelle – En définitive, on assiste à la fin du modèle taylorien d'emploi, avec l'avènement d'une économie où tout à la fois l'immatériel et l'investissement personnel des travailleurs sont prédominants. Le mode de rémunération du travail, qui ne prend en compte que le temps mis à disposition pour valoriser directement le capital technique, ne correspond plus à la valeur du « *capital humain* » véritablement engagé dans la production. Cette valeur est en effet constituée, pour une part dominante, d'intelligence,

---

68 C. AZAÏS, *Labour and Employment in a Globalising World: Autonomy, Collectives and Political Dilemmas*, s.l., Peter Lang, 2010, p. 178.

69 FRANCE, Conseil d'orientation pour l'emploi, *L'évolution des formes d'emploi*, avril 2014, p. 184, disponible sur <http://www.ladocumentationfrancaise.fr/rapports-publics/154000207/index.shtml>.

70 *Ibid.*, p. 185.

71 P.-H. ANTONMATTÉI et J.-C. SCIBERRAS, *Le travailleur économiquement dépendant : quelle protection ?*, Ministère du travail, des Relations sociales, de la Famille et de la Solidarité, novembre-2008, p. 8.

Copyright © PUSEK, Kaslik, 2023 | All Rights Reserved

d'informations, de savoirs accumulés et constamment actualisés tout au long de l'existence et largement en dehors de l'entreprise[72]. Alors que la plupart des progrès de l'humanité se sont accomplis en sanctuarisant certains biens (le corps humain dans le travail par exemple pour éviter l'esclavage), « *la possibilité même de vendre le produit de l'activité humaine intelligente (l'économie du savoir) suppose (…) de délivrer le cerveau de la contrainte harassante de chercher au jour le jour sa survie*[73] ». Les activités « *hors-travail* » prenant de plus en plus d'importance dans les processus productifs[74] ; il conviendrait pour certains auteurs de les rémunérer par une allocation universelle[75], étant entendu que cette valeur ne peut être individualisée parce qu'elle est constituée « *d'une part de richesses dont personne ne peut s'attribuer la paternité et qui résulte de tout ce que nos prédécesseurs ont accumulé de connaissances, de capacités et de résultats, et de tout ce que notre activité présente ajoute à cet héritage commun*[76] ». Dégagées des contingences matérielles de survie et d'entretien, les personnes arbitreront entre l'emploi rémunéré aux conditions d'un marché libéré des statuts et les autres types d'activités ou d'occupations, notamment domestiques, sociales et citoyennes[77].

---

72 Y. BRESSON, « Le cœur de l'accord, garantir le revenu », *Transversales*, mai 1992, n° 3, p. 129.

73 « Aujourd'hui, qu'est ce qu'une externalité ? », s.d., disponible sur <http://www.paristechreview.com/2011/03/11/qu-est-ce-qu-une-externalite/>.

74 M. BOUVARD et *al.*, *L'économie collaborative : propositions pour une fiscalité simple, juste et efficace*, p. 49.

75 Le revenu de base également appelé revenu universel, est un concept ancien, qui se présente comme un revenu de base versé à tous, d'un montant permettant de vivre, indépendamment du besoin qu'en a celui qui le reçoit, et sans obligation de travail en contrepartie. C. CHAUVET, « La notion d'égalité des chances chez Jeremy Bentham », *Revue d'études benthamiennes*, octobre 2007, n° 3, disponible sur <http://etudes-benthamiennes.revues.org/157>.

76 R. LAFORE, « L'allocation universelle : une fausse bonne idée », *Droit social*, 2000, p. 686.

77 Juridiquement, le revenu de base pourrait prendre appui sur le préambule de la Constitution de 1946, repris par la Constitution de la Cinquième République. Ce dernier « *proclame comme particulièrement nécessaire à notre temps, les principes politiques, économiques et sociaux ci-après* ». Parmi ces principes figure cette première affirmation : « *chacun a le devoir de travailler et le droit d'obtenir un emploi* » et plus loin ce second alinéa : « *Tout être humain qui, en raison de son âge, de son état physique ou mental, de la situation économique, se trouve dans l'incapacité de travailler, a le droit d'obtenir de la collectivité des moyens convenables d'existence* ». En établissant un droit au revenu dissocié de la contrainte de travail, on peut alors mieux penser le droit au travail comme tel, c'est-à-dire « *comme un droit et non*

Copyright © PUSEK, Kaslik, 2023 | All Rights Reserved

Conclusion

Vers un nouveau droit de l'actif ? – « *À la loi des pères est en train de succéder la loi des frères. Cela constitue un des principaux défis des organisations contemporaines afin de permettre de nouveaux modes de fonctionnement coopératifs*[78] ». Les protections actuelles sont marquées par leur caractère inadapté aux modèles économiques en devenir. Construites sur la trame du salariat, elles requièrent des avancées que seule l'ingénierie juridique permettra de solutionner. La fonction protectrice génétique du droit du travail exige en effet que « *soient conçus autrement les instruments de la sécurité, bien sûr pour les travailleurs, mais aussi pour l'entreprise dans la mesure où le pouvoir de direction ne s'exerce plus par des ordres en direction de personnes n'ayant pas un niveau de qualification suffisant, mais par la contractualisation de rapports de travail sur le fondement d'un niveau d'expertise et du niveau d'autonomie du travailleur permettant de réaliser des missions correspondant à la qualification contractuellement reconnue*[79] ». De manière générale, le travail en groupe favorise l'auto-organisation et l'éclatement des organisations. « *Le lien collaboratif n'est a priori pas assimilable à une relation salariée puisque le producteur ne met pas sa force de travail à la disposition de la plateforme mais à la disposition de chaque consommateur. Pour autant, il n'est pas contestable que la production est réalisée dans un cadre au moins partiellement organisé par la plateforme. Ce constat conduit à s'interroger sur le statut professionnel et social du producteur (l'entrepreneur collaboratif)*[80] ». Le débat sur la frontière du droit du travail et la définition de la subordination est fondamental. Certes il ouvre nécessairement une remise en cause au moins partiel du droit que nous connaissons, mais refuser de le reconnaître revient à abandonner ces travailleurs à leur sort. Un raisonnement binaire est préjudiciable à l'emploi et à plus long terme à tous les travailleurs. En règle générale, les lois du travail ne suffisent plus à protéger les employés de la surveillance dans une organisation numérique moderne. C'est pourquoi nous devons intégrer les droits du travail dans le débat sur les droits numériques à l'échelle des

---

comme un devoir imposé de l'extérieur par la nécessité de gagner un revenu ». J.-M. FERRY, *L'allocation universelle. Pour un revenu de citoyenneté*, Paris, Cerf, 15 mars 1995, p. 46.

78 F. SILVA, « L'entreprise entre dans la postmodernité », *Personnel*, avril 2014, n° 548, p. 52.

79 J. BARTHELEMY, *Évolution du droit social : une tendance à la contractualisation mais un rôle accru des droits fondamentaux du travailleur*, s.l., Wolters Kluwer France, 2009, p. 308.

80 B. SERIZAY, « Quel statut pour les entrepreneurs collaboratifs ? », *JCP S*, octobre 2016, n° 40, p. 3.

Copyright © PUSEK, Kaslik, 2023 | All Rights Reserved

nouvelles organisations qui sont souvent mondialisées pour défendre les droits fondamentaux des personnes contre ces menaces. Le droit du travail devrait ainsi avoir vocation à s'exprimer sous des formes nouvelles, pour contribuer à faire naître un nouvel équilibre entre ceux qui apportent leur force de travail et ceux qui y ont recours. Les logiques de l'économie numérique appellent des réponses complexes d'autant que les demandes sont pour parties contradictoires : réguler sans interdire, protéger sans augmenter les coûts, limiter la concurrence déloyale mais ne pas tuer les nouvelles opportunités d'emploi.

Copyright © PUSEK, Kaslik, 2023 | All Rights Reserved

USEK
Holy Spirit University of Kaslik Press

Revue juridique de l'USEK
*USEK **Law Journal***
Nº Spécial | 2023

(OA) Open Access

eISSN 2664-8156

La dissociation des fonctions dirigeantes comme remède à la tentation des pleins pouvoirs dans le gouvernement des sociétés anonymes. Éthique vs. Efficacité ? / The CEO-Chairman Non-Duality as a Remedy for the Temptation of the Concentration of Full Powers in Public Limited Companies' Governance

Louis-Daniel Muka Tshibende, *Dr./Ph.D, Maître de conférences en droit privé – UCLy, UR CONFLUENCE, Sciences & Humanités / EA 1598*

Abstract

The majority of international and domestic standards related to corporate governance consider convergently, in particular for public limited companies, that it is appropriate to separate the CEO's functions from the chair of the board of directors. That being said, some analyze the non-duality as an ethical practice while others think that the duality is the best guarantee for corporates' efficiency. However, such a manichean view does not reflect neither the rules nor the facts. Depending on the types of companies, their situation or the business environment, duality and non-duality may, indistinctly, alternately or even simultaneously, be ethical and lead to efficiency.

Copyright © PUSEK, Kaslik, 2023 | All Rights Reserved

Introduction

> *« La vertu n'est pas une moyenne d'excès ni de défaut »*
> Aristote, Éthique à Nicomaque, II, 7.4.3

Il est de ces expressions si consubstantiellement rattachées à des sphères de l'activité humaine qu'il paraît surprenant de lire dans la presse économique et financière que tel chef d'entreprise « *perd les pleins pouvoirs*[1] », tant la formule est éminemment politique. La surprise ne sera néanmoins que brève car, à l'image des sociétés politiques, les entreprises sous forme de sociétés commerciales, lieux de vie collective, ne sont pas indifférentes au phénomène du pouvoir ; lequel se manifeste au reste avec de fortes similitudes dans les deux catégories[2]. Dans les sociétés anonymes (SA) dites classiques ou monistes notamment, celles dotées d'un conseil d'administration (CA), objet de la présente réflexion, la ressemblance confine à une certaine identité des principes-clefs qui en gouvernent le fonctionnement. Emerge en premier l'idée d'une démocratie sociétaire qui induit la séparation des pouvoirs, mais aussi la spécialisation et l'équilibre entre les organes qui les incarnent, héritage de la jurisprudence *Motte*[3]. C'est même une constante en histoire puisque, dès la grande réforme du régime juridique des sociétés par actions au milieu du 19e siècle, « *on a voulu chez les auteurs de l'époque comparer les nouvelles sociétés aux régimes politiques d'alors (…) ; la société anonyme serait plus proche de la démocratie par son assemblée des actionnaires, choisissant ses mandataires, les administrateurs, révocables ad nutum*[4] ».

---

1 V. « Emmanuel Faber perd les pleins pouvoirs chez Danone »,< https://www.challenges.fr/entreprise/emmanuel-faber-perd-les-pleins-pouvoirs-chez-danone_753413>, 1 mars 2021 ; « Danone : Faber perd les pleins pouvoirs », <https://www.bfmtv.com/economie/entreprises/industries/danone-faber-perd-les-pleins-pouvoirs_VN-202103020072.html>, 2 mars 2021.

2 Pour une synthèse comparative : L.-D. MUKA TSHIBENDE, *L'information des actionnaires, source d'un contre-pouvoir dans les sociétés anonymes de droit français et du périmètre OHADA*, PUAM, coll. Institut de droit des affaires, 2009, nos 1 à 2 bis. – *Adde* : J.-P. MATTOUT, « La gouvernance de la société anonyme cotée. Comparaison avec le gouvernement d'un État », *in Études de droit privé, Mélanges offerts à Paul Didier*, Economica, 2008, p. 315.

3 Cass. civ., 4 juin 1946, *JCP* G, II, 3518, note D. Bastian.

4 R. SZRAMKIEWICZ et O. DESCAMPS, *Histoire du droit des affaires*, LGDJ, 2e éd., 2013, n° 828.

Copyright © PUSEK, Kaslik, 2023 | All Rights Reserved

De nos jours, l'architecture institutionnelle de ces personnes morales révèle l'existence d'une « *souveraine* » assemblée générale des actionnaires (AG), source des autres pouvoirs et destinataire de la reddition des comptes sociaux, ensuite un conseil d'administration réunissant des administrateurs désignés par l'assemblée et en charge à son tour de désigner et de surveiller les dirigeants exécutifs ; ces derniers assurant la gestion courante des affaires sociales. Il a à juste titre été fait référence « *aux grands pouvoirs de la gouvernance :* "*pouvoir souverain*", *notamment exprimé lors de l'assemblée générale des actionnaires :* "*les actionnaires*" ; "*pouvoir de surveillance*", *d'orientation et de contrôle – conseil (…) d'administration ou organes équivalents – :* "*les membres du conseil*" ; "*pouvoir exécutif*" *:* "*les dirigeants*". *L'articulation entre ces trois pouvoirs : souverain*, *surveillance*, *exécutif*, *définit la manière dont la société est gouvernée*[5] ». Cela étant, la SA, en tant que démocratie, ne peut que difficilement être une démocratie directe car, ainsi qu'observé dans les standards de gouvernance d'entreprise de l'OCDE, « *il ne faut pas attendre des actionnaires qu'ils assument la responsabilité de la gestion des activités de la société (…) La responsabilité de la stratégie et des activités de la société est en règle générale confiée au conseil d'administration et à l'équipe dirigeante composée de membres sélectionnés*, *motivés et*, *si nécessaire*, *remplacés par le conseil d'administration*[6] ». D'où un véritable risque de confiscation du pouvoir qui, au demeurant, s'est vérifié dans les faits ; sa survenance étant rendu possible par l'état du droit et des pratiques sociétaires dont certaines semblaient relever d'une culture d'entreprise nationale ou locale, à tout le moins telle que formulée par l'Institut Montaigne : « *On le sait : le pouvoir dans l'entreprise française s'exerce fréquemment seul*[7] ».

Jusqu'à la loi n° 420-2001 du 15 mai 2001 portant nouvelles régulations économiques (loi NRE), en effet, les sociétés de droit français étaient, dans le concert des démocraties industrialisées, celles dont le régime juridique concentrait l'essentiel des pouvoirs de gestion entre les mains d'une personne, le président-directeur général (PDG), incarnation d'un *führerprinzip* hérité du droit de Vichy[8], cumulant la présidence du conseil (PCA) et la

5 Middlenext, *Code de gouvernement d'entreprise*, 2021, p. 8.

6 OCDE, *Principes de gouvernement d'entreprise*, 2021, p. 14.

7 Institut Montaigne, *Mieux gouverner l'entreprise*, 2003, p. 70.

8 Les fonctions ont bien été dissociées du milieu du 19e siècle jusqu'à la seconde guerre mondiale. C'est une loi du 16 novembre 1940 qui, réagissant contre ce qui fut alors considéré comme un éparpillement des responsabilités, institua le PDG comme chef de la SA. Une autre loi du 3 mars 1943 vint préciser les conditions de l'assistance du

Copyright © PUSEK, Kaslik, 2023 | All Rights Reserved

direction générale (DG)[9]. Or, dans la suite des scandales retentissants des années quatre-vingt-dix mettant en cause la concentration des pouvoirs sus décrite qui « *crée un problème de conflits d'intérêts potentiels notamment entre les actionnaires et les dirigeants*[10] » et un « *collapsus des systèmes de contrôle*[11] », des riches réflexions sur un meilleur équilibre entre les organes sociaux ont abouti aux théories, codes éthiques ou codes des bonnes pratiques de gouvernance de l'entreprise en tant que « *forme d'organisation de l'activité économique*[12] » et « *agent économique autonome*[13] ». Ayant pris naissance aux États-Unis et au Royaume-Uni, ce sont ces recommandations qui, au nom des principes « *qui peuvent contribuer utilement à améliorer le gouvernement d'entreprise*[14] », vont postuler entre autres une dissociation du PCA et du DG – la première instance étant chargée du contrôle de la seconde – comme gage de bonne gouvernance[15], et qui vont être reprises en droit français par la loi NRE non sans un certain scepticisme au départ[16]. La doctrine a dépeint la situation ayant présidé à l'adoption de la loi ainsi que l'évolution qui en découlait en rappelant que, « *à la fin des années 1990, des critiques de plus en plus nombreuses se sont développées envers l'omnipotence des pouvoirs des PDG (…) et (…) contre ce pouvoir autocratique*[17] ». Cette réforme législative a, en *hard law*, fait de la dissociation une simple possibilité, laissant ainsi subsister le cumul des fonctions comme une option ouverte aux entreprises. La *soft law* a exactement épousé la même logique. L'approche de la *soft law* est ainsi peu originale comparée à la *hard law* et, si elle n'en épouse pas parfaitement la

---

« chef » (PDG) par un DG adjoint (DGA). V. AFEP-CNPF, *Le conseil d'administration des sociétés cotées*, Rapport Vienot I, Juillet 1995, p. 10.

9 Ph. MERLE et A. FAUCHON, *Droit commercial. Sociétés commerciales*, Dalloz, 24e éd., 2020/2021, n° 470.

10 S. BOULERNE et J.-M. SAHUT, « *Les sources d'inefficacité des mécanismes de gouvernance d'entreprise* », *Management & Avenir*, 2010/3, n° 33, p. 374, évoquant la théorie de l'agence.

11 L. MÉNIÈRE, Préface à Institut Montaigne, *Mieux gouverner l'entreprise*, p. 5.

12 OCDE, *Principes de gouvernement d'entreprise*, p. 12.

13 AFEP-CNPF, *Le conseil d'administration des sociétés cotées*, Rapport Vienot I, p. 8.

14 OCDE, *Principes de gouvernement d'entreprise*, p. 4.

15 V. à ce propos X. BRÉDART, « La gouvernance d'entreprise a-t-elle évolué ? Analyse des entreprises du SBF 120 sur la période 2000-2015 », *Management & Avenir*, 2020/3, n° 117, p. 63 s., spéc. p. 64, 68.

16 AFEP-MEDEF, *Rapport du comité sur le gouvernement d'entreprise*, Rapport Vienot II, Juillet 1999, p. 2.

17 Ph. MERLE et A. FAUCHON, *Droit commercial. Sociétés commerciales*, n° 470.

Copyright © PUSEK, Kaslik, 2023 | All Rights Reserved

force par nature, ses recommandations n'en sont pas moins pourvues d'une certaine normativité[18] en dépit de ce que leurs auteurs ou leurs destinataires en ont parfois un regard ambivalent[19].

Dans la conception française, en particulier pour les sociétés dont les titres sont admis aux négociations sur un marché financier réglementé[20], l'adhésion à ces recommandations se fait tout à fait volontairement. Depuis la loi n° 2008-649 du 3 juillet 2008 portant diverses dispositions d'adaptation du droit des sociétés au droit communautaire, quoique libre, l'adhésion fait naître dans leur chef l'obligation de justifier la non-application du code de gouvernement d'entreprise auquel elles se réfèrent[21]. En ce qui concerne la question de la dissociation, au sommet de la société, des fonctions de direction (DG) et de contrôle (PCA), ce n'est pas sans une certaine résistance que les milieux d'affaires et la *soft law* l'ont envisagée car c'est seulement avec le rapport Vienot II publié quatre années après le rapport Vienot I que fut notée une évolution sur ce point ; le second rapport réservant à la « *dissociation des fonctions de président et de directeur général* » une partie entière, et pas la moins bien située, la première[22]. Et ce, avant la loi NRE qui, deux ans plus tard, en fit une option. Ainsi, *hard law* et *soft law* ont intégré le non-cumul des fonctions sans l'imposer comme étant « *la* » norme, l'idéal en termes de gouvernance ; les pressions en vue de sa mise en œuvre étant surtout venues des investisseurs, en particulier anglo-saxons.

À l'aune de ces développements, une question n'a dès lors de cesse de se poser : étant parfaitement légal, le cumul des deux fonctions serait-il contraire à une certaine éthique des affaires, celle qui plaide que les rôles

---

18 P. DEUMIER, « Chartes et codes de conduite des entreprises : les degrés de normativité des engagements éthiques », *RTD civ.* 2009, p. 77.

19 Elles sont ainsi perçues comme de véritables « *normes fondamentales* » avec toutefois un « *caractère non-contraignant* » (v. OCDE, *Principes de gouvernement d'entreprise*, p. 4). Ailleurs, il en est question comme de « *règles, normatives ou éthiques* » (v. Institut Montaigne, *Mieux gouverner l'entreprise*, p. 109-110).

20 Conçues pour les sociétés de capitaux cotées en bourse, les recommandations sont généralement reconnues comme étant applicables aux entreprises non cotées moyennant des adaptations. V. not. en ce sens : OCDE, *Principes de gouvernement d'entreprise*, p. 4 ; AFEP-MEDEF, *Code de gouvernement d'entreprise des sociétés cotées*, 2020, p. 1.

21 C. com., anc. art. L. 225-37-4 et L. 225-68, et désormais art. L. 22-10-10, 4°.

22 V. sur cette évolution : AFEP-MEDEF, *Rapport du comité sur le gouvernement d'entreprise*, Rapport Vienot II, p. 5-6 ; AFEP/AGREF-MEDEF, *Pour un meilleur gouvernement des entreprises cotées*, Rapport Bouton, Septembre 2002, p. 5. Comp. avec la préconisation de la dissociation formulée par le rapport Cadbury au Royaume-Uni dès 1992.

Copyright © PUSEK, Kaslik, 2023 | All Rights Reserved

soient bien différenciés et que le dirigeant exécutif ne soit pas son propre surveillant ? À l'opposé, ou en nuance, une autre interrogation émerge : le souci d'efficacité, particulièrement en temps de crise, ne plaide-t-il pas *a contrario* en faveur du cumul ? Cette double interrogation est d'autant d'actualité que, à la faveur de la crise du Covid-19, nombre de grandes sociétés françaises ont vu leurs actionnaires réclamer l'abolition du cumul et la mise en place d'une dissociation, tandis que dans d'autres sociétés des observateurs avertis voire des parties prenantes considéraient à contre-courant que le cumul aurait permis à moult sociétés de s'adapter rapidement à la situation de crise et d'en minimiser les effets négatifs[23]. Au non-cumul la médaille de l'éthique, et au cumul le diadème de l'efficacité ? La dissociation ne garantirait-elle aucune efficacité ou performance de l'entreprise, et le cumul serait-il forcément contraire à l'éthique ?

Dans leur immense majorité, il est vrai, les standards nationaux et internationaux en matière de gouvernance « *éthique* » des entreprises parmi les plus en vue – et dans leur suite de nombreuses réformes législatives – font l'éloge du non-cumul. L'OCDE notamment a, dès les premières éditions de ses « Principes de gouvernement d'entreprise », pris position en faveur de la dissociation des fonctions de PCA et de DG. En France, le droit positif laisse aux entreprises un libre choix entre cumul et non-cumul. La problématique est d'autant digne d'intérêt en raison des flux et reflux des deux modes de gouvernance qui s'observent soit entre les systèmes juridiques au plan international, soit dans le cadre d'un même État, en l'occurrence la France, en fonction des époques et de certains facteurs.

Aussi, tenant compte de l'opinion dominante et partant du droit positif et des recommandations ou préceptes de la *soft law*, la présente étude considère la répartition des pouvoirs entre les organes telle que définie en droit et mise en œuvre en pratique, et évalue l'intérêt et les supposées vertus de celui des deux modèles qui serait le plus voire le seul éthique, à savoir celui consistant en la dissociation des fonctions, comparé au cumul des fonctions qui serait davantage un outil au service de l'efficacité de la gouvernance sociale voire

23 I. CHAPERON, « Le PDG, une espèce de plus en plus contestée au sein des entreprises du CAC 40 », 2 mars 2021, <https://www.lemonde.fr/economie/article/2021/03/02/le-pdg-une-espece-de-plus-en-plus-contestee-au-sein-des-grands-groupes-du-cac-40_6071703_3234.html> ; M. JASOR, « Président/directeur général : pourquoi la dissociation des pouvoirs du PDG gagne du terrain », 1 mars 2021, <https://www.lesechos.fr/idees-debats/leadership-management/president-directeur-general-pourquoi-la-separation-des-pouvoirs-du-pdg-gagne-du-terrain-1294251>.

Copyright © PUSEK, Kaslik, 2023 | All Rights Reserved

de la performance économique. La dissociation des fonctions de direction et de contrôle passe ainsi pour un postulat éthique, étant largement encensée (**I**). Elle trouve aussi des vents contraires qui, l'éprouvant à l'aune de certains impératifs d'efficacité et de réalisme, lui contestent le statut d'unique et parfaite réponse aux problèmes de gouvernance qu'elle est censée prévenir ou résoudre (**II**).

I. La dissociation encensée

Il est incontestablement de tendance de plébisciter le non-cumul des fonctions de direction et de contrôle (**A**), dans la mesure où un grand nombre de vertus semblent découler de son déploiement en pratique (**B**).

A. La dissociation plébiscitée

Dans une de ses plus récentes études, l'Autorité des marchés financiers (AMF) fait l'éloquent constat « *que parmi les 45 sociétés anonymes à conseil d'administration comprises dans l'échantillon, 25 sociétés ont dissocié les fonctions de (PCA) et de (DG). Parmi les 30 sociétés anonymes à conseil d'administration du CAC 40 comprises dans l'échantillon, 17 sociétés ont adopté la dissociation des fonctions. Parmi les 25 sociétés anonymes à conseil d'administration de l'échantillon ayant opté pour la dissociation des fonctions, 5 sociétés ont fait ce choix au second semestre 2020 ou en 2021*[24] ». La dissociation paraît donc comme l'option majoritaire désormais[25] et semble même progresser, sans qu'il ne soit question, on le voit, d'une écrasante prédominance. La faveur qu'emporte ce mode de gouvernance s'explique par ses qualités propres.

C'est que, en consacrant sous l'influence des préconisations de la *corporate governance* la possibilité de dissociation des fonctions de PCA et de

---

24 AMF, *Rapport 2021 sur le gouvernement d'entreprise et la rémunération des dirigeants des sociétés cotées*, 2 Décembre 2021, p. 3.

25 De nombreuses études ont mis en évidence un faible nombre de cas de dissociation des fonctions entre l'adoption de la loi NRE en 2021 et la seconde moitié de la décennie 2010-2020, suivi d'un net développement depuis. Comp. avec les pays anglo-saxons dont les États-Unis (: tendance favorable au non-cumul, environ 55% des sociétés du S&P 500 cumulent les deux fonctions contre 75% dans les années 2000), le Royaume-Uni (: autour de 90% des sociétés optent pour la dissociation), et le Canada (: plus des trois-quarts des grandes sociétés cotées dissocient les fonctions). V. not. Institut Montaigne, *Mieux gouverner l'entreprise*, p. 71 ; X. BRÉDART, « La gouvernance d'entreprise a-t-elle évolué ? Analyse des entreprises du SBF 120 sur la période 2000-2015 », *Management & Avenir*, p. 73 ; A. LAURIN, « The role of the chair of the board of directors », *In Fact and In Law*, Lavery de Billy Barristors and Solicitors, Canada, 2008.

Copyright © PUSEK, Kaslik, 2023 | All Rights Reserved

DG, le législateur entendait définir une nouvelle configuration des pouvoirs entre les organes sociaux des SA dont le bienfondé et par conséquent le succès ne peuvent être appréhendés que compte tenu des prérogatives respectives de ces derniers. L'idée cardinale est d'avoir à la tête du CA une personne qui cumule ou pas la présidence de cet organe avec la direction des affaires sociales. Aussi, s'agissant en premier lieu du CA en tant qu'organe collégial, la loi lui assigne des prérogatives générales de manière assez élargie : « *Le conseil d'administration détermine les orientations de l'activité de la société et veille à leur mise en* œuvre, *conformément à son intérêt social, en considérant les enjeux sociaux, environnementaux, culturels et sportifs de son activité. Il prend également en considération, s'il y a lieu, la raison d'être de la société définie en application de l'article 1835 du code civil. Sous réserve des pouvoirs expressément attribués aux assemblées d'actionnaires et dans la limite de l'objet social, il se saisit de toute question intéressant la bonne marche de la société et règle par ses délibérations les affaires qui la concernent.*

Dans les rapports avec les tiers, la société est engagée même par les actes du conseil d'administration qui ne relèvent pas de l'objet social, à moins qu'elle ne prouve que le tiers savait que l'acte dépassait cet objet ou qu'il ne pouvait l'ignorer compte tenu des circonstances, étant exclu que la seule publication des statuts suffise à constituer cette preuve.

Le conseil d'administration procède aux contrôles et vérifications qu'il juge opportuns. Le président ou le directeur général de la société est tenu de communiquer à chaque administrateur tous les documents et informations nécessaires à l'accomplissement de sa mission[26] ». Garant de l'intérêt social et de la raison d'être de la société, le CA est appelé à exercer diligemment toutes les prérogatives à lui attribuées, en particulier son pouvoir – par ailleurs un devoir – de surveillance.

En sus de ces prérogatives générales et essentielles, le CA, dont les membres sont nommés et le cas échéant révoqués par les actionnaires en AG[27], dispose à son tour sur les dirigeants sociaux exécutifs d'un pouvoir de nomination[28] et de révocation[29]. Il est de surcroît en charge de la détermination de leur rémunération, et son pouvoir en la matière s'étend

26 C. com., art. L. 225-35, al. 1er à 3.

27 C. com., art. L. 225-18.

28 C. com., art. L. 225-47 (PCA), L. 225-51-1 (PDG et DG), L. 225-53 (DG délégués ou DGD).

29 C. com., art. L. 225-47 (PCA), L. 225-55 (PDG et DG), L. 225-53 (DGD).

Copyright © PUSEK, Kaslik, 2023 | All Rights Reserved

de la définition de la politique de rémunération des mandataires sociaux en général[30] à la fixation du quantum de ce que doit percevoir tel ou tel dirigeant en particulier[31]. C'est lui qui répartit librement entre ses membres l'enveloppe globale de rémunération allouée par l'AG et autorise les remboursements des frais[32]. En direction des détenteurs du capital social, ses pouvoirs sont aussi non négligeables. C'est en effet le CA qui normalement convoque les AG et en fixe l'ordre du jour[33]. Le même organe remplit un rôle pivot en matière d'information en interne et en externe. D'abord en interne, vis-à-vis des actionnaires, c'est le CA qui « *doit adresser ou mettre à la disposition des actionnaires les documents nécessaires pour permettre à ceux-ci de se prononcer en connaissance de cause et de porter un jugement informé sur la gestion et la marche des affaires de la société*[34] ». Il doit notamment, à ce titre, rédiger le rapport de gestion de la société envisagée soit seule soit comme société-mère à la tête d'un groupe[35] ainsi que le rapport sur le gouvernement d'entreprise[36], et dans les mêmes conditions c'est sous sa responsabilité que sont établis et arrêtés les documents comptables de la société ou du groupe qu'elle contrôle[37]. Ses membres peuvent être contraints sous astreinte à communiquer ou transmettre une grande variété de documents ou informations visés par la loi[38]. Son président est identifié comme destinataire des questions écrites que les actionnaires peuvent poser dans le cadre d'une procédure d'expertise

30 Tel est le cas dans les sociétés cotées : C. com., art. L. 22-10-8 s.

31 C. com., art. L. 225-47 et L. 22-10-16 (PCA), L. 225-53 et L. 22-10-17 (DG et DGD), L. 225-51-1 (PDG). Il répartit entre ses membres l'enveloppe globale qui leur est allouée au titre de la rémunération par l'AG (v. art. L. 225-45, L. 225-46, L. 22-10-14 et L. 22-10-15).

32 C. com., art. L. 225-44 s., et art. R. 225-33.

33 C. com., art. L. 225-103, I, et L. 225-105.

34 C. com., art. L. 225-108, al. 1er. Sur l'influence de ce rôle dans les rapports de pouvoir au sein de la société, v. L.-D. MUKA TSHIBENDE, *L'information des actionnaires, source d'un contre-pouvoir dans les sociétés anonymes de droit français et du périmètre OHADA*, nos 218 s.

35 C. com., art. L. 123-12 s. et L. 232-1, II, pour la société isolée d'une part ; art. L. 233-6, L. 233-19 s., spéc. art. L. 233-26 et R. 233-1 s. pour les groupes de sociétés.

36 C. com., art. L. 225-37, al. 6.

37 C. com., art. L. 232-1, I, et spec. art. L. 233-16 pour les comptes consolidés du groupe. Ces documents comptables, éventuellement certifiés conformes par l'organe en charge du contrôle légal des comptes (: art. L. 823-9), doivent être publiés (: art. L. 232-23, R. 225-83) et communiqués aux actionnaires (: art. L. 225-115, R. 225-83) en vue de leur approbation le cas échéant en AG (: art. L. 225-100).

38 C. com., art. L. 238-1.

Copyright © PUSEK, Kaslik, 2023 | All Rights Reserved

de gestion dont le CA recevra rapport[39], ainsi que de celles pouvant être soulevées dans le cadre d'une alerte[40] ; et ce sera au CA de répondre en AG aux questions écrites posées par des actionnaires avant la tenue de celle-ci[41]. Ensuite, en externe, lorsqu'il se charge des mesures de publicité à l'égard du public *lato sensu* et de la transparence due aux marchés financiers plus particulièrement, notamment par la diffusion des comptes sociaux.

Il sied enfin, sans prétention aucune à l'exhaustivité, de faire état de son ministère en tant que vigie dans la vie contractuelle de la société ès-qualité de gendarme des conflits d'intérêts. Il intervient dans la mise en œuvre des clauses d'agrément[42], et le régime des conventions mettant aux prises la société avec ses dirigeants, actionnaires, ou leurs proches n'est par ailleurs pas le dernier à venir à l'esprit car, à l'instar des cautions, avals et garanties[43], ces conventions sont dites réglementées et soumises à l'autorisation préalable du CA[44]. Il veille à la déclinaison concrète de la raison d'être de la société telle que définie par le Code civil (C. civ.), ce qui induit selon l'AMF que le CA assure « *la revue régulière (…) et le suivi des engagements pris au titre de la raison d'être (et) examine régulièrement l'évolution des travaux de l'entreprise à ce sujet*[45]».

---

39 C. com., art. L. 225-231.

40 C. com., art. L. 225-232.

41 C. com., art. L. 225-108, R. 225-73, R. 225-84

42 L'art.228-24 al. 2 C.com dispose que : « *(si) la société n'agrée pas le cessionnaire proposé, le conseil d'administration (…), ou les gérants, selon le cas, sont tenus, dans le délai de trois mois à compter de la notification du refus, de faire acquérir les titres de capital ou valeurs mobilières donnant accès au capital, soit par un actionnaire ou par un tiers, soit, avec le consentement du cédant, par la société en vue d'une réduction du capital* ».

43 C. com., art. L. 225-35, al. 4.

44 C. com., art. L. 225-38 s. Les conventions conclues sans cette autorisation peuvent être annulées (C. com., art. L. 225-42), alors que celles autorisés par le CA mais non approuvées par les actionnaires en AG demeureront valables puisqu'il est disposé qu'elles « *produisent leurs effets à l'égard des tiers, sauf lorsqu'elles sont annulées dans le cas de fraude* » (art. L. 225-41, al. 1er). Dans ce dernier cas, « *(même) en l'absence de fraude, les conséquences, préjudiciables à la société, des conventions désapprouvées peuvent être mises à la charge de l'intéressé et, éventuellement, des autres membres du conseil d'administration* » (art. L. 225-41, al. 2).

45 AMF, *Rapport 2020 sur le gouvernement d'entreprise et la rémunération des dirigeants des sociétés cotées*, 24 Décembre 2020, p. 38 s. spéc. p. 40. Sur le fondement de l'art. L. 225-35 C. com., le CA formule la raison d'être (v. art. 1835 C. civ.), le cas échéant dans un cadre élargi à d'autres parties prenantes, dont l'insertion éventuelle dans les statuts nécessitera une approbation par les actionnaires. Au cours de la vie sociale, il lui appartient de veiller à ce que les dirigeants exécutifs n'en fassent pas un simple objet marketing.

Copyright © PUSEK, Kaslik, 2023 | All Rights Reserved

De la sorte apparaît le rôle prééminent du CA, lequel justifie de par le monde qu'il soit au cœur des préoccupation de la *corporate governance*, et qu'en France particulièrement il soit autorisé de le considérer comme le creuset et l'un des lieux de réalisation de l'idéal républicain : liberté[46], égalité[47], fraternité[48]. Doté de si grands pouvoirs, le CA peut avoir comme président soit la personne en charge de la direction générale qu'il est censé surveiller, soit une personne étrangère à celle-ci. Cela n'est point anodin ni dépourvu d'incidences sur la gouvernance, lorsque s'envisagent les attributions respectives du PCA, du DG, et du PDG cumulant les deux casquettes. Pris séparément, il découle des termes de la loi que le PCA, de première part, « *organise et dirige les travaux de celui-ci, dont il rend compte à l'assemblée générale. Il veille au bon fonctionnement des organes de la société et s'assure, en particulier, que les administrateurs sont en mesure de remplir leur mission*[49] ». Le DG, de seconde part, « *est investi des pouvoirs les plus étendus pour agir en toute circonstance au nom de la société. Il exerce ces pouvoirs dans la limite de l'objet social et sous réserve de ceux que la loi attribue expressément aux assemblées d'actionnaires et au conseil d'administration. Il représente la société dans ses rapports avec les tiers. La société est engagée même par les actes du directeur général qui ne relèvent pas de l'objet social, à moins qu'elle ne prouve que le tiers savait que l'acte dépassait cet objet ou qu'il ne pouvait l'ignorer compte tenu des circonstances, étant exclu que la seule publication des statuts suffise à constituer cette preuve*[50] ». Quant au PDG, il concentrera entre ses mains les attributs de l'un comme de l'autre.

Confier la présidence du CA, organe de contrôle de la gestion, à une personne qui est en même temps DG, organe en charge de la gestion, n'est donc pas sans risques réels et sérieux. Les abus en ce domaine et les

---

46 Il existe de plus ou moins larges possibilités d'aménagements conventionnels de ses missions, sa composition, son fonctionnement (e.g. art. L. 225-17, L. 225-19 s., L. 225-25, L. 225-35 al. 2 à L. 225-37).

47 Une représentation équilibrée des deux sexes, femmes et hommes, en son sein (e.g. art. L. 225-18-1), et plus globalement son rôle en matière d'égalité professionnelle (e.g. art. L. 225-37-1).

48 Une forme d'inclusivité due, entre autres, à la représentation de certaines parties prenantes dont les salariés (e.g. art. L. 225-21-1 s., L. 225-27 à L. 225-32).

49 C. com., art. L. 225-51. Depuis la loi NRE, le président « *perd les prérogatives de direction générale et de représentation de la société* » : V. MAGNIER, *Droit des sociétés*, 9e éd., Dalloz, n° 548.

50 C. com., art. L. 225-56, I. À l'égard des tiers, les DGD éventuellement nommés sont investis des mêmes pouvoirs que le DG (v. art. L. 225-56, II).

Copyright © PUSEK, Kaslik, 2023 | All Rights Reserved

dommages qui en ont résulté par le passé pour les actionnaires et d'autres parties prenantes expliquent pourquoi, bien que le cumul soit parfaitement licite, les préconisations éthiques sont largement en faveur de la dissociation des deux fonctions, actuellement plébiscitée en pratique.

B. La dissociation pratiquée

Pour licite qu'elle soit, le cumul, jadis seule modalité de gouvernement des SA jusqu'à la loi NRE, n'en est pas moins qu'une option depuis. Le Code de commerce dispose en ce sens : « *La direction générale de la société est assumée, sous sa responsabilité, soit par le président du conseil d'administration, soit par une autre personne physique nommée par le conseil d'administration et portant le titre de directeur général.*

Dans les conditions définies par les statuts, le conseil d'administration choisit entre les deux modalités d'exercice de la direction générale visées au premier alinéa. Les actionnaires et les tiers sont informés de ce choix dans des conditions définies par décret en Conseil d'État.

Lorsque la direction générale de la société est assumée par le président du conseil d'administration, les dispositions de la présente sous-section relatives au directeur général lui sont applicables[51] ». La volonté du législateur est explicite. Il pose *in limine* une alternative, un droit absolu, ouvrant le choix entre le cumul et la dissociation de la présidence du conseil et de la direction générale. Il repartit ensuite les rôles dans l'exercice du choix. Premièrement, aux fondateurs ou aux actionnaires, selon que le choix est exercé à la création de la société ou en cours de vie sociale, le soin de définir dans le pacte social les conditions d'exercice de l'option : quorum, majorité, délai de basculement, etc[52]. Faute pour les statuts de porter ces règles, le régime ordinaire de prise de décisions par le CA s'appliquera[53]. Deuxièmement, au CA et à lui seul le pouvoir de choisir l'une des deux modalités de gouvernance. Aucune disposition d'ordre conventionnel, statutaire ou autre, ni une décision de l'AG, ne peut attenter à ce droit exclusif dévolu au CA.

---

51 C. com., art. L. 225-51-1.

52 A. CHARVÉRIAT, A. COURET, B. MERCADAL, *Sociétés commerciales*, Mémento pratique Francis Lefebvre, 2007, n° 8230.

53 C. com., art. L. 225-36-1 et L. 225-37.

Copyright © PUSEK, Kaslik, 2023 | All Rights Reserved

Le CA est donc en principe libre de son choix, celui-ci « *devant toujours être réversible sur une nouvelle décision*[54] ». Ne pouvant ni exclure ni imposer le cumul ou la dissociation, les actionnaires ne peuvent qu'agir indirectement en recomposant un CA, le rendant sensible à leur vœu. Il ne peut non plus être exclu que la décision du CA soit le fruit d'une conviction née du dialogue avec différentes parties prenantes ou de pressions de celles-ci, dont les actionnaires[55]. Maîtres du pacte social, ils peuvent toujours décider en ultime lieu de changer la forme sociale. L'État-actionnaire n'est pas en reste puisqu'il privilégie ouvertement la dissociation de la gouvernance dans les entreprises dont il détient une portion du capital[56]. En toute hypothèse, la mise en œuvre par le CA de ce droit donne lieu à des mesures de publicité destinées aux actionnaires[57] et aux tiers[58]. Pour les co-contractants de la société, en effet, ces mesures permettent de s'assurer des pouvoirs de celui qui prétend l'engager contractuellement.

Ne pouvant rendre obligatoire ce que le législateur a érigé en option, les principales préconisations de la *soft law* – dont il peut être noté la convergence

---

54 AFEP-MEDEF, *Rapport du comité sur le gouvernement d'entreprise*, Rapport Vienot II, p. 24.

55 V. p. ex. pour le rôle actif de deux actionnaires de Danone SA (: Bluebell Capital Partners et Artisan Partners) dans la décision de dissocier les fonctions : I. CHAPERON et L. GIRARD, « Emmanuel Faber, un statut à moitié déboulonné », 2 mars 2021, <https://www.lemonde.fr/economie/article/2021/03/02/danone-emmanuel-faber-voit-son-statut-a-moitie-deboulonne_6071679_3234.html> ; G. GUILLAUME, « Danone : Faber pas dogmatique sur la dissociation des fonctions de PDG », 31 janvier 2021, <https://www.usinenouvelle.com/article/danone-faber-pas-dogmatique-sur-la-dissociation-des-fonctions-de-pdg.N1055649>.

56 V. Agence des Participations de l'État (APE), « La gouvernance des entreprises à participation publique : un cadre de gouvernance normalisé et professionnalisé », 26 mai 2021, <https://www.economie.gouv.fr/agence-participations-etat/presidents-des-conseils-dadministration-ou-surveillance-des-entreprises>.

57 C. com., art. L. 225-37-4, 4°, relatif au rapport sur le gouvernement d'entreprise émanant du CA, soit le premier rapport soit celui suivant une modification du choix ; et art. R. 225-93 disposant que « *l'actionnaire peut, par lui-même ou par mandataire, prendre connaissance, au siège social ou au lieu de la direction administrative, de l'extrait du procès-verbal contenant la décision du conseil d'administration relative au choix de l'une des deux modalités d'exercice de la direction générale* ». – Sur la justification du choix et de toute modification ultérieure, *adde* : AMF, *Recommandation consolidée* n° 2012-02 relatif au choix du mode de gouvernance des sociétés cotées.

58 C. com., art. R. 123-54 (: déclaration de l'identité des dirigeants aux fins de l'immatriculation), art. R. 123-105 et R. 123-109 (: formalité de dépôt), et art. R. 225-27 (: avis dans un support d'annonces légales).

Copyright © PUSEK, Kaslik, 2023 | All Rights Reserved

très relative avec les standards internationaux – traitent de la mise en œuvre par le CA du choix qu'offre la loi. À la différence d'autres Codes de bonnes pratiques au plan international, ceux qui sont promus en France adoptent une position de neutralité, ne prenant position ni pour le cumul ni pour la dissociation. Ils formulent toutefois des recommandations auxquelles les sociétés sont appelées à se conformer selon qu'elles optent pour l'une ou l'autre des deux formules. En vertu de la règle *comply or explain* (appliquer ou justifier) introduite en droit français par la loi n° 2008-649 du 3 juillet 2008 portant diverses dispositions d'adaptation du droit des sociétés au droit communautaire, les sociétés qui se réfèrent à un code de gouvernement d'entreprise sont tenues de l'appliquer ou, à défaut, d'expliquer les raisons pour lesquelles elles en écartent certaines dispositions[59]. Sur la question du cumul ou du non-cumul des fonctions de PCA et de DG, le Code AFEP-MEDEF dispose que le CA choisit entre les deux formules « *en application de la loi*[60] », et que « *la loi ne privilégie aucune formule*[61] ». C'est également à l'ombre de la loi que le Code Middlenext évoque un besoin de « *clarification (qui) implique une séparation entre le pouvoir de direction et le pouvoir de surveillance* » mais que « *le système de gouvernance doit être adapté*[62] » ; sous-entendant que nulle formule n'est érigée en règle. L'approche de ces deux principaux Codes français[63] est ainsi empreinte de neutralité, à l'image, dans leur esprit, des standards de l'OCDE qui énoncent que « *la séparation des fonctions de (DG) et de (PCA) fait ''parfois'' figure de bonne pratique*[64] ». Ils ne prennent pas parti pour l'une ou l'autre formule, faisant leur le « *ni-ni* » du législateur.

Ce positionnement tranche avec la préconisation de l'Association française de gestion financière (AFG) qui, dans ses recommandations, se dit « *favorable au principe de la séparation des pouvoirs exécutifs et de contrôle sous forme d'une dissociation des fonctions*[65] ». L'approche est davantage moins neutre

59 C. com., art. L. 22-10-10, 4°.

60 AFEP-MEDEF, *Code de gouvernement d'entreprise des sociétés cotées*, §1.3.

61 *Ibid*., §3.2.

62 Middlenext, *Code de gouvernement d'entreprise*, p. 6.

63 Au 31 décembre 2019, parmi les sociétés du SBF 120, 105 se réfèrent au Code AFEP-MEDEF, 4 au Code Middlenext, 10 à un Code étranger, et une à aucun Code de gouvernement d'entreprise. V. AMF, *Rapport 2020 sur le gouvernement d'entreprise et la rémunération des dirigeants des sociétés cotées*, p. 44.

64 OCDE, *Principes de gouvernement d'entreprise*, §VI.E.

65 AFG, *Recommandations sur le gouvernement d'entreprise*, Janvier 2021, §2.1.3.

Copyright © PUSEK, Kaslik, 2023 | All Rights Reserved

en droit comparé, notamment au Royaume-Uni où il découle du principal Code de gouvernement d'entreprise que « *there should be a clear division of responsibilities between the leadership of the board and the executive leadership of the company's business*[66] ». À côté des recommandations de la *soft law*, l'attitude des Autorités de régulation est également variable, entre d'une part l'AMF qui, comme les rédacteurs des Codes AFEP-MEDEF et Middlenext, fait preuve de neutralité[67], et l'ACPR (Autorité de contrôle prudentiel et de régulation) d'autre part qui, à l'instar du Code britannique, est favorable à la dissociation des fonctions dans les sociétés qu'elle supervise et entend que cette formule s'impose comme la norme lorsque ces entités sont cotées en bourse et dans les groupes d'assurance de grande taille[68]. Ce qui demeure une évidence, c'est que la tendance actuelle est à la dissociation, corroborée par les récentes enquêtes de l'AMF, et ce en raison sans doute des vertus prêtées à cette formule.

Au nombre des vertus attribuées à la dissociation des fonctions figure d'abord le fait qu'elle a été, dès son adoption en France, conçue comme une anti-dérive face aux abus moult fois avérés du cumul des fonctions[69]. Elle « *refléterait une gouvernance d'entreprise moderne*[70] » et, « *organisée de façon pérenne, (..) est conforme aux meilleures pratiques de gouvernance*[71] ». En ce sens, la dissociation permet *a priori* d'assurer un meilleur équilibre des pouvoirs ainsi qu'une clarification des rôles des différentes instances de gouvernance,

---

66 Financial Reporting Council (FRC), *UK Corporate Governance Code*, July 2018, §2G. Sous le §2, la disposition n° 9 renchérit : « *The roles of chair and chief executive should not be exercised by the same individual* ».

67 L'AMF indique « *qu'elle ne prend pas position sur le choix d'organisation de la gouvernance le plus adapté (dissociation ou unicité des fonctions), qui relève (…) du libre choix du (CA)* » : AMF, *Rapport 2021 sur le gouvernement d'entreprise et la rémunération des dirigeants des sociétés cotées*, p. 46.

68 V. ACPR, *Le cadre de gouvernance dans le secteur de l'assurance après cinq ans de mise en œuvre de Solvabilité II*, Communiqué de presse, 15 Juillet 2020, < https://acpr.baqnue-france.fr/>.

69 Sur les abus résultant de « *cette concentration des pouvoirs sur une même tête* », cf. Ph. MERLE et A. FAUCHON, *Droit commercial. Sociétés commerciales*, 24e éd., n° 476.

70 A. HAVERLAND, « Pourquoi des actionnaires demandent à dissocier les fonctions de président et de directeur général chez Danone ? », 1 mars 2021, <https://www.usinenouvelle.com/editorial/pourquoi-des-actionnaires-demandent-a-dissocier-les-fonctions-de-president-et-de-directeur-general-chez-danone.N1065699>.

71 V. LANDRIEU, « Unicité ou dissociation du commandement des entreprises ? », 26 février 2018, <https://www.lesechos.fr/idees-debats/leadership-management/unicite-ou-dissociation-du-commandement-des-entreprises-1245824>.

Copyright © PUSEK, Kaslik, 2023 | All Rights Reserved

exécutives comme non-exécutives ; à celles-là la direction et à celles-ci le contrôle[72]. D'un côté, procédant d'une prise en compte de la lourdeur de la fonction de direction[73], elle optimiserait l'implication du DG qui serait alors pleinement investi dans la gestion des affaires, ce tandis que, de l'autre, grâce à un CA présidé par une personne autre que le DG, elle garantirait mieux l'effectivité de la fonction de surveillance[74]. Un autre mérite du non-cumul est qu'il resitue le CA dans son rôle central d'instance collégiale le plus à même de garantir la prise en compte tant de l'intérêt social que des intérêts des parties prenantes ; ce qui ne se peut sans un CA « *au-dessus de la mêlée* » et indépendant[75]. Il réduit par exemple le risque d'une information déficiente à l'égard des actionnaires[76] et optimise le traitement des conflits d'intérêts[77]. Enfin, du point de vue économique, l'on attribue également à la dissociation une possible contribution à la performance de la société[78], et elle serait moins coûteuse pour la société que le cumul des fonctions de PCA et de DG[79]. Autant de vertus qui expliquent que, du point de vue de

72 Sur la variété des pouvoirs des dirigeants, entre ceux qui doivent réellement « diriger » et ceux qui ont plutôt une mission de « contrôler », cf. B. DONDERO, *Droit des sociétés*, Hypercours Dalloz, 7e éd., 2021, n° 291.

73 Cette lourdeur explique notamment le caractère plus restrictif pour le DG – comparé au PCA – des règles limitant le cumul des mandats, ainsi que la possibilité de désigner des DGD chargés d'assister le DG : C. com., art. L. 225-21, L. 225-54-1, et L. 225-94.

74 V. not. OCDE, *Principes de gouvernement d'entreprise*, §VI ; AFEP/AGREF-MEDEF, *Pour un meilleur gouvernement des entreprises cotées*, Rapport Bouton, p. 5.

75 Fort divers sont, en effet, les intérêts en présence : actionnaires (majoritaires ou de contrôle, minoritaires, investisseurs institutionnels, etc.), salariés, créanciers, pouvoirs et acteurs publics, etc. Cf. OCDE, *Principes de gouvernement d'entreprise*, p. 5.

76 L'objectivité et l'indépendance du CA dans son rôle à la fois d'organe de contrôle et d'informateur à travers principalement l'arrêt des comptes et l'établissement du rapport de gestion et du rapport sur le gouvernement d'entreprise contribuent à la bonne information des actionnaires et des investisseurs potentiels. V. OCDE, *Principes de gouvernement d'entreprise*, §V.

77 V. sur le concept : D. SCHMIDT, *Les conflits d'intérêts dans la société anonyme*, Joly éd., 2004, p. 31.

78 Des études ont pu déboucher sur des résultats diamétralement opposés, voyant une indifférence des marchés face au cumul dans certains cas et une influence négative du cumul sur la performance dans d'autres. V. pour une synthèse : S. BOULERNE et J.-M. SAHUT, « Les sources d'inefficacité des mécanismes de gouvernance d'entreprise », p. 381.

79 La thèse est qu'en cas de cumul, la rémunération du PDG est généralement conséquente (éventuellement supérieure à la somme des rémunérations d'un PCA et d'un DG dissociés), et ce pour réduire les conflits d'intérêts dans le chef du dirigeant cumulant

Copyright © PUSEK, Kaslik, 2023 | All Rights Reserved

l'éthique de la gouvernance des entreprises, la dissociation soit plus ou moins vigoureusement soutenue. La doctrine et les résultats de certaines études dont une récente enquête de l'AMF vont en ce sens et révèlent comme motivations du « *choix* » de la dissociation, entre autres : assurer et faciliter une transition managériale en contexte de succession du PDG (dissociation « *conjoncturelle* »), prendre en compte des enjeux tels que la structure de l'actionnariat ou le besoin de séparer clairement les pouvoirs, de bénéficier d'une complémentarité des profils, de doter l'entreprise d'une gouvernance pérenne, adaptée à l'activité sociale et en phase avec les meilleures pratiques (dissociation « *structurelle* »)[80] ; enfin et pas la moindre des raisons c'est que « *they are inherently different*[81] ».

Plébiscité en éthique des affaires, le non-cumul n'est au reste pas indifférent à une certaine idée d'efficacité. Volontaire, sa mise en œuvre ne peut se faire ni indistinctement dans tous types de SA ni, là où elle est manifestement indispensable, sans quelques aménagements. Elle n'est pas la panacée.

II. La dissociation contestée

Nonobstant ses vertus, la dissociation n'est pas exempte de critiques. Elle peut, dans sa mise en œuvre, être fragilisée (**A**). Comme corollaire, des sociétés choisissent de l'écarter (**B**).

A. La dissociation fragilisée

Décidée par le CA en vertu des dispositions du Code de commerce et dans les conditions définies par les statuts sociaux, la dissociation de la présidence du CA et de la direction générale, qui n'est pas unanimement perçue comme mère de toutes les vertus, ne peut se suffire à elle-même. Il importe, afin de lui faire produire tous les effets positifs escomptés, d'explorer d'autres mécanismes de gouvernance tels que les aménagements conventionnels ou statutaires envisageables à l'ombre de la loi ou encore

---

les deux fonctions. Une étude aboutit à une conclusion nuancée. V. G. BROYE, A. FRANÇOIS, et Y. MOULIN, « Le coût de la dissociation des fonctions de président et de directeur général : une analyse par la rémunération du leadership », *JEL: G3-J33*, 2004, <www.documents.bsb-education.com>.

80 AMF, *Rapport 2021 sur le gouvernement d'entreprise et la rémunération des dirigeants des sociétés cotées*, p. 52-55.

81 M. GOERGEN, « CEO Duality: For better and for Worse », 27 avril 2021, <https://www.profmarcgoergen.com/2021/05/ceo-duality-for-better-and-for-worse.html>.

Copyright © PUSEK, Kaslik, 2023 | All Rights Reserved

une référence à des normes de *soft law* comme les codes de gouvernement d'entreprise. Une attentive observation des pratiques sociétaires met en exergue la nécessité de garde-fous.

En guise d'exemplification, une dissociation des fonctions formellement consacrée pourra, dans la réalité, être rendue totalement factice en raison de la structure du capital. C'est que celle-ci peut matérialiser l'omnipotence d'une frange de l'actionnariat qui annihile l'effectivité même de la dissociation ; le PCA et le DG, émanation d'un CA en ce cas sous contrôle, se retrouvant en situation d'hommes lige. Le non-cumul en devient purement formel. Une telle situation peut résulter de l'action d'un actionnaire pris isolément ou d'un groupe d'actionnaires éventuellement liés par un pacte d'actionnaires (pactes de vote[82], clauses d'agrément[83], clauses de préemption[84], etc.) leur permettant de constituer une majorité ultra-dominante aboutissant à « *un verrouillage du capital qui, de fait, risque de pérenniser les pouvoirs en place*[85] ». La limitation statutaire des droits de vote que les actionnaires peuvent exercer en assemblée ne pourrait être une solution car, aux termes de la loi, l'une des deux modalités de limitation qu'est le plafonnement égalitaire s'impose à toutes les actions sans distinction des catégories de titres ni des détenteurs[86], tandis que l'autre, en l'occurrence le plafonnement différencié résultant de la création d'actions de préférence sans ou avec des droits de vote le cas échéant augmentés ne semble pas pouvoir être réservé à certains actionnaires[87]. Dans

82 De jurisprudence constante, ces pactes sont jugés licites tant qu'ils n'entament pas la substance ou le libre exercice du droit de vote des actionnaires dont il constitue « *un des attributs essentiels* » : Cass. civ., 7 avr. 1932, *DP* 1933. 1. 133, note CORDONNIER.

83 Elles ne sont valables que stipulées statutairement dans les sociétés non cotées, selon l'art. L. 228-23 C. com.

84 Ces clauses peuvent être statutaires ou extra-statutaires et donnent lieu à publicité dans les conditions de l'art. L. 233-11 C. com. lorsque la société est cotée en bourse : communication à la société et à l'AMF de la clause ou de l'avenant l'introduisant et information de la date à laquelle elle prend fin ; faute de quoi « *les effets de cette clause sont suspendus, et les parties déliées de leurs engagements, en période d'offre publique* ».

85 J. MESTRE, « Le droit français des sociétés devant l'exigence de justice », *Les cahiers de droit*, 2001. 42(3), p. 827. V. aussi : OCDE, *Principes de gouvernement d'entreprise*, p. 16, évoquant parmi les questions que peuvent couvrir les pactes d'actionnaires : le vote coordonné, les modalités de sélection des membres du CA ou de son président, etc.

86 C. com., art. L. 225-125.

87 C. com., art. L. 228-11 s., aux termes duquel les droits découlant de ces actions ou les limitations y afférentes « *sont définis par les statuts et, pour les sociétés dont les actions sont admises aux négociations sur un marché réglementé ou sur un système multilatéral de négociation, dans le respect des articles L. 225-122 à L. 225-125* ».

Copyright © PUSEK, Kaslik, 2023 | All Rights Reserved

la démocratie sociétaire, la loi ne prévoit que des tempéraments très limités et strictement encadrés au principe majoritaire.

Le non-cumul des fonctions sera de même frappé d'ineffectivité lorsque la désignation d'organes de direction facultatifs redéfinit les équilibres des pouvoirs en un sens contraire à l'esprit de la loi. La jurisprudence souligne la vigilance qui doit primer en la matière. Il a ainsi été jugé que la nomination d'un PCA dissocié aux fonctions de DGD rend la dissociation ineffective et rompt l'équilibre des pouvoirs voulu par la loi, puisque comme PCA il est à la tête d'un organe social ayant pouvoir de contrôle sur le DG tandis que comme DGD il est tenu d'exécuter les décisions de ce dernier[88]. Rendu sous le visa des articles L. 225-51-1 et L. 225-56 C. com., l'arrêt convoque « *l'esprit de la loi qui veut (…) assurer une dissociation effective des fonctions de (PCA) et de (DG)*[89] ».

Outre l'impact négatif que la structure du capital et le mode d'organisation de la direction générale peuvent avoir sur l'effectivité et l'efficacité de la dissociation des fonctions, il sied de considérer le poids d'autres formes de pesanteurs. En ce sens, l'architecture institutionnelle de la SA classique suppose au demeurant un CA indépendant dans son rôle d'organe de contrôle. L'indépendance est un préalable et une des vertus que le CA et son président doivent avoir en partage[90]. Elle est d'autant indispensable que le PCA doit diligemment remplir un rôle d'homme-orchestre exerçant à la tête du CA un leadership éthique en veillant à ce que cet organe puisse déployer réellement sa mission de contrôle de la direction générale en étant à cette fin « *en mesure de porter un jugement objectif et indépendant sur la conduite des affaires de la société*[91] ». Or, la dissociation des fonctions ne préjuge pas *ipso facto* de l'indépendance du PCA. En pratique, il a ainsi pu être observé que, souvent, lorsqu'une SA passait du cumul à la dissociation, l'ex-PDG conservait la présidence du CA, d'où quelques réserves soulevées quant à l'indépendance

88 CA Lyon, 3e ch., 25 sept. 2003, n° 2003/02257, *RJDA* 2004, p. 848.

89 La solution pourrait s'appliquer aux sociétés qui font du DG le vice-président du CA, ce que l'AMF critique comme contredisant le principe d'une dissociation effective : AMF, *Rapport 2021 sur le gouvernement d'entreprise et la rémunération des dirigeants des sociétés cotées*, p. 60.

90 D'autres critères ne doivent pas pour autant être relégués au second plan tels que l'expertise, l'expérience, la crédibilité, la légitimité, l'intégrité, etc., selon A. LAURIN : "The Role of the Chair of the Board of Directors", p. 2.

91 OCDE, *Principes de gouvernement d'entreprise*, §VI.E ; et dans le même sens : Institut Montaigne, *Mieux gouverner l'entreprise*, p. 5.

Copyright © PUSEK, Kaslik, 2023 | All Rights Reserved

d'un tel PCA. Les réserves sont d'autant fondées que le DG désigné sera bien de fois « *un héritier qu'il a choisi*[92] », « *son* dauphin[93] », et que sous d'autres cieux « *un PDG qui lâche ses fonctions de directeur général pour devenir président est ainsi surtout considéré comme… non indépendant*[94] ». Selon l'AMF, « *une absence d'indépendance du (PCA) est susceptible, dans certaines conditions, de compromettre sa liberté de jugement et d'entraîner un risque de conflit d'intérêts* », et par ailleurs « *dans les cas particuliers où le (PCA) est l'ancien (PDG) et donc non-indépendant, la question se pose de savoir s'il peut alors assurer pleinement son rôle, en dirigeant les travaux du conseil consistant notamment à apprécier la gestion et la mise en œuvre de la stratégie par le nouveau directeur général*[95] ».

À l'inverse, l'ineffectivité de la dissociation pourra aussi résulter de la toute-puissance d'un DG exerçant une très grande influence en interne. Il pourrait s'agir d'un actionnaire majoritaire ou influent car solidement enraciné dans la gouvernance de l'entreprise, dans un contexte d'actionnariat éventuellement dispersé. L'influence sera encore plus grande si le DG, parce qu'étant administrateur par ailleurs, siège de droit au sein du CA aux côtés du président. Il n'en demeure pas moins, en dépit des avantages pratiques que des sociétés trouvent à cette formule[96], que cette influence peut négativement impacter le fonctionnement indépendant et effectif des autres organes dont le CA et ses comités spécialisés[97]. Le risque a pu ainsi être exposé : « *La présence du décideur au sein du CA augmente ses possibilités de défendre systématiquement les projets (la stratégie de l'entreprise) qu'il a initiés et mis en œuvre, et de s'enraciner. Pour justifier l'intérêt de ses projets aux autres*

---

92 Ph. MERLE et A. FAUCHON, *Droit commercial. Sociétés commerciales*, 24e éd., n° 470.

93 AMF, *Rapport 2021 sur le gouvernement d'entreprise et la rémunération des dirigeants des sociétés cotées*, p. 55, note (159).

94 En l'occurrence, V. LANDRIEU, « Unicité ou dissociation du commandement des entreprises ? », cite le Royaume-Uni et l'Allemagne ; et dans le même sens : Recommandation de la Commission du 15 février 2005 concernant le rôle des administrateurs non exécutifs et des membres du conseil de surveillance des sociétés cotées et les comités du conseil d'administration ou de surveillance, 2005/162/CE, *JOUE* 25.2.2005, §3.2.

95 AMF, *Rapport 2021 sur le gouvernement d'entreprise et la rémunération des dirigeants des sociétés cotées*, p. 62. Comp. avec la régulation britannique : FRC, *The UK Corporate Governance Code*, Provision n° 9, énonçant que « *The chair should be independent* ».

96 Ainsi notamment du fait que « *ce mandat (d'administrateur) constitue un complément utile et nécessaire à la fonction de (DG) (…) permet au (DG) d'être un parmi ses pairs autour de la table du conseil et au conseil de bénéficier de sa présence* ». En ce sens : AMF, *Rapport 2021 sur le gouvernement d'entreprise et la rémunération des dirigeants des sociétés cotées*, p. 60-61.

97 S. BOULERNE et J.-M. SAHUT, « Les sources d'inefficacité des mécanismes de gouvernance d'entreprise », p. 383.

Copyright © PUSEK, Kaslik, 2023 | All Rights Reserved

membres du conseil, il peut manipuler l'information en sa possession (…) la présence du (DG) au sein du CA contraint l'indépendance de ce dernier[98] ».

Dans le même ordre d'idées, une absence de description ou une description insuffisamment précise des rôles du PCA et du DG dissociés peut s'avérer problématique et priver la dissociation de ses vertus. Par conséquent, il est nécessaire de circonscrire le plus précisément possible les missions confiées aux deux organes pour réduire tout risque de chevauchement, conflit, paralysie ou neutralisation réciproque au sommet du gouvernement de l'entreprise. Cela est conforme à l'esprit de la loi qui, en instituant la possibilité de la dissociation, entendait consacrer l'équilibre et la séparation de pouvoirs bien distincts. De cet esprit, les normes de la *soft law* française ne se départissent point. Ainsi, aux termes du Code AFEP-MEDEF, « *(en) cas de dissociation des fonctions de président et de (DG), les missions confiées, le cas échéant, au président du conseil en sus de celles conférées par la loi, sont décrites*[99] », et selon le Code Middlenext, « *(en) cas de dissociation des fonctions, par exemple, lorsque le président n'est pas dirigeant opérationnel, il est indispensable de respecter la délimitation des rôles de chacun*[100] ». Dans la même veine, l'AMF considère que pour les sociétés dont le CA opte pour une dissociation, « *ce conseil organise ses interactions avec la direction générale, en prenant également des mesures particulières : définir une liste des décisions du (DG) soumises à l'approbation préalable du (CA) ; répartir clairement les pouvoirs et missions entre le (PCA) et le (DG), en évitant les zones de chevauchement potentiel (…)*[101] ». Il y a donc un puissant appel à délimiter, puis à veiller au respect des champs de responsabilités de chacun tels que délimités.

Pour le PCA d'une part, le chef des compétences qui sont siennes au-delà de celles découlant de la loi doit être explicité avec précision. En effet, si de prime abord son rôle qui relève de l'ordre interne est d'animer le CA en veillant à ce que cette instance collégiale remplisse sa mission[102],

---

98 L. GODARD et A. SCHATT, « Faut-il limiter le cumul des fonctions dans les conseils d'administration ? », *Revue des sciences de gestion*, 2005/3, n° 213, p. 61.

99 AFEP-MEDEF, *Code de gouvernement d'entreprise des sociétés cotées*, §3.2, *in fine*.

100 Middlenext, *Code gouvernement d'entreprise*, p. 17.

101 AMF, *Rapport 2021 sur le gouvernement d'entreprise et la rémunération des dirigeants des sociétés cotées*, p. 4. En ce sens, V. déjà en 1999 : AFEP-MEDEF, *Rapport du comité sur le gouvernement d'entreprise*, Rapport Vienot II, p. 10 : « *(…) il est indispensable que les actionnaires et les tiers soient parfaitement informés de l'option comme de la répartition des pouvoirs retenues par le conseil* ».

102 À titre principal : C. com., art. L. 225-51.

Copyright © PUSEK, Kaslik, 2023 | All Rights Reserved

il convient d'éviter les écueils consistant soit en une présidence affaiblie ou vidée de sa substance, soit *a contrario* en une présidence « *augmentée* » et surpuissante équipollente à une « *direction-bis*[103] ». Dans la première hypothèse, la fonction de surveillance sera amoindrie si ce n'est carrément inopérante. Dans la seconde, la fonction de direction sera gênée par une présidence envahissante. Le DG d'autre part, « *vrai patron de la société* [104] » dont la mission relève surtout de l'ordre externe doit pareillement l'exercer dans le cadre de la loi et de ce qu'est l'objet social – et une éventuelle « *raison d'être* » depuis l'entrée en vigueur de la loi PACTE modifiant l'article 1835 C. civ. – aux termes du contrat de société[105]. Des aménagements statutaires de ses larges pouvoirs sont autorisés par la loi, avec comme notable limite leur inopposabilité aux tiers[106] et « *à condition qu'elles ne restreignent pas les droits du (DG) au point d'annihiler ou tout au moins de neutraliser son rôle dans la direction générale de la société*[107] ».

L'idée qui transparaît est ainsi que l'on peut certes aménager par des clauses, même en cas de non-cumul, les contours des pouvoirs des deux

---

103 Institut Montaigne, *Mieux gouverner l'entreprise*, p. 81. Dans le contexte anglo-saxon, ce risque a été, suite à une observation des pratiques sociétaires, décrit en ces termes : « *It has frequently been noted that the regular daily physical presence of the Chair in the company's offices increases the risk of the Chair becoming involved in matters that do not concern him or the Chair falling to keep the necessary distance required to ensure the requisite "checks and balances"* » : A. LAURIN, « The role of the chair of the board of directors », p. 6.

104 M. COZIAN, A. VIANDIER et F. DEBOISSY, *Droit des sociétés*, LexisNexis, 33e éd., 2020, n° 920.

105 Dans les SA, comme dans les sociétés par actions en général et dans la société à responsabilité limité (SARL), le dépassement de l'objet social par le DG n'induit pas la nullité des actes passés. Si annulation il y avait, celle-ci supposerait la preuve que le tiers avait connaissance du dépassement, sans que cela n'écarte une possible responsabilité du DG en cas de préjudice causé à la société. V. not. B. DONDERO, *Droit des sociétés*, 7e éd., n° 295.

106 C. com., art. L. 225-56, I *in fine* (« *Les dispositions des statuts ou les décisions du conseil d'administration limitant les pouvoirs du directeur général sont inopposables aux tiers* »), et II (« *En accord avec le directeur général, le conseil d'administration détermine l'étendue et la durée des pouvoirs conférés aux directeurs généraux délégués. Les directeurs généraux délégués disposent, à l'égard des tiers, des mêmes pouvoirs que le directeur général* »).

107 Ph. MERLE et A. FAUCHON, *Droit commercial. Sociétés commerciales*, 24e éd., n° 489. Le fait pour le DG de passer outre ces aménagements – des restrictions en l'occurrence – n'empêche pas que la société soit contractuellement tenue vis-à-vis des cocontractants, le DG engageant cependant sa responsabilité à l'égard des actionnaires voire des tiers : Cass. civ. 3e, 14 juin 2018, n° 16-28.672, *BJS* 2018. 483, jugeant qu'un tiers peut invoquer la violation d'une clause des statuts par le dirigeant.

Copyright © PUSEK, Kaslik, 2023 | All Rights Reserved

organes ; cela doit toutefois se faire dans le respect de la loi et des statuts et en veillant à ce que cela n'affecte pas l'effectivité de la dissociation. On le voit, aussi encensée en éthique des affaires soit-elle, la dissociation des fonctions ne doit aucunement se faire à l'aveuglette et sans quelques mesures de prudence tout à fait justifiées. Faute de quoi, elle serait fragilisée, voire écartée.

B. La dissociation écartée

Enfin, l'on observera que la dissociation des fonctions de PCA et de DG n'est pas forcément adaptée à toutes les sociétés ni à tous les cas de figure. Il est communément admis que le non-cumul des fonctions convient davantage aux grandes sociétés et surtout celles qui sont dites cotées, et ce, non du seul fait que leurs titres sont admis aux négociations sur les marchés financiers, mais en raison de la dispersion de l'actionnariat que cela induit[108]. Il est ainsi des types de sociétés qui semblent structurellement ou conjoncturellement résister à l'attrait du mode de gouvernance dissociée. C'est fort probablement la raison pour laquelle le législateur, ne voulant pas rompre radicalement avec la longue tradition de l'unicité du commandement à la tête des SA de droit français, a fait de la dissociation une option sans l'imposer en tant qu'unique formule de gouvernance comme jadis le *führerprinzip*. Dans la *soft law* française, c'est le Code Middlenext qui, se démarquant du Code AFEP-MEDEF qui vise les entreprises cotées, exprime le mieux le besoin d'une prise en compte des particularités des entreprises, plaidant que « *(le) système de gouvernance doit être adapté* » et énonçant conséquemment que, « *(en) fonction de la structure de l'actionnariat*, *de ses perspectives*, *des attentes des parties prenantes et du contexte économique et social*, *les dirigeants et le (CA) construisent l'organisation de la gouvernance afin d'optimiser le projet économique et de favoriser la pérennité de l'entreprise*[109] ».

Parmi les entreprises sociétaires dont les particularités devraient être prises en considération afin d'éventuellement opter pour une non-dissociation des fonctions figurent les sociétés familiales ou sociétés de petite taille à actionnariat non-diffus. Dans ce type de sociétés, les familiales en

---

108 OCDE, *Principes de gouvernement d'entreprise*, préambule, *in limine*, p. 4.

109 Middlenext, *Code de gouvernement d'entreprise*, p. 6. Dans la même veine, V. Indeed Editorial Team, "CEO vs. Chairman: What are the Differences?", 8 mars 2021, <https://www.indeed.com/career-advice/finding-a-job/ceo-vs-chairman> : "*Corporate structures vary from company to company*, *based on a range of factors like nonprofit designation*, *shareholder status and governance philosophy*".

Copyright © PUSEK, Kaslik, 2023 | All Rights Reserved

particulier, toute dissociation mal pensée ou adoptée par mimétisme peut vite s'avérer factice, tant l'imbrication entre les réalités du gouvernement de l'entreprise et celles de la gouvernance de la famille – entendu forcément *lato sensu* – peut être forte. D'où le constat que « *(dans) les sociétés à forte dimension familiale (…), les principaux membres des trois pouvoirs : "exécutif", "surveillance", "souverain" sont potentiellement tous parents. Cela peut se révéler être une chance supplémentaire pour le gouvernement de l'entreprise (leadership "naturel" du chef de famille, dialogue facilité entre les divers organes sociaux, communauté d'intérêt, confiance réciproque…), mais soulever des difficultés particulières qu'il faut savoir gérer dans la durée : relations personnelles exacerbées, nécessaire passage de témoin intergénérationnel, immixtion du domaine privé, place des conjoints, etc.*[110] ».

À l'opposé de ce spectre se trouvent les grandes sociétés – cotées ou pas – avec éventuellement, voire le plus souvent, un actionnariat dispersé et internationalisé. La dissociation des fonctions, sans être leur apanage[111], semble néanmoins davantage leur correspondre du fait de l'importance de leur activité, leur puissance financière, la taille de leur actionnariat et de leur salariat, leur multi-localisation au plan national et éventuellement international, etc. Bien plus que d'autres, ces sociétés seront exposées au risque d'une toute-puissance du management qui est potentiellement source d'abus. Il en découlerait un effacement des actionnaires face aux dirigeants qui justifie pleinement l'intérêt de distinguer le management (DG) de la société de son contrôle (CA et PCA)[112].

Pour ces différentes raisons, et pour d'autres tenant à un besoin revendiqué d'efficacité – voire de *compliance* pour certaines catégories sociétaires –, des sociétés optent pour le cumul des fonctions de direction et de contrôle. Aussi est-ce aux actionnaires qu'il revient d'user de leur prérogative légale de fixer dans les statuts les conditions que le CA devra observer en optant pour la dissociation ou pour le cumul des fonctions. Le pacte social peut, à cet effet, définir les normes à considérer à l'occasion de

110 Middlenext, *Code de gouvernement d'entreprise*, p. 9-10.

111 En ce sens, via <https://www.netpme.fr/conseil/dissociation-fonctions-entre-president-directeur-general/>, les travaux spécifiquement dédiés aux entreprises de taille plus modeste, dont : Éditions législatives, « SA : dissociation des fonctions entre le président et le directeur général », 4 février 2021.

112 Le constat fut ainsi fait que « *(la) dispersion et la volatilité croissante de l'actionnariat ont réduit l'incitation à un engagement actif des actionnaires dans la surveillance des dirigeants, et ont conduit fréquemment à une 'aimable négligence' s'agissant de la nomination des administrateurs, qui, à son tour, rend possible un certain nombre de dérives* ». V. Institut Montaigne, *Mieux gouverner l'entreprise*, p. 28, 49.

Copyright © PUSEK, Kaslik, 2023 | All Rights Reserved

la décision portant sur l'opportunité et le bienfondé d'une dissociation. Il pourrait s'agir de l'évolution de la taille (bilan, chiffre d'affaires, nombre de salariés, nouvelles implantations…) de la société ou du groupe qu'elle contrôle (développements touchant au nombre des filiales…) ou dont elle est membre, de la cartographie des contrats ou des intérêts liant la société à ses dirigeants et principaux actionnaires ainsi que leurs parents et alliés, et d'une manière générale de l'état des risques liés aux conflits d'intérêts. En bref, des paramètres objectifs qui rendent indispensable – au nom de l'éthique des affaires, elle-même forcément soucieuse de l'efficacité de l'entreprise – sinon de dissocier à tout le moins de faire délibérer le CA sur l'opportunité d'une dissociation. Ceci, parce qu'au final, « *l'imperméabilité entre les deux fonctions qui apparaît comme 'la' solution en matière de bonne gouvernance pourrait ne pas l'être pour toutes les entreprises*[113] ».

Conclusion

En faisant passer le droit du cumul de principe des fonctions à une possibilité de dissociation, le changement de paradigme consacré par le législateur a, en pratique, élargi le champ des possibles ouvert aux actionnaires des SA dans l'organisation de la gouvernance. Dans la dialectique éthique-efficacité, il ne peut de toute évidence être nié que le fait de dissocier ou pas est une question d'ordre éthique, en l'occurrence celle de la gouvernance plaide pour l'existence d'un contrepoids face au pouvoir ayant en main les affaires de l'entreprise et par ricochet les intérêts des parties prenantes. Ici, sera fermement écartée l'idée selon laquelle la dialectique susmentionnée supposerait, comme par dogmatisme, qu'éthique et efficacité soient foncièrement antinomiques. Il ne postule pas non plus une opposition de principe entre ce qui relève de l'éthique (impératif moral) et ce qui est de l'ordre étatique (impératif juridique), car le plus parfait des systèmes de régulation ne peut se suffire à lui-même et il faut que ses règles « *favorisent un comportement éthique de la part des acteurs*[114] ».

Il appert donc que la dissociation et le cumul des fonctions de PCA et de DG semblent voués à une coexistence. L'un comme l'autre sont, tour

113 N. ABIDA, A. GROSPEILLET, Th. MEDJIR, N. ROBITAILLE, « Séparation des fonctions de président et de chef de la direction : retour sur un grand classique » (dir. I. TCHOTOURIAN), *Étude réalisée dans le cadre du cours DRT-6056 Gouvernance de l'entreprise*, Faculté de Droit de Laval (Canada), 2014.

114 AFEP/AGREF-MEDEF, *Pour un meilleur gouvernement des entreprises cotées*, Rapport Bouton, p. 2.

Copyright © PUSEK, Kaslik, 2023 | All Rights Reserved

à tour, adoptés ou écartés par les sociétés en fonction des situations, qu'il s'agisse soit de la situation propre de l'entreprise ou de son environnement d'affaires immédiat soit de la situation générale liée à l'économie. La dissociation semble être retenue dans ou hors situation crisique. Le cumul, au contraire, est *a priori* retenu lorsque la situation de la société ou celle de son environnement d'affaires paraît justifier une concentration du pouvoir décisionnel. Il s'agit autant d'efficacité que d'éthique, car dès lors que le droit positif – aux rares exceptions évoquées – n'impose ni le cumul ni la dissociation, ce sera forcément l'un ou l'autre, en fonction de la société et de sa situation.

Copyright © PUSEK, Kaslik, 2023 | All Rights Reserved

USEK
Holy Spirit University of Kaslik Press

Revue juridique de l'USEK
*USEK **Law Journal***
Nº Spécial | 2023

(OA) Open Access

eISSN 2664-8156

PARTIE I

L'instrumentalisation de la norme juridique à des fins éthiques : la volonté d'une approche éthique de la norme

B. L'ambition d'une norme éthique

Copyright © PUSEK, Kaslik, 2023 | All Rights Reserved

USEK
Holy Spirit University of Kaslik Press

Revue juridique de l'USEK
*USEK **Law Journal***
Nº Spécial | 2023

(OA) Open Access

eISSN 2664-8156

L'Interruption Volontaire de la Grossesse entre éthique et droit / Abortion Between Ethics and Law

Reine Daou, *Doctor in Law, Head of Department and Assistant Professor, Department of Law, School of Law and Political Sciences, Holy Spirit University of Kaslik (USEK), P.O. Box 446, Jounieh, Lebanon, Coordinator of the USEK Law Journal, Head of Research Laboratory "Person and Law", ORCID iD: https://orcid.org/0000-0001-9370-811X*

Docteur en droit, chef de département et professeur assistant à la Faculté de Droit et des Sciences Politiques, Université Saint-Esprit de Kaslik (USEK), B. P. 446, Jounieh, Liban, coordinatrice de la Revue Juridique de l'USEK, chef de laboratoire « Personne et Droit », ORCID iD : https://orcid.org/0000-0001-9370-811X

Fabrice Toulieux, *Director of the Family & Society Institute – UCLy, Lecturer-researcher UR CONFLUENCE, Sciences and Humanities (EA 1598) – UCLy*

Directeur de l'Institut Famille & Société – UCLy, Enseignant-chercheur UR CONFLUENCE, Sciences et Humanités (EA 1598) – UCLy

Céline Baaklini, *Doctor in Law, Associate Professor, Department of Law, School of Law and Political Sciences, Holy Spirit University of Kaslik (USEK), P.O. Box 446, Jounieh, Lebanon, Deputy President for Students, Research and Publication Development Coordinator, Attorney at law, ORCID iD: https://orcid.org/0000-0001-7885-4696*

Docteur en droit, professeur associé à la Faculté de Droit et des Sciences Politiques, Université Saint-Esprit de Kaslik (USEK), B. P. 446, Jounieh, Liban, Pro-Recteur aux Affaires Estudiantines, coordinatrice du développement de la recherche, avocate à la cour, ORCID iD : https://orcid.org/0000-0001-7885-4696

Copyright © PUSEK, Kaslik, 2023 | All Rights Reserved

Abstract

The debate on the relationship that may exist between ethics and law has been renewed for several years with the prodigious scientific progress that has been made in the biological and medical fields. Thus, two attributes of the field of procreation have revived the debate, one concerns the freedom to procreate, the other the right to put an end to procreation, including abortion or voluntary termination of pregnancy

Indeed, anomalies or other diseases existing "*in utero*" can be identified by prenatal diagnosis. Thanks to advanced techniques, this diagnosis also allows the identification of any genetic disease that may develop later. In this way, appropriate measures can be taken from birth, but this is still not the case.

In certain dramatic situations, the parents find themselves faced with a choice: decide to give birth to the child despite his incurable illness or handicap, or else, driven by the desire for the perfect child, decide to put an end to the pregnancy. There is therefore reason to fear an infringement of the right to life of unborn children, which would be humanly and ethically unacceptable.

Hence the fundamental problem of the opposition between two essential values reappears: the right of the mother to dispose of her body on the one hand, one of the essential prerogatives of which is her freedom to procreate or not to procreate, and the right to life of the embryo or fetus on the other.

How can these two values be reconciled? should one of them prevail over the other?

Indeed, to answer these issues, it is necessary to ask at what moment does the right to life begin? is it at conception or at birth?

Copyright © PUSEK, Kaslik, 2023 | All Rights Reserved

Ancien, car relevant de la philosophie du droit, le débat sur les rapports pouvant exister entre éthique et droit est depuis quelques années renouvelé avec le progrès scientifique prodigieux qui a été opéré dans le domaine biologique et médical[1]. Ainsi, deux attributs du domaine de la procréation ont ravivé le débat, l'un intéresse la liberté de procréer, l'autre le droit de mettre fin à la procréation dont l'interruption volontaire de grossesse (ci-après IVG), objet de notre préoccupation, est la manifestation la plus évidente.

En effet, des anomalies ou d'autres maladies existant « *in utero* » peuvent être identifiées par le diagnostic prénatal. Grâce aux techniques évoluées, ce diagnostic permet également l'identification de toute maladie génétique pouvant se développer ultérieurement[2]. De la sorte, des mesures appropriées peuvent être prises dès la naissance, mais ce n'est toujours pas le cas.

Dans certaines situations dramatiques, les parents se retrouvent face à un choix : décider de donner naissance à l'enfant en dépit de sa maladie incurable ou son handicap, ou bien, poussés par le désir de l'enfant parfait, ou suite à une grossesse non désirée (en cas de viol ou d'inceste etc.) décider de mettre fin à la grossesse. Il y a donc lieu de craindre une atteinte au droit à la vie des enfants à naître, ce qui serait humainement et éthiquement inacceptable.

D'où ressurgit le problème fondamental de l'opposition entre deux valeurs essentielles[3] : la revendication de la mère de disposer de son corps d'une part, dont l'une des prérogatives essentielles est sa liberté de procréer ou de ne pas procréer, et la protection de la vie de l'embryon ou du fœtus d'autre part.

Comment concilier ces deux valeurs ? l'une d'entre elles doit-elle l'emporter sur l'autre ?

---

1 Génétique humaine, reproduction artificielle, production médicalement assistée (PMA), gestation pour autrui (GPA), V. C. BAAKLINI et R. DAOU, « Regards croisés sur la gestation pour autrui », *Revue Juridique de l'USEK*, n° 20, 2020, p. 43.

2 Comme la chorée de Huginton qui n'apparait qu'après quarante ans.

3 À l'occasion du contrôle de constitutionnalité de la loi Veil du 17 Janvier 1975, le Conseil constitutionnel a pu considérer cette loi comme étant une loi de liberté dans la mesure où elle institue la libre maternité et la libre disposition de son corps par chacun. Ceci est en conformité avec la Déclaration de 1789 qui fait de la liberté une valeur essentielle en précisant que : « *la liberté consiste à faire tout ce qui ne nuit pas à autrui et parce que le fœtus ne peut être considéré comme cet autrui…* » ; Cons. const., 15 janv. 1975, *JCP* 1975, II, 18030, note E.M. BEY.

Copyright © PUSEK, Kaslik, 2023 | All Rights Reserved

En effet, pour répondre à ces problématiques, il convient de se demander, en droit d'une part et du point de vue éthique d'autre part à partir de quel moment commence le droit à la vie ? Est-ce à la conception ou à la naissance ?

Ce droit semble diversement entendu et par la suite diversement protégé. Certaines législations restrictives en matière d'IVG semblent opter pour une définition large du droit à la vie s'étendant dès la conception, d'où la prohibition de l'IVG sauf cas exceptionnels[4]. D'autres législations beaucoup plus permissives semblent adopter une interprétation stricte de ce droit donnant la primauté au droit de la mère de disposer de son corps lui permettant ainsi de recourir librement à l'IVG, bien que sous des conditions spécifiques[5].

Ainsi, en France, la loi du 17 janvier 1975 relative à l'IVG ne consacre pas le droit à l'avortement[6]. Au mieux, elle le tolère. Selon les époques, considérés comme un crime contre Dieu ou contre la Nation[7], l'avortement[8], l'incitation à l'avortement et la propagande anticonceptionnelle[9] ont été proscrits et pénalement condamnés. D'ailleurs, la loi Veil et les lois ayant trait à l'avortement qui lui ont succédé[10] sont restées fidèles au principe de

---

4 Ainsi, les législations qui incriminent l'IVG ne sont pas favorables à la reconnaissance à la femme de la liberté de procréer ou de ne pas procréer, au nom du nécessaire respect du droit à la vie de l'enfant à naitre.

5 Même dans les États où la liberté de recourir à l'IVG est reconnue, cette liberté trouve une limite d'ordre temporel : elle ne peut être pratiquée qu'avant la fin d'un certain délai. De plus, elle doit avoir lieu dans un établissement d'hospitalisation.

6 L. n° 75-17 du 17 janvier 1975 relative à l'interruption volontaire de la grossesse, dite loi Veil, *JORF* du 18 janvier 1975, p. 739

7 J-Y. LE NAOUR et C. VALENTI, *Histoire de l'avortement* (XIX^e^-XX^e^ siècle), Seuil, coll. L'Univers historique, mars 2003.

8 C. pén., art 317 ancien : « *Quiconque, par aliments, breuvages, médicaments, violences, ou par tout autre moyen, aura procuré l'avortement d'une femme enceinte, soit qu'elle y ait consenti ou non, sera puni de la réclusion. La même peine sera prononcée contre la femme qui se sera procuré l'avortement à elle-même, ou qui aura consenti à faire usage des moyens à elle indiqués ou administrés à cet effet, si l'avortement s'en est ensuivi. Les médecins, chirurgiens, et autres officiers de santé, ainsi que les pharmaciens qui auront indiqué ou administré ces moyens, seront condamnés à la peine des travaux forcés à temps dans le cas où l'avortement aurait eu lieu* ».

9 L. du 31 juillet 1920 réprimant la provocation à l'avortement et la propagande anticonceptionnelle, art. 1^er^, *JO*, 1^er^ août 1920, p. 10934.

10 Pour un aperçu général de l'évolution législative, cf. : <https://www2.assemblee-national.fr/14/evenements/2015/anniversaire-loi-veil/la-marche-vers-la-loi>, consulté le 23 août 2021.

Copyright © PUSEK, Kaslik, 2023 | All Rights Reserved

pénalisation de la pratique de l'IVG. Cette règle a été abandonnée en 1992, à l'occasion de l'adoption du nouveau code pénal[11].

Nous allons exposer à travers cette étude un exemple de législation restrictive à l'égard de l'IVG menaçant l'éthique (paragraphe 1) ainsi qu'un autre exemple d'une législation beaucoup plus permissive et libérale préservant l'éthique (paragraphe 2) afin d'essayer de tirer conclusion sur la dimension éthique de l'avortement.

Paragraphe 1. L'éthique menacée par le droit

Nous discuterons dans ce paragraphe de la législation libanaise en matière d'IVG et plus précisément l'article 541 du Code pénal libanais. Nous verrons tout d'abord la législation restrictive en la matière (A) et exposerons ensuite les alternatives qui ont été créées en pratique pour échapper à l'incrimination, menaçant par ce fait l'approche éthique et morale de l'IVG (B).

A. La législation restrictive

L'article 541 du Code pénal libanais contient l'essentiel de la législation libanaise sur l'IVG. Il dispose que : « *toute femme qui, par un moyen quelconque employé soit par elle, soit par un tiers avec son consentement, se sera fait avorter, encourra la peine d'emprisonnement de six mois à trois ans*[12] ».

Le législateur libanais a donc premièrement posé le principe de l'incrimination de l'IVG. De plus, comme le prévoit l'article 542 du Code pénal libanais : « *quiconque aura, par un moyen quelconque, procuré ou tenté de procurer l'avortement d'une femme avec son consentement, sera puni d'un emprisonnement d'un à trois ans. Si l'avortement ou les moyens employés à cette fin ont occasionné la mort de la femme, le coupable sera puni de quatre à sept années de travaux forcés. La peine sera de cinq à dix ans si la mort a été causée par l'emploi de moyens plus dangereux que ceux auxquels la femme avait consenti* ». À la lecture de cet article, il nous semble que le législateur a voulu à tout prix interdire l'IVG en énonçant que quiconque aura, par un moyen quelconque, procuré

11 L. n° 92-684 du 22 juillet 1992 portant réforme des dispositions du Code pénal relatives à la répression des crimes et délits contre les personnes, *JORF*, 23 juillet 1992, modifiant les articles 223-10 à 223-12 du Code pénal relatifs à l'interruption illégale de la grossesse.

12 Art. 541 du Code pénal libanais, publié au *J.O. de la République libanaise* le 1er mars 1943, par le décret-loi n° 340.

Copyright © PUSEK, Kaslik, 2023 | All Rights Reserved

ou tenté de procurer l'avortement d'une femme avec son consentement, sera puni d'un à trois ans d'emprisonnement. Si l'avortement ou les moyens employés à cette fin ont occasionné la mort de la femme, le coupable sera puni de quatre à sept années de travaux forcés. La peine sera de cinq à dix ans si la mort a été causée par l'emploi de moyens plus dangereux que ceux auxquels la femme avait consenti car non seulement la femme est sanctionnée mais aussi toute autre personne lui procurant ou ayant juste essayé de lui procurer cette technique. De plus, il prévoit des sanctions aggravées au cas où l'IVG a été commise par un professionnel tel un médecin chirurgien, sage-femme, droguiste ou pharmacien[13]. Ainsi l'article 546 du Code pénal libanais dispose :

> *« Si l'un des délits prévus au présent chapitre a été commis soit à titre d'auteur, soit à titre d'instigateur ou de complice, par un médecin, chirurgien, sage-femme, droguiste ou pharmacien, ou par un de leurs préposés, la peine du coupable sera aggravée par application de l'article 257. Il en sera de même si l'auteur de l'infraction se livrait habituellement à la vente de produits pharmaceutiques ou d'objets destinés à procurer l'avortement. Le coupable sera en outre passible de l'interdiction d'exercer sa profession ou son activité même si celles-ci ne sont pas subordonnées à l'autorisation de l'autorité ou à l'obtention d'un diplôme. La fermeture de l'établissement pourra aussi être prononcée ».*

Le législateur libanais n'est pas le seul à avoir incriminé pénalement l'avortement. Son homologue yéménite interdit énergiquement l'avortement et le réglemente à l'article 240 du Code des délits et des peines[14], ainsi que le législateur égyptien qui va même plus loin à l'article 262 du Code pénal[15], en considérant que le tiers qui donne des directions à la femme qui a avorté est considéré auteur direct du délit, de même que le droit irakien qui, à son tour,

13 Article 546 du Code pénal libanais.

14 – تنص المادة ٢٤٠ من قانون الجرائم والعقوبات اليمني على ما يلي: "إذا تم الاجهاض برضاء المرأة يعاقب الفاعل بدية الجنين غره، أو الدية كاملة حسب الأحوال ولا تستحق المرأة في هذه الحالة شيئا من الغرة أو الدية، واذا ماتت الأم عوقب الفاعل بدفع دية الخطأ، وفي حال اجهاض المرأة نفسها فعليها الدية أو الغرة حسب الأحوال".

15 – تنص المادة ٢٦٢ من قانون العقوبات المصري على ما يلي:"ان المرأة التي رضت بتعاطي الأدوية مع علمها أو رضيت باستعمال الوسائل السالف ذكرها أو مكنت غيرها من استعمال تلك الوسائل لها وتسبب الاسقاط عن ذلك حقيقة تعاقب بالعقوبة السابق ذكرها".

Copyright © PUSEK, Kaslik, 2023 | All Rights Reserved

prohibe vigoureusement l'avortement et le considère comme un délit pénal à l'article 417 du Code pénal[16], ainsi que le droit du Qatar[17].

L'adoption d'une position assez ferme à l'égard de la femme et de toute autre personne impliquée dans cette technique renferme une reconnaissance implicite du droit à la vie de l'enfant à naitre dès sa conception. Toutefois, et dans une tentative de conciliation entre le droit à la vie de l'enfant et celui de la mère de disposer de son corps, un cas d'exception est prévu où l'avortement n'est pas considéré comme un acte criminel. Il s'agit de l'avortement thérapeutique ou médical prévu par l'article 32 du Code de déontologie médicale libanais. Ainsi, dans un cas bien précis le législateur accepte l'interruption de grossesse qui devient désormais médicale, mais qui ne peut être pratiquée que selon des conditions cumulatives et des réserves bien précises. L'article 32 du Code de déontologie médicale précise qu'il faut que l'avortement soit l'unique moyen pour sauvegarder la vie de la mère qui est exposée à un grave danger[18]. Une autre condition s'ajoute cumulativement,

---

16 – تنص المادة ٤١٧ من قانون العقوبات العراقي على ما يلي: "يعاقب بالحبس مدة لا تزيد على سنة وبغرامة لا تزيد على مائة دينار أو بإحدى هاتين العقوبتين كل امرأة أجهضت نفسها عمدا بأية وسيلة كانت أو مكنت غيرها من ذلك برضاها. ويعاقب بالعقوبة ذاتها من أجهضها عمدا برضاها. واذا أفضى الإجهاض أو الوسيلة التي أستعملت في احداثه ولو لم يتم الإجهاض الى موت المجني عليها فتكون العقوبة السجن مدة لا تزيد على سبع سنوات. يعد ظرفا مشددا للجاني اذا كان طبيبا أو صيدليا أو كيمائيا أو قابلة أو أحد معاونيهم. تكون عقوبة السجن مدة لا تزيد على خمس عشرة سنة اذا أفضى الإجهاض أو الوسيلة التي استعملت في احداثه ولو لم يتم الإجهاض الى موت المجني عليها".

17 – حيث جاء في الفصل التاسع من قانون العقوبات القطري لعام ١٩٧١، حالات الإجهاض المعاقب عليها قانونا، ولقد حصرت في خمس مواد، ابتداء من المادة ١٧٠ الى المادة ١٧٤.

18 تنص المادة ٣٢ من قانون الآداب الطبية على ما يلي:
"ان اجراء الاجهاض محظور قانونا. أما بخصوص الاجهاض العلاجي مع التحفظات العقائدية فلا يمكن اجراؤه الا ضمن الشروط والتحفظات التالية:
١-أن يكون هذا الاجهاض الوسيلة الوحيدة لانقاذ حياة الام المعرضة لخطر شديد.
٢-أن يستشير الطبيب المعالج أو الجراح حتما طبيبين يوافقان معه بالتوقيع خطيا على اربع نسخ بعد الكشف الطبي والمداولة، انه لا يمكن انقاذ حياة الام الا عن طريق الاجهاض، وتسلم نسخة للطبيب المعالج وتحفظ نسخة مع كل من الطبيبين المستشارين، كما يقتضي ارسال محضر مضمون بالواقع لا يحمل اسم المريضة الى رئيس مجلس نقابة الاطباء. هذا ولا يمكن اجراء الاجهاض الا بناء على موافقة الحامل بعد اطلاعها على الوضع الذي هي فيه. اما اذا كانت بحالة الخطر الشديد وفاقدة الوعي، وكان الاجهاض العلاجي ضروريا لسلامة حياتها فعلى الطبيب ان يجريه حتى ولو مانع زوجها أو ذووها، واذا كانت عقيدة الطبيب لا تجيز له النصح بالاجهاض أو باجرائه فيمكنه أن ينسحب تاركا مواصلة العناية بالحامل لزميل اخر من ذوي الاختصاص".

Copyright © PUSEK, Kaslik, 2023 | All Rights Reserved

qui consiste à prendre obligatoirement l'avis d'autres médecins qui attestent par écrit sur quatre exemplaires, après avoir examiné la femme et délibéré son cas, qu'il n'y a aucun moyen de sauvegarder sa vie autrement qu'au moyen de l'avortement. Un exemplaire est alors transmis au médecin traitant et un autre est gardé avec chacun des deux médecins consultés, comme il convient d'envoyer un procès-verbal au Président du conseil de l'Ordre des médecins le notifiant de ceci, mais sans mentionner le nom de la femme. De plus, tout comme en droit français, l'avortement ne peut être pratiqué sans l'accord de la femme après l'avoir informée de son état. Cependant, si elle se trouve dans une situation critique et dangereuse et hors d'état de donner son consentement, et que l'avortement soit indispensable pour préserver sa vie, le médecin sera tenu, le cas échéant de la faire avorter, nonobstant le refus de son mari ou de ses parents. Enfin, si les convictions du médecin lui prohibent d'effectuer un tel acte, il a le droit de se retirer en faisant assurer la continuité des soins par un autre médecin qualifié. De la sorte, nous pouvons conclure que l'avortement n'est pas pénalisé s'il est l'unique solution sans laquelle la femme risque de perdre sa vie, que cette décision émane suite à l'avis de deux médecins qui attestent la nécessité de l'avortement afin de sauvegarder la vie de la mère et enfin que cette dernière donne son consentement éclairé, à moins qu'il n'y ait une urgence, dans ce cas seul le médecin décide. En dehors de ces conditions cumulatives, tout avortement sera sanctionné pénalement et disciplinairement. Le législateur libanais, et malgré le pluriconfessionalisme qui règne au Liban, et donc en dépit des 18 confessions qui se contredisent à certains points, s'est montré neutre, en prenant une position ferme et semble avoir rigoureusement réglementé la question de l'interruption de la grossesse, qu'elle soit volontaire ou médicale. En effet, il a adopté une position traditionnelle, certes imprégnée de religion, mais qui ne semble pas répondre à l'évolution de la société moderne. La position du législateur en la matière part du constat qu'une personne qui est en âge d'établir des relations sexuelles, qu'elles soient en cours ou en dehors du mariage, doit être en mesure d'assumer les conséquences de ses actes et avoir conscience de l'importance d'utiliser les protections adéquates pour éviter toute grossesse non désirée, et par conséquent doit avoir la maturité appropriée pour assumer les conséquences de ses actes non réfléchis. Dans l'esprit du législateur, le fait de tomber enceinte, n'est pas un simple jeu qui se termine par la prise d'un médicament entrainant la mort de l'embryon, il s'agit d'une vie, d'un esprit, d'un petit bébé très cher, et porter atteinte à son intégrité, doit être compris dans le même sens qu'une atteinte à une personne adulte, et devrait par la suite avoir les mêmes conséquences. Ceci aboutit à la menace de l'Éthique par le droit, puisque cette législation restrictive mène les

Copyright © PUSEK, Kaslik, 2023 | All Rights Reserved

femmes à la transgresser en ayant recours à l'avortement dans des conditions non éthiques. Plus encore, du point de vue disciplinaire, le législateur n'a pas précisé les sanctions correspondant à de tels actes, ce qui a permis à la jurisprudence libanaise de pallier ce vide législatif en se basant sur le Code pénal notamment l'article 542 et en allant même jusqu'à l'aggravation de la sanction à l'encontre du médecin qui abuserait de ces dispositions à des fins commerciales ou même dans un but d'expérimentation[19] et qui peuvent être soit l'avertissement, soit le blâme, soit l'interdiction temporaire d'exercer la médecine, ou même, la radiation du tableau de l'Ordre. Nous trouvons que pour ces actes, et vue leur importance, la vie sur laquelle ils portent, l'éthique commande que la sanction à l'encontre de tout médecin qui les pratique sans motif légitime devrait être la radiation systématique du tableau de l'Ordre. Cette responsabilité alourdie aura également pour objectif de lutter contre une interprétation souple des textes, et augmenter aussi les peines, qui légaliseraient un meurtre camouflé sous l'égide de l'avortement médicalement justifié, même si la victime n'est qu'un fœtus. Cette législation, basée sur des principes éthiques, limiterait finalement les cas d'avortement sans justification médicale réelle, mais qui serviraient les desseins égoïstes de certaines personnes qui n'hésiteraient pas à mettre fin à une vie afin de favoriser leur propre confort. Pour certains, le médecin qui pratiquerait l'avortement devrait voir sa responsabilité pénale et disciplinaire engagée, de façon qu'il soit radié du tableau de l'Ordre des médecins, avec l'impossibilité d'y adhérer de nouveau. Mais plus encore, l'hôpital, ou l'établissement de santé au sein duquel une telle activité s'effectue devrait être sanctionné disciplinairement en demandant sa fermeture. Le fait de tuer un embryon est semblable à tuer un être humain vivant, pourquoi faire un scandale si au sein d'un hôpital un médecin tue volontairement une personne, et rester indifférent au meurtre des embryons ?

Le système judiciaire a prévu toute une panoplie de sanctions à l'encontre des personnes ne respectant pas les conditions d'un avortement

---

19 ولقد صدر عن محكمة جنايات بيروت تاريخ ٢٠١٠/٧/١٣ قرار قضى بأن ثبوت قيام الطبيب بعملية الاجهاض دون رضى المدعية يشكل جناية معاقب عليها بالاشغال الشاقة ولقد شددت هذه العقوبة بحق المتهم كونه طبيبًا نسائيًا وجرد من حقوقه المدنية ومنع من التصرف بأمواله المنقولة وغير المنقولة.
ولقد صدر أيضًا عن محكمة جنايات بيروت عام ٢٠٠١ قرار قضى بأن فعل الطبيب المدعى عليه الذي اقدم على اجهاض الضحية في عيادته وتركها تغادر العيادة رغم عدم توقف النزيف مما ادى الى وفاتها منطبقًا على نص المادة ٢٤٥ من قانون العقوبات.

Copyright © PUSEK, Kaslik, 2023 | All Rights Reserved

légal[20]. Est-il éthiquement acceptable de passer l'éponge purement et simplement lorsque le meurtre touche un être minuscule dont le cœur bat et les organes se forment au sein de l'utérus de sa mère ? L'Ordre des médecins ainsi que celui des avocats doivent jouer un rôle primordial dans ce domaine. En effet, la lutte contre les avortements injustifiés pourrait constituer l'un de leurs chevaux de bataille en faisant de telles affaires des causes nationales bénéficiant d'une publicité large qui servirait à la fois à donner l'exemple et déterrer les contrevenants potentiels mais aussi à faire de la prévention auprès du grand public.

En dépit de la rigidité des lois en vigueur dans les pays prohibant l'IVG, cet acte a toujours été pratiqué secrètement au sein des cliniques nationales ou même ailleurs dans les pays plus permissifs. Ainsi, plusieurs alternatives à cette interdiction rigoureuse ont été créées en pratique menaçant par ce fait l'approche éthique de l'IVG.

B. Les alternatives non juridiques ouvertes par la pratique jurisprudentielle

Après avoir examiné la législation restrictive à l'égard de l'IVG, nous pouvons affirmer que le premier principe retenu par le législateur libanais est celui de la protection de la vie puisque l'IVG est considérée comme un acte criminel[21]. Toutefois, le droit à la vie de l'enfant à naitre n'est pas érigé en un principe à valeur absolue. En effet, en cas de conflit entre la vie du fœtus d'une part et celle de la mère d'autre part, le législateur assure la primauté du droit de cette dernière comme le prévoit l'article 32 du Code de déontologie médicale en matière d'avortement thérapeutique.

---

20 Durant le gouvernement Pétain, l'avortement est considéré comme un crime d'État passible de la peine de mort en vertu de la loi du 15 février 1942 <https://www2.assemblee-nationale.fr/14/evenements/2015/anniversaire-loi-veil/la-marche-vers-la-loi#:~:text=Sous%20le%20r%C3%A9gime%20de%20Vichy,guillotin%C3%A9e%20le%2030%20juillet%201942; à l'État du Texas aux États-Unis, plusieurs tentatives ont été présentées pour punir l'avortement de la peine capitale mais sans succès, <https://www.texastribune.org/2021/03/09/texas-legislature-abortion-criminalize-death-penalty/>.

21 J. LECLERCQ, *Leçons de droit naturel : les droits et les devoirs individuels*, Namur, Wesmael-Charlier 1946, p. 17, nous lisons : « *la règle morale : ne pas tuer a donc son fondement très profond dans la nature de l'homme. L'homme a jugé qu'on ne peut pas tuer, bien avant d'avoir trouvé les raisonnements philosophiques le justifiant. Jugement spontané, portant sur ce qui apparait comme la toute première des évidences morales, et formulée avant tout raisonnement. Si l'attachement à la vie est le premier des instincts, si la perte de la vie est la plus grande des pertes, il est naturel que le respect de la vie soit le premier commandement* ».

Copyright © PUSEK, Kaslik, 2023 | All Rights Reserved

Toutefois, le champ d'application de cet avortement thérapeutique s'est pratiquement étendu au point de permettre à la femme de recourir à l'IVG même en l'absence de motif thérapeutique. Par conséquent, les limites de cette exception paraissent insaisissables d'où la divergence jurisprudentielle et l'incertitude.

En effet, pour certains professionnels qui continuent à recourir à l'IVG de manière clandestine et en dépit des risques de pénalisation, la définition de l'embryon serait scientifiquement incertaine. De plus, l'utilisation de diverses méthodes contraceptives ne serait pas moins attentatoire au droit à la vie du fœtus. Plus encore, le fait de reconnaitre la personnalité juridique à l'enfant né vivant au Liban[22] milite d'après eux en faveur de la négation du droit à la vie de l'embryon.

De leurs côtés, les femmes et les filles ont de tout temps défié l'interdiction de l'IVG. Confrontées à une grossesse non désirée, elles ont souvent eu recours à des avortements pratiqués dans des conditions insalubres, mettant ainsi leur santé et leur vie en danger. De plus, recourir à ces techniques de manière secrète les expose souvent à la violence ou même au mauvais traitement de la part des prestataires des soins de santé, d'où l'atteinte à leur droit à la vie privée[23] ainsi qu'à l'éthique médicale. De plus, les organes chargés d'interpréter les lois internationales sur les droits humains ont établi que l'interdiction d'accès au service d'avortement serait une forme de discrimination mettant en péril toute une gamme de droits humains[24].

---

22 En droit libanais, il résulte de la combinaison de l'article 518 du Code des Obligations et des Contrats relatif à la donation, des articles 4 et 5 de la loi sur les successions des non-mahométans relatifs à la qualité d'héritier, et l'article 40 de la même loi, relatif aux successions, que la personnalité juridique est acquise par la naissance – la même solution est adoptée par les Chiites ainsi que les Sunnites et Druzes mais avec quelques nuances. Par exception, le principe *infans conceptus* est admis dans des hypothèses légales (donation, testament, succession), mais la jurisprudence étend son application en dehors des cas prévus par la loi : Cass. civ. lib. 5e, n° 31, 9/3/2004, *idrel.com.* V. sur tout ceci : V. HEUZÉ, *Le droit libanais des successions (loi du 23 juin 1959)*, éd. de l'USJ, 2019, p. 37 n° 37 – 40 ; I. NAJJAR, *Les libéralités*, *Théorie générale – testaments – donations*, [s. e.], 6e éd., 2020, p. 99 n° 66 ; M. EL-HÉLOU RIZK, *Introduction à l'étude du droit*, Maison Naaman pour la culture, 4e éd., 2008, p. 260-261 ; S. MAHMASSANI, *Cours de droit musulman et libanais : incapacités*, *aliments*, *testaments et successions*, éd. Dar al Ilm lal malayeen, 7e éd., 1981, p. 272-275.

23 C. civ., art. 9, Préambule de la Constitution libanaise.

24 HRW Report, 19 nov. 2018.

Copyright © PUSEK, Kaslik, 2023 | All Rights Reserved

L'expérience nous révèle aussi une autre pratique qui consiste à franchir les frontières pour se rendre dans un pays plus permissif où l'IVG est pratiquée sur demande et de façon légale[25]. Cette pratique ressort du droit de la femme de disposer seule de son corps[26]. Toutefois, le manque de ressources empêcherait les moins fortunées de bénéficier de ce « *luxe* » et leur impose l'IVG dans les pires conditions les exposant ainsi facilement au risque d'exploitation.

De ce fait, nous pouvons déduire que l'incrimination de cet acte n'a jamais freiné le recours à l'IVG mais l'a plutôt rendu pratiqué de manière clandestine, immorale et non éthique[27]. D'où l'apparition de multiples problèmes comme la mise en péril de la santé de la mère, l'affection grave de l'enfant à naitre, la détresse découlant du viol ou de l'inceste…

Il convient donc de s'interroger sur la meilleure position législative à adopter à cet égard.

Entre l'interdiction et la libéralisation de l'IVG, quelle serait la position la plus opportune et la plus éthique

Avant de répondre à cette interrogation, il convient de garder à l'esprit que certaines dispositions conduiraient parfois à des maux plus graves que ceux qu'on a voulu éviter. Ainsi, même dans l'hypothèse où en morale objective, l'avortement est considéré comme un mal, il serait inopportun d'en faire un acte criminel. C'est ce qui justifie d'ailleurs la différence de peines prévues à l'encontre de la femme et de la personne lui procurant l'avortement. Le législateur craint que la femme se confie à des charlatans et qu'elle devienne la victime d'une dangereuse exploitation.

Le principe développé par Thomas D'Aquin pourrait nous éclairer dans l'adoption d'une position à la fois juste, morale et éthique[28]. D'après lui,

---

25 Aux États-Unis la femme disposait du droit de recourir à l'IVG en dépit de la diversité des législations entre les États fédérés. Toutefois, le 24 juin 2022, la Cour suprême, dominée par des juges conservateurs, a remis en cause l'arrêt *Roe v. Wade* de 1973 qui autorisait le recours à l'avortement dans l'ensemble du pays, renvoyant ainsi aux États le soin de légiférer sur cette question.

26 Ce droit fait partie d'un ensemble de libertés reconnues à toute personne, en conformité à la Déclaration Universelle des Droits de l'Homme de 1948.

27 L'immoral est un concept philosophique alors que non éthique est une branche de la philosophie qui consiste à systématiser des concepts de bonne et de mauvaise conduite.

28 T. D'ACQUIN, *Somme théologique*, I-II, q. 96, a. 2. Ad. 2, nous lisons : « *le but de la loi humaine, c'est d'amener l'homme à la vertu non pas de prime abord, mais pas à pas*

Copyright © PUSEK, Kaslik, 2023 | All Rights Reserved

la loi ne devrait interdire que les actes répréhensibles nuisant à la société. Il reste donc à savoir si la libéralisation de l'IVG favoriserait des actes nuisibles à la société. D'une part, le libre recours à l'IVG pourrait avoir une incidence sur le taux de croissance démographique pouvant atteindre un seuil critique quant au renouvellement de la population. La natalité de nouveaux citoyens, étant une question d'ordre politique, relevant de l'Ordre public et transcendant les intérêts personnels et individuels, ne peut être traitée comme un problème strictement individuel. D'autre part, les risques inhérents à l'incrimination de l'IVG, déjà mentionnés plus haut, ne sont pas d'une moindre gravité. D'où la nécessité d'adopter une position moyenne entre l'incrimination et la libéralisation à l'instar du législateur français qui a légalisé l'IVG sous réserve d'être pratiquée dans un cadre spatio-temporel bien précis.

Paragraphe 2. L'éthique préservée par le droit

Un droit d'exception. Ce sont en ces termes que Simone Veil a qualifié le droit à l'avortement lorsqu'elle a présenté le projet de loi sur l'IVG lors de la première séance du débat sur le projet de loi sur l'IVG à l'Assemblée nationale le 26 novembre 1974[29]. Elle déclarait alors :

> *« L'avortement doit rester l'exception, l'ultime recours pour des situations sans issue. Mais comment le tolérer sans que la société paraisse l'encourager ? Je voudrais vous faire partager une conviction de femme. Je m'excuse de le faire devant cette assemblée presque exclusivement composée d'hommes. Aucune femme ne recourt de gaieté de cœur à l'avortement. C'est toujours un drame, cela restera toujours un drame. C'est pourquoi si le projet tient compte de la situation de fait existante, s'il admet la possibilité d'une interruption de grossesse, c'est pour la contrôler, et autant que possible en dissuader la femme ».*

En effet, si originellement il a été qualifié de droit d'exception (A), les réformes successives et leur interprétation jurisprudentielle ont opéré à une mutation de sa nature en l'érigeant au rang de droit fondamental (B).

---

graduellement. En conséquence, elle n'impose pas dès le principe, à la multitude des hommes imparfaits, tous les devoirs de l'homme parfait : elle ne lui impose pas l'obligation d'éviter toute action mauvaise car elle craint que les plus faibles, succombant sous le poids de ses préceptes, ne tombent plus profondément dans le mal… ».

29 Déclaration de Mme Simone VEIL, ministre de la santé, sur les motifs de la réforme de la législation sur l'avortement, à l'Assemblée nationale le 26 novembre 1974, URL : <https://www.ina.fr/ina-eclaire-actu/video/i07169806/simone-veil-et-son-projet-de-loi-relatif-a-l-ivg>, consulté le 23 août 2021.

Copyright © PUSEK, Kaslik, 2023 | All Rights Reserved

A. Un droit d'exception

Consciente du risque d'encourager une pratique jusque-là délictueuse, Simone Veil met en exergue la double finalité de la loi qui porte son nom. Sans ambigüité, elle affirme que le recours à l'avortement doit demeurer exceptionnel. C'est pourquoi, il doit être encadré et contrôlé strictement. Avant tout, il importe d'aider et d'accompagner dans cette épreuve la femme plutôt que de la rejeter « *dans l'opprobre*, *la honte et la solitude mais aussi dans l'anonymat et l'angoisse des poursuites* », situation dans laquelle elle se trouvait sous l'empire de la loi répressive[30]. Le projet de loi a donc été élaboré à l'aune d'un objectif clair : la recherche d'un équilibre entre l'admission de l'avortement, fondé sur la liberté de la femme de mettre fin à sa grossesse, et le respect de l'être humain dès le commencement de la vie. L'articulation des articles 1er et 2 de la loi Veil et du contenu même de chacun d'entre eux, est fort éclairante. Elle témoigne de la prudence du législateur convaincu des enjeux d'ordre éthique, philosophique et scientifique en particulier[31] mais également politique et religieux.

L'article 1er de la loi de 1975 énonce, en premier lieu, que la loi « *garantit le respect de tout être humain dès le commencement de la vie* », avant d'introduire un tempérament selon lequel il « *ne saurait être porté atteinte à ce principe qu'en cas de nécessité et selon les conditions définies par la présente loi* ». Autrement dit, la vie humaine est une considération primordiale à laquelle déroge l'avortement lequel est cantonné au cas où « *la femme enceinte se trouve placée par son état dans une situation de détresse* ». Le Conseil constitutionnel a d'ailleurs jugé la loi Veil conforme à la Constitution aux motifs que l'atteinte au principe du respect de tout être humain dès le commencement de la vie, énoncée dans l'article 1er de la loi Veil, n'est admise qu'en cas de nécessité et selon les conditions et limitations qu'elle définit[32]. Dès lors il est considéré que les dispositions issues des lois des 17 janvier 1975 et 31 décembre 1979 relatives l'IVG, « *prises dans leur ensemble*, *ne sont pas incompatibles avec l'article 4-2 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme*

30 Déclaration de Mme Simone VEIL, ministre de la santé, sur les motifs de la réforme de la législation sur l'avortement, à l'Assemblée nationale le 26 novembre 1974, URL : <https://www.ina.fr/ina-eclaire-actu/video/i07169806/simone-veil-et-son-projet-de-loi-relatif-a-l-ivg>, consulté le 23 août 2021.

31 N. BAJOS et M. FERRAND, « De l'interdiction au contrôle : les enjeux contemporains de la légalisation de l'avortement », *Revue française des affaires sociales*, p. 42-60. DOI : 10.3917/r fas.111.0042, URL: <https://www.cairn.info/revue-francaise-des-affaires-sociales-2011-1-page-42.htm>.

32 Cons. Const., 15 janv. 1975, n° 74-54 *DC*, cons. 9, *JO*, 16 janv. 1975, p. 671.

Copyright © PUSEK, Kaslik, 2023 | All Rights Reserved

et l'article 6.1 du pacte international sur les droits civils et politiques » relatifs au droit à la vie[33]. Ce n'est donc que parce que le droit à l'avortement est strictement circonscrit, qu'il est jugé compatible avec le droit à la vie.

La lecture de l'article 2 de la loi renforce cette interprétation car est tout d'abord prévue la suspension de l'article 317 alinéas 1er à 4 du Code pénal avant que ne soit explicité le cadre dans lequel cette dépénalisation joue. Les conditions légales de l'IVG ne sont précisées que dans un second temps. L'affirmation du caractère dérogatoire de la pratique de l'avortement est implicitement renouvelée. La loi du 17 janvier 1975[34] ne reconnait donc pas, en tant que tel, le droit à l'avortement. La loi du 31 décembre 1979[35], qui légalise définitivement l'IVG, ne le consacre pas davantage. En 1975 et 1979[36], le législateur a surtout dépénalisé l'avortement sous des conditions strictes, admettant que la femme, dans une situation d'affliction, peut décider, seule, de recourir à l'IVG.

Dès 1975, l'IVG est envisagée comme une décision exclusive de la femme enceinte qui estime que sa grossesse la place dans une situation de détresse. « *Notion éminemment subjective que seule la femme est qualifiée pour apprécier souverainement* », elle ne fait l'objet d'aucun contrôle objectif[37]. Outre des raisons ayant trait à la santé physique ou psychique de la femme, des convenances personnelles permettent de justifier un avortement. Si cette décision s'imposait au corps médical, le législateur avait défini un régime de nature à limiter la pratique de l'IVG. En effet, l'intervention devait être réalisée par un médecin, dans un cadre hospitalier, avant la fin

---

33 CE, Ass., 21 déc. 1990, req. n°105743, 105810, 105811 et 105812, *Confédération Nationale des associations familiales catholiques et autres*, *Rec. Leb.*

34 Par application de la loi Veil de 1975, la pénalisation de l'avortement n'était suspendue que pour une durée de cinq ans. La loi Veil Pelletier pérennise la dépénalisation tour en maintenant un cadre légal strict via l'énoncé de conditions de pratique de l'avortement rigoureuses.

35 L. n° 79-1204 du 31 décembre 1979 sur l'interruption volontaire de grossesse, dite loi VEIL-PELLETIER, *JO*, 1er janvier 1980, p. 3.

36 L'article 3 de la loi de 1979 précise que l'article 317 du Code pénal est complété par un sixième alinéa rédigé dans les termes suivants : « *Les dispositions des quatre premiers alinéas du présent article ne sont pas applicables lorsque l'interruption volontaire de la grossesse est pratiquée soit dans les conditions fixées par l'article L. 162-12 du code de la santé publique, soit avant la fin de la dixième semaine, par un médecin, dans un établissement d'hospitalisation public ou un établissement d'hospitalisation privé satisfaisant aux dispositions de l'article L. 176 du code de la santé publique* ».

37 J. ROBERT, note sous CE, 31 oct. 1980, *Lahache*, *RDP* 1981, p. 221-222.

Copyright © PUSEK, Kaslik, 2023 | All Rights Reserved

de la dixième semaine de grossesse. Préalablement, la femme devait réaliser des démarches obligatoires destinées à son information et à sa réflexion préalablement à l'intervention. Des consultations médicales étaient prévues avec un délai de réflexion d'une semaine entre les deux. Dans le cadre de leur devoir d'information[38], les médecins exposent d'une part les risques médicaux liés à la pratique de l'IVG, y compris sur les maternités futures et soulignaient d'autre part, la gravité biologique de l'intervention. En outre, les alternatives à l'avortement étaient présentées et la femme devait se rendre à une consultation psycho-sociale[39]. Ce cadre conférait donc un rôle dissuasif aux médecins et aux différents interlocuteurs et amenait la femme à prendre conscience de la gravité de sa décision. Comparativement, l'interruption de grossesse pour motif thérapeutique est autorisée, sans condition de délai, si deux médecins attestent que sa poursuite met en péril grave la santé de la femme ou qu'il y a une forte probabilité que l'enfant à naître soit atteint d'une affection d'une particulière gravité reconnue comme incurable au moment du diagnostic[40]. Dans ce cas, la décision est partagée ce qui témoigne de la singularité du régime de l'IVG quant à sa nature juridique car l'élément déclencheur est la volonté de la femme. En ce sens il apparait comme l'expression d'une liberté individuelle, laquelle est d'ailleurs expressément reconnue par le Conseil constitutionnel[41].

Selon le Conseil constitutionnel, la pondération qu'impose la Constitution doit être recherchée entre la sauvegarde de la dignité de la personne humaine contre toute forme de dégradation et la liberté de la femme qui découle de l'article 2 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du citoyen de 1789[42]. Parce qu'elle est l'un droits naturels et imprescriptibles de l'Homme[43] ; la liberté est considérée comme inhérente à la personne humaine[44]. Interprété comme une liberté au sens de l'article 2 de la Déclaration de 1789, le droit à l'avortement jouit donc d'une aura lui conférant une valeur

38 L. 1975, art 4, CSP, art. L.2212-3

39 Désormais, cet entretien n'est qu'une faculté pour les femmes majeures.

40 L. 1975, art. 5, CSP, art. L. 2213-1.

41 Cons. Const., 16 mars 2017, n° 2017-747 DC, cons 10, *JORF*, 21 mars 2017.

42 Cons. Const., 27 juin 2001, n° 2001-446 *DC*, cons. 5.

43 La liberté est l'une des quatre prérogatives reconnues aux individus par l'article 2 de la Déclaration de 1789. À ses côtés sont visées la propriété, la sûreté et la résistance à l'oppression.

44 Rappr. de l'article 6 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques : « *Le droit à la vie est inhérent à la personne humaine. Ce droit doit être protégé par la loi. Nul ne peut être arbitrairement privé de la vie* ».

Copyright © PUSEK, Kaslik, 2023 | All Rights Reserved

juridique singulière, qui justifie qu'il puisse prévaloir d'autres intérêts dans des circonstances particulières telles celles qui autorisent une IVG. Ainsi, la primauté de la liberté de la femme est admise en cas de nécessité et selon les conditions et limitations qui encadrent la pratique de l'IVG.

Sont donc mis sur les plateaux de la balance d'une part la protection de l'embryon qui résulte du principe du respect de l'être humain dès le commencement de sa vie[45], de valeur législative[46], et du principe de sauvegarde de la dignité humaine, de valeur constitutionnelle[47] et, d'autre part la liberté de la femme garantie par l'article 2 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen[48] qui permet à la femme de mettre fin à sa grossesse. Au fil des réformes, tout en reconnaissant implicitement une marge de manœuvre au législateur[49], le Conseil constitutionnel a veillé à ce que cet équilibre précaire soit respecté. Conformément au compromis issu des lois de 1975 et 1979, la liberté de la femme doit être mise en balance avec le droit à la vie, visée par ces lois, et garantie par de nombreux textes régionaux et internationaux[50] contrairement au droit à l'avortement[51], afin de s'assurer d'un juste équilibre entre ces intérêts.

La recherche de cet équilibre est également au cœur de l'œuvre prétorienne de la Cour européenne des Droits de l'Homme. En effet, sa jurisprudence est marquée par la recherche d'un juste équilibre entre deux droits fondamentaux : le droit à la vie et le droit au respect de la vie privée, tels

---

45 La question du commencement de la vie demeure débattue et, selon les champs disciplinaires, la réponse diffère.

46 Il est respectivement énoncé aux articles 16 du Code civil, de portée générale, et L. 2211-1 du Code de la santé publique qui reproduit l'article 16 du Code civil aux termes duquel : « *La loi assure la primauté de la personne, interdit toute atteinte à la dignité de celle-ci et garantit le respect de l'être humain dès le commencement de sa vie.* »

47 Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946, al. 1er.

48 DDHC, art. 2.

49 A. ROBLOT-TROIZIER, « Le Conseil constitutionnel et les "questions de société" », *Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 46, janvier 2015, p. 105 à 122.

50 V. note : DUDH, art. 3 ; PIDDCP, art. 6 ; Convention américaine relative aux droits de l'Homme, art. 4 ; Charte africaine des droits de l'Homme et des peuples, art. 4, Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, art II-2.

51 Seules des incitations à la reconnaissance de ce droit, dénuées de de force contraignante, ont été adoptées. V. not. : Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes du 18 déc. 1979, art 12.1 ; Protocole de Maputo à la Charte Africaine des Droits de l'homme et des Peuples relatif aux Droits de la Femme en Afrique du 11 juillet 2003, article 14, al. 2 c).

Copyright © PUSEK, Kaslik, 2023 | All Rights Reserved

qu'ils sont respectivement protégés par les articles 2 et 8 de la Convention. À l'instar de la Commission[52], la Cour européenne des droits de l'Homme considère que lorsqu'une femme est enceinte, sa vie privée est étroitement associée à celle du fœtus qu'elle porte[53]. Selon la Cour, la notion de « *vie privée* » englobe le droit à l'autonomie[54], et le développement personnel, lequel comprend notamment le « *droit au respect des décisions de devenir ou de ne pas devenir parent*[55] ». Ce droit de la femme à mettre fin à sa grossesse doit être mis en balance avec d'autres droits et libertés, particulièrement ceux de l'enfant à naître[56]. La Cour admet que l'embryon peut être protégé au titre du droit à la vie tel que garanti par l'article 2 de la Convention mais elle ne se prononce pas sur l'applicabilité dudit article à l'enfant à naître, tout précisant que le fœtus appartient à l'espèce humaine et mérite dès lors une protection appropriée[57]. Elle s'en tient à apprécier si la loi nationale ménage un juste équilibre entre les droits de la femme et la nécessité de protéger le fœtus, sans outrepasser la marge d'appréciation dont les États jouissent dans ce domaine singulier[58]. Ainsi, elle leur accorde une grande liberté pour définir le niveau de protection dont pourrait bénéficier la vie de l'enfant à naître.

En revanche, dès lors que la loi nationale autorise l'IVG, la Cour estime que la femme doit avoir la possibilité d'interrompre sa grossesse. La loi française garantissant l'IVG, son effectivité doit être assurée tant au plan

52 Comm. EDH., 19 mai 1976 (déc. sur la recevabilité), req. n° 6959/75, *Bruggeman et Scheuten c. RFA*, *DR* n° 5, p. 128 selon laquelle « *la grossesse et l'interruption de grossesse relèvent de la vie privée et aussi, dans certaines conditions, de la vie familiale* » ajoutant que la vie sexuelle relève aussi de la vie privée et, partant, « *que la réglementation juridique de l'avortement constitue une ingérence dans la vie privée qui peut ou non se justifier en vertu de l'article 8, § 2* » ; Comm. EDH, 12 juill. 1977 (rapport), req. n° 6959/75, *Bruggeman et Scheuten c. RFA*, *DR*, n° 10, § 59.

53 Cour EDH, req. n° 27617/04, 26 mai 2011, *R.R. c. Pologne*, §§ 186-187.

54 Le Conseil national consultatif d'éthique CCNE s'est récemment fondé sur ce principe : CCNE, avis sur l'allongement du délai légal d'accès à l'IVG de 12 à 14 semaines de grossesse, 8 déc. 2020, p. 14, URL : <https://www.ccne-ethique.fr/sites/default/files/2021-07/CCNE-%20saisine%20IVG.pdf> : au nom des principes d'autonomie, de bienfaisance, d'équité et de non malfaisance à l'égard des femmes, il a considéré qu'il n'y a pas d'objection éthique à allonger le délai d'accès à l'IVG de 12 à 14 semaines.

55 Cour EDH, Gr. Ch., 16 déc. 2010, req. n° 25579/05, *A, B et C c. Irlande*, § 212.

56 Ibid., §§ 212-213.

57 Cour EDH, 29 oct. 1992, req. n° 14234/88 et 14235/88, *Open Door et Dublin Well Woman c. Irlande*, § 66.

58 Cour EDH, 5 sept. 2002, req. n° 50490/99, *Boso c. Italie*, pp. 5-6.

Copyright © PUSEK, Kaslik, 2023 | All Rights Reserved

substantiel[59] que procédural[60]. À défaut peut être constatée une violation de l'article 8 de la Convention voire de son article 3 dans des circonstances caractérisant un traitement inhumain ou dégradant[61]. Ainsi, en France, au nom de son droit à l'autonomie, qui n'est autre que l'expression d'une liberté, une femme qui estime ne pas être en mesure de mener à terme sa grossesse, doit pouvoir avorter.

La recherche du juste équilibre entre les intérêts antagonistes en présence relève des législations nationales qui définissent les conditions de l'exercice du droit à l'avortement. Le législateur a donc la lourde tâche de concilier les intérêts en cause[62], fondés sur des considérations morale, sociale, philosophique, politique, éthique, culturelle ou cultuelle notamment, afin de définir un régime qui assure cet équilibre. Or, sa sauvegarde, affirmée en 1975 et rappelée par la jurisprudence, est un objectif ambitieux qui n'a pas résisté aux différentes réformes législatives interrogeant la nature même du droit à l'avortement.

B. Un droit fondamental

Le législateur a donc la lourde tâche de concilier les intérêts en cause[63] en assurant la sauvegarde de l'équilibre, affirmée en 1975 et rappelée par la jurisprudence. Cet objectif ambitieux n'a pas résisté aux différentes réformes législatives qui ont mené à la reconnaissance de la primauté de la liberté de la femme de laquelle résulte une constitutionnalisation du droit à l'avortement.

Depuis son admission en 1975, le droit à l'avortement a été consolidé afin de garantir son effectivité, dénaturant ce qui était originellement un droit d'exception. Le législateur l'a renforcé, tantôt de manière directe, en assouplissant les conditions, tantôt de manière indirecte, en levant des obstacles susceptibles de le rendre inopérant.

---

59 Cour EDH, 30 oct. 2012, req. n° 57375/08, *P. et S. c. Pologne*, §§ 112-112 ; Cour EDH, 12 mars 2020, req. n° 43726/17, *Grimmark c. Suède*, § 26 et Cour EDH, 12 mars 2020, req. n° 62309/17, *Steen c. Suède*, § 21.

60 Cour EDH, 26 mai 2011, req. n° 27617/04, *R.R. c. Pologne*, § 210.

61 Cour EDH, 26 mai 2011, req. n° 27617/04, *R.R. c. Pologne*, §§ 148-162.

62 F. HARTMAN, « Conciliation entre l'interruption volontaire de grossesse et le respect de la vie et de la dignité humaines », Le droit des personnes et de la famille à l'épreuve des droits fondamentaux présenté par l'IEJ Paris 1, URL : <https://iej.univ-paris1.fr/openaccess/libertes-famille/lecon1/sect1/i/a-ivg-respect-vie-dignite/>, consulté le 23 août 2021.

63 *Ibid*.

Copyright © PUSEK, Kaslik, 2023 | All Rights Reserved

Au plan d'un renforcement direct, l'une des évolutions les plus notables et caractéristiques concerne l'augmentation du délai maximal pendant lequel une femme peut demander une IVG chirurgicale pour des motifs autres que thérapeutiques[64]. Initialement, elle ne pouvait intervenir que dans un délai égal ou inférieur à 12 semaines de grossesse (soit 12 semaines d'aménorrhée). Une loi du 4 juillet 2001 l'a étendu jusqu'à la fin de la douzième semaine de grossesse[65] et une du 2 mars 2022 l'a porté à 14 semaines[66]. Ces prolongations successives du délai participent à la consolidation de la pratique de l'IVG en définissant un régime plus libéral que celui énoncé par la loi Veil. Or se pose la question de l'opportunité d'étendre le délai au regard de la finalité poursuivie et de ses effets relativement à la protection de la santé de la femme et à l'analyse de la complexité des gestes techniques à accomplir. C'est pourquoi, le ministre des Solidarité et de la santé a affirmé que l'extension du délai légal de l'IVG posait une question majeure : serait-elle de nature à en faciliter l'accès, pour qui et dans quelles conditions ? Il invitait alors les députés à se demander s'il n'est pas « *préférable de donner davantage de force au droit existant, en poursuivant nos efforts pour assurer une offre diversifiée et de proximité en matière d'IVG, réelle, accessible de façon permanente et répondant aux besoins des femmes dans tous les territoires* ?[67] ». En somme, il incitait les députés à adopter une attitude prudente car l'extension du délai est de nature à ébranler l'équilibre entre les différents intérêts en jeu. *De facto*, l'allongement du délai restreint la portée du principe du respect de l'être humain dès le commencement de sa vie et de la protection de l'embryon. Pour autant, il ne niait pas la persistance de résistances et d'attitudes dissuasives se traduisant par une forme de pressions psychologiques, témoignant « *d'un retour à l'emprise sur le corps des femmes* » alors que le droit à l'avortement est l'affirmation résolue du droit des femmes à disposer de leur corps[68]. Ces propos, qui pourraient apparaitre contradictoires, résument parfaitement l'enjeu de toute réforme : maintenir l'équilibre précaire entre les intérêts en

64 L'IVG médicamenteuse peut être pratiquée jusqu'à la fin de la 7e semaine de grossesse.

65 L. du 4 juillet 2001 relative à l'interruption volontaire de grossesse et à la contraception, *JORF* 7 juill. 2001.

66 L. n° 2022-295 du 2 mars 2022 visant à renforcer le droit à l'avortement, art. 1, *JORF*, 3 mars 2022 ; L. MARGUET, « La loi n° 2022-295 du 2 mars 2022 visant à renforcer le droit à l'avortement : un renforcement en demi-teinte », *La Revue des droits de l'homme*, avril 2022, Actualités Droits-Libertés, URL : <https://doi.org/ 10.4000/revdh.14614>, consulté le 23 août 2021.

67 O. VERAN, AN, XVe législature, session ordinaire 2020-2021, Séances du 8 octobre 2020, 1re séance, Compte rendu intégral, *JORF*, 9 oct. 2020, n° 105 [1] C.R., p. 7022.

68 *Ibid*., p.7023.

Copyright © PUSEK, Kaslik, 2023 | All Rights Reserved

cause. Ce défi a également été au cœur de la réforme relative à la situation de détresse prévue par la loi Veil.

La suppression de l'exigence d'une situation de détresse prévue par la loi Veil[69] et sa substitution par l'expression « *qui ne veut pas poursuivre une grossesse* » participent également à la consolidation du droit à l'avortement. Certes, elles ne modifient pas substantiellement le dispositif précédent mais elles contribuent à conférer une valeur prépondérante à la liberté de la femme. En effet, cette réforme, opérée par la loi du 4 août 2014 pour l'égalité réelle entre les femmes et les hommes[70], ne fait qu'entériner une interprétation jurisprudentielle. Dans une décision du 31 octobre 1980[71], le Conseil d'État avait estimé que la femme est la seule à pouvoir juger si sa situation justifie l'interruption de sa grossesse, excluant implicitement tout contrôle objectif de cette appréciation. Pourtant, alors même que cette réforme ne fait qu'acter une réalité, des sénateurs l'ont contestée. Ils prétendaient, notamment, qu'elle portait atteinte au principe du respect de l'être humain dès le commencement de sa vie car elle « *rompait le compromis et l'équilibre résultant de la loi du 17 janvier 1975* ». Considérant que la loi Veil réserve à la femme enceinte le soin d'apprécier seule si elle se trouve dans une situation de détresse, le Conseil constitutionnel a jugé que la substitution opérée par la loi du 4 août 2014 ne méconnaît aucune exigence constitutionnelle[72]. En écartant l'argument des parlementaires, le Conseil renforce la primauté de la liberté de la femme. Dès lors, fréquemment, l'intérêt de la femme enceinte prime sur celui de l'enfant à naître, car il est considéré que la femme, exposée à un risque réel et substantiel telle une mise en danger de sa santé psychologique ou physique ou encore de de sa vie, doit

69 Cette suppression n'était pas envisagée dans le projet de loi présenté par le Gouvernement. Elle a été introduite par amendement déposé par de la commission des Affaires sociales de l'Assemblée nationale.

70 L. n° 2014-873 du 4 août 2014 pour l'égalité réelle entre les femmes et les hommes, art. 24, *JORF*, 5 août 2014.

71 CE, Ass., 31 oct. 1980, req. n° 13028, *M. Labache Vincent*, *Rec. Lebon*.

72 Cons. Const., 31 juill. 2014, n° 2014-700 DC, cons. 4, *JORF*, 5 août 2014, p. 12966 ; B. MATHIEU « Le contrôle de constitutionnalité virtuel de la législation relative à l'IVG », *JCP G.*, n° 37, pp. 1570-1571 ; Johanna NOEL, « La décision n° 2014-700 DC ou la poursuite d'une révolution juridique née il y a 40 ans », *Civitas Europa*, 2014/2 (N° 33), p. 253-258, URL : <https://www.cairn.info/revue-civitas-europa-2014-2-page-253.htm>, consulté le 23 août 2021.

Copyright © PUSEK, Kaslik, 2023 | All Rights Reserved

pouvoir avorter[73]. Le simple bien-être de la femme enceinte[74] et la perte de chance d'avorter dans le délai légal lorsque l'enfant porté est atteint d'une pathologie grave[75] peuvent également justifier cette primauté.

Les consolidations indirectes participent à l'altération de l'équilibre issu des lois de 1975 et 1979 et par ricochet à la mue du droit à l'avortement. En 1993, le législateur a introduit le délit d'entrave à l'IVG[76], défini comme l'empêchement ou la tentative d'empêcher la pratique d'une IVG ou des actes préalables[77]. Cette infraction vise deux hypothèses : d'une part, la perturbation de l'accès aux établissements ou la libre circulation des personnes à l'intérieur de ces établissements et, d'autre part, l'exercice de pressions, notamment morales et psychologiques, ou tout acte d'intimidation à l'encontre des personnels médicaux et non médicaux travaillant dans ces établissements ou des femmes venues y subir une IVG ou encore de leur entourage. La création de cette infraction confirme la volonté du législateur de prévenir et de lutter contre toutes les initiatives des opposants à l'IVG, afin de garantir son efficience. Cette effectivité a été confortée par l'extension de ce délit aux informations déloyales diffusés par tout moyen, y compris, de nature à dissuader de recourir à une IVG[78]. Cette réforme porte atteinte à la liberté d'opinion, d'expression et de communication mais cette immixtion a été jugée proportionnée à l'objectif poursuivi[79], à savoir prévenir les atteintes susceptibles d'être portées au droit de recourir à une IVG dans les conditions définies par la loi[80]. Elle l'est d'autant plus que seuls les abus de la liberté d'expression et de communication sont réprimés[81]. Le rappel de l'objectif du délit d'entrave confirme sans ambigüité, s'il était encore nécessaire de le faire, la volonté des autorité françaises de bannir tous les obstacles au droit à l'avortement. *A contrario*, l'existence et le maintien de la clause de conscience spécifique le démontrent aussi.

---

73 Cour EDH, Gr. Ch., 16 déc. 2010, req. n° 25579/05, *A, B et C c. Irlande*, § 233.

74 Cour EDH, Gr. Ch., 16 déc. 2010, req. n° 25579/05, *A, B et C c. Irlande*, § 214.

75 Cour EDH, 26 mai 2011, req. n° 27617/04, *R.R. c. Pologne*, § 210.

76 L. n° 93-121 du 27 janvier 1993 portant diverses mesures d'ordre social, art. 37, *JORF* du 30 janvier 1993.

77 CSP, art. L. 2223-1.

78 L. n° 2017-347 du 20 mars 2017 relative à l'extension du délit d'entrave à l'interruption volontaire de grossesse, art unique, *JORF* du 21 mars 2017 ; CSP, art. L. 2223-1.

79 Cons. Const., 16 mars 2017, déc. n° 2017-747 *DC* ,cons 11.

80 Cons. Const., 16 mars 2017, déc. n° 2017-747 *DC* , cons 10.

81 Cons. Const., 16 mars 2017, déc. n° 2017-747 *DC*, cons 12.

Copyright © PUSEK, Kaslik, 2023 | All Rights Reserved

Tout personnel de santé peut se prévaloir de la clause de conscience générale[82]. Il peut également invoquer la clause de conscience spécifique[83], c'est-à-dire ne concernant que les actes d'avortement, introduite par la loi Veil, alors dénommée « *droit de réserve* ». Elle autorise à refuser de procéder à l'IVG ou de participer aux actes préalables[84]. L'existence d'une telle clause est admise sous réserve que cette liberté de conscience n'entrave pas le recours à l'IVG[85]. C'est d'ailleurs la raison pour laquelle les médecins qui invoquent leur liberté de conscience pour refuser de pratiquer une IVG doivent informer immédiatement la femme afin de lui permettre de solliciter un autre praticien dans le délai légal. En outre, ne peut être écartée une condamnation d'un praticien qui abuserait de cette clause au titre d'une entrave à l'IVG[86].

La coexistence de cette double clause de conscience a fréquemment été contestée. Ainsi, en 2017, le Haut Conseil à l'Égalité entre les femmes et les hommes avait préconisé sa suppression, alléguant son double emploi avec la clause générale[87]. En 2020, la Délégation aux droits des femmes de l'Assemblée nationale s'était prononcée dans le même sens la jugeant stigmatisante et culpabilisatrice[88]. Parce qu'elle contribue à faire de l'acte médical d'IVG un acte à part, simplement toléré et non un droit à part

---

82 Un médecin n'est pas tenu de pratiquer un soin pour des raisons professionnelles et personnelles, hors urgence et devoir d'humanité : Code de déontologie médicale, art. 47 ; CSP, art. R. 4127-47. En cas d'urgence vitale pour le patient, le médecin ne peut invoquer la clause de conscience. À défaut, il s'expose à des poursuites pénales pour non-assistance à personne en péril : C. pén., art. 223-6, al. 2.

83 CSP, art. L. 2212-8 tel que modifié par la loi n° 2001-588 du 4 juillet 2001 relative à l'interruption volontaire de grossesse et à la contraception, art. 8, *JORF* du 7 juill. 2001.

84 CSP, art. L. 2212-8 al. 2.

85 CEDH, 12 mars 2020, req. n° 62309/17, *Steen c. Suède*, § 21 : l'exercice de la liberté de conscience des médecins dans le contexte de l'avortement ne peut entraver la bonne organisation des soins de santé.

86 CSP, art. L. 2223-2.

87 Haut Conseil à l'Egalité entre les femmes et les hommes, Rapport Accès à l'avortement : D'importants progrès réalisés, un accès réel qui peut encore être conforté, 17 janv. 2017, § 5, URL : <https://www.haut-conseil-egalite. gouv.fr/IMG/pdf/hce_bilan_mise_en_oeuvre_recos_ivg_2017_01_17_vf.pdf>, consulté le 23 août 2021.

88 M-N. BATTISTEL et C. MUSCHOTTI, Rapport d'information n° 3343 fait au nom de la Délégation aux droits des femmes et à l'égalité des chances entre les hommes et les femmes sur l'accès à l'interruption volontaire de grossesse (ivg), pp. 57-58, URL : <https://www.assemblee-nationale.fr/dyn/15/rapports/ ega/l15b3343_rapport-information.pdf1>, consulté le 17 mars 2022.

Copyright © PUSEK, Kaslik, 2023 | All Rights Reserved

entière, la suppression de la clause de conscience spécifique est prônée[89]. De même, pour ses détracteurs, elle est révélatrice de résistances éthiques, exprimées par des représentants de professionnel médicaux qualifiant l'avortement d'homicide[90]. Partant, ils estimaient que « *le droit à l'avortement n'est pas encore considéré comme acquis* » ajoutant que « *la clause de conscience spécifique à l'IVG en est un signal préoccupant*[91] ». C'est pourquoi, pour assurer la pleine effectivité du droit à l'avortement, qualifié de droit fondamental[92], ils défendaient sa suppression. Après des vifs débats parlementaires, la clause de conscience spécifique a été maintenue. D'un point de vue juridique cette décision doit être saluée car elle est respectueuse de l'orthodoxie juridique compte tenu, en particulier, de la différence de nature et du champ d'application personnel de la clause de conscience spécifique par rapport à la clause générale. D'un point de vue politique, cette prudence mérite d'être approuvée au sens où elle est teintée de sagesse dont le législateur avait fait preuve en 1975.

Progressivement, la majeure partie des restrictions initiales au droit à l'avortement a été supprimée et son exercice a été facilité[93], y compris sur la plan financier[94]. La seule survivance substantielle de l'esprit de la

---

89 AN, Commission des affaires sociales, Albane GAILLOT ET Marie-Noëlle BATTISTE, Rapport n°3879 fait sur la proposition de loi visant à renforcer le droit à l'avortement, 30 sept. 2020, p. 28, URL : <https://www.assemblee-nationale.fr/dyn/15/rapports/cion-soc/l15b3879_rapport-fond.pdf>, consulté le. 23 août 2022.

90 *Ibid*., p. 30 ; Proposition de loi visant à renforcer le droit à l'avortement, n° 3292, exposé des motifs, p. 3, URL : <https://www.assemblee-nationale.fr/dyn/15/textes/l15b3292_proposition-loi.pdf>.

91 *Ibid*.

92 *Ibid*.

93 Cf également : L. n° 2016-41 du 26 janvier 2016 de modernisation de notre système de santé, *JORF* 27 janv. 2016 : possibilité d'une IVG instrumentale dans les centres de santé, pratique de l'IVG par voie médicamenteuse par les sages-femmes et suppression du délai de réflexion pour une IVG – L. n° 2022-295 du 22 mars 2022 : extension de la compétence de la pratique des IVG chirurgicales aux sages-femmes dans les hôpitaux ; pérennisation de l'allongement du délai de recours à l'IVG médicamenteuse en ville à 7 semaines de grossesse, suppression du le délai de réflexion de deux jours, imposé afin de confirmer une demande d'avortement après un entretien psychosocial.

94 Initialement, en 1975, la prise en charge ne concernait que l'interruption thérapeutique assimilée à un acte médical classique. Elle a été étendue à l'IVG par la loi dite Roudy : L. n°82-1172 du 31 décembre 1982 relative à la couverture des frais afférents à l'interruption volontaire de grossesse non thérapeutique et aux modalités de financement de cette mesure, art. 5 (*JORF*, 1er janv. 1983). Cette réforme a été parachevée récemment : le remboursement intégral par la Sécurité sociale de l'acte d'avortement décidé en 2013

Copyright © PUSEK, Kaslik, 2023 | All Rights Reserved

loi Veil, fruit d'un compromis entre le respect de tout être humain dès le commencement de la vie et la liberté des femmes enceintes de refuser de poursuivre une grossesse[95], est la clause de conscience spécifique à l'IVG. Nul doute que cette dernière digue cédera à plus ou moins long terme au nom de l'évolution des mentalités niant la particularité de cet un acte[96] qui ébranle des convictions personnelle, philosophique, culturelles et cultuelle entre autres. Or, originellement d'exception, le droit à l'avortement est désormais constitutionnellement garanti.

Depuis 2018, considérant le droit à l'avortement comme n'étant pas encore acquis, plusieurs initiatives ont été prises en vue de l'intégrer dans la Constitution. Cette démarche, qui peut être regardée comme une envie au sens de désir, peut étonner car elle ne répond pas à un besoin juridique, au sens de ce qui est nécessaire à l'existence.

Certes, le droit à l'avortement demeure contesté, en France comme dans des États européens membres du Conseil de l'Europe[97] ou encore fragilisé tels aux États-Unis[98].

Bien qu'il soit garanti par la loi et par les juges, la constitutionnalisation du droit à l'avortement demeure une préoccupation contemporaine. Ainsi, en 2019, des députés ont déposé une proposition de loi constitutionnelle visant à protéger le droit fondamental à l'interruption volontaire de grossesse[99] en l'inscrivant dans la Constitution afin d'empêcher quiconque de pouvoir entraver son exercice[100]. Faisant écho à l'avis du Haut Conseil à l'égalité

(Décret n° 2013-248 du 25 mars 2013 relatif à la participation des assurés prévue à l'article L. 322-3 du Code de la sécurité sociale pour les frais liés à une interruption volontaire de grossesse et à l'acquisition de contraceptifs par les mineures, art 1, *JORF* 27 mars 2013), est étendu à tous les actes associés à l'IVG depuis le 1er avril 2016.

95 CCNE, Avis sur l'allongement du délai légal d'accès à l'IVG de 12 à 14 semaines de grossesse, préc.

96 En ce sens V. : CCNE, Avis sur l'allongement du délai légal d'accès à l'IVG de 12 à 14 semaines de grossesse, préc., p. 12.

97 Notamment en Hongrie ou en Pologne où les gouvernements sont d'obédience populiste et conservatrice où des tentatives de restrictions légales de l'IVG se font jour.

98 C. FERCOT, « *Dobbs v. Jackson Women's Health Organization* ou l'anéantissement du droit à l'avortement en tant que standard fédéral », *La Revue des droits de l'homme*, juillet 2022, Actualités Droits-Libertés, URL : https://doi.org/10.4000/revdh.14777.

99 AN, Proposition de loi constitutionnelle visant à protéger le droit fondamental à l'interruption volontaire de grossesse, n° 2086, URL : <https://www.assemblee-nationale.fr/dyn/15/textes/l15b2086_proposition-loi.pdf>.

100 *Ibid*, p. 2.

Copyright © PUSEK, Kaslik, 2023 | All Rights Reserved

entre les femmes et les hommes du 18 avril 2018[101], ils soutenaient que le droit à l'avortement est un fort marqueur de l'égalité femme-homme de la société française et qu'il convient de s'assurer qu'il ne soit pas remis en cause, invoquant des velléités de revenir sur ce droit fondamental[102].

Plus récemment, en réaction à l'arrêt rendu par la Cour suprême des États-Unis le 24 juin 2022 dans l'affaire *Dobbs contre Jackson Women's Health Organisation*, selon lequel la Constitution américaine ne garantit pas de droit à l'avortement[103], des parlementaires et ministres français ont réitéré la nécessité d'inscrire dans la Constitution française le droit à l'avortement afin que nul ne puisse en être privé[104] et s'assurer que, jamais, une personne ne pourra être empêchée d'y avoir recours en France[105]. À cette fin, il est proposé de compléter le titre VIII de la Constitution par un article 66-2 ainsi rédigé : « *Nul ne peut être privé du droit à l'interruption volontaire de grossesse*[106] ». Cette frénésie n'est pas propre à la France. En réaction à la décision de la Cour suprême américaine, les parlementaires européens ont également exprimé le souhait d'inclure le droit à l'avortement dans la Charte des droits fondamentaux de l'UE[107].

---

101 HCE, Pour une Constitution garante de l'égalité femmes-hommes, Avis n°2018-04-18-PAR-033 du 18 avril 2018, relatif à la révision constitutionnelle : Axe 3 : Garantir de nouveaux droits fondamentaux, Recommandation n° 8 : « *Consacrer le droit à la contraception et à l'avortement ainsi que le droit à une vie sans violence sexiste et sexuelle - en insérant un alinéa 2 nouveau dans le Préambule : « En vertu de l'application des principes d'égalité et de liberté, la République garantit le droit à la contraception et à l'avortement, ainsi que le droit à une vie sans violence sexiste et sexuelle » - en ajoutant à l'alinéa 2 de l'article 34, après «les droits civiques et les garanties fondamentales accordées aux citoyen.ne.s pour l'exercice des libertés publiques », les expressions « l'égalité entre les femmes et les hommes dont le droit à la contraception et à l'avortement, ainsi que le droit à une vie sans violence sexiste et sexuelle* », URL : <https://www.haut-conseil-egalite.gouv.fr/IMG/pdf/hce_rapport_constitution-garante-v4.pdf>.

102 AN, Proposition de loi constitutionnelle visant à protéger le droit fondamental à l'interruption volontaire de grossesse, préc., exposé des motifs, p. 2.

103 Par cette décision, la Cour suprême a annulé les arrêts rendus dans les affaires *Roe contre Wade* de 1973 et *Planned Parenthood contre Casey* de 1992.

104 AN, Proposition de loi constitutionnelle visant à garantir le droit à l'interruption de grossesse, présentée par mesdames et messieurs Aurore BERGE, Marie-Pierre RIXAIN et les membres du groupe renaissance et apparentés, exposé des motifs, p. 3, URL : <https://www.assemblee-nationale.fr/dyn/16/textes/l16b0008 _proposition-loi.pdf>.

105 *Ibid.*, p. 4.

106 *Ibid*., p. 5

107 Résolution du Parlement européen du 9 juin 2022 sur les menaces contre le droit à l'avortement dans le monde : l'éventuelle remise en cause du droit à l'avortement aux États-Unis par la Cour suprême (2022/2665(RSP)), point 24, URL : <https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2022-0243_FR.pdf>.

Copyright © PUSEK, Kaslik, 2023 | All Rights Reserved

L'intégration du droit à l'avortement dans la Constitution constituerait sans nul doute un acte symbolique historique. En revanche, sur le fond, l'intérêt de ces initiatives est discutable car le droit à l'avortement est d'ores et déjà constitutionnalisé. Sur le fondement de l'article 2 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen de 1989, le droit à l'avortement fait partie des normes juridiques suprêmes auxquelles les lois doivent être conformes. À défaut, elles s'exposeraient à la censure des juges du Palais Royal. En effet, le Conseil constitutionnel peut invalider toute loi qui viole un article de la Constitution ou tout texte appartenant au bloc de constitutionnalité, auquel fait partie la Déclaration de 1789[108]. Objectivement, le risque d'une remise en cause législative de la légalisation de l'avortement est donc une hypothèse d'école. Comparativement aux États-Unis, souvent invoqués, le mode de nomination des membres du Conseil et la durée de leur mandat permettent, raisonnablement et sérieusement, de douter de la remise en cause de la constitutionnalisation du droit à l'avortement en France.

L'émotion suscitée dans l'opinion publique par le revirement de jurisprudence de la Cour Suprême est entendable. Les réactions de parlementaires et du personnel politique, davantage fondées sur l'émotion que la raison, le sont moins. Il serait plus sage de s'en remettre à la sagesse de Montesquieu qui, fort justement, affirmait qu'il ne faut toucher aux lois « *que d'une main tremblante* ». Le droit de l'avortement est l'un des thèmes qui invite avec acuité à ce discernement, d'autant plus qu'une autre voie devrait être sérieusement considérée[109] : le développement d'une politique préventive reposant sur l'éducation à la sexualité. Or, prévue en France par la loi du 4 juillet 2001[110], sa mise en œuvre est un échec patent[111].

---

108 La valeur constitutionnelle de la Déclaration des Droits de l'Homme et du citoyen de 1789 a été reconnue en 1973 : Cons. const., déc. n° 73-51 *DC* du 27 déc. 1973, cons. 2, *JORF*, 28 décembre 1973, p. 14 004.

109 CCNE, Avis sur l'allongement du délai légal d'accès à l'IVG de 12 à 14 semaines de grossesse, préc., p. 14.

110 L. n° 2001-588 du 4 juillet 2001 relative à l'interruption volontaire de grossesse et à la contraception, préc., art. 22.

111 V. not. : Haut Conseil à l'égalité entre les femmes et les hommes, *Rapport relatif* à *l'éducation à la sexualité – Répondre aux attentes des jeunes, construire une société d'égalité femmes-hommes*, Rapport n° 2016-06-13 SAN-021, du 13 juin 2016, préc., 42-43.

Copyright © PUSEK, Kaslik, 2023 | All Rights Reserved

USEK
Holy Spirit University of Kaslik Press

Revue juridique de l'USEK
*USEK **Law Journal***
Nº Spécial | 2023

(OA) Open Access

eISSN 2664-8156

Care et droit international humanitaire à l'ère du néolibéralisme – Aspects théorico pratiques / Care and International Humanitarian Law in the Era of Neoliberalism – Theoretical Practical Aspects

Marie Fayad, *Head of the Department of Philosophy and Director of the Sophia-FAS-USEK-Lebanon Laboratory, Holy Spirit University of Kaslik (USEK), P.O. Box 446, Jounieh, Lebanon.*

Chef du département de Philosophie, Directrice du Laboratoire Sophia-FAS-USEK-Liban, Professeur de philosophie du droit et de philosophie morale et politique, Université Saint-Esprit de Kaslik (USEK), B. P. 446, Jounieh, Liban.

Abstract

"*I am a human being, and nothing that is human is foreign to me*". This affirmation of Terence (159 BC) bears obligation. To this timeless concern, echo today, in their multiple dimensions, notions such as care, donation, humanitarianism, a triad which is coming back to us in force and which challenges us in an increasingly individualistic world, foreign to humans. Within the multidimensional framework of philosophies of care, my interest is essentially in the study of care in democracies, drawing, among other things, on the work of Joan Tronto and his supporters. This study focuses on a conception that determines how to care for the society and the world we live in until reaching the very heart of humanitarianism. It is about the entry of care in the two fields of ethico-political philosophy and philosophy of law since it is supposed to be at the crossroads of relations of power and domination.

My talk revolves around three axes:

Copyright © PUSEK, Kaslik, 2023 | All Rights Reserved

The first axis focuses on a descriptive, ethico-political conceptual approach to care that shows it to be a philosophy of moral action, but using state institutions of democracies to meet the needs of others.

The second shows the failure today, and in large part, of the practice of care, due to the perversion of democracies by neoliberalism. This new ontological and anthropological approach to power possesses the technical means of transforming good care into self-interested care, and therefore, of instrumentalizing both at the level of a country's social institutions and at the level of humanitarian-care, relating specifically to international humanitarian law.

The third comes back to the difficult challenge, and to the principles of jurists, ethicists and philosophers, called to consolidate the achievements of a human community of values, with the aim of revisiting the ethics of care, donation and humanitarian actions, in the face of injustice and incorrigible evils suffered by small countries which tend to disappear because of the multiple violations of their rights.

Lebanon is an example**.**

Copyright © PUSEK, Kaslik, 2023 | All Rights Reserved

Introduction

« *Je suis un être humain, et rien de ce qui est humain ne m'est étranger*[1] ». Cette affirmation de Térence (159 avant J.-C ;) porte obligation : la condition humaine est universelle. Ce que les autres éprouvent, leurs joies, leurs souffrances, leurs désillusions, leurs espoirs, leurs combats pour des sociétés plus justes, plus humaines, toujours plus attentives aux déshérités, tout cela me concerne ; je le comprends, je le partage, et je le vis souvent par empathie. A cette sollicitude intemporelle, font écho aujourd'hui, dans leurs multiples dimensions, des notions telles que le *care*, le don, l'humanitaire, une triade qui nous revient en force et qui nous interpelle dans un monde de plus en plus individualiste, étranger à l'humain. La notion du *care*, mot anglais que l'on peut traduire par « *soin mutuel* », est une notion neuve en Europe, où déjà les travaux et les publications à ce propos en France se multiplient, favorisant la rencontre entre philosophie, sociologie et médecine. Mais c'est dans le monde anglo-saxon, notamment aux États-Unis que les Philosophies du *care* ont déjà une histoire riche. Elles trouvent leur origine dans une étude publiée par Caroll Gilligan, – philosophe et psychologue américaine – en 1982 aux États-Unis, qui établit une approche psycho- morale du *care*, comme « *capacité à prendre soin d'autrui* », – soucis prioritaires des rapports avec autrui – et qui relève d'un type de raisonnement moral individuel[2]. Mais cette première approche a été dépassée par une seconde, *l'approche éducative* conçue par la philosophe américaine de l'éducation, Nel Noddings, spécialiste des théories de *l'apprentissage et de la théorie de la sollicitude*. Elle éclaire d'une lumière neuve l'anthropologie morale et l'éthique contemporaine, notamment en interrogeant l'articulation entre la dimension interpersonnelle de la relation et sa dimension sociale et ce, à travers une réflexion sur l'éducation morale qui envisage les modalités permettant de développer une éthique du *care*. Mais l'intérêt particulier de mon étude porte sur la troisième approche du *care*, telle que conçue par Joan Tronto, philosophe et politologue américaine qui étudie le *care* au sein des démocraties : *caring democracy : equality and justice*, termes clés de tous ses ouvrages. Cette attitude, intégrant les deux attitudes psycho-sociale et éducative, s'interroge sur la manière de prendre soin de la société et du monde dans lequel nous vivons jusqu'à toucher aux frontières de l'humanitaire. Il s'agit de l'entrée du *care* dans la philosophie

1 Qu'est-ce qui, dans ce que les hommes ont de commun, fait d'eux effectivement des hommes, sinon une certaine identité d'essence dont les constituantes, à savoir le langage, l'égalité et la solidarité nous ramènent d'emblée à ce qu'on entend par *humanité*, un concept qui revêt les notions d'homme et d'humain.

2 C. GILLIGAN, *Pour une éthique du care*, Flammarion, 2008, p. 37.

Copyright © PUSEK, Kaslik, 2023 | All Rights Reserved

politique et la philosophie du droit, puisqu'il est supposé être à la croisée des rapports de pouvoir et de domination. C'est en m'appuyant essentiellement sur les thèses politiques de Joan Tronto sur le *care*, que j'élabore ma réflexion.

Qu'appelle-t-on *care* ? Quelles sont ses étapes ? Dans quelle mesure revêt-il un double caractère moral et politique ? Et si, par politiser le *care* au sein d'un champ social, à l'exemple de celui relatif aux services sociaux, on entend l'institutionnaliser, ou le rattacher à des institutions juridiques stables et permanentes qui garantissent aussi bien la liberté que la sécurité des citoyens, par quels mécanismes est-il aujourd'hui de plus en plus instrumentalisé, son instrumentalisation allant jusqu'à toucher les infrastructures des Etats sociaux ? Plus est, qu'elle s'étend à l'échelle mondiale ou internationale, où l'on parle à proprement dit de l'humanitaire, ou, plus précisément du droit international humanitaire ?

Mon propos s'articule autour de trois axes :

Le premier porte sur une approche conceptuelle descriptive, éthico politique du *care* qui montre qu'il est une philosophie de l'action morale, ayant recours aux institutions étatiques des démocraties pour répondre aux besoins des autres. Il s'agit de l'idéal d'un bon *care* soutenu par le néo républicanisme.

Le second met en exergue la mise en échec aujourd'hui, et en bonne partie, de la pratique du *care*, due à la perversion des démocraties par le néolibéralisme, une nouvelle approche ontologique et anthropologique du pouvoir qui possède les moyens techniques de transformer le bon *care* en un *care* intéressé, et donc de l'instrumentaliser tant sur le plan des institutions sociales d'un pays qu'à l'échelle d'un humanitaire-care, relatif précisément au droit international humanitaire.

Le troisième axe revient au défi difficile, et au credo des juristes, des éthiciens et des philosophes appelés à consolider les acquis des composantes d'une communauté humaine de valeurs, dans le but de revisiter les éthiques du *care*, du don et des actions humanitaires, face aux injustices et aux maux irrémédiables que subissent de petits pays qui tendent à disparaître à cause des multiples violations de leurs droits. Le Liban en est un exemple.

Copyright © PUSEK, Kaslik, 2023 | All Rights Reserved

1. Approche conceptuelle descriptive, analytique et critique du care

1.1 Définition générale du care

La définition la plus générale, et révélatrice du *care* dans ses nuances et ses caractéristiques, est celle suggérée par Joan Tronto. Par *care* on entend :

> « *L'activité qui comprend tout ce que nous faisons pour maintenir, perpétuer et réparer notre monde, en reliant différents éléments (notre corps, nous-mêmes, notre environnement) en un réseau complexe, en soutien à la vie*[3] ».

On comprend qu'il s'agit d'une activité appartenant à tout genre qui rend manifeste l'épiphanie du social par la mise en œuvre d'un monde commun, produit par des liens affectifs et rationnels, privés et publics. Ainsi, il n'y a point de *care* sans relations humaines, une intersubjectivité de consciences en tension, d'où des efforts élaborés pour « *maintenir* », c'est-à-dire, tenir en main, maîtriser, « *perpétuer* », c'est-à dire aussi, faire avancer, améliorer, et « *réparer* », qui signifie enfin, refaire pour remettre en fonction, ce monde qui est *Nous*. Or le *Nous*, c'est le *Nous* dans son extension ternaire : « nous-mêmes », « notre corps et notre environnement ». A noter que le nous-mêmes, est cette conscience intersubjective, intentionnelle, relationnelle, selon Edmond Husserl, grâce à laquelle le monde où nous essayons de vivre aussi bien que possible, prend sens et forme. C'est enfin le *Nous* au sens bubérien, de Martin Buber, dans son rapport dyadique – *soucis*, correspondant à la psyché, et *soins*, correspondant au corps – qui parfait cette forme. Qui dit care, dit par conséquent, se soucier et prendre soin. Se soucier, c'est s'inquiéter des besoins de l'autre, c'est être attentif et disponible pour répondre à son appel ; c'est se sentir engagé vis-à-vis d'une cause et la prendre en charge. Et c'est bien alors sur le plan de la praxis, qu'on parle de soins. Soigner c'est savoir alléger, soulager ou encore traiter une souffrance ou une douleur par des moyens bien appropriés. A savoir que la dyade *soucis-soins* a pour corollaire l'amour au sens philosophique du terme, le *philein* qui signifie s'orienter vers, sortir de soi, pour aller vers l'autre. Tous les êtres humains passent par des moments de vulnérabilité, tous sont interdépendants, tous ont des besoins bien que différents. Par conséquent, tout être porte en lui la possibilité du *care* dans sa dyade *souci et soin*.

Qui sont les acteurs du *care*, ceux qui le dispensent ? Qui sont ceux qui le reçoivent ?

---

3 J. TRONTO, *Un monde vulnérable. Pour une politique du care*, trad. H. Maury, Paris, La Découverte, 2009, p. 143.

Copyright © PUSEK, Kaslik, 2023 | All Rights Reserved

Pour répondre à cette question, on revient au care dont le processus décrit par Tronto, comprend quatre phases qui émanent, s'il s'agit d'un bon *care*, de la dyade souci-soin :

a) celle du *caring about*, – se soucier de, – qui implique la reconnaissance d'un besoin, la nécessité d'y répondre, et qui suppose une capacité éthique d'attention ; b) celle du *taking care of*,– se charger de, – qui renvoie à la responsabilité morale de répondre au besoin identifié ; c) celle du *care-giving*, – donner des soins, – qui recouvre la pratique du soin en elle-même, indissociable d'une compétence particulière ; d) et celle du « *care receiving* » – recevoir des soins – qui recouvre la réaction de celui qui reçoit le soin et achève le cycle[4]. Cette dernière phase, suppose une autre qualité morale, essentielle de la part du *care giver* que Tronto nomme réceptivité ou *responsiveness*[5].

En somme, ce processus de quatre phases relatif au *care* que Tronto met en exergue permet d'émettre deux observations concomitantes :

a. « *Le cycle* » de ces quatre phases réussit si l'osmose entre l'acteur du *care* et le récepteur est tellement forte que l'extasis éprouvée de part et d'autre révèle un nivellement des rôles relatifs à l'acteur et au récepteur. La dialectique du rapport acteur-récepteur révèle en effet une belle confusion entre donneur et récepteur : qui donne et qui reçoit ? D'où l'empathie entre les deux. Si bien qu'on parle de réciprocité et donc de symétrie entre les deux éléments de la structure du *care*, loin de l'asymétrie ou de la réductibilité d'une sollicitude unilatérale. C'est ce que les soignants ou travailleurs sociaux ou encore militants associatifs observent dans le champ de leur travail :

   « On ne sait jamais au bout du compte qui donne. Les donneurs de soin ou d'aide – un soignant, un travailleur social, un militant associatif etc. –, ne confessent-ils pas souvent qu'ils reçoivent beaucoup de celles et ceux trop vite assignés, en raison de leur dépendance ou de leur détresse, à la figure du pur donataire ? C'est en ce sens que le care est irréductible à la seule sollicitude unilatérale, et cela même dans les relations caractérisées par une forme ou une autre d'asymétrie[6] *».*

4 J. TRONTO, *Un monde vulnérable, Pour une politique du care*, p. 152-153.

5 *Ibid*., p. 153.

6 P. CHANIAL, « Don et Care : une famille (politique) à recomposer », *in Politiser le Care ? Perspectives sociologiques et philosophiques* (dir. M. GARREAU et A. Le GOFF), éditions BDL, Paris, 2002, p. 88.

Copyright © PUSEK, Kaslik, 2023 | All Rights Reserved

b. La réussite du « *cycle* » manifeste l'idée que le *care* relève simultanément d'une compétence technique apprise, d'un geste technique à perfectionner, voire à performer. C'est en ce sens qu'on peut affirmer que le *care* est le propre d'une entreprise collective, et qu'il est par conséquent public :

> *« Si la qualité de la réception du soin, indissociable de la réceptivité du donateur en fixe les conditions de félicité, le care relève bel et bien d'une entreprise collective. Il définit un couple, une structure, une paire, où à l'image des paires conversationnelles, la réponse donne le sens à – ou accomplit le sens de – la question et noue la relation*[7] *».*

Cette définition du *care* et de son processus, interroge ipso facto sa nature : comment confirmer selon les théories du *care*, son indivisibilité par rapport aux domaines de la morale et de la politique ?

1.2 La nature du care : un concept moral et politique

1.2.1 Le care, un concept moral

Le concept du *care* est au premier chef éthique. Il fait écho à la philosophie morale humienne qui lui en donne les linéaments. Cette philosophie montre l'idée d'un fait qui est l'affaire de l'impression et pas de la raison. Pour David Hume, la morale se joue au niveau des sentiments, et le rôle de la sympathie dans la sphère morale résulte d'une invalidation de celui de la raison. Cette conception de la morale de Hume à partir de son ouvrage *Traité de la nature humaine*, Céline Bonicco Donato l'étaye en s'arrêtant sur les trois particularités des *feelings* voire de l'empathie, à l'origine de nos distinctions morales, afin de souligner les similitudes, en partie, entre la philosophie morale de Hume et les éthiques du *care*. Nous en retenons trois, essentielles à l'élaboration de ces éthiques.

a) S'intéresser aux actions de l'autre dans la mesure où on y est sensible, sans avoir un intérêt particulier, direct et égoïste à le faire. Or, seule la sympathie peut rendre compte de cette capacité[8].

b) Une caractéristique propre de même à l'éthique du *care* réside dans l'accent mis par Hume en premier, sur les relations intersubjectives plutôt que sur les droits et les règles. Le problème moral fondamental, avant de

---

7 P. CHANIAL, « Don et Care : une famille (politique) à recomposer », p. 88.

8 C. BONICCO-DONATO « De la philosophie morale humienne à l'éthique du *care* : un billet aller-retour », *in Cahiers philosophiques*, n° 136/ 1er trimestre 2014, Paris, Editions Scérén, p. 11-12.

Copyright © PUSEK, Kaslik, 2023 | All Rights Reserved

résider dans notre capacité à suivre des règles élaborées rationnellement, réside dans celles rattachées à notre affect qui mène à nous sentir potentiellement concernés par l'autre, ou l'étranger[9].

c) D'où l'idée qu'à l'instar de la philosophie de Hume, les théories du *care* appellent, quand il s'agit d'attention et de soin vis-à-vis de l'autre, à l'imagination morale, au caractère et aux actions de chacun en particulier, pour « *répondre à la complexité d'une situation donnée*. » Ainsi, dans chaque situation, il convient de mettre à l'épreuve, la force de son engagement et de sa réceptivité à l'autre. A savoir paradoxalement que l'identité personnelle, comme l'entend Hume, n'est point isolée, mais elle est insérée dans une structure de relations externes : « *on ne devient soi qu'en s'associant et qu'en communiquant avec les autres par le partage de valeurs communes*[10] ».

Certes, ces particularités des *feelings*, – pour reprendre le terme de Bonicco Donato – relatives au sentiment de la sympathie, sont nécessaires pour élaborer une théorie du *care*. Cependant, il faut leur faire joindre, comme l'entend Joan Tronto, la raison pour les structurer et les insérer dans le contexte impartial d'une intersubjectivité des consciences, celle des citoyens, lesquels, par-delà la justice, et conjointement au devoir font appel au droit pour répondre à leurs besoins concrets et les défendre ainsi par les lois. Le contexte impartial ne peut donc être que la *polis* au sens aristotélicien du terme ou la société. Le *care* est donc une philosophie de l'action morale ayant recours aux institutions étatiques pour répondre aux besoins des autres[11].

En somme, le fait d'apporter des réponses concrètes aux besoins d'autrui n'est pas inné, mais il se présente comme un processus complexe qui s'acquiert par l'éducation morale, et qui se perfectionne tout au long d'une vie au sein d'une société ; d'où la dimension politique du *care* dont les pratiques se manifestent essentiellement dans les divers champs sociaux propres à des institutions étatiques.

---

9 C. BONICCO-DONATO « De la philosophie morale humienne à l'éthique du *care* : un billet aller-retour », *in Cahiers philosophiques*, n° 136/ 1er trimestre 2014, Paris, Editions Scérén, p. 12-13.

10 *Ibid*., p. 13-14.

11 Le rôle de la raison dans la structure des sentiments nous ramène à la célèbre réflexion de Maurice Pradines relative au concept de la volonté : « *la volonté, c'est l'ardeur de la deuxième impression* ». La première étant celle de l'empathie ou du sentiment, la seconde celle de la raison qui structure les sentiments et qui les oriente. M. PRADINES, *Traité de psychologie générale*, Paris, PUF, TIII, 2005, p. 4.

Copyright © PUSEK, Kaslik, 2023 | All Rights Reserved

En outre, il serait important de noter que les éléments de base d'un bon *care* dans le champ social font écho à ceux du don. Dans ce sens-là, nous pouvons dire que le bon *care* est du don. Ainsi, le rapport dialectique du don et du *care*, sans lesquels le monde n'existerait pas, s'énonce brièvement comme suit : Don et *care* présentent ce caractère originaire, mode d'être originel, portant sur les liens de la confiance, de l'alliance et de la sollicitude, et qui sont les conditions même de la vie humaine. Vu en partie leur invisibilité, don et *care* risquent d'être infériorisés, marginalisés, cantonnés dans la sphère privée. Mais ce qui distingue le don du *care*, c'est que le don est absolument altruiste. Alliant la réciprocité à la générosité, il recouvre la gratuité de la grâce. Ce ferment de toute sociabilité humaine, identifié à une posture morale, transcende, à l'encontre du *care*, toute forme d'institutionnalisation, et par conséquent, tout risque d'une logique marchande :

> « *Le don échapperait à toute quête d'équivalence sur le modèle de l'échange. Il se placerait à distance de toute relation de domination ou d'exploitation, ou de vengeance et de prédation*[12] ».

Mais d'un autre côté, le *care*, hormis sa part d'ombre qui risque de renvoyer aux relations de pouvoir, de domination et même de violence, n'est-il pas une manifestation asymétrique de générosité, voire d'agapé, une forme de relation étrangère à toute exigence ou perspective de réciprocité ? C'est ainsi qu'on parle du bon *care* qui se rapproche du don. On peut aller jusqu'à dire qu'on peut « repolitiser » le *care* en s'appuyant sur une conception renouvelée du politique qui puise ses racines dans le socle purificateur du don.

1.2.2 Le care, un concept politique : une politisation complexe au sein du champ social des institutions démocratiques

Pour revenir donc au *care*, il est aussi comme sus-mentionné, un concept politique. Et, le politiser au sein d'un champ social, à l'exemple de celui relatif aux services sociaux, signifie autant requérir une considération publique, une forme d'intérêt politique pour les tâches et valeurs qui lui donnent forme, qu'exiger les moyens institutionnels de s'extraire de l'accomplissement de celles-ci. Ainsi, institutionnaliser le *care*, c'est le rattacher à des institutions juridiques stables et permanentes qui confortent et garantissent ses tâches tant sur le plan de la liberté que sur le plan de la sécurité du citoyen.

---

12 P. CHANIAL, « Don et care, une famille (politique) à recomposer », p. 86.

Copyright © PUSEK, Kaslik, 2023 | All Rights Reserved

Toutefois il est à noter que sa politisation est souvent complexe au sein du champ social des institutions démocratiques. En effet, comment le politiser au sein d'un champ social fondamental, mais si complexe que celui, à titre d'exemple, des services sociaux, propres aux métiers des militants associatifs, des soignants, des aides-soignants et des aides-soignantes, des assistants et des assistantes sociales, tous des acteurs du *care*, et qui, requérant une considération publique pour les taches et valeurs qui donnent forme et sens à leurs travaux, vivent souvent dans la frustration et l'injustice, car les institutions juridiques rattachées à leur État social ne les confortent pas suffisamment sur le plan de la sécurité sociale, et par conséquent ne garantissent pas leur vie. De même, que dire des patients, des malades, qui reçoivent mal les soins, ou alors des démunis qui ne le reçoivent même pas ? Quand les infrastructures d'un État démocratique sont déstabilisées par maintes causes, parmi lesquelles la corruption au sein d'un pays, et/ou les subterfuges de la société du marché, d'un libéralisme sans frein, mené par des politiques d'intérêts et des rapports de forces entre les États, que devient alors le bon *care*, qui suppose a priori un visage qui nous « *concerne* », qui « *nous responsabilise* » en termes lévinassiens, qui suppose la reconnaissance totale d'autrui, une certaine « *éthique du dialogue* », dans laquelle la parole, expression de la confiance, de l'attention, de la disponibilité, donc d'un soutien altruiste, n'est pas trahie par des attitudes intéressées qui dominent la vulnérabilité, voire la mate, bien loin de la soutenir.

Ces questions complexes font observer une contiguïté entre la politique du *care* et la politique démocratique, qui exige, pour reprendre l'expression de Tronto, une *repolitisation* du *care*, par une conception renouvelée du politique ; d'où l'appel à une reconstruction du *care* comme valeur publique ou comme « *un devoir public* », tels que l'entendent Julie White et Joan Tronto dans leur ouvrage *Les pratiques politiques du care*.

1.2.3 La reconstruction du care comme valeur publique ou comme « un devoir public »

Repolitiser le *care*, c'est *a priori*, en montrant la contiguïté entre la politique du *care* et la politique démocratique, s'interroger sur la manière dont le concept du *care* peut faire surgir de nouvelles perspectives dans notre manière de définir ce que serait une société juste ou décente, et où l'on peut parler, comme l'entend Joan Tronto, d'une valeur publique du *care*, qui permet de comprendre que les droits et les devoirs sont applicables à tous. Ainsi, consacrer le *care* comme une valeur centrale des sociétés démocratiques engage les démocraties a) à reconnaître qu'il existe divers degrés de *care* au sein d'une société, et qui répondent aux divers besoins spécifiques de chaque

Copyright © PUSEK, Kaslik, 2023 | All Rights Reserved

citoyen ; b) à asseoir les principes de l'égalité d'accès à un bon *care* qui est la base de toute égalité des chances. Notons que la défense de cet engagement va de pair avec la promotion d'une démocratisation des pratiques de *care*. D'où l'idée pour Tronto que la reconnaissance du *care* comme valeur publique, ne peut s'opérer que dans le cadre d'une société démocratique et pluraliste[13]. Ce qui lui permet d'observer l'existence d'une connivence profonde entre les valeurs propres au *care* et les valeurs dialogiques au cœur des pratiques démocratiques, telles que le souci, l'attention, la sollicitude, etc.

Il reste que la question pour Tronto est de savoir comment il est possible de mettre à la disposition de tous quelque chose d'aussi particulier que le *care*, à savoir s'il est adapté aux besoins des bénéficiaires et des prestataires individuels, et aux relations qui se nouent entre eux. ? Sa réponse est que « *le care ne s'universalise que dans ce que nous tenons respectivement pour universel et pour particulier en chaque cas*[14] ». En effet, en réfutant la fausse idée que les droits sont universels, puisqu'ils demeurent inaccessibles – surtout aux faibles qui en ont le plus besoin – et que les besoins sont particuliers puisqu'ils sont le propre des personnes vulnérables, il montre que cette pseudo-description « *déforme la réalité de l'interdépendance humaine et autorise certains à fuir la responsabilité qui leur incombe*[15] ». Cette hypothèse illusoire qu'il réfute provient des suppositions de la société du marché, selon laquelle les agents humains sont a priori autonomes et libres et se livrent surtout à l'échange et au troc, excepté les faibles et les démunis qui sont des êtres dépendants. Or, si nous sommes libres, cela ne signifie pas que nous le sommes par rapport à toute forme de dépendance, et que la théorie libérale d'un État ne révèle point qu'un citoyen libre est forcément indépendant : « *la théorie libérale distingue bien entre la liberté qui est désirable et la non-dépendance qui est impossible*[16] ». Tous les êtres humains sont vulnérables et interdépendants, et par conséquent, tous ont des besoins bien que différents.

Ainsi, somme toute, c'est par le biais du devoir relevant du domaine de l'éthique que les droits peuvent être revendiqués par tous, et que le *care* par conséquent, atteint à sa valeur publique :

---

13 Cf. J. TRONTO, *Un monde vulnérable. Pour une politique du care*, Paris, La Découverte, 2009, p. 145.

14 J. A. WHITE et J. C. TRONTO, « Les pratiques politiques *du care* », *in Cahiers philosophiques*, p. 96.

15 *Ibid*., p. 98.

16 *Ibid*., p. 96.

Copyright © PUSEK, Kaslik, 2023 | All Rights Reserved

> « *Le plus important dans ces conditions est que les droits puissent être revendiqués par tous, et par tous grâce à des processus démocratiques. Il devrait exister en définitive un devoir de se soucier du care public, ce qui exige de reconnaître la responsabilité collective envers l'ensemble des besoins*[17] ».

Désormais une nouvelle relation ternaire devoir-droit-besoin, relative au concept du *care*, introduit simultanément et conjointement auprès des pratiques politiques du *care*, des pratiques civiques lesquelles, inspirant la pratique de la citoyenneté, confortent la démocratie dans ses processus de dialogue avec les valeurs morales : ces dialogues aboutissent à des résultats bénéfiques qui renforcent la valeur publique du *care* et activent son rôle dans les institutions démocratiques[18].

Parler ainsi du *care*, c'est parler d'un *care* idéal, dans le contexte d'un Etat néo-républicain, comme l'entendent les fondateurs de la théorie néo-républicaine, – philosophes et politologues – Philip Pettit, Cécile Laborde, John Maynor, et Iseult Honahan, un État qui aurait le pouvoir de défendre ses principes et d'aller jusqu'à poser les bases d'une théorie du *care*.

Mais cet État néo-républicain, arriverait-il à réaliser ce pouvoir de défense face aujourd'hui, aux mécanismes ravageurs du néolibéralisme qui le dépassent ?

1.2.4 Le néo-républicanisme et les bases d'une théorie du care

La théorie néo-républicaine, est une théorie qui

> « *partage avec les théories du care une préoccupation pour la vulnérabilité des sujets qui fonde une critique du libéralisme politique convergeant avec celle menée par les théoriciens du care. En second lieu, elle ne se contente pas d'élaborer et de de justifier un idéal politique spécifique, mais s'emploie à décrire*

17 J. A. WHITE et J. C. TRONTO, « Les pratiques politiques *du care* », *in Cahiers philosophiques*, p. 98.

18 Il faut travailler continûment sur les conditions de possibilités requises d'une perspective authentique du care qui puisse postuler une façon de repenser les rapports entre les besoins et le droit, et la relation entre les droits et le devoir : dans quelle mesure revenir à une compréhension politique des interrelations entre care et justice, besoins et droit ? C'est cette perspective qui permet de penser, comme le conçoit Tronto, aux moyens d'œuvrer, à travers des processus démocratiques bien précis, pour un projet de reconstruction du *care*, comme valeur publique pour tous ; ce projet s'étendrait en deux étapes fondamentales : la première serait de tenter de contrecarrer la façon dont les besoins et le droit, le care et la justice sont couramment divisés, et la seconde serait d'élaborer les principes d'un devoir de care public qui confirment la réalité de la vulnérabilité et de l'interdépendance humaine.

Copyright © PUSEK, Kaslik, 2023 | All Rights Reserved

> *les modalités institutionnelles qui permettraient de le réaliser et comporte une théorie des vertus civiques qui peuvent apporter des éléments de réponse aux préoccupations centrales des théoriciens du care*[19] ».

Comment défendre d'une part, la vulnérabilité par le biais d'une critique du libéralisme politique et mettre en exergue d'autre part, l'apport de la théorie néo républicaine à l'élaboration d'une politique du *care* ?

Concernant la défense de la vulnérabilité par la critique du libéralisme politique, il s'agit de mettre l'accent, tout comme les théories du *care*, sur la vulnérabilité, susceptibilité à la blessure physique ou morale, telle qu'elle est définie étymologiquement. Mais la vulnérabilité dont il est question sur ce plan, est celle qualifiée par les théoriciens du *care*, – au sens anthropologique – de vulnérabilité fondamentale, comme la condition de possibilité des différentes formes de vulnérabilité problématique ou sociale qui peuvent affecter les sujets. En effet, « *si les sujets ne dépendaient pas fondamentalement des attitudes et des actions d'autrui à leur égard, ils ne pourraient être affectés durablement par ces dernières*[20] ».

S'opposant à la conception libérale de la liberté sans frein, comme absence d'interférence garantie par des droits et des biens premiers égaux, les néo républicains ont principalement cherché à protéger les sujets contre les formes de vulnérabilité problématique induites par l'exposition à la domination d'autrui. C'est ainsi que le néolibéralisme cherche à promouvoir « *une liberté dans la cité* » ou une liberté sociale qui montre que les sujets sont voués à coexister avec autrui et à dépendre de l'attitude des autres à leurs égards pour le développement de leur capacité d'action et d'expression. Il met au premier rang la lutte contre la domination, principal obstacle à la reconnaissance de chacun comme un bénéficiaire légitime du *care* et à l'instauration de relations satisfaisantes de care.

En quoi la préoccupation commune des théories du *care* et du néo-républicanisme pour la vulnérabilité des sujets, les conduit à définir les tâches du politique de manière partiellement convergente ?

Dans la mesure où les sujets sont fondamentalement vulnérables, ils sont exposés à des formes de domination susceptibles d'accroître cette vulnérabilité première dont la reconnaissance ne peut simplement impliquer que l'on fasse attention aux soins spécifiques des sujets, mais bien plus, elle

---

19 M. GARRAU, « Le care est-il soluble dans la non-domination ? », *in Politiser le Care ? Perspectives sociologiques et philosophiques* (dir. M. GARRAU et A. LE GOFF), p. 118-119.

20 *Ibid*., p. 120.

Copyright © PUSEK, Kaslik, 2023 | All Rights Reserved

fait appel à la transformation des contextes qui font obstacle à la perception de la vulnérabilité comme vulnérabilité commune, et à celle des rapports qui autorisent certains à méconnaître les besoins des autres en les stigmatisant ou alors en les ignorant. Ainsi :

> « *Prenant à son compte la protection des sujets des formes de domination auxquelles ils peuvent être exposés dans la vie sociale, la théorie néo-républicaine, fait des relations interpersonnelles et de leur contexte, l'objet premier de la réflexion politique et de la transformation sociale*[21] ».

En somme, l'apport de la théorie néo républicaine à l'élaboration d'une politique du *care* se manifeste comme suit : œuvrer pour une démocratie d'inclusion, de contestation et de culte des vertus civiques. Tels sont les trois points saillants de cette théorie soulignés par Philip Pettit dans son ouvrage *Républicanisme*.

Comment une politique du *care* devrait inclure l'idéal néo républicain de promotion de la non domination ? Pour Petitt, philosophe irlandais, défenseur du républicanisme en philosophie politique, la promotion de la non-domination repose sur deux volets : « *une théorie de la démocratie et une théorie des vertus civiques* ». La non-domination doit être compensée par deux manières que résument les notions de « *démocratie inclusive* » et de « *démocratie contestataire*. » Par inclusive, il entend que :

> « *Dans l'ensemble des instances publiques de prise de décision, les citoyens doivent être représentés dans leur diversité culturelle et sociale afin que les décisions publiques soient prises au terme de délibérations qui tiennent compte de l'ensemble des intérêts pertinents des citoyens*[22] ».

Or, comme l'entendent les théoriciens du *care*, l'un des principaux problèmes relatifs aux pourvoyeurs et aux bénéficiaires du *care*, provient du fait que leurs préoccupations ne sont ni entendues ni prises en compte dans l'espace public. Inversement, la disqualification des activités du *care*, comme la stigmatisation de ceux qui en bénéficient, se soutiennent de l'invisibilité qui entoure tant les pratiques du *care* que les difficultés spécifiques auxquelles elles confrontent ceux qui les effectuent, et ceux qui en bénéficient. Il faut alors que ces groupes sociaux dont la voix est faible, soient mieux représentés, plus encore soutenus par des mécanismes institutionnels qui doivent être instaurés afin qu'ils puissent, auprès des citoyens ordinaires, contester, si

---

21 M. GARRAU, « Le care est-il soluble dans la non-domination ? », p. 124.

22 PH. PETITT, *Républicanisme, une théorie de la liberté et du gouvernement* (1997), trad. française de Jean Fabien Spitz, Paris, Gallimard, 2004, p. 252-256.

Copyright © PUSEK, Kaslik, 2023 | All Rights Reserved

besoin, les décisions publiques ou la manière dont celles-ci sont appliquées. D'où la notion de « *démocratie de contestation* » selon Pettit « *qui fait droit à l'expression des besoins des citoyens sans que le peuple ne soit l'auteur des lois ou des politiques publiques* ». Ajoutons à cela pour lui, l'idée de l'engagement nécessaire des citoyens dans la vie publique, par le développement chez eux d'un certain nombre de « *vertus civiques* », essentiellement « *la vigilance civique* » telle que, a) « *l'attention portée aux actions de leurs gouvernants* », *b) « au respect mutuel* » qui renvoie à leur reconnaissance d'autrui comme un égal en droit, et c) « *à la civilité* », qui se définit par leur attitude de confiance interpersonnelle, découlant de l'assurance de chacun d'être considéré par ses concitoyens comme quelqu'un dont la voix compte[23].

Ainsi, on voit comment le néo-républicanisme, par maints aspects de sa théorie, conçoit la promotion de la non-domination, par sa défense de la vulnérabilité, sa critique du libéralisme politique, et par conséquent, l'apport de sa théorie à l'élaboration d'une théorie du *care*.

Mais on se demande si le néo-républicanisme n'est pas dépassé aujourd'hui par de nouvelles formes de pouvoir, issues des maux relatifs aux démocraties libérales. Alexis de Tocqueville, au XIX[e] siècle déjà, les avait montrés en soulignant leurs périls. Ils renferment les jalons constitutifs du néolibéralisme, l'une des causes principales de la perversion de la démocratie. Le jalon des plus révélateurs qui annonce cette perversion, est celui du « *despotisme doux* » dont on identifie les traits à ceux de l'État Providence :

> « *Il prend par la main des citoyens, s'occupe de leurs affaires, uniformise leurs comportements et les noie lentement, sans qu'ils ne s'en rendent compte dans l'infantilisme, en les dépouillant de leur responsabilité morale et civile*[24] ».

Triste réalité de celui qui impose le terrorisme de la pensée et des institutions, en revenant à la loi du plus fort[25].

---

23 PH. PETITT, *Républicanisme, une théorie de la liberté et du gouvernement* (1997), trad. française de Jean Fabien Spitz, Paris, Gallimard, 2004, p. 242-265.

24 A. DE TOCQUEVILLE, *De la démocratie en Amérique*, Idées Gallimard, 1968, p. 147.

25 Concernant les despotismes des démocraties selon Tocqueville, cf. M. FAYAD, *Théorie et pratique de l' État, Marx, Tocqueville*, Kaslik, PUSEK, 2014.

Copyright © PUSEK, Kaslik, 2023 | All Rights Reserved

2. Le néoliberalisme et la perversion de la démocratie : une nouvelle approche ontologique et anthropologique des technologies du pouvoir

Le néolibéralisme n'est pas le libéralisme classique accentué, ou poussé à l'extrême dans le sens de hyper ou ultra libéralisme, mais il s'agit de tout « *un art de gouverner* » comme l'entend Wendy Brown, d' « *une nouvelle rationalité qui dissout lentement les repères identitaires de la démocratie et qui instrumentalise ses institutions*[26] ». Citons six causes aux principaux traits dominants du néolibéralisme, et qui sont, à notre sens, des plus révélatrices :

2.1 Les causes endogènes aux principaux traits dominants du néolibéralisme : dissolution des repères identitaires de la démocratie et instrumentalisation de ses institutions.

a) La rationalité économique réduit le politique à l'économique, et, concevant l'être humain comme homo oeconomicus, réduit ses dimensions plurielles à une logique univoque : la logique marchande ; b) Si le libéralisme travaille sur le libre échange du marché, d'où l'intervention minimale de l'Etat régulateur, le néolibéralisme implique l'intervention active de l'Etat, dans le champs du marché et de l'économie, construits par les lois et les institutions ; c) Dans cette logique, c'est l' État devenu marchand, qui est sous surveillance du marché, et non l'inverse. En d'autres termes, comme l'explique Michel Foucault, l'État doit se conduire comme un acteur du marché : « *il faut gouverner pour le marché, plutôt que de gouverner à cause du marché*[27] ». Il s'ensuit qu'à travers cette gouvernance, – appellation récente, rattachée à cette nouvelle économie du marché – on vise à construire une nouvelle anthropologie où les notions d'intérêt et de concurrence règlent aussi bien l'action individuelle que l'action collective, restreignant de ce fait, la pluralité d'existence des individus ; e) On parle désormais d'un État entreprise qui place les citoyens en position d'individus séparés et atomisés ; f) Plus est, que la stratégie consistant à introduire de nouveaux paramètres d'évaluation, même dans les plus hautes sphères de la société, touche celle de l'Université qu'elle cherche à moderniser. L'Université se voit ainsi travailler à façonner normativement des individus, comme des acteurs entrepreneurs, et par conséquent des carriéristes : « *des créatures rationnelles et calculatrices, dont le degré d'autonomie consiste à prendre soin d'eux-mêmes, à subvenir à leurs*

26 W. BROWNN, *Les habits neufs de la politique mondiale*, Paris, Les Prairies ordinaires, 2007, p. 46.

27 M. FOUCAULT, *Naissance de la biopolitique*, Paris, Seuil, Gallimard, 2004, p. 136.

Copyright © PUSEK, Kaslik, 2023 | All Rights Reserved

besoins, et à servir leurs ambitions[28] ». Carriéristes, ils risquent souvent de servir leurs propres intérêts au détriment d'autrui, usant de conduites séparatistes.

Cette nouvelle rationalité politique du néolibéralisme, en soumettant le nouveau sujet à une logique unitaire, celle de l'homme *entrepreneurial* de nos sociétés modernes, marque simultanément l'implosion de la démocratie. D'où l'une des conséquences des plus graves : l'apparition d'une anthropologie de la peur issue des catastrophes économiques et financières, produites par des politiques irresponsables, obsédées par les profits. Une anthropologie de la prudence, voire de la *méfiance* hobbesienne d'autrui qui vient se substituer à l'anthropologie de la *vulnérabilité*, l'un des points centraux des préoccupations de la théorie du *care*. D'ailleurs, les quatre phases relatives au processus du care (*caring about - taking care of - care giving-care receiving*) – plus particulièrement au sein du champ social, à l'exemple de celui relatif aux services sociaux – perdent leurs repères, et deviennent les nouveaux instruments d'un *care* permuté, au service du pouvoir néolibéral qui va jusqu'aux limites extrêmes de la marchandisation des hommes. Il s'agit d'un *care* qui participe directement à l'instrumentalisation des institutions au sein des États démocratiques, qu'on appelle des États de droit. Tout se joue dans l'invisibilité relative et à l'activité du « *prendre soin* » et au fait psychique de « se *soucier de* », tous les deux intéressés par *une caring society* instrumentalisée sur tous les plans. Se trouve alors sapée de ses fondements, la dyade soucis-soins, constitutive d'une éthique d'un vrai *care* au service d'une anthropologie de la vulnérabilité, dont aucun être humain n'est exempt, ni sur le plan de la psyché, ni sur le plan physique.

En outre, si le *care*, dans la définition générale qu'en a faite Tronto,« *comprend le monde dans tous ses éléments (corps, nous-mêmes et environnement) en soutien à la vie* », il est donc concerné aussi par l'humanitaire. Ainsi, au-delà des institutions sociales et démocratiques que le néolibéralisme ébranle au sein de chaque État, son instrumentalisation du *care* s'étend à l'échelle mondiale ou internationale, où l'on parle à proprement dit de l'humanitaire ou plus précisément du droit international humanitaire.

28 W. BROWN, *Les habits neufs de la politique mondiale*, p. 54.

Copyright © PUSEK, Kaslik, 2023 | All Rights Reserved

2.2 Instrumentalisation du *care* à l'échelle mondiale : l'humanitaire ou le droit international humanitaire

L'humanitaire dont l'historique est très complexe ne nous permet pas d'en donner une définition précise sans controverses. Cependant, nous savons que son action est à l'origine :

> « *Une assistance fournie par un seul ou une conjonction d'acteurs, s'insérant à des niveaux variés dans un dispositif international de l'aide régie par un certain nombre de principes, et mise en œuvre (au nom de valeurs considérées comme universelles) au profit de populations dont les conditions d'existence du fait de la nature (catastrophes) ou de l'action d'autres hommes (conflits armés internes ou internationaux) sont bouleversées et l'intégrité physique atteinte, voire la survie même compromise*[29] ».

Disons que cette approche de l'action humanitaire fait écho à la définition du *care* donnée par Tronto, mais bien entendu, à quelques distinctions près, quand il y souligne des notions clés telles que : se sentir concerné par la vulnérabilité de l'autre, le souci de l'aider, les soins à lui donner, les gestes gratuits à son égard, etc., tant sur le plan des individus que sur celui des populations.

Le bon *care* et le bon don, le bon *care* étant un don, se manifestent alors, dans la première période de l'humanitaire, si nous revenons à son historique, comme le souligne Ryfman, avec la Création de la Croix-Rouge en 1863, date de l'acte fondateur de ce qu'on appelle l'humanitaire moderne. En effet, nous pouvons dire que trois innovations-care sous l'égide d'Henri Dunan, marquent, à partir de 1859 – sur le champ de la bataille de Solférino – le bon acheminement de l'humanitaire : a) improvisation d'un sommaire service de secours pour soigner indistinctement les victimes des deux camps ; b) la mise en avant de la neutralité du sauveteur qui intervient auprès des blessés, quelle qu'en soit l'origine nationale ; c) la recherche d'un soutien des opinions publiques – les sociétés civiles aujourd'hui – pour faire pression sur les gouvernements[30].

Mais le mauvais *care* humanitaire, « *un care écran* », qui masque un ensemble de problèmes politiques sérieux, tels que l'accroissement des inégalités, ou la permanence des rapports de domination, se traduit aujourd'hui clairement, et en toute transparence par le Droit international

---

29 PH. RYFMAN, *La* question *humanitaire : histoire, problématiques, acteurs et enjeux de l'aide humanitaire internationale*, Paris, Editions Ellipses, 1999, p. 29.

30 *Ibid.*, p. 34.

Copyright © PUSEK, Kaslik, 2023 | All Rights Reserved

humanitaire, et plus précisément ses ingérences, dont les conséquences, – on peut le dire par maints moments – rendent manifestes des crimes contre l'humanité. Notons, en revenant sur les propos de Ryfman, qu'après avoir créé en février 1863 « *le Comité international de secours aux blessés* », embryon du futur Comité international de la Croix-Rouge, force fut de créer aussi des normes juridiques, internationalement reconnues et respectées, permettant aux sociétés de secours naissantes de mener leur action d'assistance[31]. Et nous savons qu'à cette fin, le Comité convoque la Première Convention de Genève à partir de laquelle prit naissance le Droit international humanitaire, (DIH) première pierre d'une construction juridique sophistiquée dont et le Droit, et l'Humanitaire sont et demeurent aujourd'hui de plus en plus suspicieux et critiques, surtout avec l'émergence de l'idée d'ingérence humanitaire. C'est l'instrumentalisation du droit humanitaire qui est critiquée : il s'agit d'une instrumentalisation de la notion d'humanitaire par l'acteur militaire politisé en vue de légitimer un acte de guerre.

2.3 Droit international humanitaire et ingérence humanitaire. Une mise en danger de l'humanitaire : quelles limitations ?

Le droit international humanitaire est ainsi à titre de rappel :

> « *Un droit qui s'applique en temps de guerre. Il s'agit d'un ensemble de règles internationales destiné à régler les problèmes humanitaires découlant des conflits armés. Ce droit a un double objet : d'une part alléger les souffrances de la guerre en réglementant les opérations militaires ou les moyens de combat et, d'autre part, protéger les personnes blessées, prisonniers et populations civiles, ainsi que les biens affectés par le conflit*[32] ».

A savoir qu'a priori le principe de neutralité et l'intervention de la Croix-Rouge internationale, avec l'accord des États, sont les deux règles essentielles dans la philosophie de l'institution et représentent les fondements du droit international humanitaire. Cependant plus que des paradoxes, le droit humanitaire revêt des contradictions : a) parler du droit des conflits armés est contradictoire, car par essence la guerre est une situation réfractaire au droit ; b) plus est, que cela laisse à penser qu'il existerait des guerres propres, ou qu'il est possible de mener *des guerres humanisées.* Mais comment humaniser une guerre au lieu de l'arrêter ? Les gouvernements se servent alors du rempart

---

31 PH. RYFMAN, *La* question *humanitaire : histoire, problématiques, acteurs et enjeux de l'aide humanitaire internationale*, Paris, Editions Ellipses, 1999, p. 21.

32 P. BUIRETTE, *Le droit international humanitaire*, Paris, Editions La Découverte, 1996, p. 4.

Copyright © PUSEK, Kaslik, 2023 | All Rights Reserved

du DIH et surtout du droit à ses ingérences pour servir leurs propres fins politiques. Ce droit d'ingérence qui va crescendo, surtout après 2001 avec la poursuite de la guerre contre le terrorisme, risque d'éroder entièrement les principes des valeurs de l'humanitaire qu'il discrédite. Il aurait donc raison Frédéric Passy de dire qu'« *on n'humanise pas le carnage, on le condamne parce qu'on s'humanise*[33] ».

En somme, l'humanitaire n'est jamais véritablement neutre : où finit le militaire ? Où commence le politique ? Quelle légitimité donner à l'ingérence ?

> « *Dans un système composé d'États, aucune ingérence n'est neutre. Même si elle s'en détache au maximum pour remplir sa tâche humanitaire, elle reflète nécessairement les rapports de force de l'ordre mondial, ce qui n'est pas négatif en soi, mais correspond à un certain ordre, à un certain moment déterminé*[34] ».

Cette ingérence humanitaire qui n'est pas uniquement généreuse et morale, risque, sous prétexte de protéger des populations civiles de la violation de leurs droits, de les déstabiliser, comme ce qui se passe fréquemment de nos jours, par le phénomène de déterritorialisation qui témoigne des grands crimes contre l'humanité : il s'agit d'arracher ces populations à leur appartenance – terre et biens – et de la remplacer par une appropriation sur plus d'un plan : économique, politique, culturel et géographique. Se crée alors le problème des émigrants et des migrants, hormis, plus humiliantes encore, les formes exacerbées de frontières, celles des camps de réfugiés qui, vivant des périodes d'attentes de saluts prolongés et indéterminés, finissent par être étrangers par rapport à leur être et à leur espace-temps. Leur situation les mène souvent à vivre des problèmes complexes, parmi lesquels la quête d'un ré enracinement mais à résurgence pathologique de leurs identités en fuite ou en perte[35].

---

33 Cité par Henry Dunant lui rendant hommage, *in* A. Durand, « L'évolution de l'idée de paix dans la pensée d'Henry Dunant » ; *Actes du Colloque Henry Dunant 1985*, éd. de la Société Henry Dunant, Genève. <http ://www. internationl-review.icrc.org>, consulté le 3 janvier 2022. À savoir que Passy, ce célèbre apôtre de la paix, juriste et économiste de formation, reçut en 1901, le premier prix Nobel de la paix, en reconnaissance de son engagement indéfectible pour la paix mondiale, combat qu'il menait déjà depuis près de 50 ans.

34 P. BUIRETTE, *Le droit international humanitaire*, p. 94-95.

35 Concernant l'ingérence humanitaire et le phénomène de déterritorialisation, Cf. M. FAYAD « Les fossoyeurs de la démocratie : contrefaçons du droit positif, déraillements du droit naturel », *in L'Enracinement ou la force du juste*, (dir. M. FAYAD), *Actes du Colloque international*, *Annales de Philosophie et des Sciences humaines*, 2016, PUSEK, Kaslik, 2018, n° 38, p. 64-79.

Copyright © PUSEK, Kaslik, 2023 | All Rights Reserved

Ainsi, les conséquences des ingérences humanitaires nous mènent forcément à revisiter la notion de l'altruisme humanitaire : comment l'acteur humanitaire, – le mouvement de la Croix-Rouge et les médecins sans frontières – pourrait-il encore lutter contre l'humanitaire intéressé, en reconsidérant son espace de travail par la législation de l'espace humanitaire ? Est-ce en réformant l'ONU qui gère dit-on aujourd'hui le désordre plus qu'elle n'établit l'ordre, et dont sans doute, le texte de la Charte qui a été conçu à l'issue de la seconde guerre mondiale, n'est plus adapté aux problèmes du monde actuel ?

> « *Soutenir que le chapitre VII de la Charte est adapté aux conflits actuels revient à ne pas tenir compte de l'évolution de ces conflits. C'est en rester à la conception de l'agresseur extérieur, alors que les conflits sont en majeure partie d'origine interne. C'est aussi développer une méthode répressive, alors que, au contraire, une attitude préventive à l'égard de ces conflits serait beaucoup plus efficace*[36] ».

Ainsi, Edouard Saouma, ancien directeur de la FAO fait bien remarquer déjà en 1994 que :

> « *Ce n'est pas sans risque sur le futur que de donner aux puissants le droit d'aller sauver les pauvres en bousculant leurs autorités nationales. Cela pourrait avoir des conséquences dont nous ne mesurons pas encore tous les effets*[37] ».

Tout compte fait, le droit ne peut à lui seul contrer l'instrumentalisation du *care*, tant à l'échelle des institutions sociales et politiques au sein d'un État, qu'à l'échelle internationale, raison de plus quand il s'instrumentalise lui-même. Cependant, si le *care* ne peut être résorbé par « *l'inaccessibilité du droit* », le droit quant à lui, pourrait être résorbé par le care, ou par les éthiques du *care*, du don et de l'action humanitaire, mais revisitées, retravaillées continûment, afin qu'elles demeurent fondamentales dans ce qu'elles représentent face à la timidité de l'humanisme juridique : la concrétisation d'une prise de conscience et d'un sens de responsabilité universelle. Tel est leur défi à l'ère du néolibéralisme, celui de prendre place dans un combat social. Ce combat serait alors le défi des juristes, des éthiciens et des philosophes.

---

36 P. BUIRETTE, *Droit international humanitaire*, p. 108.

37 « Un entretien avec Edouard Saouma », *Le Monde*, Paris, 1er mars, 1994, p. 2, cité par Patricia Buirette, p. 108.

Copyright © PUSEK, Kaslik, 2023 | All Rights Reserved

3. Le defi et le credo des juristes, des ethiciens et des philosophes

En effet, leur rôle effectif trouve ses assises dans trois remèdes aux maux de la démocratie bien soulignés par Jules Michelet : le premier étant « *l'éducation*, *le second*, *l'éducation et le troisième l'éducation* », unique arme et armature contre le néolibéralisme, et génératrice de valeurs humaines. Ces valeurs émergent progressivement par l'humanisation réciproque, au croisement des cultures. Nous en citons trois essentielles : a) la première est celle de la dignité humaine, qui n'est pas définie une fois pour toute et à cultiver, notamment concernant le statut des femmes ; b) La singularité de chaque être humain, et son égale appartenance à la communauté humaine, qui ne s'oppose pas à la différence, mais qui l'inclut ; c) la troisième composante qui résulte des risques créés par les nouvelles technologies, c'est celle de l'indétermination. L'être humain est indéterminé ; il n'est pas déterminé d'avance. C'est sa part de liberté, et le fondement de sa responsabilité. C'est par référence à ces trois composantes majeures relatives au domaine de l'éthique, que le droit pourra jouer son véritable rôle : il s'agit alors d'une éthique du droit qui saura 1) résister à la déshumanisation ; 2) responsabiliser les titulaires d'un pouvoir global ; 3) anticiper les risques à venir. Nous pouvons y voir alors l'instrument éthico juridique et politique d'un nouvel humanisme, conçu comme une dynamique des pratiques de la démocratie toujours inachevée dans l'interprétation de ses valeurs. Tel est alors le défi urgent et l'unique crédo difficile des juristes, des éthiciens et des philosophes : chercher à consolider les acquis des composantes d'une communauté humaine de valeurs qui ne sont pas données d'avance[38].

38 Un regard optimiste à souligner, porté aujourd'hui sur la mise en pratique depuis 1996 déjà d'un projet, *l'économie de communion*, inspiré par la fondatrice du mouvement des Focolaris, Chiara Lubic. Cette économie qui se propage aux quatre coins du monde s'est forgée son propre cadre conceptuel grâce à l'engagement d'économistes compétents qui ont élaboré sa théorie et construit sa pratique. Ce qui garantit son authenticité, c'est sa triple dimension spirituelle, chrétienne et culturelle qui la sous-tend et la fonde. A l'économie du marché consumériste, voire au néolibéralisme qui cultive une culture de « *l'avoir* », elle oppose « *une culture du don* » qui trouve ses racines dans la philosophie relationnelle communicative, -Gabriel Marcelle, Mounier, Buber, Lévinas, etc. Aux valeurs de la concurrence, elle substitue les valeurs du partage et de la solidarité mondiale qui s'inscrivent dans la ligne de l'Encyclique *Centisimus Annus* dans laquelle Jean-Paul II réaffirmait sa profonde conviction quant à la destination universelle des biens. Ainsi, au slogan *ceci est à moi*, il faut substituer un nouvel idéal : *ceci est à moi pour nous*. Pour une approche des détails de *l'économie du don*, on revient a) au but et aux moyens de fonctionnement de ses entreprises, b) à la répartition coopérative de la distribution de leurs profits aux régions et aux pays du monde les plus défavorisés, et par conséquent, c) à la portée théorico pratique de cette économie, en tant qu'une politique

Copyright © PUSEK, Kaslik, 2023 | All Rights Reserved

Comment se profile ce nouvel humanisme ?

Il s'agit d'un humanisme cosmopolitique qui trouve ses racines déjà dans la philosophie de Michel de Montaigne qui l'annonce. Il se distingue par deux principes :

– Le premier est de se démarquer, voire de se débarrasser de la présomption d'une supériorité ontologique radicale de l'homme qui lui confère, grâce à sa raison, une domination sur toute la nature, et sur tout ce qui ne lui ressemble pas, c'est-à-dire, ce qui ne correspond pas à l'idée qu'il ne se fait de lui-même. Maître et possesseur de la nature dans ses éléments inorganiques, sa faune et sa flore, il se considère le dieu des êtres sur terre. C'est cette fausse ontologie de l'homme et ses conséquences prédatrices de la différence, que critique Montaigne dans ses *Essais* :

  « *Chacun appelle barbarie ce qui n'est pas de son usage : comme de vrai, il semble que nous n'avons autre mire de la vérité et de la raison, que l'exemple et l'idée des opinions et des usances des pays où nous sommes*[39] ».

– Le second, corollaire au premier, est le rejet de l'Uniformité de l'Un dont le danger est qu'il élimine l'autre, dans sa singularité, – déjà susmentionnée ci-dessus – et par conséquent la diversité de ses modes d'être, de penser et d'agir, qui élimine donc la diversité des cultures. En effet le faux universalisme prend la façon de vivre, de faire et de penser qui prévalent dans nos contrées, pour modèle de l'humanité en général, hors duquel, il n'y aurait que barbarie. Or, reconsidérer le rapport à la nature et à l'altérité, est une tâche préliminaire qui élève l'humanisme à une dimension cosmopolitique. À cet égard, la perspective cosmopolitique indique la voie à suivre à travers la reconsidération de l'identité humaine qui ne s'oppose pas à la différence, mais l'inclut.

C'est ainsi qu'on peut par conséquent parler d'une humanisation de la démocratie.

On comprend dans ce sens les propos du pape philosophe, Benoît XVI à la fin de son Discours au parlement de Berlin-2011 :

---

d'éducation centrée sur les valeurs. Cf. M. FAYAD, « Apprendre à désapprendre :plan politico-éducationnel », *in Théologie, Philosophie et libération de l'Esprit. Religion et culture, dialogue germano-libanais*- PUSEK, Kaslik, 2007, n° 10.

39 M. DE MONTAIGNE, *Essais, I, XXXI, « Des Courbales »*, Paris, édition Villey-Soulnier, PUF, 2012, p. 205.

Copyright © PUSEK, Kaslik, 2023 | All Rights Reserved

> « *Au jeune roi Salomon, au moment de son accession au pouvoir, une requête a été accordée. Qu'en serait-il si à nous, législateurs d'aujourd'hui, était concédé d'avancer une requête ? Que demanderions-nous ? Je pense qu'aujourd'hui aussi, en dernière analyse, nous ne pourrions désirer autre chose qu'un cœur docile, la capacité de distinguer le bien du mal et d'établir le vrai droit, de servir la justice et la paix*[40] ».

En somme, si les États valent aujourd'hui ce que valent ceux qui les pensent et qui les vivent, il dépend des nations elles-mêmes qui travaillent pour l'égalité de leurs conditions, que l'égalité les conduise, comme l'entend Alexis de Tocqueville, « *à la servitude ou à la liberté, à la lumière ou à la barbarie, à la prospérité ou aux misères*[41] ».

À partir de cette approche théorico pratique du care au prisme des enjeux éthico politiques, il serait intéressant peut-être de montrer 1) dans quelle mesure de petits pays, comme le Liban, pays pluriconfessionnel de 10452 km2, – brimé jusqu'à nos jours par une guerre qui revêt plusieurs formes, – et dont les infrastructures sont défaillantes, voire aplanies, parvient encore à vivre ces éthiques de l'hospitalité, du care et du don, et 2) comment il essaie aujourd'hui de survivre face à l'instrumentalisation d'une politique nationale et internationale suspicieuse. Parler de la résilience de son petit peuple est-il encore possible alors qu'il est meurtri depuis plus de deux ans par l'apocalypse d'un feu ravageur qui l'éventre sur le triple plan politique, économique et humain, comme s'il est condamné, semblable à Prométhée attaché à un rocher, à avoir son foie éternellement dévoré par les vautours, et ce, pour une faute qu'il n'a même pas commise[42] ? Et 3) comment enfin vit-il la crise de l'humanitaire au service des réfugiés, parallèlement à la pandémie Covid-19 qui , à elle seule, déséquilibre le monde ?

---

40 PAPE BENOIT XVI, « Discours au Parlement de Berlin », *<http//www.zénith.org/article-29016>*, consulté le 6 avril, 2016.

41 A. DE TOCQUEVILLE, *De la démocratie en Amérique*, p. 368.

42 La chute à pic d'un petit pays plus particulièrement après l'explosion du port de Beyrouth –4 août 2020– tant dans ses infrastructures que dans son capital humain et qui a généré l'agonie d'un peuple : émigration des familles, de la jeunesse, chômage, 70% de ses composantes au seuil de la pauvreté, hormis les traumatismes et les séquelles de la catastrophe qui se multiplient encore, parallèlement au virus sournois Covid-19 qui continue de circuler dans ses espaces. Souffrance et douleur perpétuelles d'un peuple que la dyade *soucis-soins* relative au care essaie de penser en les pansant. Il s'agit donc de cette empathie sur le double plan spirituel, voire psychologique, traduit par le concept du souci et celui physique, traduit par le concept du *soin*. Cette empathie entre les donneurs et les récepteurs du care crée désormais chez la plupart des citoyens une belle solidarité exceptionnelle.

Copyright © PUSEK, Kaslik, 2023 | All Rights Reserved

3.1 La démocratie libanaise : les structures défaillantes de l'État, les éthiques du care, du don, de l'hospitalité et une société humaine encore résiliente

Au Liban où les moments de paix sont des guerres occultées, nous n'avons pas ou presque pas un État social, et par conséquent, les individus exempts de droits sociaux, luttent aujourd'hui et plus que jamais pour les acquérir. Les liens familiaux bien forts et les organisations confessionnelles rattachées à nos 18 communautés, ainsi que celles des organisations non gouvernementales (ONG) s'associent pour les soutenir. Elles essaient, aujourd'hui, et plus précisément à partir de 2019, avec l'inflation économique, et la séquestration des capitaux des Libanais, otages d'une gouvernance corrompue, de pallier les diverses défaillances de ses infrastructures quasi inexistantes. À noter certes que celles-ci sont limées depuis 1975 par des guerres *à variantes* successives qui se prolongent jusqu'à nos jours en guerre froide, conséquence aussi, d'une politique régionale et internationale.

3.2 Les éthiques du *care* et du don sur le plan des institutions sociales

Ainsi on les voit s'activer inconditionnellement, partout au Liban : à Beyrouth, dans ses quartiers chauds, et dans les régions du Nord et du Sud du pays, où les six biens publics mondiaux, supposés être universels, à savoir l'eau potable, l'alimentation, la santé, l'éducation, l'assainissement et l'électricité font défaut, en plus des discriminations de tout genre, et plus particulièrement, celles relatives à la maltraitance des enfants et à la violence contre les femmes[43]. Par conséquent, ces éthiques du vrai *care*, du vrai don, relatives à toutes ces organisations de bonne volonté au Liban, révèlent les liens forts que tissent entre eux les membres – toutes confessions comprises – d'une société humaine.

Mais on se demande d'autre part, dans quelle mesure un petit pays de 10452 km2, entouré de voisins hostiles, essaie de gérer ses douleurs et ses souffrances pour survivre à une guerre, – souvent celle des autres – à son insu.

Seule, à notre sens, la résilience de ses composantes humaines, et je dis bien humaines, lui permet cette survie face, hélas comme nous le savons, à des politiques fantoches et intéressées. Ces composantes apparaissent aussi dans

43 Rappelons aussi certes, à ce propos, et surtout après l'explosion du port, la mobilisation de la diaspora libanaise ainsi que celle des ONG à l'étranger, amis du Liban.

Copyright © PUSEK, Kaslik, 2023 | All Rights Reserved

les associations qui ont des intérêts non communautaires, mais associatifs, professionnels, syndicaux, corporatifs, enfin, dans tout ce qui fait le tissu interprofessionnel des réalités libanaises. Parmi les nombreux processus qui forment leur solidarité, nous en citons trois, explicites, chacune sur plus d'un plan : la positivité de soi du Libanais, son esprit d'initiative et de créativité, et son esprit de relance. La résilience, condition sine qua non de leur *polis*, fait que celle-ci prend acte des événements traumatiques qu'elles vivent, les absorbe en se reconstruisant simultanément. Cet art de « *naviguer entre les torrents* », qui implique la défense, voire l'équilibre face aux tensions, est celui du capital humain de notions communes d'un agir communautaire, au sens de Spinoza, relatif à ces composantes libanaises bien manifestes sur le plan humain[44]. C'est le fait qu'elles soient solidaires dans leur prudence, d'un projet commun, qui, pour le moment, durant les circonstances très dures qu'elles traversent, est celui de survie. Et c'est par la pratique d'une coopération interhumaine qu'elles ne cessent de tenter de se libérer au quotidien, des hostilités de tout bord qui les guettent.

Un argument exemplaire qui manifeste la résilience inconditionnelle des composantes humaines de la société libanaise est ce *geste* spontané des citoyens empreint par le don et le care à l'instant même de l'explosion apocalyptique du port de Beyrouth, et qui se prolonge jusqu'aujourd'hui en revêtant diverses formes : de leur entraide en pansant leurs blessures, à leur appui dans les hôpitaux aux médecins et aux infirmiers soignants et leurs équipes, en passant simultanément par la confrontation de la pandémie Covid-19, jusqu'à leur tentative obstinée de construire l'essentiel dans ce qui est déconstruit pour survivre. N'est-ce point l'exemple même du bon *care* soluble dans le don, le don étant le socle de la sociabilité humaine, ce par quoi le social prend corps, car un monde commun se tisse par l'échange. C'est ainsi qu'on peut faire tenir ce monde commun, construire la maison commune par l'interdépendance.

Certes, dans leur traversée des hauts et des bas, les bas étant de nos jours au plus bas des bas, les Libanais, en majeure partie, ne veulent entendre parler ni de résilience, non plus de résistance, lapidés par le manque de leurs besoins les plus élémentaires qui ébranlent leur existence et bafouent leur dignité humaine : la dévaluation de la livre libanaise et la flambée des prix

44 Concernant la résilience des composantes humaines libanaises sur le plan humain, cf, M. FAYAD. « Le pacte, une logique, une éthique, une finalité. – Aspects théorico – pratique », *in Société civile résiliente et composantes politiques en conflits : rupture et défis d'une solidarité*, (direct. M. FAYAD), PUSEK, kaslik, 2016.

Copyright © PUSEK, Kaslik, 2023 | All Rights Reserved

alimentaires, ceux des carburants et des médicaments, encore s'ils les trouvent sur le marché. Et on se demande comment peuvent-ils encore se ramasser pour s'accrocher sur plus d'un plan, à la moindre opportunité propice à leurs intérêts, résilients et résistants face à une crise multidimensionnelle qui les enlise ? Plus est, hélas, que ce n'est pas seulement par une ironie du sort que la crise des réfugiés syriens auprès des réfugiés palestiniens, continue de leur peser très lourd surtout après leur chute libre des deux dernières années.

3.3 L'humanitaire au service des réfugiés au Liban et les conséquences d'une politique internationale suspicieuse : hospitalité et hosti-pitalité

Le nombre de réfugiés syriens au Liban, suite à la crise en Syrie, depuis le début de la guerre civile en mars 2011, dépasserait aujourd'hui selon les autorités libanaises la barre des 1,5 millions, soit un tiers de la population locale, hormis les nombreuses nouvelles naissances non encore enregistrées. Ajoutons à ce nombre, celui de 449957 palestiniens enregistrés auprès de l'URNWA. Malgré une intensification récente des efforts du gouvernement et d'acteurs non gouvernementaux pour s'attaquer aux problèmes des réfugiés syriens, la situation sur le plan des services essentiels demeurait très insuffisante jusqu'en 2019 puisqu'il fallait gérer des besoins extrêmement variés, alors même que les problèmes structurels préexistants du Liban persistaient et les ressources étaient toujours limitées.

Entre 2017 et 2019, un second problème est venu s'ajouter aussi bien sur le plan de l'emploi que sur celui des services sociaux, tels que les écoles et les hôpitaux : dans toutes les villes du Liban, y compris Beyrouth, plus particulièrement dans les quartiers pauvres qui présentent de fortes concentrations de réfugiés syriens, les Libanais n'avaient pas ou plus de travail, le coût de la main d'œuvre syrienne étant nettement inférieure à la leur ; en outre, ils reconnaissaient que les Syriens prenaient leurs emplois. Beaucoup de Libanais considéraient que le gouvernement et d'autres bailleurs de fonds leur procuraient toutes les formes de soutien, alors qu'eux, Libanais, se trouvaient dans des conditions nettement moindres. Plus est, que les écoles et les hôpitaux étant surchargés, ils ne pouvaient plus prétendre à des services de qualité, même plus à des services tout court. Ces tensions qui éclataient de temps en temps en querelles, voire en bagarres sanglantes dans le pays d'accueil, venaient s'ajouter au lourd tribut payé par le Liban du fait des conséquences de la guerre syrienne.

En effet, sur une population libanaise estimée à 4,8 millions, il y'aurait désormais 2,7 millions de pauvres selon un rapport de la Commission

Copyright © PUSEK, Kaslik, 2023 | All Rights Reserved

économique et sociale pour l'Asie occidentale (CESAO), organisme dépendant de l'ONU, – septembre 2020[45]. Mais récemment, et plus précisément à partir de 2021, les Libanais touchés au fin fond de leur être par des problèmes au quotidien qui leur tombent sur les épaules à coups de massue, se voient à leur tour, étrangers au sein de leur propre pays.

Ainsi, on comprend qu'une certaine hostilité perdure encore et davantage envers les réfugiés syriens qui bénéficient d'aides alimentaires fournies par les ONG et d'une aide financière par l'UNHCR, alors que de nombreux Libanais dans le besoin en sont privés. Plus est que l'UNHCR estime que les conditions sécuritaires ne permettent pas aux syriens de rentrer de sitôt chez eux[46]. Indignés, – sans pour autant dénigrer les droits des réfugiés syriens mais dont le poids de leur présence et pour des raisons politiques leur pèse lourd depuis 2011 – les Libanais souffrent d'une injustice qu'ils subissent : ayant ouvert grand les bras à autrui, ce voisin frère dans le besoin, voici que leur hospitalité se retourne contre eux. Plus encore, nombreux sont ceux qui se trouvent déjà du jour au lendemain, déracinés, sans asile, immigrés dans leurs propres pays ou en perte d'identité.

Certes, au début de la crise syrienne, le Liban a ouvert spontanément son cœur et ses portes à l'autre qu'il ne pouvait supporter de voir mourir. Mais aujourd'hui il voit ce geste gratuit, voire cette hospitalité inconditionnelle se retourner en effet contre lui :

L'hospitalité a sans doute elle aussi des normes. C'est une éthique. Mais, étymologiquement, le mot hospitalité, *hostis* signifie en même temps l'hôte et l'ennemi. *L'hostis*, l'hôte est ainsi toujours potentiellement un ennemi. Il s'agit de « *l'hosti-pitalité* », néologisme inventé par Derrida qui veut dire que l'étranger viole l'intimité de votre maison, s'approprie vos biens et finit par vous approprier. Derrida rapproche la question de l'hospitalité de celle du parricide :

> « *Le père étant l'hôte de la maison, l'étranger, à partir du moment où la porte lui est ouverte, a tous les droits, y compris de prendre la place du maître de maison. Beaucoup de craintes relatives à la question actuelle de l'immigration clandestine sont liées à ce fantasme*[47] ».

---

45 N. RUCH, « La situation des réfugiés au Liban », <*http//www.lesclesdumoyenorient.com*>, consulté le 3 janvier 2022.

46 *Ibid*.

47 A. DUFOURMENTELLE, « Un ravissement sans violence », <*http//www.L'hospitalité. Cairn_info_htm = anchor_plan.mht*>, consulté le 30 mai 2020.

Copyright © PUSEK, Kaslik, 2023 | All Rights Reserved

En somme, en politique, l'hospitalité inconditionnelle n'existe pas ; au sein d'une société politique, économique, on parle de liens, d'échanges et donc de réciprocité lesquels ne peuvent être fondés que sur des règles et des normes. C'est ainsi qu'on parle dans toute société de règles d'hospitalité, rattachées à un code civil, celui des droits et des devoirs, et grâce auquel se crée un espace commun de communication, dans le respect et la reconnaissance de l'autre, en tant qu'un autre soi-même dans la différence. En somme, le monde se porterait bien, ou du moins mieux, si ces beaux principes de l'hospitalité s'appliquaient aujourd'hui à l'ensemble de nos sociétés. La cause palestinienne, et plus tard la crise syrienne dans l'espace libanais ont engendré la question libanaise, désormais, une question en questions. Jusqu'à quand la résilience libanaise peut-elle continuer à faire face aux puissances indomptables des rapports de forces de l'ordre mondial ?

Au final, le Liban – comme bien d'autres petits pays d'ailleurs – est gravement malade de guerres qu'il continue de subir, de guerres que le droit international humanitaire est appelé – faute de mieux, dit-on- à rendre humaines et à réglementer. Faudrait-il alors revisiter ce qu'on entend par « humain. » Qu'appelle-t-on humain, à l'heure où a) l'un des plus grands drames du monde aujourd'hui, est cette augmentation permanente du nombre de réfugiés qui pose un problème de dignité et de respect de l'homme ; b) à l'heure où la santé des migrants est l'une des grandes préoccupations de la communauté internationale : dans certains pays, ou encore dans les camps de réfugiés relatifs à des pays d' accueil, des enfants atteints de maladies mentales , ne sont pas soignés ; ils ne sont pas vaccinés ; atteints de maladies cardio-vasculaires, de cancer, ils ne sont pas traités ; c) à l'heure où cette communauté internationale délaisse souvent les pays d'accueil et les abandonne à leur propre sort, avec une pénurie de fonds, sans que les Nations unies ne leur offrent plus de soutien en leur apportant leur contribution ; d) à l'heure enfin où l'on a réussi la mondialisation de l'économie, de la communication, mais pas de la solidarité, puisque le capitalisme financier creuse un fossé de plus en plus béant entre les pays riches et les pays pauvres.

C'est certes dans le camp du néolibéralisme, qu'il faut chercher la réponse. Et, revisiter aujourd'hui les éthiques de l'hospitalité, du *care*, et du don nous aide bien à la trouver.

Copyright © PUSEK, Kaslik, 2023 | All Rights Reserved

BIBLIOGRAPHIE

Ouvrages généraux

BRAUN W., *Les habits neufs de la politique mondiale*, Paris, Les Prairies ordinaires, 2007.

FAYAD M., *Théorie et pratique de l'État : Marx*, *Tocqueville*, PUSEK, Kaslik, 2014.

FOUCAULT M., *Naissance de la biopolitique*, Paris, Seuil, Gallimard, 2004.

L'Enracinement ou la force du juste, (dir. M. FAYAD), *Actes du Colloque international*, *Annales de Philosophie et des Sciences humaines*, 2016, PUSEK, Kaslik, 2018, n° 38.

MONTAIGNE DE., *Essais I*, *XXXI*, « Des Courbes », Paris, éditions Villey-Soulnier, PUF, 2012.

PRADINES M., *Traité de psychologie générale*, Paris, PUF, TIII 2005.

Société civile résiliente et composantes politiques en conflits : rupture et défis d'une solidarité, (dir. M.FAYAD), PUSEK, Kaslik, 2016.

Théologie, *philosophie et libération de l'esprit : religion et culture*, *dialogue germano-libanais*, (Kaslik, PUSEK, 2007. Colloque tenu sous le parrainage de Missio-Aachen et Missio München, avec la collaboration du professeur Raïf Georges Khoury, de l'Université de Heidelberg, München, 24 septembre – 1er octobre 2006).

TOCQUEVILLE A., *De la démocratie en Amérique*, Paris, Idées Gallimard, 1968.

Ouvrages spéciaux

BUIRETTE P., *Le droit international humanitaire*, Paris, Editions La Découverte, 1996.

GARREAU., et LE GOFF A., *Politiser le care*, *Perspectives sociologiques et philosophiques*, Paris, éditions BDL, 2012.

GILLIGAN C., *Pour une éthique du care*, Paris, Flammarion, 2008.

PETTIT PH., *Républicanisme*, *une théorie de la liberté et du gouvernement*, trad française Jean Fabien Spitz, Paris, Gallimard, 2004

RYFMAN PH., *La question humanitaire*, *histoire*, *problématiques*, *acteurs et enjeux de l'aide humanitaire internationale*, Paris, éditions Ellipses, 1999.

TRONTO J., *Un monde vulnérable. Pour une politique du care*, trad. H. Maury, Paris, 2009, La Découverte.

Copyright © PUSEK, Kaslik, 2023 | All Rights Reserved

Articles

BONICCO-DONATO C., « De la philosophie morale humienne à l'éthique du care », *Cahiers philosophiques*, n° 36/1er trimestre 2014, éditions scérÉrn [CNDP-CRDP], p. 7-23.

CHANIAL PH., « Don et care : une famille (politique) à recomposer ? », GARREAU M., et LE GOFF A., *Politiser le Care ? perspectives sociologiques et philosophiques*, éditions BDL, p. 79-97.

FAYAD M., « Le pacte, une logique, une éthique, une finalité. – Aspects théorico – pratique », *in Société civile résiliente et composantes politiques en conflits : rupture et défis d'une solidarité*, (dir. M. FAYAD), PUSEK, Kaslik, 2016.

TRONTO J., et WHITE J., « Les pratiques politiques du care : les besoins et les droits », in *Cahiers philosophiques*, n° 36/1er trimestre 2014, éditions scérén, [CNDP-CRDP], p. 69-99.

Sitographie

DUFOURMENTELL A., « Un ravissement sans violence», <*http//www. L'hospitalité.Cairn_info_htm = anchor_plan.mht*>.

DUNANT H., « L'évolution *de l'idée de paix dans la pensée d'Henry Dunant* », *in Actes du Colloque Henry Dunant 1985*, édition de la Société Henry Dunant, Genève. <http ://www. internationl-review.icrc.org>.

RUCH N., « La situation des réfugiés au Liban », <*http//www.lesclesdumoyenorient. com*>, consulté le 3 janvier 2022rnationl-review.icrc.org>.

Copyright © PUSEK, Kaslik, 2023 | All Rights Reserved

USEK
Holy Spirit University of Kaslik Press

Revue juridique de l'USEK
*USEK **Law Journal***
Nº Spécial | 2023

(OA) Open Access

eISSN 2664-8156

La compliance environnementale des entreprises / Environmental Compliance for Businesses

Louis Fériel, *Docteur en droit privé, enseignant contractuel à la Faculté de droit de l'Université catholique de Lyon, enseignant-chercheur contractuel à la Faculté de droit de l'Université Grenoble Alpes*

Abstract

The article argues that regarding recent legal evolutions, a new approach of environmental ethics and environmental law connections is emerging. On the one hand, environmental ethics is more and more often translated into law. On the other hand, ethical considerations are strongly needed for the effectiveness of environmental law. In this regard, compliance programs for businesses are decisive. The European legal discourse on green transition is now clearly promoting environmental compliance for private actors. Furthermore, in the years to come, climate litigation may establish obligations for private companies to reduce carbon dioxide emissions. This would undoubtedly lead to reinforce environmental compliance. In this context, compliance programs can be a very useful tool for the assimilation, by companies, of current legal evolutions. Moreover, it could help them to anticipate future changes of the legal framework concerning the green transition.

Copyright © PUSEK, Kaslik, 2023 | All Rights Reserved

Au regard des évolutions juridiques les plus récentes, il apparaît très nettement que la transition écologique tend aujourd'hui à restructurer en profondeur les rapports qu'entretiennent l'éthique et le droit en matière environnementale. Aussi, l'éthique environnementale, qui implique en particulier de bien agir pour préserver le climat et la biodiversité, trouve de plus en plus à se concrétiser au travers de textes juridiques. Aux implications de cette éthique environnementale dans le champ du droit répondent alors des modes éthiques d'application du droit de l'environnement, ce dernier se rapprochant par ailleurs chaque jour davantage d'un véritable « *droit de la transition écologique*[1] ». À l'évidence, l'observation de ce que les textes juridiques saisissent de mieux en mieux l'éthique de la transition, amène à repenser la manière dont les acteurs rendent effectif ce droit, la façon dont ils se l'approprient et l'appliquent concrètement. L'enjeu est de taille dans la mesure où l'orientation vers la durabilité est tributaire d'une refonte en profondeur du modèle économique.

À cette aune, le récent rapport du Groupe intergouvernemental d'experts sur l'évolution du climat (GIEC) du 4 avril 2022[2], est venu rappeler l'extrême nécessité d'une réduction rapide des émissions de gaz à effet de serre qui sont la cause du changement climatique d'origine anthropique. Dans ce contexte, la transition écologique doit permettre une décarbonation de l'économie pour le mitan du siècle. Plus précisément, au plan juridique, l'Accord de Paris du 12 décembre 2015, adopté à l'occasion de la « *COP 21* », a fixé un objectif de limitation de l'augmentation de la température mondiale à 1,5 °C d'ici la fin du siècle, ce qui implique concrètement d'atteindre la neutralité carbone à l'horizon 2050. En réponse et suite à la ratification de cet accord par l'Union européenne[3], la Commission européenne a présenté, le 11 décembre 2019, le Pacte vert pour l'Europe ou « *European Green Deal*[4] », qui prévoit la neutralité carbone de l'Union pour 2050. En outre, le 14 juillet 2021, la Commission a encore renforcé le niveau d'exigence de la trajectoire

1 A. VAN LANG, « Le droit de la transition écologique en devenir », *AJDA* 2022, p. 133.

2 Sur ce rapport, v. M. TORRE-SCHAUB, « Le droit à l'honneur dans le dernier rapport du GIEC. À propos du 6e rapport du GIEC du 4 avril 2022 », *JCP* G 2022, n° 17, 545 ; Ch. HUGLO, « Rapport du GIEC "Changement climatique 2022 – atténuation du changement climatique" : au-delà de l'urgence ! », *JCP* A 2022, n° 15, act. 300.

3 Décision (UE) 2016/1841 du Conseil du 5 octobre 2016 relative à la conclusion, au nom de l'Union européenne, de l'Accord de Paris adopté au titre de la Convention-cadre des Nations unies sur les changements climatiques, *JOUE*, L n° 282 du 19 octobre 2016, p. 1.

4 COM (2019) 640 final, 11 déc. 2019, Communication de la Commission, Le Pacte vert pour l'Europe.

Copyright © PUSEK, Kaslik, 2023 | All Rights Reserved

européenne de réduction des émissions de gaz à effet de serre. Avec son train de mesures « *Fit for 55* », ou « *Ajustement à l'objectif 55*[5] », elle a déterminé le socle des modalités de réalisation de l'objectif intermédiaire de réduction des émissions de 55 % pour 2030. Or selon la Commission, « *La réalisation de l'objectif fixé pour 2030 nécessitera une transformation systémique de l'économie dans son ensemble* ». Du reste, la neutralité climatique est juridiquement imposée aux États membres par des règlements du 30 mai 2018[6] et du 30 juin 2021[7]. En droit interne, l'objectif est consacré à l'article L. 100-4, I, 1° du Code de l'énergie, qui énonce que « *Pour répondre à l'urgence écologique et climatique, la politique énergétique nationale a pour objectifs (…) d'atteindre la neutralité carbone à l'horizon 2050 en divisant les émissions de gaz à effet de serre par un facteur supérieur à six entre 1990 et 2050* ». De plus, l'article L. 222-1, B, I du Code de l'environnement prévoit : « *La stratégie nationale de développement à faible intensité de carbone, dénommée "stratégie bas-carbone", fixée par décret* ». Dans ce cadre, c'est un décret du 21 avril 2020 relatif aux budgets carbone nationaux et à la stratégie nationale bas carbone (SNBC)[8], qui fixe par périodes successives la trajectoire de réduction que l'État est tenu de suivre. Cependant, les acteurs publics ne sont pas les seuls concernés. En effet, pour parvenir à la neutralité climatique, il est également indispensable de faire évoluer les modèles d'affaires des entreprises. À cette aune, il est clair que le droit de la transition écologique se tourne de plus en plus vers les acteurs privés. De sorte que l'élaboration et l'application des trajectoires de réduction d'émissions ne revient plus seulement aux acteurs publics.

En parallèle de cet imposant mouvement vers la transition, les rapports entre le droit et l'éthique des affaires connaissent aussi une rénovation

---

5 COM (2021) 550 final, 14 juill. 2021, Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions, « Ajustement à l'objectif 55 » : atteindre l'objectif climatique de l'UE à l'horizon 2030 sur la voie de la neutralité climatique.

6 Règlement (UE) 2018/842 du Parlement européen et du Conseil du 30 mai 2018 relatif aux réductions annuelles contraignantes des émissions de gaz à effet de serre par les États membres de 2021 à 2030 contribuant à l'action pour le climat afin de respecter les engagements pris dans le cadre de l'Accord de Paris et modifiant le règlement (UE) n° 525/2013, *JOUE* L n° 156 du 19 juin 2018, p. 26.

7 Règlement (UE) 2021/1119 du Parlement européen et du Conseil du 30 juin 2021 établissant le cadre requis pour parvenir à la neutralité climatique et modifiant les règlements (CE) n° 401/2009 et (UE) 2018/1999 (« loi européenne sur le climat »), *JOUE* L n° 243 du 9 juillet 2021, p. 1.

8 D. n° 2020-457 du 21 avril 2020 relatif aux budgets carbone nationaux et à la stratégie nationale bas-carbone, *JORF* n° 99 du 23 avril 2020, texte n° 4.

Copyright © PUSEK, Kaslik, 2023 | All Rights Reserved

profonde avec l'essor de la *compliance*, issue de la culture juridique anglo-saxonne. Cette *compliance* peut se définir, pour une entreprise, comme un ensemble de techniques et de procédures organisationnelles de gestion des risques et de mise en conformité avec les règles juridiques et les attentes éthiques[9]. Cette gestion des risques repose sur l'opérateur économique lui-même *a priori*, et non *a posteriori* sur un contrôleur tiers. En ce sens, l'idée cardinale de la *compliance* tient à ce que les mesures de garantie de conformité adoptées doivent permettre d'éviter toute conséquence négative pour la société et ses dirigeants, tels que les dommages financiers, la détérioration de la réputation ou l'engagement de la responsabilité civile ou pénale. L'acteur économique doit donc intervenir en amont, par des modes d'autorégulation, afin d'empêcher la survenance d'une non-conformité avec les normes juridiques et éthiques existantes.

Au demeurant, dans le contexte de la mondialisation, la *compliance* s'analyse en une forme de police économique exercée par les entreprises transnationales sur leurs propres activités, les États ne disposant pas des moyens requis pour l'exercice d'une telle police. À cet égard, la *compliance* ne s'intéresse pas tant à l'éventualité de la méconnaissance des normes par les entreprises, qu'au fait que celles-ci établissent réellement des dispositifs internes efficaces pour prévenir le risque d'infraction à ces normes. Elle ne se donne donc pas à comprendre comme un ensemble de règles de fond, mais bien comme une méthode d'internalisation du contrôle de la bonne application de ces règles. Cette internalisation est permanente et évolutive. Elle se concrétise par un processus de production interne de normes juridiques qui, par la voie d'un *aggiornamento* normatif, met l'entreprise en situation de se conformer effectivement. Or un « *droit de la compliance*[10] » émerge aujourd'hui. En effet, des textes juridiques viennent déterminer la teneur des procédés de mise en conformité. Ils aménagent des obligations

9 Parmi une littérature abondante sur la notion de *compliance*, V. not. L.-M. AUGAGNEUR, « La *compliance* a-t-elle une valeur ? », *JCP* E 2017, n° 40, 1522 ; A. GAUDEMET, « Qu'est-ce que la *compliance* ? », *Commentaire* 2019, n° 165, p. 109 ; M.-E. BOURSIER, « Qu'est-ce que la *compliance* ? Essai de définition », *D.* 2020, p. 1419 ; E. BREEN, « La "*compliance*", une privatisation de la régulation ? », *RSC* 2019, p. 327 ; M.-A. FRISON-ROCHE, « L'aventure de la *compliance* », *D.* 2020, p. 1805 ; N. BORGA, J.-Cl. MARIN, et J.-Ch. RODA (dirs), *Compliance : l'entreprise, le régulateur et le juge* (dir. N. BORGA, J.-Cl. MARIN, et J.-Ch. RODA), Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2018 ; *Les outils de la compliance* (dir. M.-A. FRISON-ROCHE), Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2021.

10 Pour reprendre l'expression de M.-A. FRISON-ROCHE, « Le droit de la *compliance* », *D.* 2016, p. 1871.

Copyright © PUSEK, Kaslik, 2023 | All Rights Reserved

procédurales à destination des entreprises. Alors ces dernières se trouvent, pour ainsi dire, enrôlées par le législateur dans le contrôle de l'application du droit, telles des auxiliaires de justice. L'État leur délègue les missions pour l'accomplissement desquels il ne dispose pas des moyens suffisants et fait d'elles des relais dans la réalisation des objectifs de politique publique. En creux, l'entreprise est tenue d'exécuter des obligations de moyens consistant à élaborer et appliquer toutes les techniques et procédures permettant d'éviter les cas de non-conformité, ou à tout le moins de diminuer fortement le risque de leur survenance. Actrice de sa propre *compliance*, elle doit intervenir à deux niveaux : d'une part un contrôle interne, sur sa propre activité, et d'autre part un contrôle externe, sur l'ensemble de sa chaîne de valeur, ce qui inclut les clients, les filiales, les fournisseurs, les sous-traitants ainsi que les autres intermédiaires et partenaires commerciaux qui relèvent de la sphère d'influence de l'entreprise considérée.

Au plan des finalités poursuivies, la lutte contre la corruption internationale est assurément le cœur de la *compliance*. Ainsi la loi « *Sapin 2* » du 9 décembre 2016[11] a intégré la *compliance* en droit interne en imposant aux entreprises dépassant certains seuils, la mise en place d'un dispositif de conformité[12]. Elle a aussi créé l'Agence française anticorruption (AFA), qui est investie de missions de contrôle, et ouvert la possibilité d'une résolution transactionnelle des affaires de corruption par la voie de la convention judiciaire d'intérêt public (CJIP)[13]. Pour autant, au-delà de la thématique de la corruption, il peut être considéré que la transition écologique tend désormais à constituer un nouveau chapitre du droit de la *compliance*. De nombreux textes récents ou en cours d'adoption en témoignent, qui imposent aux entreprises, non plus seulement des règles de fond, mais encore des mécanismes de contrôle devant permettre de décarboner l'économie, de prévenir les risques environnementaux et de généraliser le modèle de la *gouvernance d'entreprise durable*[14]. Au résultat, le discours juridique de

11 L. n° 2016-1691 du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique, *JORF* n° 287 du 10 décembre 2016, texte n° 2.

12 Sur cet aspect, v. not. X. BOUCOBZA et Y.-M. SERINET, « Loi "Sapin 2" et devoir de vigilance : l'entreprise face aux nouveaux défis de la *compliance* », *D.* 2017, p. 1619.

13 C. proc. pén., art. 41-1-2.

14 Sur cette gouvernance durable, V. en particulier J.-N. CLÉMENT, « Les entreprises face au droit de l'environnement. Permanence et nouveaux défis », *Cah. dr. entr.* 2020, n° 4, dossier 22 ; Ch. CLERC, J. KLEIN et B. PARANCE, « La gouvernance durable », *Cah. dr. entr.* 2021, n° 5, entretien 5 ; R. LEBLANC, « La question de la gouvernance

Copyright © PUSEK, Kaslik, 2023 | All Rights Reserved

la transition écologique, en constant affermissement, paraît pouvoir être interprété comme un puissant vecteur de la *compliance* des entreprises. En effet, la *compliance* devient un mode d'internalisation de ce discours juridique de la transition écologique dans la gouvernance des acteurs économiques privés. Elle augmente par là même l'effectivité concrète de ce discours auprès des entreprises et travaille à articuler le droit et l'éthique pour favoriser la neutralité climatique. De sorte que l'approche juridique de l'éthique environnementale influence grandement la *compliance* des acteurs privés **(1)**, et que, en retour et de façon symétrique, le droit de la *compliance* environnementale[15] qui se fait jour amène un renforcement de l'approche éthique du droit de l'environnement **(2)**.

1. Une approche juridique de l'éthique environnementale

L'un des aspects majeurs de l'éthique environnementale paraît dorénavant consister à rendre possible la neutralité carbone d'ici le milieu du XXI[e] siècle. En ce sens, cette éthique est de plus en plus rigoureusement saisie par le droit pour réinterroger en profondeur les pratiques d'affaires des entreprises. L'évolution actuelle du discours juridique de transition écologique conduit alors à exiger des entreprises qu'elles complètent leurs démarches de *compliance* pour garantir la conformité des activités qu'elles exercent avec le modèle général de la durabilité **(a)**. De plus, par-delà les textes juridiques, le contentieux consolide aujourd'hui cette *juridicisation* de l'éthique environnementale, avec la perspective d'une responsabilité climatique des entreprises **(b)**.

à l'heure du capitalisme responsable », *Revue internationale de la compliance et de l'éthique des affaires*, 2021, n° 6, dossier 265 ; Ch. NOUEL, « Un cadre juridique européen dédié à l'entreprise responsable », *Revue internationale de la compliance et de l'éthique des affaires*, 2021, n° 6, dossier 266 ; I. PARACHKEVOVA-RACINE, « Pourquoi l'essor de la gouvernance d'entreprise soutenable est-il inévitable ? », *RIDE* 2021/2, p. 129 ; N. ARRIBA-SELLIER, C. DUGAST, J. ANSIDEI et G. CASTELBOU, « La neutralité climatique à portée des entreprises ? », *Cah. dr. entr.*, 2022, n° 1, dossier 4 ; S. PIERSON, « L'impact de la durabilité sur la stratégie et le fonctionnement interne des entreprises », *Cah. dr. entr.*, 2022, n° 1, dossier 6.

15 Sur la *compliance* environnementale, V. not. J.-N. CLÉMENT, « La *compliance* environnementale », *Revues des Juristes de Sciences Po* 2019, n° 16, 17.

Copyright © PUSEK, Kaslik, 2023 | All Rights Reserved

a. L'incidence du discours juridique de transition écologique sur la *compliance*

Depuis plusieurs années, le support juridique donné à l'éthique environnementale prend une dimension nouvelle. L'élément central de l'évolution du discours juridique tient à la nécessité, pour les entreprises, de respecter une obligation de *compliance* environnementale toujours plus riche et exigeante dans ses déclinaisons techniques. À ce niveau, l'objectif cardinal de la neutralité carbone pour 2050 est essentiel. Pour l'atteindre, c'est un droit programmatique de la décarbonation qui émerge, un discours juridique *anti-carbone*. Le rôle des acteurs privés dans l'accomplissement de la trajectoire de réduction des émissions de gaz à effet de serre devient alors éminent. Il se manifeste au travers d'une série de textes récents et de projets en cours d'élaboration.

En premier lieu, le devoir de vigilance, ou « *due diligence* », des entreprises transnationales est particulièrement emblématique. À cet égard, la loi du 27 mars 2017 sur le devoir de vigilance des sociétés-mères et des entreprises donneuses d'ordre[16] a marqué un tournant juridique en droit interne. Codifiées à l'article L. 225-102-4 du Code de commerce, les dispositions de cette loi imposent aux entreprises entrant dans son champ d'application l'élaboration et l'application d'un plan de vigilance qui doit notamment comporter un volet environnemental[17]. La logique de la *compliance* se reconnaît aisément dans les éléments qui composent ce plan de vigilance. Outre la cartographie des risques, dont il n'est pas contesté qu'elle constitue une caractéristique incontournable de toute démarche de *compliance*[18], le plan de vigilance doit intégrer des procédures d'évaluation de la situation des filiales, des sous-traitants et fournisseurs, des actions adaptées d'atténuation des risques ou de prévention des atteintes graves, un mécanisme d'alerte ainsi qu'un dispositif de suivi des mesures mises en œuvre et d'évaluation de leur efficacité. En

16 L. n° 2017-399 du 27 mars 2017 relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre, *JORF* n° 74 du 28 mars 2017, texte n° 1 ; sur cette loi V., parmi de nombreux travaux, S. SCHILLER (dir.), *Le devoir de vigilance*, LexisNexis, 2019.

17 Sur ce volet environnemental, v. B. PARANCE, « Quelle place pour la protection de l'environnement dans le devoir de vigilance ? », *in* S. Schiller (dir.), *Le devoir de vigilance*, LexisNexis, 2019, p. 97 ; S. MABILE et F. DE CAMBIAIRE, « L'affirmation d'un devoir de vigilance des entreprises en matière de changement climatique », *EEI*, 2019, n° 5, dossier 21.

18 M.-A. FRIZON-ROCHE, « Théorie juridique de la cartographie des risques, centre du droit de la *compliance* », *D.* 2019, p. 2432.

Copyright © PUSEK, Kaslik, 2023 | All Rights Reserved

outre, l'OCDE a adopté en 2018 un guide sur le devoir de diligence des entreprises, qui complète avantageusement l'architecture d'ensemble des textes internationaux de droit souple déjà en place[19]. De plus, d'autres États membres de l'Union européenne ont adopté des textes similaires, comme l'Allemagne en juin 2021[20]. Surtout, à la suite d'une résolution du Parlement européen de mars 2021[21], la Commission européenne a présenté, le 23 février 2022[22], une importante proposition de directive sur le devoir de vigilance des entreprises en matière de durabilité. L'esprit de la *compliance* ressort très nettement de l'exposé des motifs qui accompagne cette proposition. En effet, la Commission considère que « *pour parvenir à l'objectif du Pacte vert, les entreprises doivent mettre en œuvre des processus complets visant à atténuer les incidences négatives sur les droits de l'homme et l'environnement dans leurs chaînes de valeur, intégrer la durabilité dans leurs systèmes de gouvernance et de gestion d'entreprise, et élaborer leurs décisions commerciales au regard des incidences sur les droits de l'homme, le climat et l'environnement, ainsi qu'au regard de la résilience de l'entreprise sur le long terme* ». La prévention des risques par l'instauration d'un système de techniques et de procédures est ainsi clairement exprimée[23]. Le processus de vigilance, nouveau pilier du droit de

19 OCDE, Guide OCDE sur le devoir de diligence pour une conduite responsable des entreprises, 2018.

20 L. du 11 juin 2021 sur le devoir de diligence des entreprises pour éviter les violations des droits de l'homme dans les chaînes d'approvisionnement (*Lieferkettensorgfaltspflichtengesetz*), qui doit entrer en vigueur le 1er janvier 2023 ; sur ce texte, V. B. QUERENET-HAHN et M. NDIAYE, « German Supply Chain Due Diligence Act », *Revue internationale de la compliance et de l'éthique des affaires*, 2021, n° 5, comm. 74.

21 Résolution du Parlement européen du 10 mars 2021 contenant des recommandations à la Commission sur le devoir de vigilance et la responsabilité des entreprises, 2020/2129 (INL).

22 COM (2022) 71 final, 23 févr. 2022, Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil sur le devoir de vigilance des entreprises en matière de durabilité et modifiant la directive (UE) 2019/1937 ; V. F.-G. TRÉBULLE, « Vigilance et durabilité : une nécessité ! », *EEI*, 2022, n° 4, repère 4 ; B. PARANCE, « L'ambition européenne d'un devoir de vigilance, une belle avancée ! Commentaire de la proposition de directive européenne relative au devoir de vigilance des entreprises du 23 février 2022 », *JCP* E 2022, n° 15, 1153.

23 Dans la même veine, le considérant introductif n° 14 de la directive proposée énonce que « *La présente directive vise à faire en sorte que les entreprises qui opèrent sur le marché intérieur contribuent au développement durable et à la transition vers la durabilité des économies et des sociétés grâce au recensement, à la prévention, à l'atténuation, à la suppression et à la réduction au minimum des incidences négatives potentielles ou réelles sur les droits de l'homme et l'environnement découlant des activités propres aux entreprises, à leurs filiales et à leurs chaînes de valeur* ».

Copyright © PUSEK, Kaslik, 2023 | All Rights Reserved

la *compliance* environnementale, impose alors l'organisation minutieuse de la transition écologique des chaînes de valeur mondiales. Autrement dit, la directive ambitionne de bouleverser en profondeur les conditions mêmes de la mondialisation économique contemporaine. À cet égard, la portée du texte est tout à fait remarquable. Outre son extraterritorialité, il est *intersectoriel* en ce sens qu'il recoupe différents secteurs d'activité, ce qui le distingue des textes européens antérieurs, et notamment du règlement du 17 mai 2017 relatif aux minerais originaires de zones de conflit[24] qui ne s'applique aux chaînes d'approvisionnement que pour certains minéraux et métaux spécifiques[25]. Les entreprises concernées par la directive devront conséquemment adopter un plan de vigilance[26] dont l'objet sera de garantir la compatibilité du modèle d'affaires et de la stratégie économique avec la transition vers une économie durable et la limitation du réchauffement climatique à 1,5 °C, conformément à l'Accord de Paris[27]. Ainsi la gouvernance d'entreprise doit être fondamentalement réordonnée aux impératifs climatiques. Sous cet angle, la proposition de directive vient en quelque sorte combler, au niveau régional, le vide laissé par l'insuccès du projet de « *Pacte mondial pour l'environnement* » proposé en 2018[28] avant d'être abandonné en 2019[29], et qui prévoyait justement une responsabilisation environnementale des acteurs privés sur un plan transnational[30].

---

24 Règlement (UE) 2017/821 du Parlement européen et du Conseil du 17 mai 2017 fixant des obligations liées au devoir de diligence à l'égard de la chaîne d'approvisionnement pour les importateurs de l'Union qui importent de l'étain, du tantale et du tungstène, leurs minerais et de l'or provenant de zones de conflit ou à haut risque, *JOUE* L n° 130 du 19 mai 2017, p. 1.

25 V. aussi, pour le secteur du bois, le règlement (UE) n ° 995/2010 du Parlement européen et du Conseil du 20 octobre 2010 établissant les obligations des opérateurs qui mettent du bois et des produits dérivés sur le marché, *JOUE* L n° 295 du 12 novembre 2010, p. 23.

26 Plus exactement, selon le texte de la proposition, les entreprises concernées devront établir une « *politique de vigilance* » reposant sur des « *mesures appropriées* », un « *code de conduite* » et une « *description des processus* » de réduction et de prévention des incidences négatives liées à l'activité, un « *plan d'action en matière de prévention* », ainsi que des « *garanties contractuelles* » auprès des partenaires commerciaux.

27 Article 15 de la proposition de directive.

28 Résolution 72/277du 10 mai 2018 de l'Assemblée générale des Nations unies.

29 Résolution 73/333 du 30 août 2019 de l'Assemblée générale des Nations unies.

30 À cet égard, V. not. P. THIEFFRY, « Le rôle du secteur privé dans le Pacte mondial pour l'environnement », *JDI* 2019, n° 3, var. 5.

Copyright © PUSEK, Kaslik, 2023 | All Rights Reserved

Le droit évolue donc vers un encadrement de plus en plus serré des chaînes de valeur mondiales, ce qui entretient d'ailleurs la pertinence des réflexions sur la consécration juridique de la notion « *d'entreprise*[31] » pour permettre une émancipation du prisme sociétaire dans l'appréhension des réseaux transnationaux de sociétés, qui dépassent parfois le millier d'entités. Le droit s'oriente vers une logique de filières et de sobriété systémique. Il ambitionne de tirer parti des relations de pouvoir au sein des groupes pour imposer aux sociétés « *têtes de réseau* » de traquer et de réduire les émissions de gaz à effet de serre dans l'ensemble des maillons des chaînes de valeur. Au demeurant, une même logique juridique s'évince de la loi « *Pacte* » du 22 mai 2019[32], qui a modifié l'article 1833 du code civil, dont l'alinéa 2 énonce à présent que « *La société est gérée dans son intérêt social, en prenant en considération les enjeux sociaux et environnementaux de son activité* », actant par-là l'entrée de la responsabilité sociale de l'entreprise (RSE) dans le Code civil[33].

L'éthique environnementale est également saisie par le droit au travers de l'essor des obligations d'information extrafinancière – le *reporting* – imposée aux entreprises. Sur ce point, la directive du 22 octobre 2014[34], dite « *NFRD* » (*Non Financial Reporting Directive*) a été transposée en

---

31 Sur cette notion, V. not. L. ARCELIN, « La conquête du droit du marché par la notion d'entreprise », *RTD com*. 2018, p. 575 ; F.-G. TRÉBULLE, « Les frontières de l'entreprise vues au prisme des enjeux environnementaux », *Cah. dr. entr*., 2017, n° 5, dossier 29.

32 L. n° 2019-486 du 22 mai 2019 relative à la croissance et la transformation des entreprises, *JORF* n° 119 du 23 mai 2019, texte n° 2.

33 Sur cet aspect, V. not. P.-H. CONAC, « L'article 1833 et l'intégration de l'intérêt social et de la responsabilité sociale d'entreprise », *Rev. sociétés* 2019, p. 570 ; E. PESKINE et T. SACHS, « La refondation de l'entreprise à la croisée des chemins », *in À droit ouvert. Mélanges en l'honneur d'Antoine Lyon-Caen*, Dalloz, 2018, p. 745 ; I. DESBARATS, « De l'entrée de la RSE dans le code civil », *Dr. soc*., 2019, p. 47 ; S. MICHALAK, « De la prise en compte à la prise en charge de l'intérêt général par l'entreprise. Quelques réflexions en marge de la loi Pacte », *RDP* 2019, p. 551. Par ailleurs, sur les enjeux environnementaux mentionnés dans cette nouvelle version de l'article 1833 du Code civil, V. en particulier l'analyse de G. LERAY, « Quelques réflexions civilistes sur la notion d'"enjeux environnementaux" dans l'article 1833 du code civil », *RTD com*., 2021, p. 513. De plus, il faut ajouter que, depuis cette loi « Pacte », l'article 1835 du code civil prévoit la possibilité pour une société de déterminer sa « *raison d'être* », ainsi que le statut de « *société à mission* ».

34 Directive 2014/95/UE du Parlement européen et du Conseil du 22 octobre 2014 modifiant la directive 2013/34/UE en ce qui concerne la publication d'informations non financières et d'informations relatives à la diversité par certaines grandes entreprises et certains groupes, *JOUE* L n° 330 du 15 novembre 2014, p. 1.

Copyright © PUSEK, Kaslik, 2023 | All Rights Reserved

droit interne par une ordonnance du 19 juillet 2017 créant la déclaration de performance extrafinancière (DPEF)[35], prévue à l'article L. 225-102-1 du code de commerce. Cette DPEF, qui intègre un volet climatique, a été précisément décrite comme un « *mécanisme de compliance*[36] ». De plus, la Commission européenne a présenté en avril 2021 une nouvelle proposition de directive dite « *CSRD* » (*Corporate Sustainability Reporting Directive*), sur la publication d'informations en matière de durabilité par les entreprises[37], qui entend réviser la directive « *NFRD* » pour renforcer cet aspect de la *compliance* environnementale[38] et parfaire le recensement des incidences environnementales négatives liées aux activités exercées.

S'il est trop imposant pour être appréhender dans l'exact détail de toutes ses facettes, le discours juridique de transition écologique présente encore certains aspects qui peuvent être mentionnés. En particulier, le règlement européen dit « *Taxonomie* » du 18 juin 2020[39] a établi une classification des activités selon leur durabilité afin de faciliter les investissements tournés vers la décarbonation[40]. Du reste, il est intéressant de noter qu'à l'instar

35 Ordonnance n° 2017-1180 du 19 juillet 2017 relative à la publication d'informations non financières par certaines grandes entreprises et certains groupes d'entreprises, *JORF* n° 169 du 21 juillet 2017, texte n° 13 ; V. not. B. PARANCE et E. GROULX, « La déclaration de performance extra-financière. Nouvelle ambition du *reporting* extra-financier », *JCP* E 2018, n° 11, 1128 ; B. TEYSSIÉ, « La déclaration de performance extra-financière », *JCP* E 2021, n° 28, 1356.

36 G. LHUILIER, « Les règles de la justice environnementale », *JCP* G 2022, n° 1, doctr. 38.

37 COM (2021) 189 final, 21 avr. 2021, Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil modifiant les directives 2013/34/UE, 2004/109/CE et 2006/43/CE ainsi que le règlement (UE) nº 537/2014 en ce qui concerne la publication d'informations en matière de durabilité par les entreprises.

38 La proposition de directive « CSRD » impose en particulier la publication des plans définis par une entreprise pour garantir la compatibilité de son modèle et de sa stratégie économiques avec la transition vers une économie durable et avec la limitation du réchauffement climatique à 1,5 °C, conformément à l'Accord de Paris.

39 Règlement (UE) 2020/852 du Parlement européen et du Conseil du 18 juin 2020 sur l'établissement d'un cadre visant à favoriser les investissements durables et modifiant le règlement (UE) 2019/2088, *JO*, L. nº 198 du 22 juin 2020, p. 13.

40 La Commission a par ailleurs proposé un nouveau règlement, le 6 juillet 2021, sur les « *obligations vertes européennes* » afin de favoriser l'utilisation de cette désignation. Ce règlement doit instaurer un système d'enregistrement et de surveillance des entreprises qui agissent en qualité d'examinateurs externes des obligations vertes alignées sur ce cadre. L'objectif est de créer une norme d'application volontaire de haute qualité, accessible à tous les émetteurs, afin de les aider à attirer les investissements durables ;

Copyright © PUSEK, Kaslik, 2023 | All Rights Reserved

de la directive « *NFRD* » et de la proposition de directive « *CSRD* », ce règlement « *Taxonomie* » n'impose pas d'autres obligations de fond aux entreprises que celles relatives à l'information. De toute rigueur, ces textes entrent donc en complémentarité avec la proposition de directive sur le devoir de vigilance : la récolte d'informations environnementales permet en effet de mieux exécuter les obligations de *compliance* et ainsi de prévenir la réalisation des risques identifiés. Tout le cadre financier a par-là même vocation à être repensé.

Plus encore, l'information environnementale concerne les consommateurs. Au niveau de l'ordre juridique interne, le droit de l'affichage environnemental sur les produits de consommation a connu une forte évolution avec la loi du 10 février 2020 sur l'économie circulaire, dite « *AGEC*[41] ». En effet, cette loi a créé une obligation spéciale sur l'information relative aux qualités et caractéristiques environnementales de certains produits, codifiée à l'article L. 541-9-1 du Code de l'environnement[42]. Surtout, la loi du 22 août 2021 portant lutte contre le dérèglement climatique et renforcement de la résilience face à ses effets, dite loi « *climat et résilience*[43] » est venue consolider le droit de l'affichage environnemental avec la consécration d'un indicateur global sur les produits : un « *green score* » pour le moment concrétisé par l'expérimentation d'un affichage environnemental général, prévu à l'article L. 11-9-541 du Code de l'environnement[44]. Là encore, l'essor de l'information environnementale va rétroagir sur les chaînes de valeur pour augmenter la durabilité des conditions de production. Surtout, en matière d'économie circulaire, la Commission a présenté, le 30 mars 2022, un paquet « *produits durables* ». Outre des communications intitulées « *Faire des produits durable la norme*[45] » et « *Stratégie pour des textiles durables*

V. COM (2021) 390 final, 6 juill. 2021, Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions, Stratégie pour le financement de la transition vers une économie durable.

41 L. n° 2020-105 du 10 février 2020 relative à la lutte contre le gaspillage et à l'économie circulaire, *JORF* n° 35 du 11 février 2020, texte n° 1.

42 Sur ce point, V. not. F.-G. TRÉBULLE, « Le consommateur et l'économie circulaire », *EEI* 2019, n° 8-9, repère 8 ; G. LERAY, « La loi "économie circulaire" et l'économie de fonctionnalité : le rendez-vous manqué », *EEI* 2020, n° 8-9, dossier 26.

43 L. n° 2021-1104 du 22 août 2021 portant lutte contre le dérèglement climatique et renforcement de la résilience face à ses effets, *JORF* n° 196 du 24 août 2021, texte n° 1.

44 O. MARAUD, « La loi climat et le droit de la consommation », *CCC* 2022, n° 4, étude 5.

45 COM (2022) 140 final, 30 mars 2022, Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions, Faire des produits durables la norme.

Copyright © PUSEK, Kaslik, 2023 | All Rights Reserved

et circulaires[46] », figure aussi dans ce paquet une proposition de directive sur l'information environnementale des consommateurs[47]. Son objectif est d'améliorer la participation de ces derniers à l'économie circulaire en leur fournissant, au stade précontractuel, de meilleures informations sur la durabilité et la réparabilité des produits, tout en renforçant la lutte contre le *greenwashing* et les pratiques d'obsolescence programmée. La proposition de directive est encore accompagnée d'une importante proposition de règlement sur l'écoconception ou « *ESPR* » (*Ecodesign for Sustainable Products Regulation*)[48]. Il y est notamment prévu l'introduction d'un *passeport numérique* pour délivrer l'information sur la durabilité, de façon à identifier l'ensemble des caractéristiques des produits le long des chaînes de valeur, ce qui augmentera la circularité de ces dernières. De nouveau, comme pour la proposition de directive sur le devoir de vigilance, la portée du texte se veut intersectorielle. Sa mise en œuvre devrait donc profondément transformer les modes de consommation et la traçabilité des produits[49]. La logique de *compliance* apparaît nettement lorsque la Commission énonce que « *Les opérateurs économiques devraient être responsables, en fonction de leur rôle respectif dans la chaîne d'approvisionnement, de la conformité des produits aux exigences en matière d'écoconception* », et qu'ils « *devraient prendre des mesures appropriées afin de ne mettre sur le marché que des produits conformes au présent règlement*[50] » ; ou lorsqu'elle considère qu'« *En raison de la connaissance détaillée qu'il a de la conception et du processus de production, le fabricant est le mieux placé pour mettre*

---

46 COM (2022) 141 final, 30 mars 2022, Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions, Stratégie de l'Union européenne pour des textiles durables et circulaires.

47 COM (2022) 143 final, 30 mars 2022, Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil modifiant les directives 2005/29/CE et 2011/83/UE pour donner aux consommateurs les moyens d'agir en faveur de la transition écologique grâce à une meilleure protection contre les pratiques déloyales et à de meilleures informations.

48 COM (2022) 142 final, 30 mars 2022, Proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil établissant un cadre pour la fixation d'exigences en matière d'écoconception applicables aux produits durables et abrogeant la directive 2009/125/CE.

49 La Commission évoque à ce titre un « *changement de paradigme* » consistant à « *révolutionner notre façon de concevoir les produits, de les fabriquer, de les utiliser et de les éliminer* ». Elle indique que ce nouveau règlement a vocation à constituer un instrument stratégique global et intégré au niveau de l'Union, couvrant la production et la consommation durables de tous les produits et la disponibilité et la fiabilité des informations sur ces mêmes produits pour les consommateurs.

50 Proposition de directive pour donner aux consommateurs les moyens d'agir en faveur de la transition écologique, *préc.*, considérant introductif n° 49.

Copyright © PUSEK, Kaslik, 2023 | All Rights Reserved

en œuvre la procédure d'évaluation de la conformité », et que « *L'évaluation de la conformité devrait par conséquent continuer à incomber au seul fabricant*[51] ».

b. L'incidence de l'émergence du contentieux climatique sur la compliance

Au regard des éléments vus plus haut, il est clair que le discours juridique de transition écologique consolide les synergies entre l'éthique environnementale et le droit de la *compliance*. Or il peut être constaté qu'un phénomène similaire est également en cours à raison de l'émergence du contentieux climatique en droit interne. Sous l'effet de l'influence de décisions étrangères, et surtout de l'emblématique affaire *Urgenda* qui a, en dernière étape, abouti à un arrêt de la Cour suprême des Pays-Bas du 20 décembre 2019[52] confirmant la responsabilité climatique de l'État néerlandais, le juge administratif français a récemment modifié sa jurisprudence. Sur ce point, les importantes affaires *Commune de Grande-Synthe* et *Association Oxfam France* (également désignée comme l'*Affaire du siècle*), ont respectivement donné lieu à des arrêts du Conseil d'État du 19 novembre 2020 et du 1er juillet 2021[53], et à des jugements du tribunal administratif de Paris du 3 février et du 14 octobre 2021[54]. Ces décisions marquent le point de départ de la

---

51 Proposition de directive pour donner aux consommateurs les moyens d'agir en faveur de la transition écologique, *préc.*, considérant introductif n° 50.

52 Cour suprême des Pays-Bas, 20 déc. 2019, aff. n° 19/00135, *Dalloz actualité*, 29 janv. 2020, obs. Ch. COLLIN ; *EEI* 2020, n° 2, comm. 6, note C. LEPAGE.

53 CE, 19 nov. 2020, n° 427301 ; 1er juill. 2021, n° 427301 ; sur ces deux décisions, v. *EEI* 2020, n° 12, étude 17, note M. TORRE-SCHAUB ; *AJDA* 2021, p. 217, note H. DELZANGLES ; *JCP* G 2021, n° 29, 796, note B. PARANCE et J. ROCHFELD ; *AJDA* 2021, p. 226, note S. CASSELLA ; *RTD eur*. 2021, p. 484, obs. D. RITLENG ; *RFDA* 2021, p. 747, note A. VAN LANG, A. PERRIN et M. DEFFAIRI ; *EEI* 2021, n° 3, doss. 12, note Ch. HUGLO ; *RFDA* 2021, p. 777, concl. S. HOYNCK ; *AJDA* 2021, p. 2115, note H. DELZANGLES ; v. encore M. TORRE-SCHAUB, « Bilan et perspectives pour la justice climatique », *EEI* 2021, n° 10, doss. 23 ; P. BOZO, « Affaire Grande-Synthe, Affaire du siècle : quelques observations sur la relation entre le juge administratif et le changement climatique », *EEI* 2021, n° 10, doss. 27 ; Ch. COURNIL, « Les prémisses de révolutions juridiques ? Récents contentieux climatiques européens », *RFDA* 2021, p. 957 ; M. TORRE-SCHAUB, « Le contentieux climatique : du passé vers l'avenir », *RFDA* 2022, p. 75.

54 TA Paris, 3 févr. 2021, n° 1904967, 1904968, 1904972 et 1904976 ; TA Paris, 14 oct. 2021, n° 1904967, 1904968, 1904972 et 1904976 ; sur ces deux décisions, v. *AJDA* 2021, p. 2115, note H. DELZANGLES ; *AJDA* 2021, p. 2228, note J. BETAILLE ; *RFDA* 2021, p. 747, note A. VAN LANG, A. PERRIN et M. DEFFAIRI ; *D*. 2021, p. 1004, obs. G. LERAY et V. MONTEILLET ; *AJCT* 2021, p. 255, obs.

Copyright © PUSEK, Kaslik, 2023 | All Rights Reserved

construction prétorienne d'un régime de responsabilité climatique de l'État fondé sur l'exercice d'un contrôle, par le juge, du respect de la trajectoire de réduction des émissions de gaz à effet de serre par les autorités publiques.

Dans l'affaire *Commune de Grande-Synthe*, la haute juridiction administrative a observé que la trajectoire de réduction des émissions de gaz à effet de serre issue du décret du 21 avril 2020 sur la SNBC ne pouvait être respectée sans l'adoption de mesures supplémentaires à court terme destinées à accélérer significativement la réduction des émissions. En effet, le Conseil d'État a relevé, en s'appuyant sur les travaux du Haut conseil pour le climat (HCC), que la réduction des émissions était « *trop lente et, en tout cas, insuffisante pour permettre d'atteindre les plafonds fixés par les budgets carbone en cours et futurs* », et *a fortiori* pour atteindre l'objectif rehaussé de réduction de 55 % des émissions pour 2030 résultant du plan « *Ajustement à l'objectif 55* » présenté en juillet 2021 par la Commission européenne. La carence fautive de l'État est corrélativement constatée et le juge lui enjoint de prendre les mesures nécessaires pour remédier à la carence constatée au plus tard le 31 mars 2022[55]. De son côté, le tribunal administratif de Paris a estimé que les conséquences du changement climatique constituaient un « *préjudice écologique* » au sens des articles 1246 et suivants du Code de l'environnement[56]. Constatant l'existence d'une « *obligation générale de lutte contre le changement climatique* » fondée sur le droit international et européen, il a lui aussi fait mention des travaux du HCC pour reconnaître la carence de l'État liée à la méconnaissance du premier budget carbone. La responsabilité en résultant dans la survenance du préjudice écologique issu des incidences

---

M. MOLINER-DUBOST ; *JCP* G 2021, n° 10, 247, note M. TORRE-SCHAUB ; *JCP* A 2021, n° 36, 2264, étude F.-X. FORT et C. RIBOT ; *JCP* G 2021, n° 46, 1195, note M. HAUTEREAU-BOUTONNET ; *Dr. adm*. 2021, n° 6, comm. 28, note M. DEFFAIRI ; *EEI* 2021, n° 10, doss. 26, étude C. CAPDEBOS et Cl. BALDON ; *AJDA* 2022, p. 147, note S. HOYNCK ; *AJDA*, 2022 p. 929, note R. RADIGUET ; v. aussi H. GALI, « Le préjudice et l'environnement », *D*. 2021, p. 709 ; M. TORRE-SCHAUB, « Le préjudice écologique au secours du climat, ombres et lumières », *JCP* G 2021, n° 11, doctr. 305.

55 Le 4 mai 2022, le Gouvernement a publié des éléments de sa réponse au Conseil d'État, indiquant les mesures prises depuis le mois de juillet 2021 afin d'assurer l'alignement de la France sur ses objectifs climat.

56 Selon l'article 1246 du code de l'environnement, *« Toute personne responsable d'un préjudice écologique est tenue de le réparer »* ; et selon l'article 1247, *« Est réparable, dans les conditions prévues au présent titre, le préjudice écologique consistant en une atteinte non négligeable aux éléments ou aux fonctions des écosystèmes ou aux bénéfices collectifs tirés par l'homme de l'environnement »*.

Copyright © PUSEK, Kaslik, 2023 | All Rights Reserved

du changement climatique a été évaluée au surplus d'émissions de gaz à effet de serre, soit 15 Mt CO_2eq. Le tribunal administratif a conséquemment ordonné à l'État de prendre toutes les mesures sectorielles utiles de nature à réparer ce préjudice, pour le 31 décembre 2022 au plus tard.

Force est d'admettre que ce nouveau contrôle juridictionnel de la trajectoire de réduction des émissions, qui « *s'apparente alors à un contrôle de conformité par anticipation*[57] », permet au juge de se prononcer sur le « *caractère tangible d'une politique climatique*[58] ». Or le rapprochement d'un tel raisonnement juridique avec l'esprit de la *compliance* est manifeste : pour respecter la trajectoire de réduction des émissions, l'État doit adopter une série de techniques et de procédures garantissant concrètement l'adéquation des mesures prises, donc la mise en conformité. La reconnaissance d'une carence fautive de l'État s'inscrit effectivement dans une temporalité particulière[59] puisqu'il s'agit à la fois des réductions d'émissions passées et des réductions d'émissions à venir. La responsabilité climatique peut donc être simultanément engagée *ex post* et *ex ante*. Pour éviter cette responsabilité, l'État doit respecter une *compliance* environnementale fondée sur l'obligation de moyens consistant à adopter toutes les mesures sectorielles nécessaires au bon accomplissement des objectifs de la trajectoire. La question reste alors de savoir si ce contrôle de la trajectoire consacré dans les affaires *Grande Synthe* et *Association Oxfam France*, à l'égard de l'État, peut être transposé en droit privé à l'occasion d'un contentieux impliquant une entreprise privée.

Pour le moment, il n'existe certes pas d'obligation légale, pour les entreprises, d'élaborer et de mettre en œuvre une trajectoire de réduction des émissions pour atteindre la neutralité carbone à l'horizon 2050. Toutefois, l'adoption de la directive sur le devoir de vigilance devrait changer la donne puisque le texte prévoit que les plans de vigilance devront garantir la compatibilité du modèle d'affaires et de la stratégie économique avec la transition vers une économie durable et la limitation du réchauffement climatique à 1,5 °C, conformément à l'Accord de Paris. À terme, les entreprises seront donc tenues de prévoir des *stratégies bas-carbone*, comme l'État. Le juge judiciaire pourrait alors lui-même être amené à recourir au

57 H. DELZANGLES, « Le "contrôle de la trajectoire" et la carence de l'État français à lutter contre les changements climatiques. Retour sur les décisions *Grande-Synthe* en passant par *l'Affaire du siècle* », *AJDA* 2021, p. 2115.

58 *Ibid*.

59 M. TORRE-SCHAUB, « Le contentieux climatique : du passé vers l'avenir », *RFDA* 2022, p. 75.

Copyright © PUSEK, Kaslik, 2023 | All Rights Reserved

contrôle de la trajectoire façonné par le juge administratif. En contrepoint, c'est une tendance générale qui tend à se dessiner : comme l'a indiqué F.-G. Trébulle, « *partout dans le monde, les diligences climatiques apparaissent comme la nouvelle norme dont le respect est attendu des États comme des acteurs privés*[60] ».

En outre, le dialogue des juges pourrait naître de l'influence des solutions rendues par les juridictions néerlandaises, à l'instar de ce qui s'est produit avec l'affaire *Urgenda*. En effet, la décision très emblématique rendue le 26 mai 2021 par le Tribunal de La Haye, dans l'affaire *Association Milieudefensie e. a. c/ Royal Dutch Shell*[61], concrétise déjà la transposition du contrôle de la trajectoire depuis les mesures prises par les acteurs publics vers celles prises par les acteurs privés. Au terme d'une motivation très argumentée, le juge des Pays-Bas a ordonné à la société-mère Royal Dutch Shell et aux sociétés qui composent avec elle le groupe Shell, de limiter le volume annuel des émissions de gaz à effet de serre liées aux activités de ce groupe, de 45 % en 2030 par rapport aux niveaux de 2019. Pour statuer ainsi, le tribunal s'est référé à l'Accord de Paris – qui ne concerne pourtant pas directement les entreprises – et aux travaux du GIEC. Il a engagé la responsabilité civile de la société assignée et du groupe pour manquement à l'obligation préexistante de diligence environnementale consistant à planifier la réduction des émissions lors de l'élaboration de la politique générale du groupe, afin d'éviter une augmentation supérieure à 1,5 ºC de la température mondiale d'ici 2100. Le juge a estimé que le changement climatique constituait un « *dommage environnemental* » trouvant notamment sa source dans la politique du groupe de sociétés, insuffisamment centrée sur la transition écologique vers la neutralité carbone. Absolument remarquable, cette décision laisse entrevoir plus finement les contours de l'hypothèse d'une responsabilité climatique des entreprises en droit français. L'esprit du devoir de vigilance transparaît évidemment du raisonnement du juge : c'est parce qu'elle dispose d'un pouvoir important et d'une réelle capacité d'influence sur la détermination de la politique du groupe de sociétés, que Royal Dutch Shell voit sa carence fautive reconnue et donc sa responsabilité civile engagée. Il s'agit là d'une pierre de plus à l'édifice du droit de la *compliance* environnementale, et même assurément d'une pierre angulaire.

---

60 F.-G. TRÉBULLE, « COP : L'annonce d'une révolution énergétique », *EEI* 2021, n° 12, repère 11.

61 Trib. La Haye, 26 mai 2021, n° C/09/571932 / HA ZA 19-379, *EEI*, 2021, n° 11, comm. 86, note F.-G. Trébulle.

Copyright © PUSEK, Kaslik, 2023 | All Rights Reserved

Les juridictions judiciaires françaises du fond pourraient prochainement suivre une telle approche, d'ailleurs récemment corroborée par une proposition de loi du 11 janvier 2022 « *pour une éthique responsable des affaires* ». Il est notamment prévu dans cette proposition la consécration légale de la notion d'« *entreprise* », pour appréhender l'activité globale des groupes de sociétés transnationaux et percer l'écran de la personnalité morale de chaque membre. Selon le premier alinéa de l'article unique de cette proposition de loi, « *Toute entreprise dont l'activité économique méconnaît les lois et l'éthique des affaires est tenue d'en réparer les conséquences dommageables* ». Là aussi, le recours à la logique de la *compliance* est d'une grande tangibilité. De même, la proposition de directive du 23 février 2022 sur le devoir de vigilance prévoit que les États membres établiront des règles régissant la responsabilité civile des entreprises pour les dommages découlant de leur non-respect du processus de vigilance. Le contentieux de l'application de la loi du 27 mars 2017 sur le devoir de vigilance, qui s'est cantonné jusqu'à présent à la question du partage de compétence entre les juges civil et commercial[62], question tranchée par une loi du 22 décembre 2021[63], le législateur ayant pris le parti de consacrer la compétence du tribunal judiciaire de Paris[64], pourrait également donner lieu à un contrôle, par le juge, des dispositifs de *compliance* environnementale des entreprises. Après tout, le juge a vocation à contrôler la rigueur du plan de vigilance et la pertinence des mesures préventives et curatives mises en place. À titre d'exemple, une cartographie insuffisante pourrait être considérée comme fautive, de même que la méconnaissance des procédures internes de contrôle instaurées par la société elle-même dans le cadre du plan.

Enfin, les interactions actuellement grandissantes entre l'éthique environnementale et le droit de la *compliance* apparaissent à la marge du contentieux. En effet, des accords transactionnels sans reconnaissance de culpabilité peuvent être conclus, au moyen de la convention judiciaire

---

62 Voir en particulier TJ Nanterre, 30 janv. 2020, n° 19/02833, *D.* 2020, p. 970, note N. CUZACQ ; CA Versailles, 10 déc. 2020, n° 20/01692, *Rev. sociétés* 2021, p. 297, note G. LERAY ; *RTD com.* 2021, p. 135, obs. A. LECOURT ; TJ Nanterre, ord., 11 févr. 2021, n° 20/00915 ; Com., 15 déc. 2021, n° 21-11.882, *Rev. sociétés* 2022, p. 173, note A. REYGROBELLET.

63 L. n° 2021-1729 du 22 décembre 2021 pour la confiance dans l'institution judiciaire.

64 Selon l'article L. 211-21 du Code de l'organisation judiciaire, « *Le tribunal judiciaire de Paris connaît des actions relatives au devoir de vigilance fondées sur les articles L. 225-102-4 et L. 225-102-5 du Code de commerce* ».

Copyright © PUSEK, Kaslik, 2023 | All Rights Reserved

d'intérêt public en matière environnementale[65]. Ils peuvent prévoir une peine de mise en conformité, qui s'apparente à un volet répressif de la *compliance*. Une telle convention judiciaire a par exemple été approuvée le 18 février 2022 par le tribunal judiciaire du Puy-en-Velay[66]. De plus, au-delà du discours juridique de l'éthique environnementale c'est consécutivement une approche éthique du droit de l'environnement qui se fait jour au travers des démarches de *compliance* des entreprises en faveur de la transition écologique.

2. Une approche éthique du droit de l'environnement

Si le discours juridique de transition écologique fait clairement naître un droit de la *compliance* dont l'un des traits majeurs est de traduire en droit l'éthique environnementale, il appartient à présent d'axer l'étude sur les conséquences de ce phénomène. Il en résulte effectivement le développement d'une approche éthique du droit de l'environnement. Plus exactement, les démarches de *compliance* des entreprises doivent assurer la réception des évolutions actuelles du discours juridique de transition écologique **(a)**, ainsi que l'anticipation des évolutions futures **(b)**.

a. La *compliance* au service de la réception des évolutions juridiques

La démarche de *compliance* d'une entreprise répond avant tout à une logique d'organisation fondée sur l'application d'un programme de conformité pour parer les éventuelles méconnaissances du droit et des attentes éthiques. La transparence dans la gestion des risques se concrétise alors par l'établissement d'une cartographie des risques. Cette cartographie rend opérationnelle la réception des évolutions actuelles du discours juridique de transition écologique. En général, un programme de conformité articule la cartographie des risques à d'autres instruments et procédures comme les codes de conduite, les chartes éthiques, les audits, les dispositifs de contrôle et de sanctions des partenaires commerciaux, les mécanismes d'alerte, les formations des personnels, etc. Dans ce contexte, l'un des aspects saillants de la logique propre au devoir de vigilance tient à la déclinaison contractuelle des méthodes et techniques de prévention des

65 C. proc. pén., art. 41-1-3.

66 TJ Puy-en-Velay, 18 févr. 2022, ord. n° 21179000045, *Revue internationale de la compliance et de l'éthique des affaires* 2022, n° 2, comm. 86, note PH. BILLET ; V. également J.-B. PERRIER, « La convention judiciaire pour les infractions environnementales : vers une *compliance* environnementale », *D.* 2020, p. 396.

Copyright © PUSEK, Kaslik, 2023 | All Rights Reserved

risques[67]. L'effectivité de la *compliance* implique de répercuter les obligations prévues sur l'ensemble des relations contractuelles qui composent la chaîne de valeur. À cet égard, si la loi du 27 mars 2017 ne prévoit pas de disposition spéciale sur les clauses contractuelles en droit interne. Il peut être relevé que, dans sa proposition de directive sur le devoir de vigilance du 23 février 2022, la Commission européenne énonce que « *L'entreprise ne devrait pas être responsable de ne pas avoir empêché ou fait cesser un dommage au niveau des relations commerciales indirectes si elle a eu recours à des garanties contractuelles en cascade et mis en place des mesures afin d'en vérifier le respect* », sauf à constater que ces mesures étaient manifestement inadéquates pour la prévention de la survenance des risques considérés. À plus forte raison, la Commission ajoute que « *lors de l'évaluation de l'existence et de l'ampleur de la responsabilité, il convient de tenir dûment compte des efforts déployés par l'entreprise, dans la mesure où ils sont directement liés au dommage en question, pour se conformer à toute mesure corrective exigée d'elle par une autorité de contrôle, de tout investissement réalisé et de tout soutien ciblé fourni, ainsi que de toute collaboration avec d'autres entités afin de remédier aux incidences négatives dans ses chaînes de valeur* ». En effet, concernant le suivi des processus de vigilance, la directive prévoit la création d'autorités nationales de contrôle de la bonne exécution du devoir de vigilance[68]. Véritables censeurs de la *compliance*, ces autorités disposeront de pouvoirs d'enquête, d'injonction, de sanction et d'adoption de mesures provisoires. Ce faisant, elles examineront les garanties contractuelles prises au titre du devoir de vigilance ainsi que leur application effective tout au long de la chaîne de valeur.

Une approche éthique du droit du devoir de vigilance implique donc une gestion serrée du réseau des filiales, des fournisseurs, des sous-traitants, des intermédiaires et des partenaires commerciaux concernés, ce qui induit le déploiement d'une culture contractuelle de la prévention des risques. En outre, les clauses devront aussi assurer la bonne application des choix de politique générale décidés pour le groupe relativement au modèle d'affaires et à la stratégie économique. Ces clauses garantiront en particulier le respect de la trajectoire de réduction des émissions des gaz à effet de serre déterminée au niveau du réseau. L'article 12 de la proposition de directive

67 M. MEKKI, « Contrat et devoir de vigilance », *RLDA* 2015, n° 104, p. 86 ; M.-A. FRISON-ROCHE, « Le contrat est-il l'instrument optimal de la RSE ? », conférence au colloque du 11 mai 2017 de la Cour de cassation, *Les instruments de la RSE : le contrat* ; M. BARY, « La contractualisation de la RSE dans les relations d'affaires de l'entreprise », *EEI* 2018, n° 10, 2018, dossier 39.

68 Article 17 de la proposition de directive.

Copyright © PUSEK, Kaslik, 2023 | All Rights Reserved

énonce sur ce point qu'« *Afin d'aider les entreprises à se conformer (…), la Commission adopte des orientations sur les clauses contractuelles types volontaires* ». Le suivi dans le temps du devoir de vigilance par les entreprises sera ainsi à la fois soutenu par la Commission européenne et par les autorités de contrôle nationales. Il est évident qu'une exécution éthique des textes de droit interne qui transposeront cette directive induira nécessairement l'élaboration de trajectoires crédibles de décarbonation pour garantir une orientation sincère vers la durabilité. Au fond, c'est bien la loyauté environnementale de l'entreprise qui est en jeu dans le cadre de la fixation du contenu des dispositifs de *compliance* qui lui permettront de se conformer réellement aux prescriptions juridiques liées au devoir de vigilance.

Il faut néanmoins ajouter que cette loyauté environnementale déborde le champ de la *compliance* fondée sur le droit du devoir de vigilance. En tout état de cause, l'information précontractuelle sur les caractéristiques environnementales des produits de consommation repose elle aussi sur des exigences de transparence et de sincérité. À ce titre, la loi « *climat et résilience* » du 22 août 2021 a renforcé la régulation juridique du *greenwashing*. Ainsi l'article L. 121-2 du Code de la consommation intègre désormais un volet environnemental à la définition légale des pratiques commerciales trompeuses. De plus, un contrôle des allégations environnementales a été aménagé avec l'interdiction de principe, prévue à l'article L. 229-68 du Code de l'environnement, d'afficher toute référence à la « *neutralité carbone* » des produits, à l'exception de certains cas, par exemple si le professionnel rend aisément accessible au consommateur sa trajectoire de réduction d'émissions[69]. Peut être relevée ici l'action en justice exercée par plusieurs associations de protection de l'environnement contre la société TotalEnergies, le 2 mars 2022, pour pratiques commerciales trompeuses, précisément à raison de la neutralité carbone affichée par l'entreprise[70]. Les

69 Plus précisément, selon le texte de l'article L. 229-68, I du Code de l'environnement, « *Il est interdit d'affirmer dans une publicité qu'un produit ou un service est neutre en carbone ou d'employer toute formulation de signification ou de portée équivalente, à moins que l'annonceur rende aisément disponible au public les éléments suivants : 1° Un bilan d'émissions de gaz à effet de serre intégrant les émissions directes et indirectes du produit ou du service ; 2° La démarche grâce à laquelle les émissions de gaz à effet de serre du produit ou du service sont prioritairement évitées, puis réduites et enfin compensées. La trajectoire de réduction des émissions de gaz à effet de serre est décrite à l'aide d'objectifs de progrès annuels quantifiés ; 3° Les modalités de compensation des émissions de gaz à effet de serre résiduelles respectant des standards minimaux définis par décret* ».

70 V. « Neutralité carbone : trois ONG assignent TotalEnergies en justice pour pratique commerciale trompeuse », *Le Monde*, 2 mars 2022.

Copyright © PUSEK, Kaslik, 2023 | All Rights Reserved

associations considèrent que l'entreprise induit les consommateurs en erreur par sa communication sur son engagement de neutralité carbone d'ici 2050, en omettant volontairement de prendre en compte les émissions indirectes de gaz à effet de serre.

Les mêmes réserves à l'égard de la communication publicitaire sur la prétendue neutralité carbone des entreprises, sont partagées par la Commission européenne. Dans l'exposé des motifs de sa proposition de directive du 30 mars 2022 pour donner aux consommateurs les moyens d'agir en faveur de la transition écologique[71], elle énonce que « *Les allégations environnementales, en particulier celles qui concernent le climat, font de plus en plus référence à des performances futures, en évoquant une transition vers la neutralité carbone, la neutralité climatique ou un objectif similaire, à un certain horizon*[72] » et qu'« *Afin de garantir la loyauté et la crédibilité de ces allégations, il convient (…) d'interdire, à la suite d'une évaluation au cas par cas, celles qui ne sont pas étayées par des engagements et des objectifs clairs, objectifs et vérifiables pris par les professionnels*[73] ». De même, la proposition prévoit l'interdiction des allégations environnementales ne reposant pas sur un système de certification reconnu par les autorités publiques[74], en particulier les allégations génériques ne renvoyant pas à des performances environnementales précises. La démarche de *compliance* de l'entreprise doit permettre de prévenir les risques de déloyauté environnementale à l'aune de ces éléments.

Il en va de même pour la question de l'obsolescence programmée qui sera interdite au niveau de l'Union avec cette directive[75]. En droit interne, une telle interdiction est déjà énoncée à l'article L. 441-2 du Code de la consommation qui, depuis la loi visant à réduire l'empreinte environnementale du numérique, dite « *REEN* », du 15 novembre 2021[76], a vu son champ d'application élargi. En effet, au volet matériel de l'infraction d'obsolescence programmée, s'ajoute désormais un volet numérique. Plus exactement, selon l'article L. 441-2, « *Est interdite la pratique de l'obsolescence*

71 COM (2022) 143 final, *préc.*

72 *Ibid*., considérant introductif n° 4.

73 *Ibid*.

74 *Ibid*., considérant introductif n° 7.

75 *Ibid*., considérants introductifs n° 14 s.

76 L. n° 2021-1485 du 15 novembre 2021 visant à réduire l'empreinte environnementale du numérique en France, *JORF* n° 0266 du 16 novembre 2021, texte n° 2 ; sur ce texte, V. M. BOURGEOIS, « Loi visant à réduire l'empreinte environnementale du numérique en France : la fin de l'illusion ! », *JCP* E 2022, n° 2, 1011 ; L. FONBAUSTIER, « Le législateur environnemental s'empare (enfin !) du numérique. À propos des lois des 15 novembre et 23 décembre 2021 », *JCP* G 2022, n° 5, doctr. 186.

Copyright © PUSEK, Kaslik, 2023 | All Rights Reserved

programmée qui se définit par le recours à des techniques, y compris logicielles, par lesquelles le responsable de la mise sur le marché d'un produit vise à en réduire délibérément la durée de vie ». Partant, la transition écologique est articulée à la transition numérique. En tous les cas, une application éthique du régime juridique de l'information environnementale des consommateurs implique d'intégrer, dans la démarche de *compliance* de l'entreprise, les mesures correspondantes de gestion des risques. Il en va de même avec la proposition de règlement « *ESPR* » sur l'écoconception. Selon la Commission, « *Pour que le public ait davantage confiance dans les produits mis sur le marché, notamment en ce qui concerne leur conformité avec les exigences en matière d'écoconception* », les États doivent prévoir « *dans leur droit national des sanctions effectives, proportionnées et dissuasives en cas de non-respect*[77] ».

b. La *compliance* au service de l'anticipation des évolutions juridiques futures

Les éléments précédemment évoqués montrent que la *compliance* environnementale des entreprises doit être un outil de réception des évolutions actuelles du discours juridique de transition écologique. Il s'agit pour elles de se mettre et de se maintenir en conformité avec la législation en vigueur et en cours d'élaboration. La transparence et la loyauté constituent des exigences cardinales sur ce plan. Plus encore, la *compliance* doit être placée au service de l'anticipation des évolutions juridiques futures. Le droit de la transition écologique a cela de spécial qu'il est intrinsèquement évolutif. Afin d'atteindre la neutralité carbone à l'horizon 2050, il ne peut qu'être dans un état de transformation permanente. Pour le dire autrement, le droit de la trajectoire de réduction des émissions de gaz à effet de serre est un droit programmatique de la décarbonation fondé sur des objectifs de long terme et qui, par nature, doit être constamment révisé en fonction des progrès concrètement effectués et des connaissances scientifiques disponibles. Il en résulte que la démarche de *compliance* doit elle-même être évolutive et réactive. Le processus de mise en conformité doit être constamment réinterrogé et perfectionné. Le dynamisme juridique doit être préféré au statisme. Cette temporalité atypique du droit et de la *compliance* doit vivement inciter les entreprises à devancer les évolutions futures. La remarquable consolidation du discours juridique de transition écologique depuis l'adoption du Pacte vert européen en décembre 2019, donne à voir les principales orientations pour les années et décennies à venir.

77 COM (2022) 142 final, *préc.*, considérant introductif n° 101.

Copyright © PUSEK, Kaslik, 2023 | All Rights Reserved

Le suivi de la *compliance* se situe assurément dans le moment présent ou dans le futur le plus proche, avec par exemple la mise en œuvre de la cartographie des risques, pour le droit du devoir de vigilance, ou l'interdiction de l'obsolescence programmée ou d'un affichage garantissant la neutralité carbone d'un produit, pour le droit de la consommation. Mais il doit également se concevoir pour le moyen voire le long terme. L'exemple de la trajectoire de réduction des émissions est frappant. Les affaires *Grande Synthe* et *Association Oxfam France*, étudiées plus haut, mettent très nettement en exergue le fait que la difficulté de respecter la trajectoire augmente avec la tardiveté de l'adoption des mesures adéquates. Pour une entreprise, il faut donc prévoir le plus en amont possible la réorientation des activités économiques, de manière à ne pas être contrainte *in fine* à un changement brutal des modes de production. Autrement formulé, une transition écologique réussie implique des efforts continus et une planification temporellement étendue des moyens à mettre en œuvre pour que le modèle d'affaires et la stratégie économique correspondent effectivement à l'attente de neutralité. L'action climatique s'échelonne dans le temps et les dispositifs de *compliance* doivent être adaptés à cette exigence. C'est tout le sens de l'idée de *gouvernance durable d'entreprise* expressément portée par la proposition de directive du 23 février 2022 sur le devoir de vigilance. L'entreprise doit se forger une culture de la vigilance et de la gestion des risques de long terme. Une approche éthique du droit de l'environnement nécessite alors de ne pas attendre la menace d'une sanction pour se mettre en conformité avec l'objectif de neutralité carbone, ce qui rejoint évidemment l'esprit de la *compliance*. Dans la proposition de directive sur le devoir de vigilance, la Commission énonce d'ailleurs que « *toute nouvelle décision d'investissement ou d'action devrait être prise en tenant compte des aspects climatiques et de l'évolution ultérieure prévisible, y compris pour les grandes entreprises qui gèrent des chaînes de valeur*[78] ».

Un autre exemple de la manière dont la *compliance* environnementale peut être mise au service de l'anticipation des évolutions juridiques à venir réside dans le domaine de la consommation. Le droit de l'affichage environnemental des produits sera de plus en plus exigeant au cours des prochaines années. L'expérimentation prévue par la loi « *climat et résilience* » du 22 août 2021 sur un indicateur environnemental global sera vraisemblablement pérennisée et généralisée. Le paquet européen « *produits durables* » du 30 mars 2022 va dans le même sens et devrait considérablement renforcer la transparence et la traçabilité des produits, notamment avec le dispositif du passeport numérique. À cette aune, les entreprises peuvent

78 COM (2022) 71 final, *préc.*, considérant introductif n° 10.

Copyright © PUSEK, Kaslik, 2023 | All Rights Reserved

d'ores et déjà modifier les conditions de production et les contrats qui leur servent de support juridique dans les chaînes de valeur, pour répondre à cette transformation profonde de l'affichage des produits. En outre, un autre aspect peut être évoqué, toujours à titre illustratif. Il s'agit de l'amorce d'une orientation de la régulation publicitaire vers la neutralité climatique. En effet, l'article 14 de la loi « *climat et résilience* » prévoit que l'Autorité de régulation de la communication audiovisuelle et numérique (Arcom) – née de la fusion du Conseil supérieur de l'audiovisuel (CSA) et de la Haute Autorité pour la diffusion des œuvres et la protection des droits sur Internet (Hadopi), en janvier 2022[79] – est tenue de promouvoir, en matière environnementale, des codes de bonne conduite sectoriels et transversaux dénommés « *contrats climats* ». Ces « *contrats climat* » ont « *notamment pour objet de réduire de manière significative les communications commerciales sur les services de communication audiovisuelle et sur les services proposés par les opérateurs de plateforme en ligne (…) relatives à des biens et services ayant un impact négatif sur l'environnement, en particulier en termes d'émissions de gaz à effet de serre, d'atteintes à la biodiversité et de consommation de ressources naturelles sur l'ensemble de leur cycle de vie* ». Il ne fait pas de doute qu'à terme, les publicités pour des produits qui ne contribueraient pas à la transition écologique seront progressivement interdites. Or là aussi, les démarches de *compliance* des entreprises peuvent anticiper cette évolution et refondre dès à présent leurs campagnes publicitaires pour les aligner sur le droit programmatique de la neutralité climatique. Au fond, peut être avancé que le discours juridique de la transition écologique suit la logique du principe de non-régression environnementale consacré par la loi du 8 août 2016 de reconquête de la biodiversité[80] à l'article L. 110-1, II, 9° du Code de l'environnement, qui énonce que « *la protection de l'environnement, assurée par les dispositions législatives et réglementaires relatives à l'environnement, ne peut faire l'objet que d'une amélioration constante, compte tenu des connaissances scientifiques et techniques du moment* ». De sorte que, dans le rapprochement de l'éthique et du droit qu'elle organise, la *compliance* environnementale semble devoir être, elle aussi, régie par ce principe de non-régression.

79 D. n° 2021-1853 du 27 décembre 2021 relatif aux compétences et à l'organisation de l'Autorité de régulation de la communication audiovisuelle et numérique en matière de protection du droit d'auteur et des droits voisins, *JORF* n° 302 du 29 décembre 2021, texte n° 52.

80 L. n° 2016-1087 du 8 août 2016 pour la reconquête de la biodiversité, de la nature et des paysages, *JORF* n° 184 du 9 août 2016, texte n° 2 ; sur ce principe de non-régression, V. not. M. PRIEUR, « Une vraie fausse création juridique : le principe de non-régression », *RJE* 2016, n° hors-série, p. 319.

Copyright © PUSEK, Kaslik, 2023 | All Rights Reserved

USEK
Holy Spirit University of Kaslik Press

Revue juridique de l'USEK
*USEK **Law Journal***
Nº Spécial | 2023

(OA) Open Access

eISSN 2664-8156

La probité des gouvernants insufflée par la loi : la complémentarité de l'éthique et du droit au secours de la démocratie ? / Rulers' Probity Inspired by the Law: Complementarity Between Ethics and Law to the Rescue of Democracy?

Aude Thevand, *Enseignant-chercheur, UCLy*

Abstract

For about ten years, the French legislator has adopted a lot of laws to restore the confidence of the citizens in the democratic system. Though, the situation continues to deteriorate, because law and ethics are confused. This raises questions about the legitimacy of laws promoting public ethics to contain the democratic crisis. Such legislation can be effective provided that ethical rules inspire specific and constraining legal measures.

Copyright © PUSEK, Kaslik, 2023 | All Rights Reserved

Introduction

Un citoyen qui se met ou est maintenu à l'écart du pouvoir, un enchaînement de scandales politiques dévoilant le manque patent d'intégrité de nombre de gouvernants, autant de signaux alarmants de l'effondrement des fondations de la démocratie. L'empilement de lois votées dans le but sans cesse martelé de construire une culture de la probité pour rétablir la confiance des citoyens ne semble pas avoir produit le séisme attendu[1]. Les mécanismes de prévention et de sanction de la corruption dont la France s'est dotée étant les plus sévères d'Europe voire du monde[2], il serait tentant de compter désormais sur l'écoulement du temps pour que se révèle leur efficacité. Les outils imaginés ces dernières années, fondés essentiellement sur l'incitation, invitent cependant à se demander si la combinaison entre éthique et droit qu'ils opèrent est celle qui permet de rénover réellement la démocratie.

Depuis environ dix ans, le législateur se concentre sur la prévention des atteintes à la probité par le personnel politique, dès lors que les sanctions classiques[3], – annulation des décisions administratives, sanctions pénales – aléatoires[4], interviennent en outre *a posteriori*, et sont donc impuissantes à juguler le climat de défiance que les malversations commises cultivent

1 Pour rappel, les textes se sont multipliés à partir de 2013, et concernent tous les acteurs intervenant dans la vie publique : parlementaires, membres de l'Exécutif et élus locaux (LO n° 2013-906 et L. n° 2013-907 du 11 octobre 2013 relatives à la transparence de la vie publique, *JORF* du 12 octobre 2013 ; LO n° 2017-1338 et L. n° 2017-1339 du 15 septembre 2017 pour la confiance dans la vie politique, *JORF* du 17 septembre 2017), agents publics (L. n° 2016-483 du 20 avril 2016 relative à la déontologie et aux droits et obligations des fonctionnaires, *JORF* du 21 avril 2016), certains employeurs publics et privés (L. n° 2016-1691 du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique, *JORF* du 10 décembre 2016).

2 En ce sens, O. PLUEN, « Désacraliser le titulaire de la fonction politique, pour réhabiliter le censeur. Le cas français », <https://journals.openedition.org/ethiquepublique/2820> ; F. PAGES, « Anticorruption, Un axe d'amélioration consiste à continuer de valoriser la place des responsables compliance au sein des entreprises et de les doter d'un budget adapté à leurs missions », *JCP* G 2020, prat. 1474 ; J.-Ph. DEROSIER, « La déontologie politique favorise la confiance, indispensable à la démocratie », *JCP* A 2019, 2195.

3 Sur ces sanctions, V. not. É. UNTERMAIER-KERLÉO, « AAU et déontologie des élus locaux : identifier les risques juridiques pour mieux les prévenir », *JCP* A 2020, 2303.

4 Les sanctions pénales des manquements au devoir de probité par des personnes exerçant une fonction publique (C. pén., art. L. 432-10 à L. 432-16) sont rarement prononcées, comme cela est régulièrement déploré. La jurisprudence administrative relative aux annulations des actes administratifs édictés par des personnes qui n'ont pas été motivées par l'intérêt général est très casuistique.

Copyright © PUSEK, Kaslik, 2023 | All Rights Reserved

dans l'opinion publique. Alors qu'éthique et droit sont antinomiques en de nombreux points, l'une relevant d'une conduite individuelle guidée par des principes moraux que l'on s'impose à soi-même, l'autre consistant pour l'État à imposer aux individus qui le composent des règles pour organiser la vie en société, dans l'optique préventive, la probité s'est immiscée dans le droit pour ce qu'elle est avant tout, un devoir éthique[5]. Si la règle de droit ne peut évidemment pas rendre les gouvernants intègres, le législateur entend du moins favoriser leur probité, alors qu'elle n'apparaît plus évidente ni pour les représentants s'abritant derrière la liberté d'exercice de leur mandat, ni pour les citoyens résignés.

Outre le renforcement des incompatibilités et inéligibilités, la probité, règle éthique, est consacrée dans la loi, de nouvelles obligations (abstentions, déclarations) ont pour objectif d'inciter les gouvernants à observer un comportement éthique (en évitant les situations de conflit d'intérêts), avec l'aide de nouvelles institutions-référents, Haute Autorité pour la transparence de la vie publique (HATVP), Agence française anticorruption (AFA) – prodiguant conseils et recommandations, et de nouveaux outils (chartes, cartographie des risques, recueil d'alertes). L'ensemble des mesures mobilisées[6] mêle intimement le droit et l'éthique et donne lieu à des obligations juridiques sans sanctions systématiques, dépendant d'une démarche individuelle tout en étant guidée de l'extérieur, au point de dénaturer à la fois la règle de droit et la règle éthique[7].

La probité des responsables politiques est une valeur que leur éthique est supposée leur imposer, mais qui nécessite aussi, dans une démocratie, de faire l'objet d'un consensus social, et sur laquelle dès lors devraient reposer les règles de droit encadrant le statut et l'action des gouvernants. La probité des décideurs publics, loin de n'être qu'une question éthique, est donc éminemment juridique. Mais, chercher à créer une adhésion à cette valeur par des règles hybrides conduit à une impasse, car leur caractère fondamentalement non contraignant risque de ne provoquer

---

5 Pour d'autres développements sur les conséquences de l'introduction de l'éthique en droit sur la démocratie, V. : J.-F. KERLÉO, « Entre continuité et rupture : le jeu d'équilibriste de la déontologie pour réanimer la démocratie représentative », *in Réanimer la démocratie, quels remèdes ?* (dir. S. CURSOUX-BRUYÈRE et A. THEVAND) *Actes du colloque, UCly, 23 mars 2021*, Politeia, à paraître.

6 Le même type de dispositif s'applique aux élus, agents publics et entreprises.

7 Sur la dénaturation de l'éthique ainsi juridicisée, V. : Y. GAUDEMET, « La déontologie, un pouvoir masqué », *RDP* 2021, p. 895.

Copyright © PUSEK, Kaslik, 2023 | All Rights Reserved

aucun changement réel dans le fonctionnement de la démocratie. En se focalisant sur ces dispositifs préventifs, le législateur néglige les moyens juridiques qui parviendraient à replacer la probité des gouvernants au rang d'exigence cardinale d'une démocratie représentative. La démocratie peut être dégradée par une probité grimée en règle de droit (1) alors qu'elle peut être au contraire réhabilitée par des règles de droit fondées sur la probité (2).

1. La démocratie dégradée par une probité grimée en règle de droit

La probité, en tant que qualité humaine, ne peut être ordonnée par la loi, mais le législateur la consacre dans le droit, ambitionnant ainsi de l'instiller dans le comportement des décideurs publics. Les règles qui en résultent, bien qu'ayant une source juridique, ont perdu les qualités essentielles de la règle de droit. Vagues, elles appellent pour leur concrétisation l'édiction de supports plus précis et la mise en place de dispositifs spécifiques par les divers acteurs publics dont il résulte un droit mou, produit de l'amalgame du droit et de l'éthique, et susceptible d'aggraver les défauts de la démocratie, dans la mesure où s'immisce l'idée d'une probité accessoire qui risque de faire de la démocratie une illusion (A) et d'une probité d'initiés, qui risque de voir se perpétuer une démocratie sans citoyen (B).

A. Une probité accessoire ou le risque d'une démocratie illusoire

Lorsque le législateur se borne à énoncer des règles éthiques ayant vocation à être complétées par une *soft law* non contraignante et contingente, il met en place un système qui repose entièrement sur la bonne volonté des gouvernants, et ancre l'idée que leur probité n'est qu'accessoire. Le droit montre ainsi son inaptitude à ériger la probité en condition préalable à la reconnaissance de la légitimité des responsables politiques. Dans ces conditions, le renouvellement de la démocratie reste illusoire.

La loi prescrit au décideur public d'exercer ses fonctions avec probité et, pour ce faire, de prévenir et faire cesser les conflits d'intérêts[8] dont la définition légale est trop vague[9] pour rendre opérant ce devoir. Au quotidien,

8 L. n° 2013-907 préc., art. 1, concernant les membres du gouvernement et les élus locaux ; égal. pour ces derniers, CGCT, art. L. 1111-1-1, 1°, depuis la loi n° 2015-366 du 31 mars 2015 visant à faciliter l'exercice, par les élus locaux, de leur mandat, *JORF* du 1er avr. 2015.

9 L. n° 2013-907, art. 2. Pour mémoire, il s'agit de « *toute situation d'interférence entre un intérêt public et des intérêts publics ou privés qui est de nature à influencer ou à paraître influencer l'exercice indépendant, impartial et objectif d'une fonction* ».

Copyright © PUSEK, Kaslik, 2023 | All Rights Reserved

il appartient donc aux gouvernants d'identifier eux-mêmes les situations qu'ils estiment constituer un conflit d'intérêts et d'en tirer les conséquences, en s'abstenant de prendre part à une décision ou en abandonnant une fonction exercée parallèlement à leur mandat public[10].

Dans la mesure où il est impossible de recenser de manière exhaustive les situations présentant un risque de conflit d'intérêts, la loi est nécessairement inconsistante. Pour concrétiser le devoir de probité, le législateur suggère tacitement aux élus locaux et aux membres du gouvernement de mettre au point des outils de *soft law*, dépendant d'une démarche volontaire de leur part. La loi compte par exemple sur l'initiative des collectivités territoriales pour élaborer des chartes, des cartographies des risques, désigner un référent[11], sans prévoir aucun encadrement. En tout état de cause, ces dispositifs entièrement facultatifs, ne contiennent que de vagues engagements non sanctionnés[12] et sont fondés sur le conseil. Le rôle de la HATVP et de l'AFA, qui chapeautent ce système de prévention des conflits d'intérêts, reste de l'ordre de la persuasion[13]. La sanction de ce dispositif reste aléatoire dès lors que le contrôle est marginal[14] et son rôle dissuasif par suite très limité. Quant aux parlementaires, la prévention des conflits d'intérêts

10 Par ex., pour les élus concernés par la loi du 11 oct. 2013, L. SABAN, « Un an de mandat, un an de conflit d'intérêts géré : premiers bilans d'une pratique », *JCP* A 2021, act. 569, s'interrogeant sur l'efficacité de l'abstention pour prévenir les conflits d'intérêts, du fait de l'inintelligibilité des règles applicables : l'art. 2 de la loi exige des seuls membres du gouvernement et des exécutifs locaux l'édiction de décrets ou d'arrêtés de déport à leur entrée en fonction pour déterminer les attributions qu'ils s'abstiendront d'exercer en raison d'un risque de conflit d'intérêts qu'ils auront identifié.

11 La HATVP et l'AFA préconisent l'utilisation par les élus locaux de ces outils par ailleurs imposés aux agents publics et à certaines entreprises par les lois n° 2016-483 et n° 2016-1691 préc.

12 Les élus locaux adoptent parfois des chartes éthiques aussi imprécises que la charte légale consacrée dans le CGCT, art. L. 1111-1-1.

13 La HATVP peut être saisie pour avis par la plupart des gouvernants pour les éclairer sur le respect des règles déontologiques. Elle peut spontanément émettre des recommandations aux personnes publiques concernant l'application de la loi de 2013 (L. n° 2013-907, art. 20). L'AFA élabore des recommandations (éventuellement à l'issue de ses contrôles portant sur l'efficacité des mesures mises en œuvre) pour aider toutes les administrations à prévenir les atteintes à la probité (L. n° 2016-1691, art. 3). Le directeur de cette agence dresse toutefois un bilan décevant de ce système fondé sur le volontariat (Ch. DUCHAINE, « L'Agence française anticorruption apporte son appui aux acteurs publics », *JCP* A 2021, 2155).

14 Dans le cadre du contrôle des innombrables déclarations qu'elle reçoit (*cf. infra*), la HATVP peut enjoindre à un responsable public de faire cesser un cumul de fonctions

Copyright © PUSEK, Kaslik, 2023 | All Rights Reserved

a été juridicisée en tant que dispositif disciplinaire que les instances des Assemblées sont chargées d'instituer[15]. Le règlement des chambres comporte un dispositif similaire à celui qui a été instauré par la loi du 11 octobre 2013. Les parlementaires doivent veiller à faire cesser les conflits d'intérêts et pour cela s'abstenir de prendre part à des travaux ou des fonctions au sein de la chambre lorsqu'ils estiment devoir le faire[16]. Le déontologue et le comité de déontologie, qui n'ont aucun pouvoir de contrainte, contrôlent le respect des règles déontologiques dont le manquement peut conduire à l'infliction d'une incertaine sanction disciplinaire par le bureau[17].

Abandonner la détermination des mesures impliquées par l'exigence de probité à la *soft law* revient à accepter des règles casuistiques, morcelées et d'application variable, propices à créer une profonde inégalité entre les gouvernants qui peuvent largement choisir le degré de contraintes que le devoir de probité leur impose[18]. Cette méthode est inapte à faire de la probité une source de légitimité du décideur public et dans le même temps, elle accroit la coupure entre gouvernants et citoyens.

---

créant un conflit d'intérêts (L. n° 2013-907, art. 20) et une sanction pénale peut être infligée aux personnes qui ne respectent pas l'injonction (L. n° 2013-907, art. 26).

15 Le bureau, après consultation de l'organe chargé de la déontologie (L. n° 2013-907, art. 3), soit le déontologue de l'Assemblée nationale (art. 80-1 de son règlement), et le comité de déontologie du Sénat (art. 91 *sexies* de son règlement).

16 Les sénateurs peuvent se reporter à un guide déontologique qui se veut pédagogique (<https://www.senat.fr/fileadmin/Fichiers/Images/sgp/Comite_de_deontologie/GUIDE_DEONTOLOGIE_SENATEUR_v7__PAGE_.pdf>) tandis que le code de déontologie des députés reste très vague (<https://www2.assemblee-nationale.fr/decouvrir-l-assemblee/textes-de-reference/code-de-deontologie-des-deputes>).

17 Le guide déontologique du Sénat évoque cette possibilité en cas de manquement grave ; le déontologue de l'Assemblée nationale se borne à adresser des recommandations au député qui peut se tourner vers le bureau qui à son tour fera des recommandations et éventuellement infligera une sanction disciplinaire (art. 80-4 du règlement).

18 La démarche n'est d'ailleurs pas sans risque pour les gouvernants : les règles de *soft law* ne sont utiles que si elles vont au-delà des faibles exigences légales. Or, elles peuvent contenir une conception du conflit d'intérêts différente de celle du juge pénal qui sanctionne les atteintes à la probité (V. par ex. L. SABAN, « Un an de mandat, un an de conflit d'intérêts géré : premiers bilans d'une pratique »). Par ailleurs, sur les effets contre-productifs des mécanismes de *soft law* qui déresponsabilisent les acteurs publics, voire les protègent d'actions contraires à l'éthique, V. : Y. GAUDEMET, « La déontologie un pouvoir masqué ».

Copyright © PUSEK, Kaslik, 2023 | All Rights Reserved

B. Une probité d'initiés ou le risque d'une démocratie sans citoyen

La persévérance du législateur à vouloir renforcer l'éthique publique s'explique par la volonté au moins affichée de recréer un lien entre les gouvernants et les citoyens, qui donne son caractère démocratique au système représentatif. Pourtant, les mécanismes préventifs conçus par des règles mi-éthiques mi-juridiques contribuent davantage à isoler le peuple de ses représentants. La question de la probité du personnel politique devient une affaire complexe relevant des seuls décideurs publics, à qui il appartient d'en cerner les contours, de mettre éventuellement au point des mesures pour en garantir le respect, les citoyens étant relégués au rôle de simples spectateurs.

Le Code de déontologie des députés, le règlement du Sénat[19], la charte de l'élu local, ou l'article 1er de la loi du 11 octobre 2013[20] sonnent comme de véritables pétitions de principe que le citoyen ne peut ni vérifier, ni même cerner précisément. Pourtant, s'il n'est pas question d'exiger des gouvernants qu'ils fassent la preuve de leur probité, au risque de provoquer une défiance généralisée à leur encontre, du moins est-il attendu un renforcement des garanties concrètes de cette qualité, qui serait la preuve d'un effort de la part du personnel politique à reconsidérer sa relation avec les citoyens. Au contraire, le citoyen est entièrement dépendant des gouvernants sur qui repose la tâche de mettre en œuvre ces obligations générales, et est démuni face à leur inertie. Le citoyen n'est pas associé à la mise au point des garanties de prévention contre les atteintes à la probité et il ne lui appartient pas d'en contrôler le respect, dès lors qu'aucune procédure spécifique ne lui est ouverte pour contester la méconnaissance des obligations générales liées à la probité. Tout au plus peut-il s'informer, par exemple en consultant le registre public recensant les cas où un élu national ou un membre du gouvernement s'est abstenu de participer à une décision[21], mais il ne pourra que prendre acte, postérieurement à la décision, du comportement des

19 Chapitre XXV, art. 91 *bis* à 91 *quinquies*.

20 Dont la première phrase énonce : « *Les membres du Gouvernement, les personnes titulaires d'un mandat électif local ainsi que celles chargées d'une mission de service public exercent leurs fonctions avec dignité, probité et intégrité et veillent à prévenir ou à faire cesser immédiatement tout conflit d'intérêts* ».

21 L. n° 2017-1339 préc., art. 3 ; L. n° 2013-907, art. 2.

Copyright © PUSEK, Kaslik, 2023 | All Rights Reserved

décideurs. Ce souci de transparence[22] semble bien insuffisant pour renforcer l'implication du citoyen.

Du fait de l'institutionnalisation de la *soft law* par les référents, commissions éthiques ainsi que la HATVP et l'AFA, un tiers se trouve intercalé entre le citoyen et ses représentants. Ces organes sont les véritables garants de la probité à laquelle il leur revient de veiller, et sont les interlocuteurs des décideurs publics, usurpant le rôle du citoyen avec qui ils n'ont pas de lien[23]. Ces institutions de l'éthique complexifient encore la question de la probité en posant la question de leur légitimité à définir des lignes de conduite à destination des gouvernants et en suscitant également des interrogations quant à leur propre probité[24]. Les règles de *soft law* relatives à la probité font ainsi émerger un système institutionnel et normatif distinct de l'ordonnancement juridique classique, et confidentiel, puisqu'il est interne à chaque administration, bien éloigné de l'idée d'une participation du peuple au pouvoir qu'exige la démocratie. Les garanties de probité sont dès lors reléguées au rang de simples mesures d'ordre intérieur relevant du fonctionnement de l'institution, formalisées dans des chartes éthiques davantage octroyées par les gouvernants que consenties par le citoyen, sans vocation à refléter l'expression de la volonté générale. La probité est au final concrétisée par un ensemble de règles techniques et d'outils raffinés que

---

22 Concernant les déclarations d'intérêts et de patrimoine, *cf. infra*.

23 Les guides, avis et recommandations de la HATVP ou de l'AFA sont à destination des gouvernants. La HATVP n'adresse pas son guide déontologique au citoyen (HATVP, « Guide déontologique II », <https://www.hatvp.fr/wordpress/wp-content/uploads/2021/02/HATVP_GuideDeontologiqueII_VF.pdf>, p. 9) ; elle propose des modes d'emploi pour réaliser des cartographies des risques, rédiger des chartes éthiques, désigner un référent et encourage leur mise au point en concertation entre tous les acteurs concernés, sauf le citoyen (HATVP, « Guide déontologique II », p. 29) ; elle reconnaît seulement l'intérêt de faire connaître au public les chartes éthiques des élus locaux (HATVP, « Guide déontologique II », p. 36). Son seul lien avec le citoyen est la faculté pour les associations qu'elle a agréées (deux seulement actuellement : *Anticor et Transparency International France*) de la saisir.

24 V. par ex. l'avis du collège de déontologie de la juridiction administrative (n° 2021/2, 20 sept. 2021) considérant qu'un magistrat administratif qui est membre d'un comité consultatif de déontologie et de transparence mis en place par une commune du siège de sa juridiction ne se trouve pas, du seul fait de cette appartenance, dans une situation de conflit d'intérêts.

Copyright © PUSEK, Kaslik, 2023 | All Rights Reserved

le seul groupe d'initiés que constituent les représentants est en mesure de comprendre, éclairés par des référents[25].

La *soft law* est impropre à constituer un cadre d'action imposant aux gouvernants un comportement conforme à l'exigence de probité, et qu'un juge, saisi par un citoyen, serait en mesure de faire respecter. Au mieux, la probité est une règle déontologique et donc d'ordre disciplinaire, que les membres d'une profession ou d'une institution doivent respecter. La loi ne met aucunement en évidence la probité comme un devoir attaché à la qualité de représentant du peuple et impliquant le respect d'obligations dont la méconnaissance entraîne des sanctions liées à cette qualité[26]. Les sanctions actuelles de l'improbité[27] sont d'ailleurs déconnectées des dispositifs de prévention des manquements à la probité[28].

Les règles de droit mou, ni vraiment juridiques, ni vraiment éthiques, ne conduisent qu'à des changements de surface, voire aggravent la crise démocratique, en laissant s'installer l'idée qu'il n'est pas possible de mieux faire pour renforcer la probité des décideurs publics. Le métissage des règles doit se faire autrement. Si l'éthique ne peut être autre chose qu'une démarche individuelle, elle peut inspirer une modification du « *droit dur* » pour qu'il soit implicitement fondé sur la probité.

2. La démocratie réhabilitée par des règles de droit fondées sur la probité

La probité peut être utilement véhiculée par la règle de droit, puisque celle-ci constitue le cadre d'action des gouvernants, et reflète les valeurs de la société. Tout en étant moins visible et moins spectaculaire, la probité traduite en règle juridique permet plus efficacement de repenser le fonctionnement de la démocratie dès lors qu'elle acquière un caractère obligatoire et qu'elle est sanctionnée. C'est donc par le droit que doit se mettre en place un système démocratique rénové, fondé sur la probité des gouvernants. De cette façon,

25 V. par ex. la procédure et les critères de détection des conflits d'intérêts mis au point par la HATVP, les explications des textes légaux et réglementaires qu'elle propose dans son guide de déontologie précité.

26 Comme l'inéligibilité et la déchéance du mandat.

27 Sanctions pénales et annulation d'actes administratifs (*cf.* introduction).

28 La loi n° 2016-1691 réalise ce lien en introduisant un mécanisme préventif (d'ailleurs lui-même sanctionné) ayant pour but d'éviter les situations pouvant constituer les délits d'atteinte à la probité (art. 1), mais le mécanisme ne concerne pas les gouvernants.

Copyright © PUSEK, Kaslik, 2023 | All Rights Reserved

le droit serait aussi en mesure de diffuser une culture de la probité auprès des responsables politiques. La probité deviendrait par ce biais une exigence essentielle au fonctionnement démocratique. Le législateur démontrerait sa volonté de réhabiliter réellement la démocratie en menant des réformes juridiques inspirées par l'éthique. La probité, règle éthique, devrait ainsi justifier la transformation du statut des gouvernants (A) et un contrôle citoyen (B).

A. La probité comme justification à la transformation du statut des gouvernants

La prévention des atteintes à la probité a conduit à introduire de nouvelles obligations pour les gouvernants, fondées sur l'idée de transparence qui doit les dissuader d'adopter des comportements malhonnêtes. Ces règles font toutefois reposer les efforts sur un objectif certes connexe à la probité, mais qui manque en partie la véritable cible, si bien qu'elles ne provoquent pas les changements attendus.

En imposant le dépôt de diverses déclarations, le législateur veut mettre au jour des éléments du patrimoine des décideurs publics et leurs liens d'intérêts dans le but qu'ainsi exposés, ils soient incités à rester probes. La dissuasion s'appuie sur une obligation de transmettre des déclarations complètes, un contrôle de cette obligation et une sanction de cette obligation. Beaucoup de décideurs publics[29] sont contraints, depuis les lois du 11 octobre 2013, de déposer des déclarations de situation patrimoniale et des déclarations d'intérêts, exactes et sincères, auprès de la HATVP[30] qui en assure la publicité et les contrôles prévus par la loi. Le contrôle des déclarations doit permettre à la HATVP de détecter des enrichissements illégaux et des situations de conflits d'intérêts. La publicité donnée aux déclarations, ainsi que le risque de sanction, doivent inciter les gouvernants à adopter un comportement exemplaire en faisant cesser les situations de conflit d'intérêts et en se gardant de profiter de leurs fonctions publiques pour servir leurs intérêts financiers personnels. La méconnaissance de l'obligation déclarative constitue un délit exposant les membres du gouvernement et les élus locaux concernés à une peine d'emprisonnement, une amende, et pouvant s'accompagner à

29 Les membres du gouvernement (L. n° 2013-907, art. 4), les élus des régions et des départements ainsi que les élus municipaux des plus grandes communes (L. n° 2013-907, art. 11), les parlementaires (C. élect., art. LO 135-1 et LO 296) et les candidats à l'élection présidentielle (LO n° 2013-906, art. 9).

30 Ainsi que du bureau des assemblées pour les parlementaires.

Copyright © PUSEK, Kaslik, 2023 | All Rights Reserved

titre complémentaire d'une inéligibilité et d'une interdiction d'exercer des fonctions publiques[31]. Pour les parlementaires, le défaut de dépôt est une cause d'inéligibilité et conduit à la démission d'office[32], et la HATVP doit saisir le parquet lorsqu'elle constate une variation inexpliquée de patrimoine et des lacunes dans les déclarations[33]. À défaut de déclaration, la candidature à la présidentielle est entachée de nullité.

Malgré le caractère contraignant de ce dispositif préventif, son efficacité demeure relative dès lors que la tâche confiée à l'Autorité administrative indépendante apparaît démesurée au regard de ses capacités de contrôle[34]. L'indigence des moyens mobilisés exclut une vérification systématique et réduit le caractère dissuasif et incitatif du mécanisme qui repose finalement beaucoup sur la bonne volonté des intéressés. En outre, la sanction de l'obligation déclarative ne réprime pas le fait de n'avoir pas évité une situation de conflit d'intérêts ou de s'être enrichi indûment, mais la méconnaissance d'une obligation de transparence qui aurait pu permettre de détecter une potentielle situation de conflit d'intérêts ou un enrichissement potentiellement indu. Or, omettre de divulguer certaines informations personnelles ne révèle pas automatiquement une inclinaison à l'improbité. Inversement, des déclarations, même exhaustives, ne donnent pas l'assurance d'un comportement exemplaire. Autrement dit, le lien entre la transparence sur les éléments patrimoniaux et les activités d'une part et la probité d'autre part est trop indirect, et rend le système contestable. Se trouvent placées sur le même plan la méconnaissance d'une obligation de transparence et l'atteinte à la probité[35]. La sanction pénale de l'obligation déclarative et

---

31 L. n° 2013-907, art. 26 (trois ans d'emprisonnement et 45 000 euros d'amende). L'inéligibilité peut être prononcée pour une durée de dix ans au plus (C. pén., art. 131-26-1), l'interdiction d'exercer des fonctions publiques pour cinq ans maximum ou de manière définitive (C. pén., art. 131-27).

32 C. élect., art. LO 136-2.

33 C. élect., art. LO 135-5. Ces manquements sont passibles d'une peine de trois ans d'emprisonnement et 45 000 euros d'amende, ainsi que, à titre complémentaire, d'une interdiction des droits civiques et une interdiction d'exercer une fonction publique (art. LO 135-1).

34 Cela est très régulièrement soulevé par la doctrine, par ex., et parmi beaucoup d'autres, J.-F. KERLÉO, « État des lieux des déclarations déontologiques », *RFDA* 2018, p. 495. La faiblesse des moyens de l'AFA à l'égard des décideurs publics est de la même manière dénoncée.

35 Même si bien entendu le montant de l'amende et la durée de la peine d'emprisonnement encourues diffèrent.

Copyright © PUSEK, Kaslik, 2023 | All Rights Reserved

l'inéligibilité semblent excessives et une sanction administrative infligée par la HATVP serait plus adaptée tout en dissuadant d'omettre de déclarer ou de déclarer partiellement. Les déclarations n'offrent en somme pas de réelles garanties de probité et la transparence qui les accompagne, envisagée plutôt comme une fin qu'un moyen, risque d'aggraver le climat de défiance.

L'attention portée à ces déclarations, sans doute du fait de leur caractère novateur[36] et de leur publicité, masque les lacunes du statut des gouvernants au regard de la lutte contre les atteintes à la probité. Beaucoup de conflits d'intérêts sont notoirement organisés ou favorisés par les règles de droit. Quelques exemples éloquents peuvent être rappelés. Même si les incompatibilités et inéligibilités se renforcent au fil des textes[37], des situations éminemment problématiques demeurent. Ainsi en est-il des cumuls de mandats qui multiplient les risques de conflits d'intérêts, empêchent l'expression de contre-pouvoirs, contribuent à la carriérisation des fonctions politiques favorisant elle-même le clientélisme et la recherche d'un enrichissement personnel au détriment de l'intérêt général. Or, cette question semble être de nouveau oubliée après le vote de la loi organique de 2014[38] prohibant enfin le cumul du mandat de parlementaire et d'exécutif local[39]. Pour des raisons similaires, il conviendrait de limiter le renouvellement des mandats qui crée un accaparement des fonctions par les mêmes personnes[40]. Pour les élus locaux notamment[41], les cumuls de fonctions permis par la loi créent de nombreuses situations de conflits

36 Les déclarations de patrimoine existent pour leur part depuis les lois du 11 mars 1988 relatives à la transparence financière de la vie politique.

37 L'exigence d'un casier judiciaire vierge, qui ferait de la probité une condition attachée à la qualité de représentant, n'est cependant toujours pas retenue. Tout au plus le président de la République peut demander le casier (B2) des personnes qu'il entend nommer au gouvernement (L. n° 2013-907, art. 8-1).

38 LO n° 2014-125 du 14 févr. 2014 interdisant le cumul des fonctions exécutives locales avec le mandat de député ou de sénateur, *JORF* du 16 févr. 2014.

39 Avancée sur laquelle il est même question, ces derniers temps, de revenir.

40 Un projet de réforme en ce sens semble avoir été oublié (projet de loi organique accompagnant le projet de loi constitutionnelle pour un renouveau de la vie démocratique, déposé le 29 août 2019, limitant à trois le nombre de mandats successifs des parlementaires et exécutifs locaux).

41 Les fonctions de membre du gouvernement sont incompatibles avec toute autre fonction selon l'art. 23 de la Constitution, et le mandat parlementaire est incompatible avec les fonctions publiques et avec notamment des fonctions dirigeantes de sociétés ayant des liens avec les autorités publiques (C. élect., art. LO 137 à LO 153), ce qui n'empêche pas l'exercice de fonctions parallèles pouvant constituer des conflits d'intérêts.

Copyright © PUSEK, Kaslik, 2023 | All Rights Reserved

d'intérêts[42] et une clarification des textes serait bienvenue afin d'identifier les cumuls qui créent un conflit d'intérêts à bannir et les cumuls possibles qui permettent une prise de décision éclairée[43]. Depuis la loi de 2013, la HATVP contrôle les cas de « *pantouflage*[44] », mais de nouveau le manque de moyens pour s'assurer du respect de ses avis rend le dispositif peu dissuasif[45], et la sanction pénale des éventuels manquements au devoir de probité qui en découlent très aléatoire. La HATVP devrait pouvoir infliger directement une sanction dans ces cas de conflit d'intérêts patents.

De même, alors que la probité exige une action désintéressée, le droit empêche mal les gouvernants d'utiliser l'argent public à des fins personnelles. Les élus locaux continuent de voter le montant de leur propre indemnité[46]. Également, les textes assurant un contrôle des rémunérations liées aux fonctions publiques manquent souvent d'effectivité à défaut de précision mais aussi faute de mobiliser suffisamment de ressources pour en garantir le respect[47]. Quant aux dons, cadeaux, invitations et voyages, aucune règle juridique ne les encadre alors qu'ils risquent très directement

42 V. par exemple récemment : J.-F. KERLÉO, « Le cumul des fonctions électives et professionnelles par les élus locaux et ses enjeux déontologiques », *JCP* A 2021, 2368 ; « Participation des élus locaux à des organismes extérieurs et conflits d'intérêts », *JCP* A 2020, 2305.

43 Les évolutions sont parfois trop circonscrites : V. par ex. B. GIANSILY, « Inéligibilité des membres des cabinets des exécutifs locaux : la sécurité juridique a un prix, note sous CE, 7 avr. 2021, n° 446448, *JCP* A 2021, 2263, mettant en évidence les inconvénients de la rédaction de l'art. L. 231 du code électoral ne visant que les titulaires d'emplois fonctionnels ayant reçu délégation de signature, alors que cette circonstance ne change en rien leur rôle. En l'espèce, un maire peut rester membre du cabinet du président du conseil départemental alors que par cette fonction il est partie prenante dans les affaires des communes de la collectivité départementale et en « *contact direct* » des maires.

44 L. n° 2013-907, art. 23. Un ancien membre du gouvernement ou exécutif local doit saisir la HATVP pour qu'elle se prononce par un avis conforme sur la compatibilité des fonctions envisagées et des anciennes fonctions ; lorsque ses avis sont méconnus, elle dresse un rapport spécial publié au JO et saisit le procureur.

45 À supposer encore que les personnes concernées prennent la peine de saisir la HATVP.

46 CGCT, art. L. 2123-20 et s. ; L. 3123-15 et s. ; L. 4135-15 et s.

47 V. par ex., A. GRANERO, « Cartographie des risques déontologiques liés aux indemnités et avantages des élus locaux », *JCP* A 2021, 2157, dénonçant, notamment, l'absence de définition claire par la loi (CGCT, art. L. 2123-18 et s.) des frais liés aux fonctions et pouvant donner lieu à remboursement, et également, le flou entourant les conditions et modalités de remboursement ainsi que l'absence de réglementation relative aux cadeaux des élus locaux. Les textes sont méconnus (comme les chambres régionales des comptes le relèvent très régulièrement) mais le juge administratif est peu saisi : il conviendrait de prévoir des mécanismes de saisine effective du juge.

Copyright © PUSEK, Kaslik, 2023 | All Rights Reserved

de donner lieu à des faits de corruption[48]. Certaines réformes semblent par ailleurs inadaptées. La suppression de la réserve parlementaire[49] n'empêche pas de détourner l'interdiction[50], si bien qu'il aurait été préférable d'obliger à justifier les dépenses et de les contrôler. La problématique des emplois de proches est identique. L'interdiction introduite, restreinte[51], n'est pas en mesure de lutter efficacement contre les emplois fictifs. De nouveau il convient de permettre un contrôle effectif et indépendant[52] des qualifications de l'intéressé et de la réalité des missions confiées[53].

Rappelons enfin que la prévention dépend de sanctions efficaces ; or, les sanctions pénales des manquements au devoir de probité, outre qu'elles ne sont pas souvent prononcées, consistent notamment en des peines d'amende et de prison, peu adaptées à l'objectif d'écarter les personnes malhonnêtes des fonctions publiques. En ce sens, l'inéligibilité a été renforcée en tant que peine complémentaire, avancée indéniable quoi qu'insuffisante[54].

Sans réelles garanties juridiques de probité, la confiance des citoyens ne pourra pas être rétablie, alors qu'ils restent largement démunis pour s'assurer de l'intégrité de leurs représentants.

---

48 Tout au plus, pour les parlementaires, ces avantages doivent être déclarés à l'organe chargé de la déontologie (règlement de l'Assemblée nationale, art. 80-1-2 et règlement du Sénat, art. 91 *quinquies*).

49 LO n° 2017-1338, art. 14.

50 V. par ex., P. CASSIA, « La réserve parlementaire est morte. Vive la réserve gouvernementale ? », <https ://blogs.mediapart.fr/paul-cassia/blog>.

51 L. n° 2017-1339, art. 11 et 14.

52 Que ne permet pas le mécanisme de contrôle interne aux assemblées prévu par l'art. 12 de la loi n° 2017-1339.

53 V. aussi, pour les élus locaux, S. BÉNÉTULLIÈRE, « Clarifier le recrutement des collaborateurs de cabinet : un enjeu démocratique », *JCP* A 2021, 2159, relevant la méconnaissance des règles (par ex. relatives au nombre de collaborateurs) par les exécutifs locaux relevée par les chambres régionales des comptes, en raison des lacunes du droit.

54 La loi n° 2016-1691 en fait une peine complémentaire obligatoire, même si le juge peut ne pas la prononcer en fonction des circonstances (C. pén., art. 131-26-2, 5°). Mais rien n'oblige une personne poursuivie à démissionner.

Copyright © PUSEK, Kaslik, 2023 | All Rights Reserved

B. La probité des gouvernants comme justification à un contrôle citoyen

L'incorporation dans la règle de droit de la probité en tant qu'exigence uniquement éthique et donc individuelle, empêche de la voir comme une qualité fondant la légitimité démocratique des gouvernants et dont ceux-ci sont comptables aux citoyens. Pour rétablir la confiance, la probité doit inspirer une réflexion sur les mécanismes juridiques de contrôle citoyen. Or, pour l'heure, la probité suscite un renouvellement très modeste du lien entre le citoyen et les gouvernants qui n'inclut pas de responsabilité.

En se bornant à renforcer la transparence des relations entre les décideurs publics et les citoyens, le législateur offre à ces derniers un rôle secondaire, consistant à leur permettre de s'informer facilement grâce aux mesures de publicité des diverses déclarations (de patrimoine et d'intérêts[55], celles effectuées par les représentants d'intérêts[56]), aux registres des déports, à la peine complémentaire d'affichage ou de diffusion de la condamnation pour l'un des délits que constitue le manquement au devoir de probité[57]. Ces moyens de contrôle des décideurs publics n'ouvrent cependant pas de voie d'action au citoyen pour réagir face à la découverte de malversations. Il peut seulement endosser le rôle d'un intermédiaire, en saisissant une autorité déontologique, le procureur, le juge administratif[58] par exemple. Or, la probité des gouvernants regarde directement le citoyen, puisqu'elle est le fondement du mandat qu'il leur a confié.

Le législateur a aussi amélioré la situation du citoyen lanceur d'alerte[59], mais, l'insuffisance de la protection conférée est souvent soulignée, notamment car ce dispositif est conçu dans un rapport d'affrontement entre le citoyen et les gouvernants, qui explique les précautions excessives

---

55 Qui pourraient d'ailleurs être plus étendues (J.-Fr. KERLÉO, « État des lieux des déclarations déontologiques », p. 495).

56 L. n° 2013-907, art. 18-1 et s.

57 Depuis la « loi Sapin II » (L. n° 2016-1691, art. 19).

58 Les voies de saisine des juges pouvant du reste être améliorées : par ex., en matière de contrôle des incompatibilités des parlementaires, V. : E. JOANNARD-LARDANT, « Les parlementaires face aux règles d'incompatibilités professionnelles : pour un renouveau salutaire », *RDP* 2019, p. 957, déplorant le manque d'effectivité de la procédure (C. élect., art. LO 151-2) et plaidant pour permettre au citoyen de saisir le Conseil constitutionnel.

59 La « loi Sapin II » (art. 7) introduit une nouvelle cause d'irresponsabilité pénale.

Copyright © PUSEK, Kaslik, 2023 | All Rights Reserved

qui encadrent l'octroi du statut de lanceur d'alerte[60]. L'action du citoyen est considérée nécessairement comme une attaque dont il faut protéger les gouvernants et non comme une démarche normale du citoyen qui demande des comptes à ses représentants.

Envisager la probité comme une règle éthique qui fonde et justifie les règles juridiques de fonctionnement de la démocratie représentative doit conduire à reconsidérer ce rapport entre gouvernants et citoyens pour l'heure envisagé seulement en termes d'antagonisme. Pour que la probité fonde l'aptitude à exercer des fonctions publiques, alors les décideurs publics doivent rendre compte de leur action au citoyen qui doit pouvoir écarter des fonctions publiques un gouvernant qui ne poursuit pas l'intérêt général, sans attendre la prochaine échéance électorale.

Mais cette conception du rôle du citoyen impose de remettre en cause le libre exercice du mandat auquel sont très attachés les représentants, alors même qu'il repose sur une conception non démocratique de la représentation, dans la mesure où elle écarte le citoyen de la participation au pouvoir politique[61]. Dans ce contexte, les règles actuelles ne peuvent qu'être inabouties. Ainsi, la transparence, qui se justifie par l'obligation des gouvernants de rendre compte au citoyen de leur aptitude à servir l'intérêt général, devrait conduire à prolonger les diverses règles de publicité par des mécanismes juridiques permettant au citoyen de titrer les conséquences d'un comportement malhonnête des représentants. À défaut, la transparence peut être contestable et relever davantage du voyeurisme (surtout lorsqu'elle porte sur des éléments personnels) nourrissant encore la défiance citoyenne. La notion de responsabilité affleure de certains textes, comme la charte de l'élu local qui évoque la responsabilité de l'élu devant les citoyens durant son mandat et ceci en raison de son élection au suffrage universel lui imposant de rendre des comptes[62]. Malheureusement, il n'a pas échappé à la doctrine qu'aucune règle de droit n'organise une quelconque responsabilité

60 V., par ex., D. LOCHAK, « L'alerte éthique, entre dénonciation et désobéissance », *AJDA* 2014, p. 2236 ; S. DYENS, « Le lanceur d'alerte dans la loi "Déontologie", un traitement toujours insuffisant », *AJCT* 2016, p. 301. Des projets de réformes sont en cours de discussion (not. proposition de loi n° 4398, visant à améliorer la protection des lanceurs d'alerte, déposée le 21 juill. 2021 à l'Assemblée nationale).

61 Cette liberté découle du mandat représentatif issu de la théorie de la souveraineté nationale du XVIII[e] siècle qui rejetait l'idée démocratique.

62 CGCT, art. L. 1111-1-1, 7°.

Copyright © PUSEK, Kaslik, 2023 | All Rights Reserved

de l'élu devant les citoyens qui reste de l'ordre du principe éthique sans concrétisation juridique.

Instaurer une responsabilité des gouvernants devant les citoyens leur imposant de subir une sanction en lien avec leurs fonctions[63] parachèverait le système de contrôle démocratique. Un contrôle citoyen régulier et des sanctions renforceraient sans aucune doute la propension des gouvernants à l'intégrité et redonneraient un sens à l'élection. Les mécanismes envisageables et les propositions de réforme ne manquent pas[64], la volonté politique sans doute davantage[65].

63 De la suspension des fonctions jusqu'à la révocation.

64 Pour le *recall* par ex., pratiqué par certains États du continent américain, V. : Ch.-É. SÉNAC, « Le contrôle populaire des élus », *in Crises de confiance ?* (dir. C. SENIK), La Découverte, 2020, p. 56 ; pour une proposition de destitution populaire, V. : M. DE CAZALS, « La V^e^ République face à l'instauration d'une destitution politique inédite du Président de la République, Retour sur la révision du titre IX de la Constitution du 4 octobre 1958 », *RFDC* 2007, p. 451, défendant une participation du citoyen à la procédure de destitution du président de la République ; proposant l'instauration d'une démocratie collaborative locale (not. par des audits citoyens sur l'usage des fonds publics, une codécision entre élus et citoyens pour l'attribution des subventions locales) et la création d'une procédure d'interpellation citoyenne, V. Observatoire de l'éthique publique, « *Livre blanc pour une démocratie locale rénovée : quelles obligations déontologiques pour les élus* ? », févr. 2020.

65 Les obstacles sont trop souvent exagérés : la Constitution et la jurisprudence constitutionnelle peuvent fort heureusement toujours être surmontées par une révision, voire un texte de loi rigoureusement rédigé ; l'indifférence citoyenne pour sa part est peut-être également une conséquence de l'absence de moyens d'action.

Copyright © PUSEK, Kaslik, 2023 | All Rights Reserved

USEK
Holy Spirit University of Kaslik Press

Revue juridique de l'USEK
*USEK **Law Journal***
Nº Spécial | 2023

(OA) Open Access

eISSN 2664-8156

PARTIE II

L'instrumentalisation de l'éthique à des fins juridiques : l'impératif d'une application éthique du droit

A. Pratiques juridictionnelles et éthique

Copyright © PUSEK, Kaslik, 2023 | All Rights Reserved

USEK
Holy Spirit University of Kaslik Press

Revue juridique de l'USEK
*USEK **Law Journal***
Nº Spécial | 2023

(OA) Open Access

eISSN 2664-8156

De l'éthique au droit des systèmes d'intelligence artificielle : l'exemple de la justice algorithmique en France / From Ethics to Artificial Intelligence Systems Law: the Example of Algorithmic Justice in France

Marjolaine Monot-Fouletier, *Professeur des Universités catholiques, UR Confluence, Sciences et Humanités – UCLy*

Abstract

At the confluence of the requirements of equality, security and performance of the court decision, appears the possibility of resorting to artificial intelligence systems to help the judge decide whether to replace him in the case of the simplest disputes. The risks of this delegation of power that could potentially undermine a certain ethic of the just and the fundamental rights of the litigant, related to the real opportunities contained in the use of these effective tools, require the introduction of regulations that can arbitrate between imperative and incentive. This approach can take the original form of an integration of ethics and law, an unprecedented blending from which a new approach to regulation emerges.

Copyright © PUSEK, Kaslik, 2023 | All Rights Reserved

> *« Tout juge rend la justice (…) C'est pourquoi sont vouées à l'échec les tentatives de bâtir une « science du droit » entièrement purgée de toute considération de justice. (…) Écarter les considérations de valeur de l'étude du droit, c'est en réalité se soumettre à une axiologie déterministe et se priver de toute capacité à comprendre la part d'indétermination inhérente à tout système juridique »*
>
> Alain SUPIOT, « Poïétique de la justice », in *Le droit malgré tout – Hommage à François Ost*, F.U.S.L., 2018, p. 339.

Les systèmes d'intelligence artificielle (SIA) se déploient dans tous les secteurs d'activités et peuvent désormais servir de base à la prise de décisions susceptibles d'impacter fortement la vie et plus largement la société humaine. Parmi ces décisions, les jugements semblent devoir être particulièrement protégés car si l'IA a le potentiel d'aider la Justice à être plus efficace, lui déléguer, même partiellement, un pouvoir décisionnel représente des risques réels. Dans le domaine du droit, ils viennent en surplomb d'une menace plus préoccupante sans doute, celle de l'avènement d'un marché du droit où la logique de performance remplacerait la logique du juste.

Dans le cadre contentieux, si la mission du juge à court terme consiste à trancher le litige, l'acte de juger a fondamentalement pour objet de « *contribuer à la paix sociale*[1] », grâce au sentiment du requérant que le jugement est juste : « *le grand juge est habité par le sentiment de justice*[2] », qu'il s'agit d'objectiver. Pour ce faire, sur le fond on transpose des concepts moraux, éthiques en concepts juridiques agissants tels que la fraternité[3], la solidarité[4], la loyauté[5], l'équité[6]. Sur la forme on s'assure de la mise en place d'une procédure juste comme garde-fou à l'arbitraire éventuel du juge et à l'inégal rapport de force entre les parties : droit au juge, droit au procès équitable, individualisation, principe de légalité. Or depuis quelques années en France et plus largement en Europe cette objectivation prend la forme d'un renforcement du lien entre sentiment de justice et sécurité juridique : la stabilité et la prévisibilité

1 P. RICOEUR, *Le Juste*, éd. Esprit, 1995, p. 10.

2 M.-A. FRISON-ROCHE, « Le juge et le sentiment de justice », *in Mélanges Bézard, Le juge et l'économie*, Montchrestien, 2002, p. 41.

3 M. BORGETTO, *La notion de fraternité en droit public français*, LGDJ, Bibl. dr. Pub., 1993.

4 A. ROSA, *Solidarité et impôt*, Paris, Dalloz, bibl. parl. et constit., 2015.

5 CE, 28 décembre 2009, *Commune de Béziers*, req. n° 304802.

6 M. MONOT-FOULETIER, *Recherches sur l'équité en droit public français*, LGDJ, bibl. dr. pub., 2003.

Copyright © PUSEK, Kaslik, 2023 | All Rights Reserved

du droit semblent prendre le pas, comme instruments de satisfaction du sentiment de justice, sur le strict respect du principe de légalité.

Dans ce contexte, à la confluence des impératifs d'égalité et de sécurité juridique, se présente la possibilité d'une justice qualifiée de prédictive[7], un SIA qui pourrait anticiper le jugement en s'appuyant sur des données objectives issues d'une science numérique fondée sur l'analyse statistique par algorithmes d'un ensemble de jurisprudences dans un système juridique donné. L'IA renvoie alors à une capacité in-humaine de traitement de masse de données afin d'établir des statistiques, des corrélations, *in fine* des probabilités, à partir de programmes élaborés par la pensée humaine. On préfèrera ici les expressions justice algorithmique, jurimétrie ou systèmes d'intelligence artificielle (SIA).

Conceptuellement, la recherche d'une prévisibilité de la justice n'est pas nouvelle : elle renvoie au principe de prévisibilité du droit[8] dont la raison d'être est justement de rendre prévisible les conséquences des comportements en régulant et sécurisant les rapports sociaux. Surtout, elle renvoie à la pratique classique des avocats comme des juges, qui consiste à rechercher dans les solutions passées, éclairées par un contexte nouveau, la solution du litige actuel soumis à leur analyse ; les premiers pour construire leur argumentation et éventuellement dissuader leurs clients d'agir en justice, les seconds pour inscrire leur décision dans une continuité jurisprudentielle intelligible pour le justiciable. En pratique, depuis 1998 en France, grâce à la base informatique Légifrance permettant l'accès à une masse conséquente de jurisprudences, ces recherches ont déjà perdu leur forme artisanale. Avec la loi du 7 octobre 2016 pour une République numérique[9], c'est une politique d'ouverture des données publiques qui s'engage, puis se déploie au cœur des juridictions avec la loi du 23 mars 2019 de programmation et de réforme de la justice[10], et devient plus concrète avec le décret n° 2020-797 du 29 juin 2020 relatif à la mise à la disposition du public des décisions des juridictions

---

7 Le terme contient une forte connotation « *marketing* », comme le dénonce le Conseil National du Barreau (CNB), qui plaide pour le terme de jurimétrie : L. DEGOS, « Legaltech et justice predictive : cartographie », *Revue pratique de la prospective et de l'innovation*, oct. 2020, p. 2.

8 A. GARAPON, « Les enjeux de la justice prédictive : la fin de l'aléa judiciaire ? », *JCP* G 2017, n° 1-2, p. 48.

9 L. n° 2016-1321, *JORF* n° 0235 du 8 octobre 2016.

10 L. n° 2019-222, *JORF* n° 0071 du 24 mars 2019.

Copyright © PUSEK, Kaslik, 2023 | All Rights Reserved

judiciaires et administratives[11]. L'arrêté du 28 avril 2021[12] précise que dès le 30 juin 2022 pour l'ordre administratif et à l'échéance du 31 décembre 2025 pour l'ordre judicaire, toutes les décisions de justice seront à la libre disposition du public.

Dès lors c'est la dimension potentiellement industrielle de la justice algorithmique, grâce à la combinaison des capacités des algorithmes et de l'ouverture des bases de données, mais également du fait de la prétention d'en faire une alternative au juge, qui renouvelle le débat sur sa pertinence et sa compatibilité avec les principes fondamentaux de la justice et les droits des individus. Pour la première fois les algorithmes pourraient « *à long terme*, *disputer aux êtres humains le sentiment d'expérience et la capacité d'agir qui leur sont propres*, *ce qui susciterait de nouvelles inquiétudes quant à la compréhension qu'ont les êtres humains d'eux-mêmes (…)*, *leur autonomie*, *leur capacité d'agir*, *leur valeur et leur dignité*, *entre autres*[13] ». Le développement de cette justice 2.0 est donc lié d'abord à la rencontre d'un facteur juridique et d'un facteur technologique. Le facteur juridique s'incarne dans la volonté législative déployée depuis la loi du 7 octobre 2016, de sorte que le « *libre accès aux décisions de justice rendues encourage le développement de moteurs de recherche capables de déterminer les tendances de la jurisprudence en formation et de prédire ainsi les décisions à venir*[14] ». Concomitamment, la technologie algorithmique prétend[15] pouvoir procéder à des corrélations entre des faits et des motifs pour établir que pour tels faits correspondra telle argumentation juridique aboutissant selon toute probabilité à telle solution.

Parée des vertus de la simplification (modéliser le rendu de la justice), de la célérité (permettre au juge de se concentrer sur les contentieux les plus complexes et le libérer des affaires répétitives pouvant être traitées par un SIA), de l'égalité de traitement entre tous les justiciables (grâce à

11 *JORF* n° 0160 du 30 juin 2020.

12 Arrêté du 28 avril 2021 pris en application de l'art. 9 du D. n° 2020-797, *JORF* n° 0101 du 29 avril 2021.

13 *Recommandation sur l'éthique de l'intelligence artificielle*, UNESCO, 24 nov. 2021, <https://fr.unesco/artificial-intelligence/ethics>.

14 B. LOUVEL, 1er Président de la Cour de cassation, colloque « *La justice prédictive* », 12 févr. 2018, <https://www.courdecassation.fr/publications_26/prises_parole_2039/discours_2202/premier_president_7084/justice_predictive_38600.html>.

15 Les tests effectués au sein des Cours d'appel de Douai et de Rennes sur le logiciel Predictice se sont révélés peu concluants :<https://www.dalloz-actualite.fr/interview/l-utilisation-de-l-outil-predictice-decoit-cour-d-appel-de-rennes#.Xjb7QHdFyM9>.

Copyright © PUSEK, Kaslik, 2023 | All Rights Reserved

une harmonisation continue des décisions), de la stabilité et de la sécurité juridique (du fait de la reproduction des décisions les plus récurrentes), la justice algorithmique incarnerait la version moderne d'une justice garante de la satisfaction d'une éthique du juste. Connaître précisément la tendance jurisprudentielle afin de poser des pronostics ; être assuré que le juge rendra une décision juste parce que conforme à la jurisprudentielle majoritaire : telles sont les promesses des SIA, présentés tantôt comme dispositifs d'aide à la décision, tantôt, de façon bien illusoire, comme moyens de justice automatique[16].

Le troisième facteur d'expansion de la jurimétrie ne doit pas être négligé : c'est le facteur économique : les SIA sont développées par des entreprises privées[17] dans une logique économique de marché, celui de la valorisation du patrimoine jurisprudentiel. Profitant de la manne de données publiques gratuitement mises à la disposition du public, ces entreprises baptisées LegalTech vendent l'usage de ces systèmes[18].

Le déploiement des SIA s'accompagne d'un questionnement éthique toujours plus pressant à mesure que des domaines plus sensibles se trouvent concernés ; dans le cadre de la justice algorithmique on peut interroger tout particulièrement son respect d'une éthique du juste : cette justice dans laquelle la tendance majoritaire est censée être la garantie d'une bonne justice est-elle véritablement « *au service de chaque citoyen*[19] » et de la justice ? Sans que l'on puisse croire à l'émergence d'un robot-juge, faut-il craindre le risque « *de rapports sociaux qui ne seraient plus mis en forme par la politique et le droit mais par la technique*[20] », sans référence à la dimension humaine de la justice ? Y-a-t-il concurrence ou possible complémentarité entre la justice humaine et la justice algorithmique ? Même si les expériences de justice algorithmique menées en France n'ont pas convaincu les juges et que

16 À ce jour, les SIA ne fonctionnent pas tous de la même façon : certains génèrent des résultats statistiques à partir de caractéristiques « *larges* », ne dégageant que des récurrences ; d'autres « *simulent* » une décision à partir d'une sélection plus fine de décisions, de critères plus nombreux, en appliquant un arbre de décisions (si/alors).

17 En 2017 se crée la première association d'avocats créateurs de legaltech ; cf N. DEJONG, « État des lieux des legaltech en France », *JCP G*, n° spécial suppl. aux n° 44-45, oct. 2019, p. 31.

18 L'activité reste toutefois minoritaire au sein des Legaltech : <https://www.village-justice.com/articles/bilan-legaltech-francaise,33848.html>.

19 L. n° 78-17 du 6 janvier 1978, art. 1.

20 A. GARAPON, « Les enjeux de la justice prédictive : la fin de l'aléa judiciaire ? », p. 47.

Copyright © PUSEK, Kaslik, 2023 | All Rights Reserved

la loi[21] comme la jurisprudence[22] semblent tenir à distance l'hypothétique remplacement du juge par le robot, il existe bien une expansion des SIA (par exemple via la mise à disposition de barèmes[23] d'indemnisation). Ces SIA se présentent aujourd'hui comme des produits conquérant un marché, celui de la résolution des contentieux juridiques. Eu égard aux enjeux que représente leur utilisation en termes de démocratie, d'État de droit et de protection de la personne humaine, il convient d'établir un état des lieux des leurres et risques de la justice algorithmique (I), afin de proposer un régime de régulation de ses usages efficace et réaliste grâce à une association du droit et de l'éthique (II).

I. État des lieux des leurres et des risques de la justice algorithmique

Selon le Conseil de l'Europe[24], les SIA représentent trois risques majeurs : l'atteinte au droit au procès équitable, l'atteinte aux données personnelles, le développement de discriminations. Appliqués à l'usage des SIA dans le cadre du procès, il apparait que ces risques prennent la forme d'une précarisation du contentieux (A) et d'une précarisation du droit au procès équitable (B).

A. Le risque de précarisation du contentieux

L'expression procédurale d'une éthique du juste s'incarne dans le principe du droit au procès équitable[25]. Toutefois ce principe n'est rien sans la garantie de l'accès au juge. Or le recours aux outils de justice algorithmique tantôt conduit à l'évitement du juge (1) tantôt induit un encadrement de sa subjectivité non sans risque d'effet pervers sur la qualité du contentieux (2).

---

21 Cf. L. n° 78-17 du 6 janv. 1978 telle que modifiée par l'ord. n° 2018-1125 du 12 déc. 2018, art. 47, *JORF* n° 0288 du 13 décembre 2018.

22 Cons const., 12 juin 2018, n° 2018-765 DC.

23 Le D. n°2020-356 du 27 mars 2020, *Datajust*, promeut la mise en œuvre d'un référentiel indicatif des montants demandés et alloués en réparation d'un préjudice, sur la base d'un traitement algorithmique de la jurisprudence passée.

24 Pour une vue générale des travaux du Conseil de l'Europe sur ces questions, <https://www.coe.int/fr/web/artificial-intelligence/home>.

25 Cf. art. 6 de la CEDH, art. 14 du PIDCP, art. 10 de la DUDH, art. 47 de la Charte DFUE.

Copyright © PUSEK, Kaslik, 2023 | All Rights Reserved

1. L'évitement du juge comme promesse d'une nouvelle éthique du juste : un choix éclairé et pertinent ?

On évacuera immédiatement ici l'hypothèse d'un remplacement du juge par le robot, d'une part parce qu'en l'état actuel du développement de la technologie algorithmique, imaginer qu'elle puisse rendre la justice est utopique dans la mesure où l'ingénierie juridictionnelle nécessite l'activation de valeurs et de concepts qui ne se mettent pas en équation et dont des statistiques ne sauraient rendre compte ; d'autre part parce que le droit positif s'y oppose explicitement. En effet, le Conseil constitutionnel dans la décision du 12 juin 2018[26] analysant la loi relative à la protection des données personnelles ayant pour objet principal l'adaptation du droit français au Règlement européen relatif à la protection des données[27] indique à propos des décisions administratives individuelles que le seul recours à un algorithme pour les fonder est subordonné au respect de conditions, dont la possibilité d'un recours dans l'instruction duquel l'administration ne pourra s'en remettre exclusivement à un algorithme. Par extension une décision de justice ne saurait résulter exclusivement d'un travail d'algorithmique sans intervention humaine ; cette même décision précise encore (§ 71) que « *ne peuvent être utilisés, comme fondement exclusif d'une décision administrative individuelle, des algorithmes susceptibles de réviser eux-mêmes les règles qu'ils appliquent, sans le contrôle et la validation du responsable du traitement* » : là encore par extension on ne saurait permettre légalement aux algorithmes de rendre la justice en autonomie.

Par suite notre étude se limitera à analyser l'impact des SIA sur l'accès au juge, à savoir leur participation à la mise à l'écart du juge en incitant les justiciables et leurs avocats, via des probabilités de réussite ou d'échec de leur action contentieuse, à mettre en place des stratégies qui vont dans le sens d'un mouvement plus général d'évitement du juge soit de son propre fait[28], soit par l'encouragement législatif au développement de modes alternatifs de règlement des litiges[29]. Or le choix d'abandonner les garanties du procès équitable ne parait ni éclairé ni pertinent.

---

26 Cons. const., 12 juin 2018, n° 2018-765 DC, §70.

27 Règlement UE n° 2016/679.

28 V. : D. JADE n° 2016-1480 du 2 nov. 2016 portant modification du code de justice administrative ; V. également CE, *Czabaj*, 13 juin 2016, qui restreint le délai de recours contentieux en instaurant un délai raisonnable maximum d'un an.

29 V. L. n° 2016-1547 du 18 nov. 2016 *de modernisation de la justice du XXIe siècle*, titre II.

Copyright © PUSEK, Kaslik, 2023 | All Rights Reserved

La justice algorithmique propose une vision non pas de ce que pourrait être la solution juridictionnelle d'un litige, mais de ce qu'elle semble avoir été majoritairement dans le passé en postulant une équivalence des situations passées et de la situation analysée, en postulant dans le même temps la justesse, et par glissement la justice de la solution récurrente. Ainsi les résultats des investigations de l'algorithme vont-ils avoir un pouvoir de conviction d'usagers plaçant une confiance sans doute excessive dans le SIA présenté comme objectif et infaillible, puis un pouvoir de dissuasion du requérant potentiel, qui préfèrera vraisemblablement renoncer au juge lorsque statistiquement ses chances de réussite sont faibles.

Or comment garantir la qualité du pronostic dégagé, la neutralité, la loyauté de la probabilité avancée ? Le SIA pour être performant et fiable devrait reposer sur la déconstruction puis la reconstruction d'un raisonnement juridique humain, or ce sont des non juristes sans garantie d'indépendance et d'impartialité qui créent le SIA, déterminent les paramètres et critères, nécessairement subjectifs parce que construits sur des choix humains, qui seront pris en compte pour faire émerger de la masse des jurisprudences une tendance. Rien n'en garantit la qualité, d'autant que les données qui forment la matière première du SIA ne sont pas hiérarchisées. La captation de la récurrence d'une solution ne garantit ainsi en rien sa justesse, et si l'on affirme que la justice algorithmique constitue une technologie d'avenir, en réalité cet avenir est potentiellement démodé, anachronique au regard d'un contexte qui lui aura évolué : derrière l'illusion d'une justice harmonisée et stable, il faut craindre une cristallisation de la jurisprudence. Sans compter que la subtilité de la qualification juridique des faits semble inaccessible à la programmation algorithmique. L'algorithme ne raisonne pas, n'analyse pas des liens de causalité ; il fait des corrélations entre des données dont il ne comprend pas précisément la pertinence au regard de l'espèce. Lui demeure inaccessible cette face cachée mais bien réelle du travail juridictionnel qui consiste à prendre en compte des éléments extra-juridiques non reportés dans la lettre du jugement. Ainsi celui qui ferait le choix de l'évitement du juge ne le ferait pas de manière parfaitement éclairée. Il y a là un risque que l'aléa juridictionnel fuit par le justiciable ne se transforme en coup de dés algorithmique, un risque d'atteinte excessive au droit d'exercer un recours effectif devant une juridiction, d'autant que les SIA sont créés par des opérateurs privés dont l'intérêt peut être de pousser vers une justice privée. Et quand bien même l'État prendrait la main sur ces outils, on pourrait craindre de même une incitation à renoncer au juge afin de désengorger les juridictions. Certes le droit au recours ne renvoie pas nécessairement au recours devant une juridiction, et les modes alternatifs de règlement des

Copyright © PUSEK, Kaslik, 2023 | All Rights Reserved

litiges (MARL), notamment la médiation, sont promesses de compromis et d'équilibre d'une solution pouvant paraître finalement plus juste. Reste que ce « *juste* » est énoncé par un tiers qui pas plus que le juge ne sera un être privé de subjectivité, et que selon la Cour EDH les « *pouvoirs et les garanties [que l'institution non judiciaire saisie] présente entreront en ligne de compte pour apprécier l'effectivité du recours s'exerçant devant elle*[30] ».

Par ailleurs la justice algorithmique engendre une uniformisation du jugement. Comment croire alors à la sécurité juridique promise par l'utilisation de cette technologie alors même qu'elle engendrera de fait un amoindrissement voire un évitement de l'examen individuel de la requête ? Comment concilier le principe de l'individualisation de l'étude des cas et la généralisation du recours à des solutions « *de masse* » déclinées sans adaptation ? Par définition la jurisprudence est casuistique, ce qui va à l'encontre de la logique systémique et globalisante du traitement algorithmique. Il ne peut y avoir de modélisation du juste parce que sa détermination relève d'une démarche originale de confrontation entre des normes, des valeurs, un contexte et des faits singuliers, démarche que l'on ne peut mettre en équation. Si le droit est « *la plus puissante des écoles de l'imagination*[31] », c'est qu'il est – doit être – capable de s'adapter à l'inédit, à l'atypique ; l'enfermer dans une logique conservatrice et uniformisatrice lui ferait perdre cette capacité.

Enfin, l'incitation à se détourner d'un juge dont on croit connaître la décision future est de nature à faire naître, via la multiplication des procédures alternatives et via la mise en place potentielle d'une justice « *automatique* » pour les litiges qualifiés de simples et répétitifs, une justice de seconde zone ne satisfaisant que très insuffisamment le droit à la justice, le droit d'être entendu : l'éthique du juste ne peut se satisfaire d'une forme de réservation de l'accès au juge aux contentieux les plus complexes.

Et lorsque finalement le requérant choisirait de s'en remettre au juge, celui-ci pourra-t-il véritablement se détacher de la force de conviction émanant des résultats de recherche du SIA ? Sera-t-il toujours un juge indépendant et impartial ?

---

30 CEDH, 26 octobre 2000, Kudła *c. Pologne*, Req. n° 30210/96, § 157.

31 J. GIRAUDOUX, *La guerre de Troie n'aura pas lieu*, acte II, scène 5, Grasset, 1972.

Copyright © PUSEK, Kaslik, 2023 | All Rights Reserved

2. L'assèchement du contentieux et de la justice comme institution

Le juge qui ne fait que reproduire l'existant juridictionnel en s'appuyant sur l'analyse d'un SIA ne rend pas la justice, d'autant que celui-ci est incapable à ce jour d'accéder à la subtilité du raisonnement juridique, qui implique non seulement d'articuler des concepts mais aussi en amont de maîtriser une sémantique complexe[32] : la science algorithmique s'organise autour d'une logique de vérifications « *vrai/faux* », de corrélations « *si/alors* » qui ne saurait rendre compte de la démarche intellectuelle engagée dans l'acte de qualifier les faits, d'interpréter le droit et finalement de juger, irréductible à une formule mathématique reproductible.

En voulant garantir l'impartialité du juge par la justice algorithmique, on favorise en réalité l'indifférence à l'originalité intrinsèque du litige. En prétendant échapper à l'aléa juridictionnel on renonce à la richesse et au potentiel créatif de la délibération ; on fait du juge un « *être inanimé*[33] ». Or que cherche-t-on à garantir à travers l'accès au juge si ce n'est l'étude individualisée d'une situation par une personne disposant d'une expérience et d'un discernement la rendant apte et légitime à proposer *in concreto* l'application du droit aux faits ? Cette individualisation contient en creux un droit à l'évolution de la solution jurisprudentielle, droit naturellement étouffé par le conservatisme qu'induit la justice algorithmique. La décision de justice est toujours rendue dans un contexte particulier, pas seulement celui du justiciable, mais celui de la société toute entière. Elle appréhende et évalue les enjeux auxquels elle doit répondre ; elle arbitre entre des valeurs et peut laisser s'exprimer une certaine diversité de solutions qui n'est pas le stigmate d'une inégalité injuste entre les justiciables dès lors qu'elle est fondée sur des différences de situations objectives. L'éthique du juste débarrassée de sa subjectivité pour devenir le reflet des valeurs partagées par une société à un moment donné, est ainsi légitimement pris en compte dans la décision de justice. et fait alors naître un sentiment de justice « *universalisable*[34] », « *objectivement détectable*[35] », là où le recours à l'analyse

32 V. : O. LABBANI NARSI et F. LAUSSUC, « 50 nuances de mots : du robot ou du juriste, qui porte la cravache ? Comment l'intelligence sémantique peut être utilisée dans une perspective de « robotisation » de la justice ? » *in* Colloque *Convergences du droit et du numérique*, <https://hal.inria.fr/hal-02195921v1>, p. 80.

33 MONTESQUIEU, *De l'esprit des lois*, 1748, Livre IX, chap. VI.

34 M.- A. FRISON-ROCHE, « Le juge et le sentiment de justice », p. 42.

35 *Ibid.*

Copyright © PUSEK, Kaslik, 2023 | All Rights Reserved

algorithmique n'aboutit qu'à la mécanisation d'un raisonnement détaché du contexte.

Au plan structurel, on peut craindre que les SIA assèchent également la Justice en tant qu'institution et plus largement le système démocratique dans lequel elle s'insère : que penser en effet d'une priorisation qui serait donnée au principe de confiance en la machine plutôt qu'en l'humain expert ? Que penser d'un système dans lequel on prétendrait tout pouvoir appréhender en calculs, en programme, en données brutes corrélées ? Quel risque de déresponsabilisation de l'homme, faillible, conscient de l'être, et qui préfèrerait substituer la certitude du calcul scientifique à l'imperfection de son raisonnement ? Le risque d'un développement incontrôlé des SIA est celui d'une perte de souveraineté au profit de la machine (et donc de ses concepteurs, privés à ce jour), d'un renoncement à la diversité et à la richesse des expériences de la vie, au profit d'une vision tantôt uniformisée, figée (lorsque le juge se conforme aux statistiques du SIA), tantôt fragmentée et sans garantie d'une prise en compte de l'intérêt général (lorsque le recours aux SIA convainc les parties de contractualiser le règlement de leur litige). On affaiblit alors l'institution justice dans un marché du contentieux où le juste n'est plus une éthique mais le résultat d'un calcul ; jusqu'à remplacer le système politique par un système technique ?

À travers l'usage de la justice algorithmique se met en place un sentiment de justice qui s'abstrait progressivement du principe de légalité : le pronostic avancé, censé convaincre son usager par son objectivité et sa rationalité, n'est pas juste en tant qu'il respecte le droit, mais en tant qu'il est reproduit un nombre de fois suffisamment conséquent : c'est la « *construction historique de l'État de droit*[36] » et la démocratie qui sont potentiellement remises en cause ici. On renonce au raisonnement juridique fondé sur le droit au profit d'un processus décisionnel purement statistique introduisant un tiers technologique entre le juge et le justiciable. Ce faisant on met entre les mains des LegalTech, structures privées s'alimentant aux sources du patrimoine jurisprudentiel commun, le pouvoir d'élaborer de nouvelles prescriptions qu'il ne faudrait pas considérer comme des normes même si elles se présentent comme la normalité. Or la force du nombre risque de transformer le caractère informatif de l'outil en authentique pouvoir prescriptif. Pointe alors le risque que les décisions de justice soient rendues sur la base de références élaborées hors de tout processus démocratique et

36 I. SAYN et M. COTTIN, « Présentation », *Justice et numérique. Quelles évolutions ? Actes du séminaire e-juris Sept. 2018 – Fév. 2019*, *JCP* G, suppl. au n°44-45, oct. 2019, p. 5.

Copyright © PUSEK, Kaslik, 2023 | All Rights Reserved

par là même attentatoire à l'État de droit. Avec les SIA la légitimité change de paradigme : elle n'est plus liée à l'élection mais garantie par la technique. On assiste donc à l'émergence d'une nouvelle forme de normativité qui se présente comme juste parce qu'infaillible, mais qui en réalité fait dangereusement disparaître le débat sur le droit. Derrière la formule ancienne de Lawrence Lessing, « *Code is Law*[37] », c'est la crainte d'une authentique gouvernance algorithmique qui s'exprime, d'un délitement de l'expression traditionnelle du juste à travers la force de la loi et le pouvoir du juge. Le recours au SIA promeut une règlementation algorithmique quasi immanente qui, de complémentaire à la norme humaine délibérée, pourrait la supplanter ou du moins l'appauvrir en la forçant à entrer dans une logique simplificatrice d'encodage plus favorable à l'efficacité du jugement (rapide, prévisible) qu'à la satisfaction du juste[38].

B. Le risque de précarisation du procès équitable

Le juge fait œuvre de justice dans le cadre précisément défini du procès équitable. Or le recours aux SIA en matière juridictionnelle précarise à la fois le sens du juste et l'une des composantes du procès équitable, à savoir l'indépendance et l'impartialité du juge.

1. L'appauvrissement du sens du « juste » : une approche sécuritaire et technicienne

« *Vivre la justice, c'est être traité comme les autres*[39] ». C'est cette dimension égalitaire du juste qu'entend satisfaire le droit au procès équitable, qui garantit un équilibre entre les parties dans le traitement puis la réponse à leur requête. Dans une perspective plus contemporaine, il apparait de plus en plus que la décision de justice pour être juste doit répondre aux exigences de sécurité juridique et de confiance légitime. Le principe de sécurité juridique, principe général du droit français[40] et principe inhérent aux ordres juridiques constitués dans le cadre de l'Union européenne et du Conseil de

37 L. LESSIG, « Code is Law – On liberty in cyberspace », *Harvard Magazine*, 2000, <https://www.harvardmagazine.com/2000/01/code-is-law-html>.

38 CNIL, *Comment permettre à l'homme de garder la main ? Les enjeux éthiques des algorithmes et de l'intelligence artificielle* ?, Déc. 2017, p. 28-31, <https//www.cnil.fr/sites/default/files/atoms/files/cnil_rapport_garder_la_main_web.pdf>.

39 J. KELLERHALS, « Relativisme et sociologie : le cas du sentiment de justice », *Revue européenne des sciences sociales*, XLI-126 | 2003, p. 137-150 ; §9.

40 CE, Ass. 24 mars 2006, *KPMG*, n° 288460.

Copyright © PUSEK, Kaslik, 2023 | All Rights Reserved

l'Europe[41], appelle au respect de la qualité du droit comme de l'effectivité des droits. Il requiert la prévisibilité, l'intelligibilité et la stabilité du droit et de la décision de justice.

La justice algorithmique entend atténuer si elle est prescriptive, faire disparaître si elle devenait impérative, l'aléa juridictionnel. Pour le justiciable, c'est la promesse d'une justice prévisible et intelligible, stable voire standardisée, d'un droit égalitaire car appliqué de façon identique sur l'ensemble du territoire. Pour le juge, à condition de réserver l'usage des SIA aux contentieux les plus simples, c'est la promesse d'un moindre contentieux, qui se recentre sur les problématiques juridiques les plus complexes en laissant les contentieux récurrents se régler de façon mécanique.

Tout semble donc aller dans le sens d'un déploiement des SIA comme outils d'aide à la décision juridictionnelle, d'autant plus qu'on observe dans la pratique jurisprudentielle, en particulier celle du juge administratif français, mais aussi dans les textes, un mouvement de fond tendant à sacrifier pour partie sur l'autel de la sécurité juridique le principe de légalité. Si classiquement le sentiment de justice trouve satisfaction dans le respect de la prééminence du droit[42], il apparait que le juge s'accommode désormais d'un affaiblissement des exigences de légalité formelle au profit d'une justice définie par la stabilité des situations juridiques. À titre d'exemple le Conseil d'État a ainsi mis en place, de fait, une forme de hiérarchie des illégalités externes des actes administratifs[43] conduisant soit à l'éviction de certains moyens[44] soit à leur régularisation[45] ; il accepte aussi d'opérer une substitution de base légale ou de motif afin de « *sauver* » une décision administrative mal fondée[46]. Enfin il peut aménager les conséquences de l'illégalité qu'il prononce, voire d'y renoncer, rendant bien relatif, « *platonique*[47] » le droit au recours effectif[48].

---

41 CJCE, 27 mars 1980, *Amministrazione delle finanze dello Strato c. Denkavit Italiana*, 61/79; CEDH, 13 septembre 1979, *Marckx c. Belgique*, n° 6833/74, §58.

42 CEDH, 21 fév. 1975, *Golder c. Royaume-Uni*, req. n° 4451/70.

43 Dossier spécial « Légalité et sécurité juridique, un équilibre rompu ? », *AJDA* 2019, n° 19, p. 1086 à 1115.

44 CE Ass., 23 déc. 2011, *Danthony*, req. n° 335033.

45 CE, 27 juill. 2001, *TITRAN*, req. n° 225509.

46 CE Ass., 6 févr. 2004, *Hallal*, req. n° 240560 ; CE Sect. 21 nov. 2003, *Préfet Seine-Maritime c/ El Babi*, req. n° 240267.

47 C. LANTERO, « Sécurité juridique et mutation des annulations platoniques », *AJDA* 2019, n° 19, p. 1105-1107.

48 CE Ass. 11 mai 2004, *Association AC !*, req. n° 255886.

Copyright © PUSEK, Kaslik, 2023 | All Rights Reserved

Cette promotion de la sécurité juridique, lorsqu'elle rencontre les promesses de prévisibilité et de stabilité de la justice algorithmique, fait craindre une rupture de l'office du juge et une modification de l'appréhension du juste : confiant dans la puissance d'analyse du SIA, rassuré par l'argument de la stabilité, l'égalité, la rapidité de traitement des situations juridiques, le requérant risque de faire évoluer son sentiment de justice en acceptant qu'il soit satisfait à travers la seule préservation de la sécurité juridique : au sentiment de justice individuelle succède un sentiment de justice systémique conforme au modèle proposé par la justice algorithmique.

2. Fragilisation de l'indépendance et de l'impartialité du juge : de l'intime conviction à la collective incitation

Un juge soumis à l'influence d'un SIA peut-il être considéré comme un juge indépendant et impartial, alors même qu'il est incité à se conformer à la majorité des jurisprudences antérieures ? La simple mise au contact des résultats d'une recherche algorithmique révélant une prise de position majoritaire de la jurisprudence antérieure ne constitue-t-elle pas un élément suffisant pour convaincre le justiciable de la partialité de son juge ? Si l'on a écarté précédemment le fantasme d'un robot-juge, on ne peut exclure en revanche la perspective d'un juge « *robotisé* » du fait d'un usage trop systématique de la justice algorithmique.

Le principe d'indépendance et d'impartialité du juge, est au cœur du droit au procès équitable. Or l'utilisation de SIA place le juge sous influence[49], qu'elle soit réelle ou que les apparences fassent naître un doute dans l'esprit des justiciables. Selon la Cour EDH, « *la sensibilité accrue du public aux garanties d'une bonne justice [justifie] l'importance croissante attribuée aux apparences*[50] », et le principe d'indépendance « *exige que les juges soient libres à titre individuel de toute influence indue, qu'elle soit de source non judiciaire ou de source judiciaire*[51] ». De même la Cour affirme que l'impartialité du juge s'apprécie dans une dimension tant subjective qu'objective[52]. Or le SIA, en offrant au juge la possibilité d'accéder à la solution du plus grand nombre

49 Influence de ses pairs (Cons. const., 19-29 janv. 1981, n° 80-127 DC, *Sécurité et liberté*) ou influences extérieures (CEDH, 22 déc. 2009, *Parlov-Tkalčić c. Croatie*, req. n° 24810/06).

50 CEDH, *Guide sur l'article 6 de la CEDH*, § 294, <https://www.echr.coe.int/Documents/Guide_Art_6_FRA.pdf>.

51 *Ibid*., § 234.

52 CEDH, 6 juin 2000, *Morel c. France*, req. n° 34130/96, § 40.

Copyright © PUSEK, Kaslik, 2023 | All Rights Reserved

de ses pairs, peut influencer sa décision et faire douter de son impartialité, quand bien même le juge ne serait pas tenu de suivre les statistiques. À cela s'ajoute le fait que l'objectivité de l'algorithme n'existe pas : elle est absorbée dans la subjectivité de ses créateurs qui font des choix de programmation sans être soumis aux mêmes exigences d'indépendance et d'impartialité que le juge. Au final si le droit au juge subsiste, celui-ci n'apparait plus que comme un dernier recours, presque pathologique[53]. Et quand bien même on choisirait *in fine* de s'en remettre au juge, voilà que son impartialité et son indépendance se trouvent menacées. Insidieusement, le juge pourrait, en suivant les conclusions du SIA, renforcer le caractère potentiellement performatif de la justice algorithmique.

En l'état actuel de la science numérique, la justice algorithmique ne présente que l'illusion d'une justice fiable, dont l'usage doit alors être régulé en tenant compte des risques qu'elle présente mais aussi des potentiels de facilitation du règlement des litiges qu'elle contient. À cet égard le renforcement de la régulation existante semble devoir prendre la forme d'une co-construction par l'éthique et le droit.

II. Renforcer la régulation de la jurimétrie : une co-construction par l'éthique et le droit

L'humain, à titre individuel comme en groupe, ne doit subir aucun préjudice du fait de l'utilisation de SIA sous prétexte des services que ceux-ci seraient capables de rendre à l'humanité en termes de performance. C'est pourquoi ces systèmes doivent être contrôlés tout au long de leur cycle de vie, selon une logique de garantie des droits fondamentaux, mais aussi d'autonomie et de capacité d'action de l'humain.

De solides barrières ont été édifiées en France[54] comme dans l'Union européenne[55], pour encadrer le risque algorithmique. Par ailleurs les dispositions générales, tant en droit interne qu'en droit international, relatives à la protection des droits et libertés fondamentaux, ont naturellement vocation à protéger les individus dans le cadre des relations qu'ils entretiennent, volontairement ou non, avec des algorithmes susceptibles de

53 M.-A. FRISON-ROCHE, « Le juge et le sentiment de justice », p. 44.

54 Depuis la loi Informatique et libertés du 6 janvier 1978.

55 Règlement UE 2016/679 du 27 avril 2016.

Copyright © PUSEK, Kaslik, 2023 | All Rights Reserved

porter atteinte à ceux-ci. Cet ensemble normatif permet déjà d'élever un garde-fou contre l'automatisation des décisions de justice.

Aujourd'hui, le renforcement de l'encadrement de la pratique algorithmique, lorsqu'elle tend à se substituer à l'action humaine dans des activités sensibles, doit concilier démarches impératives et incitatives pour espérer atteindre des objectifs potentiellement opposés : protéger l'humain et la société d'une part, encourager l'innovation d'autre part.

Après la vague de réglementation qui a accompagnée l'émergence des SIA, c'est un mouvement fondé sur l'éthique qui a pris le relais dans une logique d'exemplarité plutôt que de contrainte (A), avant que les insuffisances d'une telle démarche ne convainquent finalement les différents acteurs publics et privés de combiner droit et éthique (B) afin de garantir le bon usage des SIA.

A. Des initiatives de régulation inspirées par l'éthique

Les SIA bouleversent nos vies, notre rapport aux autres, à nous-mêmes. Dès lors questionner l'éthique de ces systèmes s'impose : est-il éthique d'y recourir – et à quelles conditions – alors qu'ils représentent une rupture majeure, et potentiellement dangereuse, de notre rapport au monde ? Serait-il éthique d'y renoncer alors même qu'ils sont également promesses de progrès pour la vie et les activités humaines ? De fait c'est bien sur le terrain de l'éthique que s'est d'abord développée la réflexion sur la nécessité de réguler des SIA tendant à prendre la main sur l'homme.

Au plan national, on relèvera en particulier le rapport de la CNIL en 2017 sur les enjeux éthiques des algorithmes et de l'intelligence artificielle[56], qui met en exergue les principes de loyauté et de vigilance, de qualité et d'intelligibilité de l'IA, en incitant à des mesures concrètes de formation à la science numérique et de création d'une gouvernance amont et aval. Outre les nombreuses chartes éthiques ou comités d'éthiques qui émergent au sein des entreprises, les praticiens du droit s'engagent dans cette démarche éthique, en particulier le CNB, qui préconise à l'automne 2020 la promotion d'une Charte sur la transparence et l'éthique de l'utilisation de la donnée judiciaire

56 CNIL, *Comment permettre à l'homme de garder la main – rapport sur les enjeux éthiques des algorithmes et de l'intelligence artificielle*, rapport du 15 décembre 2017, <https://www.cnil.fr/fr/comment-permettre-lhomme-de-garder-la-main-rapport-sur-les-enjeux-ethiques-des-algorithmes-et-de>.

Copyright © PUSEK, Kaslik, 2023 | All Rights Reserved

qu'il a lui-même élaborée[57]. La même logique était déjà présente dans le communiqué de presse du 6 juillet 2020 du Conseil d'État, du CNB et de l'ordre des avocats au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation sur l'Open data des décisions de justice[58] : ce texte appelle à la création d'un dispositif de régulation et de contrôle des algorithmes utilisés pour l'exploitation des bases de données des décisions de justice, qui devrait conduire à la désignation d'une autorité publique dédiée. Les signataires de la déclaration affirment leur attachement aux Cinq principes de la Charte éthique de la Commission européenne pour l'efficacité de la justice (CEPEJ) : respect des droits fondamentaux, non-discrimination, qualité et sécurité de l'IA, transparence, maîtrise par l'utilisateur, indiquant ainsi que ce mouvement national en faveur de l'éthique comme mode de régulation des SIA s'inscrit dans un mouvement international : outre la Chartre rédigée par la CEPEJ en décembre 2018[59] dans le cadre du Conseil de l'Europe, la Commission européenne a publié un Livre blanc sur l'IA[60] le 19 février 2020, qui met en avant les principes de contrôle humain, de sécurité, de transparence, de non-discrimination, de bien-être et de responsabilisation. L'UNESCO enfin a adopté le 24 novembre 2021 une recommandation sur l'éthique de l'IA, qui vise à guider les États sur la façon dont ils peuvent agir pour appliquer ce cadre éthique[61] : c'est le premier texte de ce type à l'échelle mondiale, mais comme les textes précédents, il reste limité dans sa portée, faute de valeur juridique contraignante.

B. Vers une réglementation souple : la complémentarité du droit et de l'éthique

Si les chartes et recommandations éthiques évoquées supra ne peuvent suffire à réguler les SIA, elles ont toutefois le mérite de converger sur des principes éthiques clairs partagés par les différents acteurs publics et privés,

---

57 <https://www.cnb.avocat.fr/fr/actualites/preconisations-dactions-pour-les-legaltechs-du-domaine-de-la-jurimetrie>.

58 <file:///C:/Users/MMONOT~1/AppData/Local/Temp/CP%20Open%20data%20VDEF2.pdf>.

59 CEPEJ (2018) 14, <https://rm.coe.int/charte-ethique-fr-pour-publication-4-decembre-2018/16808f699b>.

60 <https://ec.europa.eu/info/sites/default/files/commission-white-paper-artificial-intelligence-feb2020_fr.pdf>.

61 La Directive Canada du 1er avril 2019 pouvait déjà légitimement servir de base de réflexion à cet égard <https://www.tbs-sct.gc.ca/pol/doc-fra.aspx?id=32592>.

Copyright © PUSEK, Kaslik, 2023 | All Rights Reserved

commandant de réguler, contrôler et évaluer l'IA durant la totalité de son cycle de vie (1). Ces principes dont le respect repose à ce stade sur la bonne volonté de leurs destinataires peuvent toutefois aisément s'intégrer dans d'authentiques principes juridiques qui leur donneront le caractère impératif qui leur manque, dans une logique de co-construction « *éthique/droit* » (2).

1. Les principes éthiques fondamentaux susceptibles d'irriguer l'action juridique

Il se dégage des différents textes évoqués supra la volonté d'envisager l'éthique sur deux plans : une éthique amont ou *by design*, qui doit permettre de réguler le SIA dès le stade de sa conception, et une éthique aval qui doit réguler ses usage et conséquences.

Le premier principe à évoquer est celui de la priorité de l'humain et de ses droits fondamentaux : l'humain doit rester maître des SIA, dont les modes de fonctionnement et finalités ne sauraient aller à l'encontre de ses droits ou engendrer un traitement discriminatoire.

Le deuxième principe est celui de la transparence du SIA (non pas de l'algorithme lui-même mais de son mode de fonctionnement concret), qui implique que la personne concernée par la décision de justice soit informée de l'utilisation effective de l'algorithme. Il s'agirait donc d'étendre à ce type de décision l'article L. 311-3-1 du code des relations entre le public et l'administration qui prévoit qu'« *une décision individuelle prise sur le fondement d'un traitement algorithmique comporte une mention explicite en informant l'intéressé. Les règles définissant ce traitement ainsi que les principales caractéristiques de sa mise en œuvre sont communiquées par l'administration à l'intéressé s'il en fait la demande* ». Au-delà de l'information brute sur le recours à l'algorithme, il s'agit ici de garantir la loyauté des résultats fournis en imposant aux concepteurs de rendre compte de façon suffisamment intelligible pour chaque utilisateur des critères retenus pour aider à la décision, et des objectifs poursuivis à travers ces critères.

Cette exigence entraîne l'affirmation d'un troisième principe, celui de l'intégrité du SIA, autrement dit de la qualité de son élaboration et de son mode de fonctionnement. Deux points essentiels ici : l'assurance de la capacité technique du système à comprendre et traduire le langage juridique d'une part, la qualité des données exploitées d'autre part. Pour assurer la

Copyright © PUSEK, Kaslik, 2023 | All Rights Reserved

qualité de construction du SIA il conviendrait d'imposer une certification[62] prévoyant l'association de juristes et d'informaticiens dès sa conception, garantissant via une phase de test que l'IA « *[assure] de bonne foi le service de classement ou de référencement*, *sans chercher à l'altérer ou à le détourner à des fins étrangères à l'intérêt des utilisateurs*[63] », garantissant enfin la sécurité de traitement des données par la mise en place de protection contre le piratage.

Il faudra également contrôler en aval l'impact et l'efficacité des usages opérés en procédant à l'audit du SIA durant son exploitation afin de s'assurer de la pérennité de la qualité requise et de la pertinence des usages réalisés. De la sorte on responsabilisera les concepteurs de l'outil qui devront pouvoir garder la main sur l'algorithme en maîtrisant son évolution et en organisant une mise à jour qualitative afin de conserver la certification de leurs produits.

2. Les principes juridiques susceptibles de transposer les impératifs éthiques en normes contraignantes

Les principes éthiques énoncés ci-dessous peuvent s'insérer, se traduire dans des principes juridiques existants susceptibles de leur donner immédiatement une traduction pratique et d'embarquer ainsi l'éthique au cœur de la norme.

En France, s'agissant de la priorité donnée à l'humain et à ses droits, le principe de dignité de la personne humaine[64] et le principe d'individualisation[65] peuvent être mobilisés. Quant à la lutte contre d'éventuelles discriminations, elle pourra bien entendu s'appuyer sur le principe d'égalité, qui pourra se décliner en égalité dans l'accès aux SIA (avec un enjeu important en termes d'égalité d'information entre les parties) mais aussi dans le fonctionnement du système afin de contrôler les critères d'analyse retenus et les modalités de création des corrélations entre ces critères.

Sans doute pourrait-on également se référer au droit au recours effectif pour appuyer un droit d'accès à un juge humain. La réglementation précitée relative aux décisions administratives prises avec l'aide de SIA

62 V. : S. DESMOULIN-CANSELIER et D. LE METAYER, « Aide à la décision en matières médicale et judiciaire : quelle certification et quelles explications pour les algorithmes ? », *in* F. PELLEGRINI, *Actes du colloque des Convergences du droit et du numérique*, 2019, <hal-02195921>.

63 Conseil d'État, *Le Numérique et les droits fondamentaux*, 2014, p. 273.

64 Cons. const., 27 juill. 1994, n° 94-343/344 DC, décision « Bioéthique ».

65 Art. 8 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen.

Copyright © PUSEK, Kaslik, 2023 | All Rights Reserved

montre la voie, qui impose la possibilité d'un recours contre la décision automatisée. Cette obligation devrait logiquement être étendue au cas de la décision juridictionnelle prise avec l'aide d'un SIA, voire prise par un SIA en autonomie.

S'agissant du principe de transparence, il trouve sa traduction dans le principe du consentement et de l'autonomie de la volonté et se trouve déjà honoré par les dispositions relatives aux décisions administratives prises à l'aide d'un SIA évoquées supra[66] mais aussi plus largement par l'objectif à valeur constitutionnelle d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi[67]. Il s'agit ici de refuser l'idée d'un SIA fonctionnant comme une boîte noire ; il doit être au pire une boite grise *:* si on ne peut pas forcément anticiper tous les comportements, on doit pouvoir les expliquer rétrospectivement afin de les corriger. On ouvre ici le chemin à la reconnaissance d'un droit à l'amélioration continue des SIA.

Le principe du respect des droits de la défense permet également de juridiciser le principe éthique de transparence : en effet, la transparence de l'information sur l'usage du SIA est nécessaire au respect du principe du contradictoire *;* la partie au litige doit savoir sur quelle base se fonde son adversaire, ou son juge, pour pouvoir lui répondre de façon pertinente et contester le cas échéant la légalité du mode de fonctionnement du SIA.

L'intégrité du SIA, sa loyauté, peuvent être englobées dans le droit à la protection des données personnelles, le droit à la vie privée, et le principe d'égalité, dont les contours sont suffisamment connus pour ne pas avoir à être développés ici. Restera toutefois ici un droit à construire, celui de la sécurité des SIA, pour garantir la fiabilité des données (dont leur anonymisation) et du système. À cet égard, d'une part l'Union européenne a proposé en juin dernier de renforcer la coopération en matière de cybersécurité, qu'elle considère comme étant une « *priorité absolue*[68] ». D'autre part la réglementation issue de la Directive UE sur les produits défectueux[69] devrait pouvoir être étendue[70] ou servir de base au développement d'une responsabilité incitant

66 V. également Décision Cons. const., 12 juin 2018, n° 2018-765 DC, *Loi relative à la protection des données personnelles.*

67 Cons. const., 6 déc. 1999, n° 99-421 DC.

68 Communiqué de presse du 23 juin 2021 : <https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/fr/IP_21_3088>.

69 Directive 85/374/CEE du Conseil du 25 juillet 1985.

70 La Commission européenne a élaboré le 30 juin 2021 un projet de Règlement européen destiné à la remplacer ; toutefois ce projet ne semble pas prendre suffisamment en

Copyright © PUSEK, Kaslik, 2023 | All Rights Reserved

les concepteurs et distributeurs de SIA à garantir la qualité de leurs produits en les incitant à mettre en place des études d'impact, à se soumettre à une certification puis à évaluer le système tout au long de son cycle de vie.

Ainsi là où d'aucuns évoquent la survenance d'une nouvelle génération de droits liés au numérique, il nous semble que l'on peut analyser plutôt un déploiement des droits existants, étant entendu que la spécificité des risques encourus ici nécessite de placer le respect de ces droits appliqués aux SIA entre les mains d'une autorité dédiée. Il existe certes déjà des instances spécialisées (le contrôleur européen des données, la CNIL notamment), mais il conviendrait de penser une gouvernance systémique incluant une instance centrale impliquant l'ensemble des acteurs concernés, et des instances sectorielles aptes à contrôler et accompagner le respect des principes juridiques au plus près des besoins et des risques de leurs activités.

La Commission européenne l'a bien compris, qui dans son projet de Règlement établissant des règles harmonisées sur l'IA[71] prévoit la nécessité de mettre en place un système de gouvernance multi-niveaux (titre VI) et une règlementation prenant en considération les différents degrés de risques des activités utilisant des SIA. Sans surprise l'activité juridictionnelle est classée dans la catégorie des risques élevés, celle pour laquelle une régulation forte doit être mise en place pour une IA digne de confiance (dimension éthique de la régulation) : processus d'évaluation et d'atténuation des risques en amont et aval, mécanismes de contrôle humain garanti, niveau élevé de robustesse, de sécurité et d'exactitude des données traitées. Ces obligations, fondées notamment sur la Charte des droits fondamentaux de l'UE[72] (dimension juridique de la régulation), pèsent essentiellement sur les fournisseurs de SIA et pourront donner lieu à sanctions en cas de non-respect.

Cette proposition de Règlement s'inscrit donc bien dans une démarche d'intégration de l'éthique et du droit, de métissage d'où émerge une nouvelle approche de la régulation. Arrivés à un certain degré de maturité, d'unité, d'universalité, les principes éthiques ont vocation à inspirer et finalement intégrer la norme juridique car si l'éthique est agile et plus facilement acceptée par la souplesse de son application, on ne saurait admettre un

---

considération la réglementation des SIA. Cf communiqué de presse de la Commission UE <https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/fr/ip_21_3242>.

71 Artificial intelligence Act, PE et Cons. UE, prop. Règl. : COM/2021/206, final.

72 <https://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_fr.pdf>.

Copyright © PUSEK, Kaslik, 2023 | All Rights Reserved

désengagement de l'État, une privatisation de la norme dans une matière aussi sensible que la régulation des SIA.

On pourra distinguer entre une éthique amont (préfigurant le droit) et une éthique aval (analysant la pertinence du droit positif), en conservant toujours l'idée d'une éthique de terrain pensée par les acteurs des SIA. Cela se traduit formellement par le fait que la logique éthique vient compléter la logique juridique : on va poser la norme pour sa valeur contraignante, puis s'appuyer sur une démarche de compliance pour accompagner la bonne application des règles et usages des SIA, apporter la souplesse, l'adaptation à des usages en perpétuelle évolution selon un rythme que le droit ne peut pas adopter.

Droit et éthique accompagnent ainsi le développement des SIA en offrant tour à tour force contraignante et force de persuasion, en ajustant la rigueur de la règlementation à la hauteur du risque encouru, en prévoyant une norme à la fois transversale dans ses grands principes, et sectorielle. Sans doute faudra-t-il en parallèle penser une science de l'éthique des algorithmes permettant d'analyser l'impact social de leur usage, de former chacun à leur pratique et ainsi garantir que l'humain garde la main.

Au final, si l'expansion de l'usage des SIA ne fait guère de doute, sa place prédominante dans le rendu de la décision de justice nous parait demeurer de l'ordre du fantasme. L'aléa juridictionnel et la rationalité algorithmique peuvent toutefois se compléter harmonieusement si le SIA permet l'accès non pas à un pronostic fini mais à des potentiels de solutions constituant une nouvelle forme d'expression de la contradiction prenant en compte l'individualité du cas soumis tout en le replaçant dans une appréhension collective du juste. Le métissage entre éthique et droit répond alors au métissage entre intérêt personnel et intérêt général opéré par la décision de justice.

Copyright © PUSEK, Kaslik, 2023 | All Rights Reserved

USEK
Holy Spirit University of Kaslik Press

Revue juridique de l'USEK
*USEK **Law Journal***
Nº Spécial | 2023

(OA) Open Access

eISSN 2664-8156

Dépasser la vision monologique de la décision de justice : des pistes pour une éthique de la discussion[1] / Beyond the Monological View of the Sentences: Ways for a Discourse Ethics

Antoine Ploux, *Docteur en droit public (Université de Bordeaux), enseignant-chercheur en droit public, CRICES (La Roche-sur-Yon) – CRDEI (Bordeaux) – CRECO (Louvain-la-Neuve)*

Abstract

Jürgen Habermas calls to practice a « *discourse ethics* » according to which the validity of the standard no longer depends on its content but on the unanimous agreement of the participants in a practical discussion on the rule. It is a question of looking at the perspectives of this radical vision on the situation of the supreme courts in the current context of crisis of trust in law. The courts have to adopt a communicational perspective to allow mutual understanding between the actors. This vision is certainly ideal but reveals concrete ways for the courts.

1 L'auteur de ces lignes tient à remercier Eric POMES (ICES) pour ses conseils et sa relecture attentive.

Copyright © PUSEK, Kaslik, 2023 | All Rights Reserved

En 2013, le président Guy Canivet, membre du Conseil constitutionnel, affirmait que « *[le] raisonnement du Conseil n'est pas dialogique mais monologique*[2] ». Cette affirmation manifeste la conception française de la décision de justice mais elle ne manque pas d'interroger. Étymologiquement un monologue est un discours unique[3], mais il peut correspondre à deux situations sensiblement différentes. Fort connu en théâtre, le monologue est le « *discours de quelqu'un qui parle tout seul*[4] » ; mais il peut également être le « *discours d'une personne qui, en compagnie, parle seule et abondamment, sans être interrompue ou sans chercher à obtenir de réponse de ses interlocuteurs*[5] ». Ces deux conceptions révèlent deux positions à l'égard du monologue. Celui qui monologue parle seul mais il peut le faire soit devant un auditoire, soit isolé comme dans une tour d'ivoire en faisant abstraction de son auditoire. C'est certainement cette dernière conception qui est retenue par les juridictions de tradition continentale, spécialement par les juridictions françaises qui défendent toujours en quelque sorte une vision « *oraculaire*[6] » de la décision de justice héritée de la Révolution[7].

Les cours suprêmes françaises semblent toujours souscrire à cette vision oraculaire de la justice, elles soutiennent en tout cas une vision monologique de la décision de justice. À l'inverse, il est possible de soutenir une autre

---

2 G. CANIVET, « La motivation des décisions du Conseil constitutionnel », *in* S. CAUDAL (dir.), *La motivation en droit public*, Thèmes & commentaires, Paris, Dalloz, 2013, p. 236.

3 « *Monologue* » est composé du préfixe « *mono* » et de « *logue* » du grec *logos*, « *discours* » ; d'après « Monologue – Étymologie » *in Dictionnaire de l'Académie française*, 9e éd., 1992 - en cours, version informatisée <https://academie.atilf.fr/>, consulté le 27 décembre 2021.

4 *Ibid*, « Monologue – sens 2 ».

5 *Ibid*, « Monologue – sens 3 ».

6 D'après P. WACHSMANN, « L'oracle des libertés ne parle qu'une seule fois », *Jus Politicum* 2012, p. 229 s. ; le sociologue Philippe Urfalino parle de « *décision par consensus apparent* », P. URFALINO, « La décision par consensus apparent. Nature et propriétés », *Revue européenne des sciences sociales* 2007, p. 47-70.

7 Sur ce point V. : J. KRYNEN, « Le problème et la querelle de l'interprétation de la loi, en France, avant la Révolution (Essai de rétrospective médiévale et moderne) », *Revue historique de droit français et étranger* 2008, n° 86, p. 161-197., L. HUSSON, « Analyse critique de la méthode de l'exégèse », *Archives de philosophie du droit* 1972, p. 115 s., B. FRYDMAN, *Le sens des lois - Histoire de l'interprétation et de la raison juridique*, Penser le droit, Bruxelles, Bruylant, 2011, p. 360 s. ou bien spéc. sur la défiance à l'égard des juges sous la Révolution, qui produit des conséquences jusqu'à aujourd'hui nota. J. ARLETTAZ et J. BONNET, *Pouvoirs et démocratie en France*, Questions ouvertes, Paris, SCEREN CNDP-CRDP, 2012, p. 132-135.

Copyright © PUSEK, Kaslik, 2023 | All Rights Reserved

vision du rôle des juges et finalement de leur pouvoir. Le professeur Marc Verdussen estime pour sa part que la légitimité des cours constitutionnelles tient à ce qu'elles pratiquent, suscitent et arbitrent le dialogue constitutionnel[8]. Cette conception peut être rapprochée de la « *la société ouverte des interprètes constitutionnels*[9] » que proposait le professeur Peter Häberle. Cette vision particulière des cours constitutionnelles peut probablement être étendue aux autres cours suprêmes puisqu'elles partagent le sommet de leurs ordres juridictionnels[10].

Ces réflexions posent finalement la question de savoir ce qu'est la décision de justice et à qui s'adressent les cours suprêmes lorsqu'elles jugent. On peut s'interroger encore plus largement sur l'office même des cours suprêmes et leur relation à leur auditoire. À ce propos la vision monologique de la décision de justice peine à convaincre tant elle représente une vision particulière du « *droit imposé* » qui est concurrencé à l'heure actuelle par d'autres relations au droit[11]. La vision purement dialogique de la décision de justice ne convainc d'ailleurs pas davantage. En effet, la décision de justice n'est pas naturellement dialogique dans la conception continentale[12]. Il s'agit

---

8 V. : M. VERDUSSEN, *Les douze juges - La légitimité de la Cour constitutionnelle*, Quartier libre, Bruxelles, Editions Labor, 2004, p. 87 s., dans le même sens M. VERDUSSEN, « Un procès constitutionnel légitime », *in Renouveau du droit constitutionnel – Mélanges en l'honneur de Louis Favoreu*, Paris, Dalloz, 2007, p. 473-486. ; également M. VERDUSSEN, *Justice constitutionnelle*, Précis de la Faculté de Droit de l'Université Catholique de Louvain, Bruxelles, Larcier, 2012, p. 392 s.

9 V. : P. HÄBERLE, *L'État constitutionnel*, Droit public positif, Paris-Aix-en-Provence, Economica-PUAM, 2004, p. 125 s.

10 V. dans ce sens M.-C. PONTHOREAU, « L'énigme de la motivation encore et toujours l'éclairage comparatif », *in* F. HOURQUEBIE et M.-C. PONTHOREAU (dir.), *La motivation des décisions des cours suprêmes et cours constitutionnelles*, Bruxelles, Bruylant, 2012, p. 5-24. ou bien B. DELAUNAY, « Les cours suprêmes en France », *in Penser le droit à partir de l'individu - Mélanges en l'honneur d'Élisabeth Zoller*, Paris, Dalloz, 2018, p. 577-590.

11 V. par ex. P. GERARD, F. OST et M. VAN DE KERCHOVE (dir.), *Droit négocié, droit imposé ?*, Bruxelles, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 1996. ; *Le droit souple*, Conseil d'État, 2013, p. 297. ou bien X. MAGNON, « L'ontologie du droit : droit souple c. droit dur », *RFDC* 2019, p. 949-966.

12 Cette vision est notamment issue de la conception de l' « *École de l'Exégèse* » et du rapport particulier des juristes et des juges à la loi et au Code civil ; V. par ex. le *Cours de code civil* de Charles DEMOLOMBE (publié à partir de 1845) ou le *Cours de Code civil français d'après la méthode de Zachariae* de Charles AUBRY et Frédéric-Charles RAU (publié à partir de 1869 pour la troisième édition qui s'éloigne sensiblement de la simple traduction pour devenir un ouvrage à part entière) ; et pour une analyse J. BONNECASE, *L'école*

Copyright © PUSEK, Kaslik, 2023 | All Rights Reserved

donc d'aller chercher en dehors du champ juridique une vision satisfaisante de ce que pourrait être la décision de justice.

Pour notre propos nous prendrons l'exemple de deux cours suprêmes particulières, la Cour constitutionnelle de Belgique et le Conseil constitutionnel français. Elles ont été créées pour des raisons très différentes et sont certainement à part parmi les cours constitutionnelles européennes mais elles ont su s'imposer et construire des jurisprudences stables[13]. On ne saurait sous-estimer néanmoins l'influence de l'Union européenne et du Conseil de l'Europe sur ces cours[14]. Nous estimerons donc que ces deux cours sont représentatives de la situation des cours suprêmes des systèmes continentaux en Europe[15].

Le philosophe Jürgen Habermas dans le cadre de son modèle « *délibératif* » présente une alternative intéressante pour la décision de justice, « *l'éthique de la discussion* ». Il s'agit alors d'étudier si l'éthique de la discussion peut aider la compréhension du phénomène juridique et peut

---

de l'exégèse en droit civil – Les traits distinctifs de sa doctrine et de ses méthodes d'après la profession de foi de ses plus illustres représentants, Bibliothèque de l'histoire du droit et des institutions, Paris, E. de Boccard, 1924, p. 9 s., J. IMBERT, « L'enseignement du droit dans les Écoles centrales sous la Révolution », *Revue d'histoire des Facultés de droit et de la science juridique*, 1986, n° 3, p. 37-56. ou bien G. ANTONETTI, « Les Professeurs de la Faculté de droit de Paris : attitude et destin sous la Révolution et l'Empire », *Revue d'histoire des Facultés de droit et de la science juridique* 1988, n° 7, p. 69-85. ; pour une analyse critique de cette analyse et de l' « École de l'Exégèse » V. not. N. HAKIM, « Julien Bonnecase : historien de la science juridique ? », *Études d'histoire du droit et des idées politiques*, 2006, n° 10, p. 291 s. ou bien S. RIALS, « Dogmatique et humanités. Considérations françaises sur une séparation », *Droits* 2009, n° 50, p. 199 s.

13 V. nota. J.-C. SCHOLSEM, « La Cour d'arbitrage », *Revue de droit de l'ULB* 1990, n° 20, p. 205-237. également R. BADINTER, « Une longue marche "Du Conseil à la cour constitutionnelle" », *Cahiers du Conseil constitutionnel* 2008, pp. 6-8.

14 Par ex. V. : A. ALEN, « Les relations entre la Cour de justice des Communautés européennes et les Cours constitutionnelles des États membres », *in Liber amicorum Paul Martens : l'humanisme dans la résolution des conflits : utopie ou réalité?*, Bruxelles, Larcier, 2007, p. 665-713., O. DUTHEILLET DE LAMOTHE, « Conseil constitutionnel et Cour européenne des droits de l'Homme : un dialogue sans paroles », *in Le dialogue des juges – Mélanges en l'honneur du président Bruno Genevois*, Paris, Dalloz, 2009, p. 403-417. Ou bien V. BERGER, « Les Cours constitutionnelles et la Cour européenne des droits de l'homme », *Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel* 2011, n° 32, p. 7-17.

15 Sur la base des travaux du juriste américain Karl Llewellyn, Pierre Brunet distingue le *Grand Style* et le *Formal Style* ; le *Formal Style* est caractéristique du raisonnement continental ; V. : P. BRUNET, « Le style déductif du Conseil d'État et la ligne de partage des mots », *Droit et société*, 2015, p. 545-561.

Copyright © PUSEK, Kaslik, 2023 | All Rights Reserved

permettre de dépasser la crise actuelle de confiance dans le droit et comment elle le pourrait.

Face aux théories juridiques dominantes, Habermas réfute aussi bien l'ancrage moral du droit naturel que l'ancrage amoral du droit positif et s'intéresse à la communication ; donc à la forme et non au fond[16]. Il s'agira de partir des travaux du philosophe allemand et d'en proposer une application à la situation des cours suprêmes continentales.

L'éthique de la discussion est « *une métaéthique*, *relative aux conditions rationnelles d'une appréciation impartiale de l'action et transversale aux différentes formes de la vie éthique*[17] ». Les juridictions, spécialement les cours suprêmes doivent s'inspirer de ces réflexions à l'occasion de leur travail, c'est pour elles une condition existentielle puisque l'acceptation de leurs décisions est à ce prix. Elles se retrouvent en effet devant la crise de l'autorité de l'État qui engendre une crise de l'autorité imposée de leurs décisions et appelle à développer leur autorité réelle[18]. Pour cela les cours doivent tout d'abord adopter une perspective communicationnelle (I) avant de pratiquer réellement l'éthique de la discussion (II).

I. La nécessité d'adopter une perspective communicationnelle

Comme préalable indispensable pour pratiquer l'éthique de la discussion, ou en tout cas s'en rapprocher, les cours doivent adopter une perspective « *communicationnelle* » dans le sens que Habermas donne à cette expression. La communication ou « *intersubjectivité langagière* » est un véritable modèle philosophique nouveau que propose Habermas. L'objectif affiché est clair : « *obtenir*, *maintenir et renouveler sur l'arrière-fond du monde vécu un consensus*, *un consensus qui repose sur la reconnaissance intersubjective de prétentions critiquables à la validité*[19] ». Ce n'est pas une pratique que recommande Habermas, mais c'est un système nouveau qu'il propose, « *un*

16 V. : O. CAYLA, « Habermas Jürgen », *in* O. CAYLA et J.-L. HALPERIN (dir.), *Dictionnaire des grandes oeuvres juridiques*, Paris, Dalloz, 2010, p. 230.

17 Y. CUSSET, *Habermas - L'Espoir de la discussion*, Le bien commun, Paris, Michalon, 2001, p. 60-61.

18 Qu'il soit permis de renvoyer sur cette question à notre étude, A. PLOUX, « La motivation comme remède à la crise de confiance dans le droit ! », *Politeia* 2021, pp. 487-494.

19 J. HABERMAS, *Théorie de l'agir communicationnel – Tome 1 : Rationalité de l'agir et rationalisation de la société*, L'espace du politique, Paris, Fayard, 1987, p. 34.

Copyright © PUSEK, Kaslik, 2023 | All Rights Reserved

contexte systématique de prétentions universelles à la validité[20] ». Dans ce système, l'argumentation tient une place centrale, conçue comme un « *type de discours où les parties prenantes thématisent des prétentions à la validité qui font l'objet de litiges, et tentent de les admettre ou de les critiquer au moyen d'arguments*[21] ». Pour adopter une perspective communicationnelle il s'agit pour les juges de renoncer à un discours stratégique (A) et de se placer plutôt comme arbitres de la discussion (B).

A. Renoncer à un discours stratégique

« *La parole communicationnelle se définit ainsi à partir de la parole stratégique : elle est tout ce que la parole stratégique n'est pas*[22] ». Il s'agit donc d'éclairer ce que le discours communicationnel n'est pas, pour tenter, en négatif, de cerner ce qu'il est ou du moins ce qu'il pourrait être.

Le discours stratégique poursuit un but déterminé, il vise à convaincre l'auditeur. La notion centrale en matière de parole stratégique est celle d'intérêt. Dans le discours stratégique, le locuteur poursuit son intérêt. Au contraire dans le discours communicationnel « *loin d'être tourné vers le propre intérêt du locuteur, il ne vise que l'intérêt de la communauté*[23] ». Cette définition du discours communicationnel visant l'intérêt de la communauté à l'exclusion de l'intérêt propre du locuteur semble bien conforme à la pratique des cours constitutionnelles mais cela n'est peut-être pas si évident qu'il n'y paraît.

Les institutions juridiques sont constituées par des hommes, qui sont sujets aux passions. C'est notamment pour cela que la collégialité a été introduite pour limiter l'influence des passions individuelles des juges sur la décision finale rendue par la juridiction[24]. Au-delà de l'intérêt individuel des juges, que la collégialité a pour objet de limiter, les juridictions peuvent éventuellement poursuivre leur propre intérêt. À ce sujet, le professeur Jacques Meunier a bien montré dans sa thèse l'existence de stratégies tant

---

20 J. HABERMAS, *Théorie de l'agir communicationnel – Tome 1 : Rationalité de l'agir et rationalisation de la société*, p. 34.

21 *Ibid.*

22 O. CAYLA, « Habermas Jürgen », p. 231.

23 *Ibid.*

24 Sur la collégialité, son principe et ses effets V. not. les réflexions très éclairantes du président Paul Martens, spéc. P. MARTENS, « La pratique du délibéré collégial », *in* J. ENGLEBERT (dir.), *Questions de droit judiciaire inspirées de l'« Affaire Fortis »*, Collection de l'Unité de Droit Judiciaire de l'ULB, Bruxelles, Larcier, 2011, p. 9 s.

Copyright © PUSEK, Kaslik, 2023 | All Rights Reserved

internes qu'externes au Conseil constitutionnel[25]. Au titre des stratégies internes, Jacques Meunier envisage par exemple l'influence des préférences politiques personnelles des membres au moment de la délibération. De l'aveu même de l'auteur, il ne s'agit que d'une hypothèse qui souffre la confrontation avec certains exemples pratiques. Par exemple la décision dite « *Fouille des véhicules* » de 1977[26] qui statue sur la non-conformité du dispositif législatif « *inspiré par le ministère de l'Intérieur et adopté par une majorité parlementaire à laquelle il était manifestement possible de rattacher politiquement la quasi-totalité des membres du Conseil constitutionnel*[27] ». Cette influence des préférences politiques personnelles des membres n'est donc certainement pas décisive, mais s'oppose à l'évidence à l'éthique de la discussion mais le retour à une décision stratégique.

La cour constitutionnelle peut par exemple avoir intérêt à la solution de la décision qu'elle est amenée à trancher, car cette décision pourra augmenter ou au contraire remettre en cause son influence et son pouvoir. Toute décision d'une cour a un impact sur l'influence de cette cour et une cour peut, par un raisonnement conséquentialiste, chercher à adapter sa décision pour maximiser son influence[28]. Dans ce cas, la cour cherche alors son intérêt propre et plus le seul intérêt de la communauté selon les prescriptions de la parole communicationnelle.

Dans son célèbre considérant de principe qui a illustré le *judicial self-restraint*[29], le Conseil constitutionnel affirme : « *L'article 61 de la Constitution ne confère pas au Conseil constitutionnel un pouvoir général d'appréciation et de*

---

25 V. : J. MEUNIER, *Le pouvoir du Conseil Constitutionnel : essai d'analyse stratégique*, Bruxelles-Paris, Bruylant-LGDJ, 1994.

26 Cons. const., n° 76-75 DC, 12 janv. 1977, *Loi autorisant la visite des véhicules en vue de la recherche et de la prévention des infractions pénales.*

27 J. MEUNIER, *Le pouvoir du Conseil Constitutionnel*, p. 69.

28 V. sur cette question F. HOURQUEBIE, « L'emploi de l'argument conséquentialiste par les juges de common law », *in* F. HOURQUEBIE et M.-C. PONTHOREAU (dir.), *La motivation des décisions des cours suprêmes et cours constitutionnelles*, Bruxelles, Bruylant, 2012, p. 25 s. ou bien F. HOURQUEBIE, « L'argument conséquentialiste dans les décisions de justice », *Les Cahiers de la Justice* 2014, p. 199 s.

29 Cette notion, d'origine anglo-saxonne ne semble pas avoir de véritable traduction française, le professeur Laurent Pech propose la notion de « réserve », mais celle-ci ne semble toutefois pas aussi large que la notion originale ; V. : L. PECH, « Le remède au gouvernement des juges : le judicial self-restraint », *in* S. BRONDEL, N. FOULQUIER et L. HEUSCHLING (dir.), *Gouvernement des juges et démocratie*, Paris, Publications de la Sorbonne, 2001, p. 63 s.

Copyright © PUSEK, Kaslik, 2023 | All Rights Reserved

décision de même nature que celui du Parlement[30] ». Il s'agit d'une argumentation stratégique du Conseil constitutionnel qui affirme sa compétence limitée par rapport aux autorités politiques, spécialement le Parlement dont il est amené à contrôler la loi. La Cour constitutionnelle de Belgique va d'ailleurs reprendre une formule comparable lorsqu'elle affirme : « *La Cour ne dispose pas d'un pouvoir d'appréciation et de décision comparable à celui des assemblées législatives démocratiquement élues*[31] ».

La question se pose de savoir jusqu'à quel point une juridiction doit rechercher l'acceptabilité de sa décision dans une perspective communicationnelle. Ce sujet, Jürgen Habermas affirme qu'« *un acte de parole doit pouvoir être dit "acceptable" s'il remplit les conditions nécessaires pour qu'un auditeur puisse, par "oui" ou "non", prendre position par rapport à la prétention qu'élève le locuteur. Ces conditions ne peuvent être remplies de façon unilatérale, ni relativement au locuteur, ni relativement à l'auditeur*[32] ». C'est-à-dire qu'il n'est évidemment pas suffisant qu'une juridiction impose sa décision de manière unilatérale. Elle ne peut pas non plus décréter, par elle-même ou par un commentaire autorisé, que sa décision est acceptable. Elle doit rechercher honnêtement à convaincre « tout être de raison » de l'acceptabilité de sa décision et elle doit le faire, en s'engageant radicalement dans cette voie. Tout accroc à ce programme remettrait en cause l'ensemble des efforts produits pour cela.

Pour Habermas, « *un accord obtenu par la communication, a un fondement rationnel ; il ne peut notamment être* imposé *d'aucun côté, que ce soit instrumentalement, par l'intervention directe dans la situation d'action, ou*

30 Pour une formule récente, Cons. const., n° 2021-823 DC, 13 août 2021, *Loi confortant le respect des principes de la République*, cons. 59 (extrait) ; V. également Cons. const., n° 2021-907 QPC, 14 mai 2021, *M. Stéphane R. et autre [Impossibilité de déduire la pension versée à un descendant mineur pris en compte dans la détermination du quotient familial du débiteur]*, cons. 8 ou encore Cons. const., n° 2012-249 QPC, 16 mai 2012, *Société Cryo-Save France [Prélèvement de cellules du sang de cordon ou placentaire ou de cellules du cordon ou du placenta]*, cons. 7 ; ce considérant de principe est apparu avec Cons. const., n° 74-54 DC, 15 janv. 1975, *Loi relative à l'interruption volontaire de grossesse*, cons. 1.

31 C.C., arrêt n° 125/2016 du 6 octobre 2016, B.47.1 ; également pour une formule proche C.C., arrêt n° 157/2005 du 20 octobre 2005, B.7.2 ou bien C.C., arrêt n° 39/91 du 19 décembre 1991, 6.B.8

32 J. HABERMAS, *Théorie de l'agir communicationnel – Tome 1 : Rationalité de l'agir et rationalisation de la société*, p. 307.

Copyright © PUSEK, Kaslik, 2023 | All Rights Reserved

stratégiquement par l'influence prise, calculée pour le succès, sur les décisions d'un partenaire[33] ».

La cour qui veut adopter une perspective communicationnelle doit renoncer à une perspective stratégique quant à la solution qu'elle retiendra, mais également quant aux moyens et aux arguments qu'elle sera susceptible de mobiliser pour construire sa solution. Dans une perspective communicationnelle il s'agit pour la cour de proposer rationnellement et de manière neutre une solution qui soit acceptable et considérée comme rationnelle par tout être de raison. Le juge n'est alors plus acteur mais arbitre de la discussion qui se déroule devant lui.

B. La fonction du juge, arbitre de la discussion

Juge vient du latin *jus* qui désigne à la fois le droit et ce qui est droit selon une idée de rectitude[34]. Une autre appellation courante pour désigner le juge est celle de magistrat, qui désigne une fonction publique, mais qui peut être opposée à la fonction de ministre. Étymologiquement le ministre est le serviteur, celui qui s'occupe des petites choses, alors que le magistrat est celui qui est chargé des décisions les plus importantes[35], et c'est bien cela qui se joue devant les cours.

La vision du juge issue de la Révolution estime que la justice est un pouvoir neutre. Cette vision est dépassée et il est aujourd'hui courant d'admettre que les cours et tribunaux possèdent et exercent un pouvoir[36], ce

---

33 J. HABERMAS, *Théorie de l'agir communicationnel – Tome 1 : Rationalité de l'agir et rationalisation de la société*, p. 297. (l'auteur souligne).

34 « Juge – Étymologie » *In Dictionnaire de la langue française par E. Littré*, version informatisée <https://www.littre.org/> , consulté le 27 décembre 2021 ; ainsi que « Droit – Étymologie » *in Trésor de la Langue Française informatisé*, version informatisée, ATILF et Université de Lorraine <http://www.atilf.fr/tlfi>, consulté le 27 décembre 2021.

35 « Magistrat – Étymologie » ainsi que « Ministre – Étymologie » In *Dictionnaire de la langue française par E. Littré*, version informatisée <https://www.littre.org/>, consulté le 27 décembre 2021.

36 L'étude des principaux manuels français d'introduction générale au droit est suffisante pour nous en convaincre mais pour sentir le caractère très sensible de la question. Parmi ces manuels, un seul refuse catégoriquement à la jurisprudence la fonction de créer le droit, il s'agit de F. TERRE, *Introduction générale au droit*, Précis, Paris, Dalloz, 2015, p. 289. La plupart des manuels, s'ils ne la refusent pas semblent mal à l'aise avec la question. Ainsi, le professeur Malinvaud ne reconnaît la jurisprudence que comme une « *source d'interprétation* » (V. : P. MALINVAUD, *Introduction à l'étude du droit*,

Copyright © PUSEK, Kaslik, 2023 | All Rights Reserved

que la perspective communicationnelle ne nie d'ailleurs pas. Mais il s'agit de prendre la mesure de ce pouvoir et de la manière dont il devrait être exercé pour correspondre à cette perspective communicationnelle.

Le professeur François Ost a proposé une distinction qui peut probablement servir la perspective communicationnelle. Il distingue trois modèles de justice entre le juge-pacificateur, le juge-arbitre et le juge-entraîneur[37]. François Ost distingue parallèlement trois temps correspondant chacun à ces trois modèles. Dans la société traditionnelle, du fait du petit nombre de règles, le juge est un pacificateur chargé de restaurer l'ordre s'il est mis à mal. Dans la société libérale, le juge est un arbitre chargé d'assurer le respect des règles du jeu qui sont bien plus nombreuses. Enfin, dans la société post-industrielle le juge est un entraîneur, par ses conseils et sa décision il doit s'efforcer de concourir à la recherche de la performance collective.

Dans une perspective communicationnelle, la fonction d'entraîneur que propose François Ost pour le juge de la société post-industrielle n'est pas pertinente. En effet, dans le cadre de l'éthique de la décision le juge doit renoncer à un discours stratégique, il doit donc renoncer à convaincre pour « seulement » créer les conditions d'une discussion satisfaisante. Dans la perspective qui est la nôtre, le modèle le plus satisfaisant est celui du juge-arbitre qui crée les conditions d'un dialogue de qualité entre les parties.

François Ost a proposé une autre distinction entre trois modèles-idéaux de juge ; il distingue Jupiter, Hercule et Hermès[38]. Au droit jupitérien « *marqué par le sacré et la transcendance* », Dworkin a proposé le modèle

---

Manuel, Paris, LexisNexis, 2017, p. 180 s., p. 180 pour l'expression précise) ; de même les professeurs Malaurie et Morvan semblent bien mal à l'aise avec la question mais finissent explicitement par reconnaître le pouvoir créateur de la jurisprudence (V. : P. MALAURIE et P. MORVAN, *Introduction au droit*, Droit civil, Paris, LGDJ, 2019, p. 399 s.) ; seule le professeur Deumier, qui rend compte de la controverse, semble la moins mal à l'aise à reconnaître le « *pouvoir normatif* » des juges (V. spéc. P. DEUMIER, *Introduction générale au droit*, Manuel, Paris, LGDJ, 2017, p. 319.)

37 F. OST, « Juge-pacificateur, juge-arbitre, juge-entraîneur. Trois modèles de justice », *in* P. GERARD, M. VAN DE KERCHOVE et F. OST (dir.), *Fonction de juger et pouvoir judiciaire : transformation et déplacements*, Bruxelles, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 1983, p. 1-70, spéc. p. 44 s.

38 « Jupiter, Hercule, Hermès : trois modèles du juge » *in* F. OST, *Dire le droit, faire justice*, Penser le droit, Bruxelles, Bruylant, 2012, p. 33 s.

Copyright © PUSEK, Kaslik, 2023 | All Rights Reserved

d'Hercule[39], juge demi-dieu « *reproduisant fidèlement l'image de l'entonnoir* ». Dans la société et le droit postmoderne, François Ost propose un troisième modèle, celui d'Hermès le messager des dieux qui « *occupe l'entre-deux des choses* », « *médiateur universel, grand communicateur* », « *il ne connaît d'autre loi que la circulation des discours, dont il arbitre les jeux toujours recommencés*[40] ».

Le modèle d'Hermès correspond sans doute bien, mieux d'ailleurs que celui d'Hercule, au juge dans le cadre de l'éthique de la discussion. Dans cette perspective, le juge doit s'informer et doit faire en sorte que le débat soit le plus développé possible, pour qu'il soit le mieux informé. C'est donc le développement du contradictoire qui compte avant tout avant la décision de justice. En quelque sorte, Hermès va d'une partie à l'autre, comme un médiateur et finalement, un arbitre de la discussion, faisant en sorte que la discussion porte ses fruits.

Dans la même idée, Françoise Michaut propose une image qui peut certainement nous aider : « *Le juge […] n'est pas un être de pure raison mais un citoyen comme les autres qui va devoir essayer d'accomplir aussi bien que possible une tâche ardue dans laquelle les tours de son métier, les techniques de l'art judiciaire vont lui venir en aide*[41] ». Dans la perspective de l'éthique de la discussion, le juge est en effet un citoyen comme les autres, un protagoniste comme les autres, avec les autres.

Dans le modèle communicationnel, la production du sens juridique est donc incontestablement le fruit d'une coopération et non d'un monopole pour reprendre la question que se posait François Ost à propos de l'interprétation[42]. Au « *modèle officiel* » de l'interprétation de la loi il y a en effet intérêt à en revenir à la pratique des Anciens de la controverse, « *expression de la raison prudentielle, argumentative et dialectique qui convient à la délibération des affaires contingentes de la Cité*[43] ». C'est bien une controverse qui se déroule devant le juge, elle comprend le procès et l'instance dans la perspective communicationnelle de l'éthique de la discussion. Lorsque les

---

39 Sur la figure d' « Hercule » dans les travaux de Dworkin, V. : R. DWORKIN, *Prendre les droits au sérieux*, Léviathan, Paris, PUF, 1995, p. 183. ; également R. DWORKIN, *L'empire du droit*, Recherches politiques, Paris, PUF, 1994, p. 262 s.

40 F. OST, *Dire le droit, faire justice*, p. 36.

41 F. MICHAUT, « Le rôle créateur du juge selon l'école de la "sociological jurisprudence" et le mouvement réaliste américain. Le juge et la règle de droit », *Revue internationale de droit comparé*, 1987, p. 348-349.

42 « Retour sur l'interprétation » *in* F. OST, *Dire le droit, faire justice*, p. 79 s.

43 *Ibid.*, p. 82.

Copyright © PUSEK, Kaslik, 2023 | All Rights Reserved

intérêts sont exclus par l'exclusion de la parole stratégique, alors il reste la recherche d'une parole prudente. Commentant Aristote, Pierre Aubenque a bien insisté sur la place de la « *bonne délibération* » et de la prudence dans le jugement[44]. Aristote définit la prudence comme « *un état vrai, accompagné de raison, qui porte à l'action quand sont en jeu les choses bonnes ou mauvaises pour l'homme*[45] ». Le professeur Wanda Mastor la conçoit comme s'imposant de manière collective à la Cour constitutionnelle[46]. Il serait possible de généraliser cette conception en estimant que la prudence est la disposition portant collectivement tous les participants à la discussion selon ce qui est bien au non. Par l'exercice de la vertu pratique de prudence, les participants à la discussion peuvent arriver à construire collectivement une décision. Le juge est là pour susciter, guider et parfois arbitrer cette discussion.

Par la concrétisation de l'éthique de la discussion et de la perspective communicationnelle, on approche finalement les fonctions de la justice proposées par des observateurs directs de leur fonctionnement. Ainsi, le professeur Marc Verdussen estime que la légitimité d'une cour constitutionnelle tient à ce qu'elle arbitre, pratique et suscite le dialogue constitutionnel[47]. Sur la base de ce constat et de cet appel, les cours doivent non seulement adopter une perspective communicationnelle, mais elles doivent encore pratiquer réellement l'éthique de la discussion.

II. L'appel à pratiquer réellement l'éthique de la discussion

Dans le cadre de ses travaux, Jürgen Habermas incite à dépasser le modèle dominant du droit imposé, qu'il soit imposé par le législateur ou par le juge. Pour remplacer ce modèle il propose un nouveau paradigme, « *la communication* ». Il affirme dans ce sens qu'« *une norme ne peut prétendre à la validité que si toutes les personnes qui peuvent être concernées sont d'accord (ou pourraient l'être) en tant que participants à une discussion pratique sur la*

---

44 V. spéc. P. AUBENQUE, *La prudence chez Aristote*, Quadrige, Paris, PUF, 2014, p. 143 s.

45 Aristote, *Éthique à Nicomaque*, GF Flammarion, Paris, Flammarion, 2004, 1140 B. ; sur cette notion V. aussi B. FRYDMAN, *Le sens des lois - Histoire de l'interprétation et de la raison juridique*, p. 44 s.

46 V. spéc. W. MASTOR, « La part prudentielle dans l'oeuvre jurisprudentielle. Aristote au Palais Royal », in *Renouveau du droit constitutionnel - Mélanges en l'honneur de Louis Favoreu*, Paris, Dalloz, 2007, p. 255-275.

47 V. : M. VERDUSSEN, *Les douze juges – La légitimité de la Cour constitutionnelle*, p. 87 s., dans le même sens M. VERDUSSEN, « Un procès constitutionnel légitime » ; également M. VERDUSSEN, *Justice constitutionnelle*, p. 392 s.

Copyright © PUSEK, Kaslik, 2023 | All Rights Reserved

validité de cette norme[48] ». Il ne s'agit donc plus d'imposer une norme ou d'envisager son caractère obligatoire mais de créer un accord global sur sa validité. Ce sont aux acteurs, et notamment aux juges de pratiquer l'éthique de la discussion et de susciter la discussion permettant de créer les conditions de cet accord. De manière positive, les juges doivent donc veiller par leur office à chercher non pas la bonne solution mais plutôt l'intercompréhension entre les acteurs (A). Dans cette optique, la qualité de la décision rendue dépendra non pas de la solution retenue mais de la qualité de la discussion et de sa capacité à réaliser l'accord entre les participants (B).

A. Chercher l'intercompréhension entre les acteurs

Pratiquer réellement l'éthique de la discussion ne revient pas pour les cours constitutionnelles à poser une décision véritable. En effet, décision vient du latin *decisio*, « *action de trancher une question*, *arrangement*, *transaction*[49] ». La notion de décision implique de trancher une question particulière avec une certaine autorité. Dans le cadre de l'éthique de la discussion, ce n'est pas le juge qui pose une décision, mais c'est finalement l'ensemble des participants à la discussion qui construisent la décision et donc la norme. Dans cette perspective le juge n'est donc pas au-dessus des parties, mais il est un participant à la discussion pratique. Le juge a tout de même une position particulière puisque dans la logique de la conception pyramidale et formelle du droit c'est sa décision formelle qui prévaudra, il est alors garant des conditions de la construction de la décision par les participants à la discussion. Il est l'arbitre de la discussion, mais seulement un arbitre facilitateur de la discussion.

Il s'agit donc finalement, en cherchant l'intercompréhension, d'adopter le « *principe d'universalisation comme règle argumentative*[50] ». Cette perspective proposée pour pratiquer réellement l'éthique de la discussion rappelle les travaux du logicien belge Chaïm Perleman qui insiste sur la notion d'auditoire d'un discours. Chaïm Perelman définit dans une perspective stratégique l'auditoire comme « *l'ensemble de ceux sur lesquels l'orateur veut*

48 J. HABERMAS, *Morale et communication – Conscience morale et activité communicationnelle*, Champs - Essais, Paris, Flammarion, 1999, p. 87. (nous soulignons)

49 « Décision – Étymologie » *in Dictionnaire de l'Académie française*, 9e éd., 1992-en cours, version informatisée <https://academie.atilf.fr/> , consulté le 27 décembre 2021.

50 J. HABERMAS, *Morale et communication*, p. 78.

Copyright © PUSEK, Kaslik, 2023 | All Rights Reserved

influer par son argumentation[51] ». Il insiste d'ailleurs sur cette notion en expliquant que « *La notion d'auditoire est centrale en rhétorique. Car, un discours ne peut être efficace que s'il est adapté à l'auditoire qu'il s'agit de persuader ou de convaincre*[52] ». Or, « *[l]a connaissance de ceux que l'on se propose de gagner est donc une condition préalable de toute argumentation efficace*[53] ». Une argumentation possède deux types d'auditoires selon Perelman, tout d'abord des auditoires particuliers, c'est-à-dire les personnes auxquelles l'argumentation s'adresse directement et concrètement. Toutefois, l'auditoire est « *toujours, pour celui qui argumente, une construction plus ou moins systématisée*[54] ».

À côté de l'auditoire particulier ou plus exactement des auditoires particuliers, Chaïm Perelman a forgé la notion d' « *auditoire universel* »[55]. L'auditoire universel vise à prémunir l'orateur contre les dangers d'une argumentation trop spécifique à un auditoire particulier, et qui s'empêcherait ainsi de convaincre d'autres auditoires. L'orateur doit donc chercher à convaincre du bien-fondé de ses thèses par des arguments et des preuves rationnellement établies. Perelman distingue ainsi selon les deux dynamiques de l'argumentation, convaincre et persuader. Si l'argumentation persuasive ne recherche l'adhésion que de l'auditoire particulier, l'argumentation convaincante recherche l'adhésion de tout être de raison[56]. Dans la perspective de l'éthique de la discussion, il s'agira donc de chercher à construire une argumentation propre à convaincre.

Paul Ricoeur soutenait : « *J'estime donc que l'acte de juger a pour horizon un équilibre fragile entre les deux composantes du partage : ce qui départage ma part de la vôtre et ce qui, d'autre part, fait que chacun de nous prend part à la société*[57] ». Les cours constitutionnelles doivent créer les conditions d'une discussion efficace propre à chercher l'intercompréhension. Néanmoins les cours ne sont pas totalement libres de créer et de rechercher cette intercompréhension. Les cours constitutionnelles sont prises dans un réseau

---

51 C. PERELMAN et L. OLBRECHTS-TYTECA, *Traité de l'argumentation : la nouvelle rhétorique*, UB Lire, Bruxelles, Éditions de l'Université de Bruxelles, 2008, p. 25.

52 C. PERELMAN, *Logique juridique – Nouvelle rhétorique*, Bibliothèque Dalloz, Paris, Dalloz, 1999, p. 107.

53 C. PERELMAN ET L. OLBRECHTS-TYTECA, *Traité de l'argumentation*, p. 26.

54 *Ibid.*, p. 25.

55 V. spéc. *Ibid.*, pp. 40-46.

56 *Ibid.*, p. 36.

57 P. RICOEUR, « L'acte de juger », *in Le juste*, Philosophie, Paris, Esprit, 1995, p. 191-192.

Copyright © PUSEK, Kaslik, 2023 | All Rights Reserved

de contraintes contradictoires avec lesquelles elles doivent composer. Parmi celles-ci une contrainte forte qui s'exerce sur elle est la contrainte du temps. Les cours constitutionnelles belge et française disposent d'un temps limité pour l'instance. Cette contrainte est d'ailleurs beaucoup plus forte sur le Conseil constitutionnel que sur la Cour constitutionnelle de Belgique, mais c'est une contrainte qui entraîne des conséquences importantes sur la manière dont la cour organise l'instance. Chercher l'intercompréhension prend du temps et on peut probablement douter que dans le délai de un à trois mois accordé au Conseil constitutionnel pour statuer[58] il soit véritablement possible de mener une véritable discussion. Le délai de six mois à un an dont dispose la Cour constitutionnelle[59] est bien plus à même de permettre une véritable discussion. Contre mauvaise fortune, les cours constitutionnelles ont la responsabilité de montrer leur bon cœur. La qualité de la décision dépendra de manière certaine de leur détermination à susciter, organiser et guider la discussion pratique entre les acteurs.

B. La qualité de la décision dépendra de la qualité de la discussion

L'éthique de la discussion emporte également des conséquences quant aux critères d'évaluation de la qualité de la discussion. De manière contre-intuitive, la qualité de la discussion ne sera pas évaluée à ses fruits mais c'est bien l'inverse que propose l'éthique de la discussion. Dans cette perspective, la qualité des fruits de la discussion sera déterminée en fonction des conditions dans lesquelles la discussion aura été menée.

Ce principe est appliqué à toute discussion qui se déroule selon les règles de l'éthique de la discussion. Dans le cadre d'une discussion judiciaire, ce n'est donc pas la décision finale qui comptera véritablement mais les conditions de la discussion elle-même. Il s'agit finalement de « *prendre la discussion au sérieux*[60] ».

---

58 Cela ressort des prescriptions de l'article 61, alinéa 3 de la Constitution du 4 octobre 1958 pour le contrôle *a priori*, et de l'article 23-10 de l'ordonnance n° 58-1067 du 7 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel pour le contrôle *a posteriori*.

59 Ce cadre temporel est encadré par l'article 109 de la loi spéciale sur la Cour constitutionnelle du 6 janvier 1989.

60 Pour paraphraser le titre d'un ouvrage de Ronald Dworkin : R. DWORKIN, *Prendre les droits au sérieux*.

Copyright © PUSEK, Kaslik, 2023 | All Rights Reserved

La notion de validité n'a donc plus de conditions matérielles, elle n'a plus de sens matériel. Habermas propose au contraire de lui substituer une conception procédurale de la validité. Cela entraîne de nombreuses conséquences. Selon le cadre de la discussion, Habermas ébauche ainsi un « *concept procédural de démocratie*[61] » voire plus largement encore, il défend un « *paradigme procédural du droit*[62] ».

Insister sur la procédure et finalement sur la forme est certainement intéressant. Dans le domaine juridique, on sait qu'il n'est pas possible de faire abstraction de la forme. La forme et les conditions de formations comptent également. Néanmoins, Habermas fait une abstraction tellement radicale des valeurs pour n'être pas accusé de relativisme, qu'il en arrive presque à nier la place des valeurs dans la conception de la validité. Son concept procédural de validité fait tomber un mythe. Ce qui fera la valeur d'une décision ce ne sera donc pas ce qu'elle prévoit. Une décision sera considérée comme une « bonne » décision seulement et exclusivement parce qu'elle aura été adoptée selon les principes de l'éthique de la discussion. Cette vision rejoint d'ailleurs le témoignage de Dominique Schnapper, sociologue et ancien membre du Conseil constitutionnel, sur les habitudes de constructions des décisions : « *Au Conseil, qui entre dans le type des aréopages, on s'efforce d'arriver, grâce à la palabre et aux compromis, à un consensus*[63] ». Il faudrait seulement que les cours constitutionnelles élargissent encore bien davantage le cercle de la palabre.

Dans le cadre de l'éthique de la discussion, Habermas propose un modèle radicalement différent de celui de Perelman. Nous avons déjà abordé la notion d'auditoire, centrale pour le logicien belge, mais il s'agit de replacer cette notion dans le contexte plus général de ses travaux. Dans le domaine de la logique, Perelman s'oppose à la logique formelle issue d'Aristote. Il a développé une autre vision de la logique, plus globale, d'où sa notion de « *nouvelle rhétorique* ». Dans le domaine juridique, lié à la logique, Perelman récuse la séparation positiviste entre le droit et les valeurs, ainsi « *[a]lors que le positivisme exclut les valeurs parce qu'arbitraire, Perelman requiert les valeurs afin de ne pas tomber dans l'arbitraire – ni dans le formalisme. La seule manière possible pour lui d'assurer le fonctionnement de la justice est de réinstaller les valeurs dans*

61 J. HABERMAS, *Droit et démocratie - Entre faits et normes*, NRF Essais, Paris, Gallimard, 1997, spéc. p. 311 s.

62 *Ibid.*, p. 456 s.

63 D. SCHNAPPER, *Une sociologue au Conseil constitutionnel*, NRF Essais, Paris, Gallimard, 2010, p. 299.

Copyright © PUSEK, Kaslik, 2023 | All Rights Reserved

le champ de l'argumentation juridique[64] ». Au-delà de cette différence forte, les positions de Perelman et de Habermas ne sont pas réellement contradictoires mais sont au contraire conciliables voire complémentaires. Habermas ne nie pas les valeurs, il en fait seulement abstraction pour proposer un moyen formel de créer un accord de volontés. Perelman poursuit un objectif comparable, mais il insiste d'abord sur l'aspect non formel de la discussion, et sur les conditions non formelles de la conviction, forme de l'accord de volontés. Les travaux de Perelman peuvent donc nourrir utilement l'éthique de la discussion et notamment la compléter à ceux qui pourraient estimer que l'éthique de la discussion oublie les valeurs.

De manière réaliste, Dominique Schnapper observait que « *L'effort vers le consensus ne s'en déroule pas moins à l'ombre du vote et à l'intérieur de la contrainte imposée par les textes – l'urgence à statuer ; il reste toujours la possibilité d'utiliser le vote, on le sait, si le consensus se révèle inatteignable*[65] ». La question se pose cependant de savoir ce qu'il en sera en cas d'échec de l'éthique de la discussion. C'est-à-dire, dans un cadre judiciaire, lorsque le juge n'arrivera pas à mettre d'accord l'ensemble des participants sur une décision. Il devra alors renoncer au consensus, caractéristique et ambition suprême de l'éthique de la décision. Il convient alors de savoir s'il s'agira de préférer le compromis, ou de préférer au contraire l'absence pure et simple de décision. Le pragmatisme dictera de préférer le compromis, mais il s'agira pour le juge de renoncer à l'éthique de la discussion pour un discours stratégique. Le président Zagrebelsky affirmait déjà l'ambition de la Cour constitutionnelle italienne d'éviter le vote pour rechercher le compromis :

> « *Je ne dévoile pas un secret en disant que, sur les questions les plus importantes, celles qui concernent la substance du droit constitutionnel,* ***on essaye de ne pas voter*** *ou, plus exactement, on fait l'effort de décider sans qu'il soit nécessaire de recourir au vote ou en réduisant celui-ci à une simple formalité […] l'optimum serait l'unanimité. L'objectif réaliste : la solution la plus partagée*[66] ».

C'est exactement ce qu'essaye de faire la Cour constitutionnelle de Belgique en recherchant le consensus entre les juges des deux groupes

---

64 S. GOLTZBERG, *Chaïm Perelman : l'argumentation juridique*, Le bien commun, Paris, Michalon, 2013, p. 33.

65 D. SCHNAPPER, *Une sociologue au Conseil constitutionnel*, p. 300.

66 G. ZAGREBELSKY, Discours tenu à l'occasion de l'attribution du prix Giussepe Chiarelli, Corte costituzionale - Palazzo della Consulta, Roma, 20 octobre 2004, traduit et cité par P. PASQUINO, « Voter et délibérer », *Revue européenne des sciences sociales* 2007, p. 45. (Nous soulignons).

Copyright © PUSEK, Kaslik, 2023 | All Rights Reserved

linguistiques au nom de l'unité de de l'État. Pour cela elle peut renvoyer la décision finale à une délibération ultérieure pour laisser le temps d'arriver au consensus[67], ce qui retarde d'autant le rendu de la décision. Cependant, dans une certaine situation, le pragmatisme commande de décider, ce qui n'est parfois pas possible en utilisant seulement les principes de l'éthique de la discussion. Le juge doit alors trancher par lui-même, mais il doit alors tenter d'agir dans l'intérêt commun de tous les participants à la discussion, pour que ses efforts n'aient pas été vains.

En somme, l'éthique de la discussion est un impératif moral pesant sur le juge. Suivre ce principe servira la qualité de la décision rendue. Pour le juge, dont on peut souhaiter qu'il soit Hermès idéalement, mais qui reste humain, l'éthique de la discussion est un idéal certainement. C'est néanmoins un idéal utile qui doit servir d'étalon en matière de construction des décisions de justice. L'intérêt de l'éthique de la discussion est qu'elle ne se focalise pas seulement sur la décision elle-même mais considère plutôt la décision comme le résultat d'un processus de construction dont le juge n'est pas le seul acteur et n'est d'ailleurs pas l'acteur essentiel. En effet, l'éthique de la discussion recherche l'accord pratique de tous les participants à la discussion. La discussion n'étant pas monologique, le juge n'est pas le seul impliqué par la réussite ou l'échec de ces principes. Le juge n'est donc finalement pas le seul responsable de la qualité de la décision, mais il est le garant de la construction de qualité de la décision.

L'éthique de la discussion permet également de clarifier l'épineuse question du pouvoir des juges. Une manière de résoudre cette question a été de nier le pouvoir des juges, que cette négation soit d'ailleurs prescriptive ou illusoire. Le problème en matière de pouvoir des juges n'est pas celui de l'existence de ce pouvoir mais plutôt celui de la légitimité de l'exercice de ce pouvoir[68]. Il s'agit aujourd'hui de reconnaître de manière pragmatique que les juges exercent un pouvoir. L'éthique de la décision permet de rendre l'exercice de ce pouvoir justifié et légitime.

---

67 V. par ex. M. VERDUSSEN, *Justice constitutionnelle*, p. 347-348.

68 Sur ces questions V. par ex. L. FAVOREU, « La légitimité du juge constitutionnel », *Revue internationale de droit comparé* 1994, p. 557-581., M. CAPPELLETTI, « Nécessité et légitimité de la justice constitutionnelle », *Revue internationale de droit comparé* 1981, vol. 33, n° 2, p. 625-657. ou bien P. MARTENS, « Les cours constitutionnelles : des oligarchies illégitimes ? », *in La république des juges – Actes du colloque organisé par la conférence libre du jeune barreau de Liège*, Liège, Éditions du Jeune Barreau de Liège, 1997, p. 53-72.

Copyright © PUSEK, Kaslik, 2023 | All Rights Reserved

Le président Paul Martens oppose l'« *algèbre du rationnel* » à la « *géométrie du raisonnable* » que doivent plutôt rechercher les juges[69]. Les participants à la discussion peuvent aider le juge à connaître la situation mais également à trouver la voie médiane qui consistera dans la « *bonne* » décision. Comme le dit Françoise Michaut, « *c'est un travail d'artiste qui est requis du juge*[70] ». C'est un défi pour les cours suprêmes, spécialement pour les cours constitutionnelles dont Paul Martens affirmait que « *[c]'est entre conformisme et subversion que les juges constitutionnels doivent affirmer leur nécessité*[71] ».

Comme l'affirmait un magistrat français en titre d'une contribution : « *Il faut croire en la Justice car la Justice n'existe pas ; c'est en y croyant qu'elle se fera…*[72] ». Gageons que l'éthique de la discussion permet aux cours de réaliser la justice. Mais la justice n'est alors pas immanente, c'est une justice collaborative qui associe tous les protagonistes à son exercice. C'est sans doute là une preuve que l'éthique de la discussion est un programme certes exigeant mais crucial à l'heure actuelle.

---

69 V. : P. MARTENS, « Les cours constitutionnelles : des oligarchies illégitimes ? », p. 66.

70 F. MICHAUT, « Le rôle créateur du juge selon l'école de la "sociological jurisprudence" et le mouvement réaliste américain. Le juge et la règle de droit », p. 365.

71 P. MARTENS, « La Cour constitutionnelle pratique-t-elle l'auto-restriction ? », *in* A. ALEN, F. DAOUT et P. NIHOUL (dir.), *Libertés, (l)égalité, humanité : Mélanges offerts à Jean Spreutels*, Bruxelles, Bruylant, 2018, p. 518.

72 S. GABORIAU, « Il faut croire en la Justice car la Justice n'existe pas : c'est en y croyant qu'elle se fera », in *Justice et politique : je t'aime, moi non plus …*, Bruxelles, Larcier, 2009, p. 67-81.

Copyright © PUSEK, Kaslik, 2023 | All Rights Reserved

BIBLIOGRAPHIE

Ouvrages

ARISTOTE, *Éthique à Nicomaque*, GF Flammarion, Paris, Flammarion, 2004.

ARLETTAZ, J. et BONNET, J., *Pouvoirs et démocratie en France*, Questions ouvertes, Paris, SCEREN CNDP-CRDP, 2012.

AUBENQUE, P., *La prudence chez Aristote*, Quadrige, Paris, PUF, 2014.

BONNECASE, J., *L'école de l'exégèse en droit civil - Les traits distinctifs de sa doctrine et de ses méthodes d'après la profession de foi de ses plus illustres représentants*, Bibliothèque de l'histoire du droit et des institutions, Paris, E. de Boccard, 1924.

CUSSET, Y., *Habermas - L'Espoir de la discussion*, Le bien commun, Paris, Michalon, 2001.

DEUMIER, P., *Introduction générale au droit*, Manuel, Paris, LGDJ, 2017.

DWORKIN, R., *L'empire du droit*, Recherches politiques, Paris, PUF, 1994.

DWORKIN, R., *Prendre les droits au sérieux*, Léviathan, Paris, PUF, 1995.

FRYDMAN, B., *Le sens des lois – Histoire de l'interprétation et de la raison juridique*, Penser le droit, Bruxelles, Bruylant, 2011.

GERARD, P., OST, F. et VAN DE KERCHOVE, M. (dir.), *Droit négocié, droit imposé ?*, Bruxelles, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 1996.

GOLTZBERG, S., *Chaïm Perelman : l'argumentation juridique*, Le bien commun, Paris, Michalon, 2013.

HÄBERLE, P., *L'État constitutionnel*, Droit public positif, Paris-Aix-en-Provence, Economica-PUAM, 2004.

HABERMAS, J., *Droit et démocratie – Entre faits et normes*, NRF Essais, Paris, Gallimard, 1997.

HABERMAS, J., *Morale et communication – Conscience morale et activité communicationnelle*, Champs – Essais, Paris, Flammarion, 1999.

HABERMAS, J., *Théorie de l'agir communicationnel - Tome 1 : Rationalité de l'agir et rationalisation de la société*, L'espace du politique, Paris, Fayard, 1987.

MALAURIE, P. et MORVAN, P., *Introduction au droit*, Droit civil, Paris, LGDJ, 2019.

MALINVAUD, P., *Introduction à l'étude du droit*, Manuel, Paris, LexisNexis, 2017.

MEUNIER, J., *Le pouvoir du Conseil Constitutionnel : essai d'analyse stratégique*, Bruxelles-Paris, Bruylant-LGDJ, 1994.

Copyright © PUSEK, Kaslik, 2023 | All Rights Reserved

OST, F., *Dire le droit, faire justice*, Penser le droit, Bruxelles, Bruylant, 2012.

PERELMAN, C., *Logique juridique – Nouvelle rhétorique*, Bibliothèque Dalloz, Paris, Dalloz, 1999.

PERELMAN, C. et OLBRECHTS-TYTECA, L., *Traité de l'argumentation : la nouvelle rhétorique*, UB Lire, Bruxelles, Éditions de l'Université de Bruxelles, 2008.

SCHNAPPER, D., *Une sociologue au Conseil constitutionnel*, NRF Essais, Paris, Gallimard, 2010.

TERRÉ, F., *Introduction générale au droit*, Précis, Paris, Dalloz, 2015.

VERDUSSEN, M., *Justice constitutionnelle*, Précis de la Faculté de Droit de l'Université Catholique de Louvain, Bruxelles, Larcier, 2012.

VERDUSSEN, M., *Les douze juges – La légitimité de la Cour constitutionnelle*, Quartier libre, Bruxelles, Editions Labor, 2004.

VERDUSSEN, M., « Un procès constitutionnel légitime », *in Renouveau du droit constitutionnel – Mélanges en l'honneur de Louis Favoreu*, Paris, Dalloz, 2007, p. 473-486.

Le droit souple, Conseil d'État, 2013.

Articles

ALEN, A., « Les relations entre la Cour de justice des Communautés européennes et les Cours constitutionnelles des États membres », *in Liber amicorum Paul Martens : l'humanisme dans la résolution des conflits : utopie ou réalité ?*, Bruxelles, Larcier, 2007, p. 665-713.

ANTONETTI, G., « Les Professeurs de la Faculté de droit de Paris : attitude et destin sous la Révolution et l'Empire », *Revue d'histoire des Facultés de droit et de la science juridique*, 1988, n° 7, p. 69-85.

BADINTER, R., « Une longue marche "Du Conseil à la cour constitutionnelle" », *Cahiers du Conseil constitutionnel*, 2008, p. 6-8.

BERGER, V., « Les Cours constitutionnelles et la Cour européenne des droits de l'homme », *Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, 2011, n° 32, p. 7-17.

BRUNET, P., « Le style déductif du Conseil d'État et la ligne de partage des mots », *Droit et société*, 2015, p. 545-561.

CANIVET, G., « La motivation des décisions du Conseil constitutionnel », *in* S. CAUDAL (dir.), *La motivation en droit public*, Thèmes & commentaires, Paris, Dalloz, 2013, p. 231-239.

Copyright © PUSEK, Kaslik, 2023 | All Rights Reserved

CAPPELLETTI, M., « Nécessité et légitimité de la justice constitutionnelle », *Revue internationale de droit comparé*, 1981, vol. 33, n° 2, p. 625-657.

CAYLA, O., « Habermas Jürgen », *in* O. CAYLA et J.-L. HALPERIN (dir.), *Dictionnaire des grandes oeuvres juridiques*, Paris, Dalloz, 2010, p. 229-239.

DELAUNAY, B., « Les cours suprêmes en France », *in Penser le droit à partir de l'individu – Mélanges en l'honneur d'Élisabeth Zoller*, Paris, Dalloz, 2018, pp. 577-590.

DUTHEILLET DE LAMOTHE, O., « Conseil constitutionnel et Cour européenne des droits de l'Homme : un dialogue sans paroles », *in Le dialogue des juges – Mélanges en l'honneur du président Bruno Genevois*, Paris, Dalloz, 2009, p. 403-417.

FAVOREU, L., « La légitimité du juge constitutionnel », *Revue internationale de droit comparé*, 1994, p. 557-581.

GABORIAU, S., « Il faut croire en la Justice car la Justice n'existe pas : c'est en y croyant qu'elle se fera », *in Justice et politique : je t'aime, moi non plus …*, Bruxelles, Larcier, 2009, p. 67-81.

HAKIM, N., « Julien Bonnecase : historien de la science juridique ? », *Études d'histoire du droit et des idées politiques*, 2006, n° 10, p. 291-302.

HOURQUEBIE, F., « L'argument conséquentialiste dans les décisions de justice », *Les Cahiers de la Justice*, 2014, p. 199-217.

HOURQUEBIE, F., « L'emploi de l'argument conséquentialiste par les juges de common law », *in* F. HOURQUEBIE et M.-C. PONTHOREAU (dir.), *La motivation des décisions des cours suprêmes et cours constitutionnelles*, Bruxelles, Bruylant, 2012, p. 25-46.

HUSSON, L., « Analyse critique de la méthode de l'exégèse », *Archives de philosophie du droit*, 1972, p. 115-133.

IMBERT, J., « L'enseignement du droit dans les Ecoles centrales sous la Révolution », *Revue d'histoire des Facultés de droit et de la science juridique*, 1986, n° 3, p. 37-56.

KRYNEN, J., « Le problème et la querelle de l'interprétation de la loi, en France, avant la Révolution (Essai de rétrospective médiévale et moderne) », *Revue historique de droit français et étranger*, 2008, n° 86, p. 161-197.

MAGNON, X., « L'ontologie du droit : droit souple c. droit dur », *RFDC*, 2019, p. 949-966.

MARTENS, P., « La Cour constitutionnelle pratique-t-elle l'auto-restriction ? », *in* A. ALEN, F. DAOUT et P. NIHOUL (dir.), *Libertés, (l)égalité, humanité : Mélanges offerts à Jean Spreutels*, Bruxelles, Bruylant, 2018, p. 505-519.

Copyright © PUSEK, Kaslik, 2023 | All Rights Reserved

MARTENS, P., « La pratique du délibéré collégial », *in* J. ENGLEBERT (dir.), *Questions de droit judiciaire inspirées de l'« Affaire Fortis »*, Collection de l'Unité de Droit Judiciaire de l'ULB, Bruxelles, Larcier, 2011, p. 9-21.

MARTENS, P., « Les cours constitutionnelles : des oligarchies illégitimes ? », in *La république des juges - Actes du colloque organisé par la conférence libre du jeune barreau de Liège*, Liège, Éditions du Jeune Barreau de Liège, 1997, p. 53-72.

MASTOR, W., « La part prudentielle dans l'oeuvre jurisprudentielle. Aristote au Palais Royal », *in Renouveau du droit constitutionnel – Mélanges en l'honneur de Louis Favoreu*, Paris, Dalloz, 2007, p. 255-275.

MICHAUT, F., « Le rôle créateur du juge selon l'école de la "sociological jurisprudence" et le mouvement réaliste américain. Le juge et la règle de droit », *Revue internationale de droit comparé*, 1987, p. 343-371.

OST, F., « Juge-pacificateur, juge-arbitre, juge-entraîneur. Trois modèles de justice », *in* P. GERARD, M. VAN DE KERCHOVE et F. OST (dir.), *Fonction de juger et pouvoir judiciaire : transformation et déplacements*, Bruxelles, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 1983, p. 1-70.

PASQUINO, P., « Voter et délibérer », *Revue européenne des sciences sociales*, 2007, p. 35-45.

PECH, L., « Le remède au gouvernement des juges : le judicial self-restraint », *in* S. BRONDEL, N. FOULQUIER et L. HEUSCHLING (dir.), *Gouvernement des juges et démocratie*, Paris, Publications de la Sorbonne, 2001, p. 63-113.

PLOUX, A., « La motivation comme remède à la crise de confiance dans le droit ! », *Politeia*, 2021, p. 487-494.

PONTHOREAU, M.-C., « L'énigme de la motivation encore et toujours l'éclairage comparatif », *in* F. HOURQUEBIE et M.-C. PONTHOREAU (dir.), *La motivation des décisions des cours suprêmes et cours constitutionnelles*, Bruxelles, Bruylant, 2012, pp. 5-24.

RIALS, S., « Dogmatique et humanités. Considérations françaises sur une séparation », *Droits*, 2009, n° 50, pp. 189-220.

RICOEUR, P., « L'acte de juger », in *Le juste*, Philosophie, Paris, Esprit, 1995, pp. 185-192.

SCHOLSEM, J.-C., « La Cour d'arbitrage », *Revue de droit de l'ULB*, 1990, n° 20, pp. 205-237.

URFALINO, P., « La décision par consensus apparent. Nature et propriétés », *Revue européenne des sciences sociales*, 2007, pp. 47-70.

WACHSMANN P., « L'oracle des libertés ne parle qu'une seule fois », *Jus Politicum*, 2012, pp. 229-247.

Copyright © PUSEK, Kaslik, 2023 | All Rights Reserved

USEK
Holy Spirit University of Kaslik Press

Revue juridique de l'USEK
*USEK **Law Journal***
Nº Spécial | 2023

(OA) Open Access

eISSN 2664-8156

PARTIE II

L'instrumentalisation de l'éthique à des fins juridiques : l'impératif d'une application éthique du droit

B. Pratique de la norme et éthique en période de crise

Copyright © PUSEK, Kaslik, 2023 | All Rights Reserved

USEK
Holy Spirit University of Kaslik Press

Revue juridique de l'USEK
*USEK **Law Journal***
Nº Spécial | 2023

(OA) Open Access

eISSN 2664-8156

Le secret médical au Liban : entre l'éthique et la loi et les bouleversements en mode post-covid / The Medical Secrecy in Lebanon: Between Ethics and Law and Post-covid Upheaval

Simia Abi Khalil, *Doctorat en Droit-Université de Rennes 1*, *Avocate à la Cour*, *Maitre de Conférences*, *Membre à l'institut de l'Ouest : Droit et Europe (IODE)-Rennes France*

Abstract

Medical secrecy is a fundamental right, imposed by medical ethics, law, morality and conscience. In antiquity, this principle was a moral duty and it is with evolutions, that it has become a legal obligation. Every patient has the right to the respect of his personal life and the confidentiality of the information concerning it. In various situations, information about the patient can be requested from the doctor. Theoretically, the derogation to the confidentiality is conditional on the patient's authorization, but practically in certain circumstances, the law intervenes to impose this derogation. In other situations, the conscience of the doctor, the morality and ethics of his profession intervene to make him the sovereignty to decide the fate of the information he holds. Thus, this principle of medical secrecy overlaps between ethics and law because certain ethical choices made by the physician cannot always be within a legal framework. Derogation to the secrecy might be seen as the result of a competition between two interests, that of the patient and that of society, which is not really the case; this derogation can take place whenever there is a legitimate reason.

It should be added that our contemporary society is today shaken by a real health crisis represented by Covid-19. For some doctors, it is the end of medical secrecy in the age of Covid. However, others are not worried, the objective is always the same; finding a balance between the general interest and the private interest and between security and freedom. They believe medical secrecy is never threatened.

Copyright © PUSEK, Kaslik, 2023 | All Rights Reserved

> « *La vraie bienfaisance aime le secret, elle ressemble à ces grands fleuves qui se retirent en silence des terres sur lesquelles ils ont porté la fertilité et les richesses* ».
>
> Jean Baptiste BLANCHARD, *Les maximes de l'honnête homme (1772)*.

« *Éthique et droit médical* », jusqu'à quel point peut-on en parler ?

En effet, l'objet de l'action médicale c'est autrui, sa finalité c'est la santé d'autrui et son mobile c'est la pitié devant la souffrance de cet autrui[1]. L'éthique sera de savoir comment réagir pour répondre à ces objectifs.

Ce concept d'Éthique, qui n'est point récent, n'arrête pas de s'accroitre de nos jours. Est-ce par simple mode ou hasard ou par nécessité dans notre société ? Pour Cella[2], ce terme « éthique » apparait en 345 avant Jésus-Christ dans les trois ouvrages du Corpus d'Aristote : « *L'éthique à Nicomaque* », « *L'éthique à Eudème* » et « *La Grande Éthique* ».

Alors que le droit constitue l'ensemble des règles de droit impératives s'imposant à l'ensemble des résidents dans un certain territoire et dont le non-respect mène à des sanctions, l'éthique se montre attachée à la conscience et non aux règles impératives.

Dans une situation complexe, la tâche qui incombe au médecin pourra se montrer trop difficile lorsqu'il doit trouver une solution qui respecte à la fois la déontologie, la morale, la loi et les contraintes de la société. Alors le recours à une assistance d'un comité d'Éthique[3] peut être une option, bien que son rôle soit juste consultatif et que la décision finale soit toujours celle du médecin.

---

1 C. JOLY et M. JOLY, *Éthique et déontologie médicale : droits des malades, problèmes liés au diagnostic, au respect de la personne et à la mort*, Springer, Paris 2010, p. 475-481.

2 A. CELLA, *L'Éthique médicale dans la pratique du médecin généraliste : Identification des conflits éthiques et de l'utilité d'une aide*, Thèse en médecine générale, Toulouse III, 2015, p. 4.

3 Au Liban, le Comité Consultatif National d'Éthique pour les Sciences de la Vie et de la Santé, fut créé par arrêté n° 63 du 15 Mai 2001. Suite à ce comité, on assista à la création de comités locaux d'éthique dans les hôpitaux.

En France, les premiers comités d'éthique datent de 1975, dont le rôle était de valider les protocoles de recherches et c'est en 1983 que fut créé le Comité Consultatif National d'Éthique (CCNE). Les comités d'éthique cliniques sont encadrés par la loi et se trouvent au sein des centres hospitaliers.

Copyright © PUSEK, Kaslik, 2023 | All Rights Reserved

Pour Beauchamp, la décision du médecin doit surtout s'appuyer sur quatre principes éthiques, à savoir le principe d'autonomie, le principe de bienfaisance, celui de non malfaisance et finalement celui de justice[4]. Cependant, il a été montré[5] que la majorité des médecins étaient souvent confrontés éthiquement à plusieurs décisions et problématiques difficiles, notamment celles du consentement du patient, des début et fin de vie et surtout celle du secret professionnel sujet de notre développement.

La notion du secret médical tient une grande importance dans l'éthique, la déontologie et la loi. La confidentialité des données médicales personnelles du malade, était depuis toujours protégée[6]. Mais actuellement, avec toutes les évolutions qui ont eu lieu, notamment dans le domaine de la loi et dans celui du traitement des données personnelles de santé ainsi que les bouleversements profonds et les changements brusques que subit notre monde touché gravement par la pandémie du Covid-19, nous nous demandons si cette protection est toujours assurée au Liban (I) ou le secret médical se trouve-t-il de plus en plus menacé ? (II)

I. Un secret médical protégé

La notion du secret médical n'est pas récente, elle remonte au IV^e^ siècle avant J.-C à l'époque d'Hippocrate, considéré aujourd'hui comme père de la médecine.

« *Dans l'antiquité, le secret médical était un devoir moral, il n'avait pas d'existence juridique et il fallut attendre la Renaissance pour que ce devoir moral devient consacré par la jurisprudence puis la législation*[7] ». Ainsi, il serait indispensable de commencer par déterminer le fondement de ce principe, soit un fondement historique, moral et un fondement juridique (A), avant de passer aux conséquences en cas de faille à ce principe (B).

---

4 T.L. BEAUCHAMP et J.F. CHILDRESS, *Principles of Biomedical Ethics*, Oxford University Press, 4e éd., 1994, p. 546. (La traduction française est parue en 2007 aux éditions Les Belles Lettres sous le titre Les Principes de l'Éthique Biomédicale) ; E. DELASSUS, « Analyse critique du principisme en éthique biomédicale », <https://hal.archives-ouvertes.fr/hal-01486803>, consulté le 14 mai 2021.

5 A. CELLA, *L'Éthique médicale dans la pratique du médecin généraliste : Identification des conflits éthiques et de l'utilité d'une aide*, p. 4, 7, 9 et s.

6 M.H. MOUNEYRAT, *Éthique du secret et secret médical*, dans Pouvoirs 2001/2, no 97, p. 52.

7 B. FEUILLET, « Les fondements du secret médical », *Revue juridique de l'Ouest*, 2000, N-S, p. 1.

Copyright © PUSEK, Kaslik, 2023 | All Rights Reserved

A. Fondement du secret médical

L'histoire de la relation médecin-malade montre, depuis son apparition, une relation basée sur la confiance entre le malade et son médecin. « *Dans l'étymologie latine, le verbe* confier *(du latin* confidere *:* cum, *« avec » et* fidere *« fier ») signifie qu'on remet quelque chose de précieux à quelqu'un, en se fiant à lui et en s'abandonnant ainsi à sa bienveillance et à sa bonne foi*[8]». Dans ce sens, rien n'est plus cher que la vie de la personne confiée à son médecin et la confidentialité relative à cette vie.

Hippocrate de Cos, considéré père de la médecine, avait inspiré le serment des médecins. La première version qui date du IV[e] siècle av. J-C. a évolué depuis l'ancienne époque jusqu'à nos jours et se montre une composante essentielle de la relation médecin-patient. Il a été maintes fois traduit mais toujours dans la plus grande fidélité à l'original[9]. Sa première version débute ainsi : « *Je jure par Apollon médecin, par Esculape, Hygie et Panacée, par tous les Dieux et Déesses. Je les prends tous à témoin que, dans la mesure de mes forces et de mes connaissances, je respecterai le serment et l'engagement écrit suivant…* » pour continuer « *quoi que je voie ou entende dans la société pendant l'exercice de ma profession, je tairai ce qui n'a jamais besoin d'être divulgué…* [10]».

Aujourd'hui, ce serment, bien que légèrement modifié, est toujours prêté par les médecins tant au Liban qu'en France et sa valeur de respecter le secret médical est toujours la même[11].

Cependant, le secret médical qui constitue « *la pierre angulaire de la morale médicale* »[12], ne peut être maintenu que par une relation de confiance

---

8 A. TOLEDANO, « L'importance de la confiance en médecine ? », 1 déc, 2019, <https://institut-rafael.fr/recherche-innovation/humanisme-et-medecine/limportance-de-la-confiance-en-medecine/>, consulté le 16 mai 2021.

9 Nous citons notamment les traductions par :
- Traduction de E. LITTRE 1891-1861 in E. DELASSUS, « Actualité du serment d'Hippocrate », <https://hal.archives-ouvertes.fr/file/index/docid/596845/filename/serment_d_hippocrate.pdf>, consulté le 22 mai 2021.
- J. JOUANNA, *Hippocrate*, Paris, Librairie Arthème Fayard, 1992.
- Traduction littéraire de M. RIQUETR et E. DES PLACES, d'après le texte grec édité par J. PETREQUINP, *La chirurgie d'Hippocrate*, Paris, 1878.

10 HIPPOCRATE DE COS, *De l'art médical*, Le livre de Poche, 1994, p. 82-83 (IV, 629-633).

11 Nous lisons dans le dernier amendement de la Déclaration de Genève (octobre 2017) : *« Je respecterai les secrets qui me seront confiés, même après la mort de mon patient… ».*

12 M.H. MOUNEYRAT, *Éthique du secret et secret médical*, p. 47-61.

Copyright © PUSEK, Kaslik, 2023 | All Rights Reserved

unissant le médecin à son patient. Comme l'écrivait Emile Garçon à la fin du siècle dernier dans son commentaire de l'article 378 du Code Pénal : « *Le bon fonctionnement de la société veut que le malade trouve un médecin, le plaideur un avocat, le catholique un confesseur. Mais ni le médecin, ni l'avocat, ni le prêtre ne pourraient accomplir leur mission si les confidences qui leur sont faites n'étaient assurées d'un secret inviolable*[13] ».

Le patient ne sera point honnête avec son médecin sur ce qu'il sent et ce qu'il craint s'il n'a pas confiance en lui. Abou Mrad rappelle dans son article sur l'éthique médicale les paroles de l'ancien président du Conseil National de l'Ordre des médecins français le 8 juillet 1944 : « *Le respect du secret professionnel étant la condition nécessaire de la confiance que les malades portent à leur médecin, il n'est aucune considération administrative qui puisse nous en dégager*[14] ».

La maladie touche au plus intime de la personne, son corps, son âme, son esprit, son intimité et toute sa vie. La personne souffrante devient vulnérable et sensible aux influences extérieures[15]. Ainsi, elle doit « *pouvoir s'en remettre au médecin en toute confiance et franchise sans risquer d'être trahi*[16] ». La confiance qui unit médecin-patient est pareille à celle entre le fidèle et le prêtre, une relation qui n'a comme témoin que Dieu, le patient peut tout révéler au médecin sans honte sans crainte ; c'est une sorte de confession. Nombreux sont ceux qui répètent avec le Professeur Louis Portes qu'« *il n y a pas de soins de qualité sans confidences, de confidences sans confiance, de confiance sans secret*[17] ». Mais cette confidentialité se trouve-t-elle aujourd'hui affaiblie par l'évolution du fondement juridique du secret médical ? si c'est le cas, alors le malade préfèrera se méfier du médecin et ne pas trop lui dévoiler.

---

13 *Le secret professionnel*, (dir. R. FORNI), *Actes du colloque, Conférences des Bâtonniers à l'Assemblée nationale, 22 novembre 2000*, <https://www.assemblee-nationale.fr/presidence/discours/3eba0046.asp>, consulté le 8 mars 2022.

14 A. ABOU-MRAD, « Éthique médicale : Le secret médical fait-il loi au Liban ? » *Journal Médical Libanais* 2006-vol. 54 (4), p. 230-231.

15 أ. **أبو مراد**، "السرية الطبية"، مجلة نقابة الأطباء، كانون الثاني ٢٠٠٥, ص ١٩-٢٢.

16 Conseil National de l'Ordre des médecins (France), Guide d'exercice professionnel, Paris : Médecine-Science Flammarion, 17e édition, 1998, cité par A. Abou-Mrad, *Éthique médicale : Le secret médical fait-il loi au Liban ?*
Éthique médicale : Le secret médical fait-il loi au Liban ?

17 L. PORTES, Président du Conseil National de l'Ordre des médecins, l'Académie des sciences morales et politiques, le 5 juin 1950.

Copyright © PUSEK, Kaslik, 2023 | All Rights Reserved

Actuellement, le fondement juridique du secret dans le système libanais est évident puisque ce devoir est imposé au médecin par les différents textes de loi, soit le Code des Obligations et des Contrats, le Code Pénal, la loi sur les droits des malades…et il relève également des dispositions du Code de la déontologie médicale. Ainsi, il se montre comme un devoir déontologique ainsi qu'un devoir légal[18].

Notre Code de Déontologie Médicale[19] traite cette obligation sous le titre de « *secret professionnel* » où il précise que le secret professionnel s'imposant au médecin est d'ordre public. Le médecin doit le respecter dans toutes les circonstances dans lesquelles il est amené à traiter un malade ou à être consulté[20]. Le médecin doit remettre au malade, personnellement, s'il lui en fait la demande, un certificat attestant de son état de santé…[21].

Les chercheurs et les autorités sanitaires ont droit d'accéder aux dossiers médicaux dans l'intérêt du progrès scientifique à condition que les noms des malades ne soient pas dévoilés et toujours dans le respect du secret professionnel[22]. La charte des principes éthiques en matière de recherche scientifique au Liban[23], précise que le chercheur/évaluateur, doit respecter les secrets des données et des résultats que contiennent les documents en sa possession et s'abstient de les utiliser dans ses activités actuelles ou ultérieures. Tout acte contraire est considéré comme une violation des règles d'éthique et exposerait l'évaluateur à des poursuites judiciaires[24] et puisque cette charte n'a pas désigné la sanction exacte alors nous pouvons appliquer

---

18 Nous citons surtout l'article 7 du Code de déontologie médicale libanais et l'article 579 du code pénal libanais qui insistent sur l'obligation du médecin de respecter le secret professionnel.

19 L. n° 288 du 22 février 1994, *JORL* n° 9 du 3 mars 1994, modifiée par la L. n° 240 du 22 octobre 2012, *JOFL* n° 45 du 25 octobre 2012, p. 4877 et s.

20 C.D.M, art. 7 al. 1.

21 C.D.M., art. 7 al. 2.

22 C.D.M., art. 29 al. 6.

23 Charte des principes éthiques en matière de recherche scientifique au Liban élaborée par le Conseil National de la Recherche scientifique le 15 Juillet 2016, شرعة المبادئ الأخلاقية للبحث العلمي في لبنان المجلس الوطني للبحوث العلمية (لبنان)>: Free Download, Borrow, and Streaming : Internet Archive>, consulté le 8/3/2022.

24 Art. 4.1.(1) de la Charte des principes éthiques en matière de recherche scientifique au Liban.

Copyright © PUSEK, Kaslik, 2023 | All Rights Reserved

les articles du Code des Obligations et des Contrats, le Code de Déontologie Médicale et celui pénal[25].

En effet, le secret au Liban s'impose à tous les professionnels et dure même après la fin de leurs services[26].

De ces dispositions, nous remarquons la grande importance accordée au secret médical comme principe émanant de l'Ordre public s'imposant au médecin envers son patient, dans le sens qu'il est impératif et non supplétif[27]. Ainsi, les informations concernant la santé ne peuvent en aucun cas, sauf pour les exceptions à traiter dans la deuxième partie, être divulguées.

La déontologie médicale en France[28], consacre le même principe : « *Le secret professionnel, institué dans l'intérêt des patients, s'impose à tout médecin dans les conditions établies par la loi*[29]».

Cependant, « *le secret médical tout autant que tout secret de vie privée, ne sont des droits au malade et au médecin que s'ils sont légitimes ; s'ils visent à protéger un droit légitime*[30] ». Dans ce contexte, répondre au secret éthiquement sans que cette éthique n'ait un support juridique serait hypothétique.

La loi sur les droits des malades au Liban, dispose, que tout malade pris en soins par un médecin ou un établissement de soins, a droit à ce que soient

---

25 D'après le C.O.C, le débiteur est condamné au paiement de dommages et intérêts (articles 122 et 123) … Quant à la poursuite disciplinaire, elle est imposée par l'article 61 du Code de Déontologie Médicale libanais et la sanction disciplinaire peut aller du simple avertissement à l'interdiction définitive d'exercer.
Le Code Pénal libanais impose un emprisonnement d'un an au plus et d'une amende qui n'excèdera pas quatre cents livres libanaises si le fait est susceptible de causer un préjudice même moral (article 579) …

26 Le Code de Procédures Civiles libanais met dans son article 264 à la charge de tous les professionnels notamment les avocats, mandataires, médecins et autres l'obligation du respect du secret professionnel même après la fin de leur service à moins que l'information mentionnée à lui ne révèle l'intention de commettre un crime ou un délit.

27 A. ABOU-MRAD, *Éthique médicale : Le secret médical fait-il loi au Liban ?*, vol. 54(4), p. 230-231.

28 Code de déontologie médicale français figurant dans le code de la santé publique sous les numéros R.4127-1 à R.4127-112.

29 C.S.P., art. R. 4127-4.

30 P. NASR, « L'aspect juridique du secret médical », *in Droit à la santé dans les sociétés contemporaines*, *Actes du colloques*, *USEK*, février 1999, p. 126.

Copyright © PUSEK, Kaslik, 2023 | All Rights Reserved

respectés sa vie personnelle et le secret des informations y relatives[31]. Ainsi, le secret médical est une obligation pesant à la charge du médecin, dont l'objet est de ne pas dire, de ne pas révéler, donc une obligation négative de ne pas faire : « *Il y a obligation négative chaque fois que l'obligation a pour objet l'abstention d'un fait quelconque* [32]». Et autant que possible, l'exécution des obligations doit avoir lieu en nature, le créancier ayant un droit acquis à la prestation même qui forme l'objet du rapport obligatoire[33]. Dès lors, le médecin a l'obligation d'exécuter en nature son obligation, une obligation de résultat, contrairement au principe général qui précise que l'obligation du médecin est une obligation de moyen. Aux termes de l'article 264 du Code de Procédures Civiles libanais[34], le secret est un résultat qui incombe au professionnel de santé comme aux autres professionnels.

En effet, toutes les pratiques médicales au Liban exigent le respect du secret. Nous citons notamment la loi n° 625 du 20 novembre 2004 sur « *Les tests génétiques humains* », qui précise dans son article 14, qu'il est interdit de révéler les résultats des tests aux parents ou à une tierce personne, publique ou privée sans le consentement écrit et clair de l'intéressé. Cette obligation de respect du secret médical a pour fondement la sauvegarde d'une part de l'intérêt du malade et d'autre part celui de la société et c'est pourquoi elle fut consacrée dans les deux Codes Pénaux libanais et français[35].

B. La responsabilité en cas de faille

Il est généralement admis que la relation qu'entretiennent un patient et son médecin est de nature contractuelle. Le médecin s'engage à respecter diverses obligations, parmi lesquelles l'obligation de garder le secret médical et tout faire afin d'essayer de le guérir[36] et le malade s'engage à régler les

---

31 L. n° 574 du 11 février 2004 sur les droits du malade et le consentement, *JORL* n° 9 du 13 février 2004 p. 507, art.12.

32 L. du 9 mars 1932 relative au Code des Obligations et des Contrats libanais (C.O.C.), *JORL* n° 2642 du 11 avril 1932, p. 104-2, art. 51.

33 C.O.C., art. 249.

34 L'art. 264 C.P.C. dispose : « *Il est interdit aux avocats, aux mandataires ou aux médecins, ou tous ceux qui, du fait de leur profession, reçoivent des informations de divulguer ces informations même après la fin de son service ou de disparition de sa qualité…* »

35 C.P.L., art. 579 et C.P.F, art. 226-13.

36 تمييز مدني، رقم ٩٣، تاريخ ٢٠١١/١١/٢٤، مجموعة باز ٢٠١١، عدد ٥٠، ص ٤٧٦.

Copyright © PUSEK, Kaslik, 2023 | All Rights Reserved

honoraires et respecter le traitement auquel il a consenti[37] sans oublier qu'il peut toujours mettre fin à ce consentement ou ce traitement[38]. Cependant, d'autres questions se posent, notamment celle de l'étendue de cette obligation ou autrement dit sur quels éléments du processus de soins porte le secret et qui en est le débiteur ? Quelles sont les sanctions imposées en cas d'omission à ce principe fondamental ? Dans quelles mesures l'éthique et le droit vont s'unir pour une meilleure effectivité ?

Le contenu du secret médical appartient au malade seul. C'est vrai que l'information est partagée avec le médecin mais la propriété de cette information demeure celle du patient ; il est le seul à en disposer librement. Le domaine du secret est très large, il recouvre toutes les informations entre les mains du professionnel concernant le cas de son patient, toutes les informations divulguées par le malade ainsi que tout ce que le médecin aurait pu voir, appris, découvert ou déduit dans le cadre de l'exercice de sa profession ou résultant des examens subis[39].

Le dossier de chaque malade doit contenir les informations relatives aux antécédents médicaux, les notes des médecins, les notes des professionnels paramédicaux, les diagnostics, les comptes rendus, les résultats des examens, les prescriptions, les recommandations…[40] Ainsi, le secret concerne toutes les informations mentionnées dans le dossier.

La situation est pareille en France, le secret concerne tout ce qui est venu à la connaissance du médecin dans l'exercice de sa profession, non seulement ce qui lui a été confié, mais aussi ce qu'il a vu, entendu ou compris[41].

Quant au débiteur de l'obligation du secret médical, cette question n'a point posé d'ambiguïté dans le système libanais car elle a été clairement traitée par la loi sur les droits des malades et du consentement éclairé, ainsi que dans le Code de Déontologie Médicale. Si le patient est sous la garde d'une équipe de soins médicaux dans un établissement de santé, cette

---

37 دليل المرضى، جمعية المقاصد الخيرية الإسلامية في بيروت ٢٠٢٢ : "من واجبات المريض اتباع الخطة الطبية والتعليمات التي تقدمها له الفرق الطبية والتمريضية"، "من واجبات المريض ابلاغ الطبيب في حال عدم النية بمواصلة العلاج المقرر وتقديم كل المعلومات الخاصة بحالته الصحية واتباع الارشادات المتعلقة بالعلاج والمقدمة له من قبل الطاقم الطبي"...
<https://hospital.makassed.org/ar/patients-guide/>, تاريخ الاطلاع ٢٢٠٢/٨/٨١.

38 L. n° 574/2004, art. 6.

39 C.D.M. lib., art. 7.

40 N. SALWAN, *La responsabilité du médecin en droit libanais*, Sader, 2015, p. 79.

41 C.S.P., art. R. 4127-4.

Copyright © PUSEK, Kaslik, 2023 | All Rights Reserved

équipe est considérée comme étant chargée des informations à ce sujet et est liée par le secret professionnel, comme c'est le cas du médecin traitant, conformément aux dispositions du Code Pénal et celui de la Déontologie Médicale[42]. De la même façon, le médecin doit s'assurer que ses assistants gardent le secret professionnel[43]. Cependant, le terme assistant ne montre pas vraiment si ces personnes sont obligatoirement parmi le personnel médical ou pas, d'où nous pouvons déduire que tout assistant au médecin est soumis à cette obligation[44], surtout, que la relation qui unit le patient à son médecin dans le processus de soins accordés, est une relation contractuelle où les parties contractantes sont d'une part, le patient créancier du secret et d'autre part le médecin débiteur. Ainsi, tout professionnel ou associé qui remplacera le médecin deviendra le débiteur.

Nul ne conteste le caractère mixte du secret médical. Un caractère qui constitue un mélange de morale, d'éthique et de droit. Cella précise, bien que les deux expressions « *morale* » et « *éthique* » ont été considérées comme synonymes pendant longtemps, cependant, alors que :

« *La morale s'exprime par un ensemble de règles et de principes de bonnes conduites imposant de faire le bien et d'éviter le mal*[45]*. Elle est impérative, directive et normative… L'éthique est une réflexion sur les valeurs humaines : la qualité de vie, l'identité, la liberté des personnes. Elle est réflexive, tolérante et interactive…, la visée de l'éthique n'est pas le Bien…*[46] ». D'où l'importance de forcer cette relation en créant un support juridique à l'éthique en cas d'omission.

Le médecin qui viole le secret médical sera soumis à des sanctions civiles, disciplinaires et pénales. Comme déjà vu, l'obligation contractuelle du médecin doit autant que possible être exécutée en nature. Cette règle est valable non seulement pour les obligations de donner, mais aussi pour les obligations de faire ou de ne pas faire[47] comme c'est le cas de l'obligation au secret qui consiste à ne pas dire. Donc, en cas d'inexécution, le débiteur

---

42 L. n° 574/2004, art. 12.

43 C.D.M. lib., art. 7 al. 18.

44 ط. **عجاج**، المسؤولية المدنية للطبيب، دراسة مقارنة، المؤسسة الحديثة للكتاب، ٢٠٠٤، ص ١٣٦.

45 R. GUEIBE, « Le droit, la déontologie, la morale et l'éthique », *La lettre du Groupe Francophone d'Étude et de Formations en Éthique de la Relation de Service et de Soin*, 2009 ; 1-2: 3, cité par A. CELLA, *L'Éthique médicale dans la pratique du médecin généraliste : Identification des conflits éthiques et de l'utilité d'une aide*, p. 5.

46 A. CELLA, *L'Éthique médicale dans la pratique du médecin généraliste : Identification des conflits éthiques et de l'utilité d'une aide*, p. 5.

47 C.O.C., art. 250.

Copyright © PUSEK, Kaslik, 2023 | All Rights Reserved

est condamné au paiement de dommages et intérêts[48]. Lorsque l'obligation n'est pas exactement et intégralement exécutée en nature, le créancier a droit à des dommages-intérêts qui viennent se substituer, faute de mieux, à l'exécution directe de l'engagement[49]. Également, la violation du secret médical constitue une atteinte à la vie privée de la personne et donne droit à la réclamation de dommages et intérêts.

Quant à la poursuite disciplinaire, elle est imposée par l'article 61 du Code de Déontologie Médicale libanais et la sanction disciplinaire peut aller du simple avertissement à l'interdiction définitive d'exercer[50]. Quant à la loi sur les droits des malades, elle ne précise pas de sanctions mais elle renvoie[51] plutôt aux dispositions du Code Pénal et celles du Code de la Déontologie Médicale quant aux dérogations légales au secret professionnel.

Il est indéniable que le secret médical est d'ordre public[52] et inscrit dans la déclaration universelle des Droits de l'Homme. Sa violation peut créer un préjudice aux particuliers et à la société puisque :

> « *Son intérêt est double. D'intérêt public d'une part, car chacun doit pouvoir être soigné convenablement et doit avoir la garantie de pouvoir se confier à un médecin, peu importe sa situation, afin de bénéficier de soins adaptés sans crainte aucune. D'intérêt privé d'autre part puisque le médecin se doit de garantir le secret au patient qui se confie à lui*[53] ».

Le Code Pénal libanais précise que quiconque ayant, en raison de son état, de sa fonction, de sa profession ou de son art, connaissance d'un secret et qui le révèlera sans juste motif, ou bien l'utilisera à son profit personnel ou au profit d'un tiers sera puni d'un emprisonnement d'un an au plus et d'une amende qui n'excèdera pas quatre cents livres libanaises si le fait est susceptible de causer un préjudice même moral[54]. Nous remarquons que

---

48 C. civ., art. 1231-1 (créé par l'ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016-art. 2).

49 C.O.C., art. 252.

50 L. n° 313 du 6 avril 2001, art. 37, cité dans N. A. DIAB, « Le droit libanais du secret médical », *Revue de l'université Saint Joseph « Travaux et Jours »*, janvier 2016, <https://ccnle.org.lb/sites/default/files/pages/files/secret_medical_prof_diab.pdf>, consulté le 19 mai 2021.

51 L. n° 574/2004, art. 12.

52 L'article 7 du Code de déontologie médicale libanais commence par le préciser expressément : « *Le secret professionnel imposé au médecin est d'ordre public…* ».

53 J. EPAILLARD, « Tout savoir sur le secret médical », 6 mars 2019, <Le Quotidien Du Patient (le-quotidien-du-patient.fr)>, consulté le 8 janvier 2022.

54 C.P.L., art. 579 modifié par la loi n° 239 du 27 mai 1993.

Copyright © PUSEK, Kaslik, 2023 | All Rights Reserved

l'article 579 n'exige pas l'intention du médecin de nuire, donc la seule révélation dans un intérêt personnel ou de l'autre susceptible de causer un préjudice sera sanctionnée[55]. Nous citons dans ce contexte le célèbre arrêt rendu par la Cour de cassation française le 18 décembre 1885 qui condamna le docteur Watelet pour dérogation au secret professionnel. Dans les faits, Bastien Lepage, patient atteint de cancer sans espoir de guérison avait été autorisé de faire un dernier voyage. À sa mort, une campagne de presse accusa le médecin de négligence. Pour se défendre, le médecin adressa une lettre au journal en expliquant toute la situation du patient, ce que la Cour considéra comme violation du secret professionnel même si le médecin n'avait pas l'intention de nuire. Sur ce point, la jurisprudence libanaise est encore absente.

Pour le Code pénal français[56], la révélation d'une information à caractère secret par une personne qui en est dépositaire soit par état ou par profession, soit en raison d'une fonction ou d'une mission temporaire, est punie d'un an d'emprisonnement et de 15 000 euros d'amende[57].

Nous discernons que le Code Pénal français n'a pas exigé comme celui libanais un préjudice matériel ou moral. Ainsi, peu importe le résultat, toute révélation sera sanctionnée. Mais dans d'autres situations, la Cour d'Appel, s'est prononcée sur le fait qu'il n'y a pas eu violation du secret médical mais non pour absence ou présence d'une intention de nuire mais par rapport au contenu des informations délivrées[58].

Contrairement au texte libanais, le Code pénal français ne reconnait pas expressément l'excuse du juste motif. Cependant l'article 226-14 du Code pénal français consacre des dérogations à l'obligation du secret médical. D'où nous déduisons que les deux systèmes se rencontrent sur ce point.

---

55 N. A. DIAB, *Le droit libanais du secret médical*, <https://ccnle.org.lb/sites/default/files/pages/files/secret_medical_prof_diab.pdf>, consulté le 19 mai 2021.

56 C.P.F., art. 226-13 modifié par Ordonnance n°2000-916 du 19 septembre 2000, art. 3 (V) *JORF* 22 septembre 2000 en vigueur le 1er janvier 2002.

57 Cass. crim.,*Watelet*,19 décembre 1885, *Sirey*, 1886, I, rapport Talon.

58 CA Bordeaux, 13 mai 2015, n°12/06590, <Cour d'appel de Bordeaux, 13 mai 2015, 12/06590 - Légifrance (legifrance.gouv.fr)>, consulté le 6 août 2022, *(« Monsieur X. a fait assigner devant le Tribunal de Grande Instance de Périgueux le SMIT 24 et le docteur Y... afin de voir dire que le docteur Y...avait commis une faute qui est la violation de secret médical, l'intention de nuire… »).*

Copyright © PUSEK, Kaslik, 2023 | All Rights Reserved

Avant de conclure, il est indispensable de signaler que l'obligation du secret médical survit même à la mort du malade, ce qui fut consacré par le juge des référés à Paris dans la célèbre affaire des héritiers du président François Mitterrand[59]. Dans les faits, le médecin du président, Claude Gubler publia après la mort de M. Mitterrand un livre intitulé « Le grand secret », où, il révéla l'atteinte du président d'un cancer de la prostate depuis 1981. Le 18 janvier 1996, le juge des référés de Paris ordonna, sur demande de la famille du président, le retrait du livre du marché. Le 6 avril 1997, Mr. Gubler fut exclu par l'ordre des médecins pour avoir dérogé au principe du secret médical et avoir porté atteinte à l'honneur de la profession. Cependant, le 18 mai 2004, l'interdiction du livre fut levée par la Cour européenne de droits de l'homme[60] au nom de la liberté d'expression. Ce qui fut traduit par la majorité comme une gifle infligée à la justice française.

Alors qu'au Liban, en cas de décès du patient, les titulaires de droits peuvent accéder aux informations contenues dans son dossier médical tant qu'il est nécessaire de leur permettre de connaître les causes de sa mort, de défendre sa mémoire ou de prouver leurs droits, à moins que le patient n'exprime son refus avant sa mort[61]. Donc, en cas de silence du malade durant son vivant, la décision sera celle du médecin ou des autorités judiciaires pour décider si les informations contenues dans le dossier pourront ou non aider la famille à comprendre la cause de la mort.

Néanmoins, il nous semble que l'impératif du secret médical se trouve aujourd'hui de plus en plus menacé. Technologie, état d'urgence, évolution des législations, des plateformes regroupant des personnes extérieures à la relation médecin-patient notamment les caisses d'assurance maladie, les systèmes d'information de traçage de la pandémie du Covid-19… tous des facteurs qui nous poussent à questionner la rigueur de ce secret.

---

59 J. M. VINCENT, « L'ex-médecin personnel de Mitterrand ne regrette rien », <https://pressreader.com>, consulté le 25 mai 2021 ; R. LECADRE, « L'Europe donne raison au docteur Gubler », <https://liberation.fr/societe/2004/05/19/l-europe-donne-raison-au-docteur-gubler_479970>, consulté le 25 mai 2021.

60 Cour EDH, Strasbourg, 18 mai 2004, n° 58148/00, <https://hudoc.echr.coe.int/fre?i=001-66318>, consulté le 8 janvier 2022.

61 L. n° 574/2004, art. 17.

Copyright © PUSEK, Kaslik, 2023 | All Rights Reserved

II. Un secret médical menacé

Le secret médical, obligation absolue à la charge du médecin, se trouve aujourd'hui remis en cause par des dérogations d'origine législative ou règlementaire, mais aussi par la volonté pressante des patients eux-mêmes[62] et nouvellement par l'émergence de la pandémie du Covid-19. Pour certains, les dérogations étaient nécessaires pour que cette notion de secret s'adapte aux nécessités de la santé publique moderne. Pour d'autres, ces dérogations ne font qu'affaiblir le secret, surtout en l'absence du consentement du malade. Selon le cas, nous pouvons parler soit d'une levée du secret qui existait déjà avant l'apparition du Covid et qui persiste toujours(A), soit d'une levée résultant de l'apparition du Covid (B).

A. Les dérogations pré-covid

La protection de la vie privée du malade est sans doute l'une des obligations majeures mises à la charge du médecin traitant. Mais qu'en est-il si le respect du secret risque de nuire à la société ? le médecin préférera-t-il la vie privée de son patient à l'intérêt général ? Certainement la réponse est négative. Ce n'est pas une question de préférence ni de compétition, c'est une question d'équilibre. D'où se posent des dérogations légales qui peuvent selon le cas ou bien autoriser au médecin la levée du secret ou bien lui imposer cette levée. De même, cette levée aura lieu dans certaines situations, avec le consentement du patient et dans d'autres, sans son consentement.

Les dérogations au caractère absolu du secret médical imposées au médecin sont bien énumérées et précisées par le législateur libanais. Toutefois, la levée ne doit s'agir que de l'information nécessaire et non une levée complète relative à tous les détails. Dans certains cas, le médecin n'a pas le choix, il est contraint de délivrer l'information requise.

Pour commencer, le Code de Déontologie Médicale libanais[63] interdit au médecin de se prévaloir du secret professionnel devant le conseil disciplinaire de l'ordre des médecins. C'est le cas notamment lorsque des plaintes sont portées contre lui devant l'Ordre par des malades.

Le médecin, appelé par la police judiciaire, doit, après avoir prêté serment, fournir toutes les informations devant les juridictions pénales[64]. Bien qu'il soit

62 M. H. MOUNEYRAT, *Éthique du secret et secret médical*, p. 47-61.

63 C.D.M., art. 7 al. 17.

64 C.D.M., art. 7 al. 4.

Copyright © PUSEK, Kaslik, 2023 | All Rights Reserved

interdit au médecin de dénoncer le malade qui lui aurait avoué avoir commis un crime, le médecin qui découvre lors de la consultation du malade une telle infraction doit obligatoirement informer le ministère public[65]. Alors même que l'amende est dérisoire, le même principe est imposé par le Code pénal libanais[66]. En outre, le médecin est appelé à témoigner devant les tribunaux lorsque son témoignage empêchera la condamnation d'un innocent[67]. Dans ce contexte, il est intéressant de signaler les conclusions portées par Mme Philomène Nasr à propos des crimes. M[me] Nasr considère que l'article 400 du Code pénal libanais distingue entre les délits pour lesquels l'action publique n'est pas conditionnée par la plainte de la victime et ceux conditionnés par cette plainte ; c'est notamment les coups et blessures entrainant une maladie ou incapacité de travail de moins de 10 jours et les crimes d'inceste (sauf en cas de scandale public où le médecin ne doit plus garder silence)[68]. Dans ces deux situations le médecin qui dévoilera l'acte sera poursuivi pour atteinte au secret médical. Donc, M[me] Nasr termine par se demander qui protège-t-on par ces dispositions, est-ce le criminel[69] ?

La situation est identique durant les différentes investigations, le secret se trouve transgressé, le juge, la police et les autorités judiciaires sanitaires peuvent mettre la main sur des dossiers et documents médicaux…[70]. Convoqué comme expert par un tribunal pour examiner un malade ou pour examiner son dossier, le médecin est dispensé du secret professionnel[71]. Bien que rédigé ainsi, nous comprenons de l'alinéa 7 de l'article 7 du Code de Déontologie Médicale libanais que le médecin ici n'a pas le choix, il a l'obligation.

---

65 C.D.M., art. 7 al. 5.

66 C.P.L., art. 400 : « *Quiconque, dans l'exercice d'une profession sanitaire, aura assisté une personne paraissant avoir été la victime d'un crime, ou d'un délit susceptible d'être poursuivi d'office et ne l'aura pas dénoncé à l'autorité, encourra une amende de 20.000 à 200.000 LL.* »

67 C.D.M., art. 7 al. 6.

68 Nasr précise que l'inceste ou relations sexuelles entre parents ou alliés légitimes ou naturels ou entre frères et sœurs germains, consanguins ou utérines ou alliés de même degré (art. 490 C.P.L) et quel que soit l'âge de la victime et découvert par le médecin, doit rester dans le secret ; sauf s'il y a eu scandale.

69 Ph. NASR, « L'aspect juridique du secret médical », *in Droit à la santé dans les sociétés contemporaines*, *Actes du colloques*, *USEK*, février 1999, p. 124.

70 C.D.M., art. 29 al.7 et 8.

71 C.D.M., art. 7 al. 7.

Copyright © PUSEK, Kaslik, 2023 | All Rights Reserved

D'autres situations découlent de l'ordre public où l'intérêt sanitaire de la société impose la levée du secret. C'est notamment le cas des maladies contagieuses dont la déclaration est imposée par la loi[72] et les maladies sexuelles vénériennes qui doivent faire l'objet d'une notification formelle par laquelle le médecin est obligé d'informer aussi le refus du traitement par le malade atteint[73] et ceci dans le but de protéger la société de la propagation de cette maladie, ainsi que la protection du malade refusant les soins. En outre, d'autres situations s'imposent par les alinéas 13 et 15 de l'article 7 du Code de Déontologie Médicale notamment l'obligation d'informer les autorités sanitaires et celles compétentes des alcooliques et drogués qui refusent de se soigner ou qui constituent un danger pour les autres ainsi que les cas de séquestration arbitraire ou mauvais traitements subis par un mineur.

Non seulement les informations se rapportant au malade durant sa vie doivent être parfois révélées mais le médecin est obligé de signaler aussi les naissances[74] et les décès[75].

Dans certains cas, le médecin décidera du sort du secret médical. Ça ne signifie pas qu'il est obligatoirement tenu de lever le secret, mais il est autorisé à le faire s'il le juge nécessaire surtout dans l'intérêt du malade lui-même[76]. Une situation de levée du secret dictée par l'alinéa 13 de l'article 7 du Code de déontologie médicale libanais se montre à notre avis critiquable. Il s'agit de celle de l'autorisation écrite de la victime accordée au médecin pour la notification du procureur général en cas de viol ou d'attentat à la pudeur. D'une part, cet article précise que le médecin est obligé d'informer les autorités et d'autre part il conditionne cette obligation par l'autorisation écrite du malade, ce qui constitue à notre avis une contradiction. En outre, le viol et l'attentat à la pudeur constituant des crimes, le médecin devrait pouvoir d'office informer directement les autorités compétentes.

---

72 C.D.M., art. 7 al. 8.

73 C.D.M., art. 7 al. 9.

74 L'art. 7 al. 8 C.D.M. énonce : « *Le médecin doit durant les 3 jours suivants, informer les autorités compétentes des naissances. Il peut ne pas dévoiler le nom de la mère du nouveau-né et du lieu de naissance* ».

75 C.D.M., art. 7 al. 11 : « *Si le décès est suite à une maladie qui nécessite la déclaration* ».

76 L'art. 7 al. 2 C.D.M. libanais énonce : « *Le médecin peut ne pas mentionner dans l'attestation médicale toutes les informations qu'il juge dans l'intérêt du malade de ne pas les lui divulguer* » et l'art. 35 C.D.M. français (art. R.4127-35 C.S.P.) dispose : « *Toutefois, dans l'intérêt du malade et pour des raisons que le praticien apprécie en conscience, un malade peut être tenu dans l'ignorance d'un diagnostic ou d'un pronostic grave…* »

Copyright © PUSEK, Kaslik, 2023 | All Rights Reserved

Appelé par les officiers de la police judiciaire pour témoigner sur des faits inclus dans le secret professionnel, le médecin peut ne pas divulguer certaines de ses informations[77]. Dans le même sens, le médecin poursuivi en justice par le malade ou sa famille est autorisé à divulguer les informations nécessaires à sa défense[78]. Dans ces deux situations, la décision est celle du médecin.

Le médecin traitant ou le chercheur ou les autorités sanitaires peuvent utiliser les dossiers médicaux dans l'intérêt de la science à condition de ne pas révéler l'identité des malades et de garder le secret professionnel[79]. Ainsi, nous remarquons que c'est l'anonymat qui est respecté c'est-à-dire que c'est l'information sur l'identité de la personne qui est interdite non les informations du dossier.

Toutes ces dispositions citées par le Code de déontologie médicale trouvent leur équivalent dans la loi n° 574/2004 relative aux droits du malade et le consentement ce qui renforce la volonté du législateur de lever le secret dans certains cas précis. Cette loi autorise le médecin à communiquer aux institutions d'assurance les informations nécessaires au règlement des frais et conformément au Code de Déontologie Médicale[80]. En fait, la caisse nationale de sécurité sociale libanaise possède même des médecins chargés du contrôle des dépenses en collaboration avec le médecin traitant[81]. Pratiquement, l'assureur souhaite avoir le plus d'information qu'il peut sur les données médicales de l'assuré pour apprécier les coûts qu'il s'apprête à couvrir. Le secret dans ce cas peut constituer une fraude !

Finalement, en cas de diagnostic ou pronostic indiquant le décès probable du malade, le secret professionnel n'empêche pas la famille[82] d'avoir les informations nécessaires[83].

---

77 C.D.M., art. 7 al. 4.

78 C.D.M., art. 7 al. 16.

79 C.D.M., art. 29 al. 6.

80 Art. 13.

81 N. A. DIAB, « Le droit libanais du secret médical », <https://ccnle.org.lb/sites/default/files/pages/files/secret_medical_prof_diab.pdf>, consulté le 19 mai 2021.

82 Bien que l'article 14 de la loi n° 574/2004 n'a pas désigné les membres de la famille concernées mais nous pouvons se référer à l'article 3 du C.D.M lib. qui précise que les membres de la famille concernées en premier sont ceux du premier degré c'est-à-dire les descendants du patient.

83 L. n° 574/2004, art. 14.

Copyright © PUSEK, Kaslik, 2023 | All Rights Reserved

Pour conclure sur les dérogations non consenties par le malade, rappelons-nous que dans toutes ces situations, le médecin n'est pas contraint à délivrer l'information, il est autorisé à le faire, c'est à lui de juger chaque cas et de prendre la bonne décision. Ainsi, cette obligation de secret se montre comme une obligation éthique avant même d'être une obligation légale car « *le médecin n'a pas en face de lui une machine humaine, il a un être humain*[84] ».

La levée du secret médical n'est pas toujours conditionnée par l'autorisation du législateur. Dans certains cas c'est le patient qui a le monopole de la décision. C'est notamment le cas du refus d'être informé et ensuite l'autorisation du patient accordée au médecin de divulguer les informations relatives à son cas.

Le principe, c'est la levée du secret médical principalement en faveur du patient. C'est lui le créancier et c'est lui le propriétaire de toutes les informations concernant sa santé. Le médecin ne pourra retenir aucune information à son malade sous prétexte du secret professionnel. Cependant, le droit à l'information a pour corollaire le droit de ne pas être informé[85]. Ainsi, si le patient décide d'être laissé dans l'ignorance d'un diagnostic ou d'un pronostic quelconque, le professionnel a l'obligation de respecter sa volonté[86]. « *Respecter l'intégrité corporelle du patient signifie donc respecter son consentement ou son dissentiment, ainsi que son refus d'information*[87] ».

Cette volonté est respectée dans les deux systèmes français[88] et libanais : « *Le malade peut choisir d'être tenu dans l'ignorance d'un diagnostic ou d'un pronostic grave et sa volonté doit être respectée et mentionnée dans son dossier médical sauf s'il y a risque de contamination des tiers…*[89] ».

Également, le patient peut renoncer à son droit au secret en divulguant lui-même les informations le concernant qu'il souhaite. Cette divulgation peut être faite à ses parents, ses amis, les médias…

---

84 P. VALLERY-RADOT, *Mémoires d'un non-conformiste*, Paris : Grasset, 1969, p. 378.

85 C. EVIN, *Les droits des usagers du système de santé*, Berger-Levrault 2002, p. 336.

86 S. ABI KHALIL, *Le consentement à l'acte médical-Étude Franco-Libanaise*, thèse en droit, Rennes1, 2012, p. 202.

87 B. PITCHO, *Le statut juridique du patient*, Les Études Hospitalières, thèse en droit 2002, p. 313.

88 L'art. L.111-2 C.S.P. énonce : « *La volonté d'une personne d'être tenue dans l'ignorance d'un diagnostic ou d'un pronostic doit être respectée sauf lorsque des tiers sont exposés à un risque de transmission* ».

89 L. n° 574/2004, art. 3 al. 1.

Copyright © PUSEK, Kaslik, 2023 | All Rights Reserved

L'article 3 de la loi française sur les droits des malades prévoit le droit du malade de désigner un représentant susceptible d'être informé à sa place et de vérifier les étapes du traitement. Ainsi, durant le traitement, il est proposé au malade de désigner par écrit une personne de confiance pouvant être consultée dans les cas où le patient devient hors état d'exprimer son consentement[90]. Si le malade demande une attestation pour bénéficier des prestations sociales, le médecin peut directement transmettre l'attestation au médecin de l'institution qui fournit ces prestations après consentement écrit du malade ou de l'un de ses proches[91]. Cependant, Nasri Diab dans son article sur le secret médical pose le problème de l'étendue de la levée de ce secret et la preuve de l'autorisation préalable du patient. Nasri trouve la solution d'abord dans l'exigence que le consentement du malade soit donné par un document écrit précisant les informations autorisées à être divulguées et ensuite que le consentement réponde aux caractères majeurs de tout consentement contractuel, c'est-à-dire clair et libre de tout vice[92]. Quant à la charge de la preuve, elle incombe au débiteur de l'obligation de résultat, de ne pas faire, qui est le médecin[93]. Cependant, l'autorisation du malade ne suffit pas pour libérer son médecin du secret professionnel, le médecin reste tenu de prendre en considération l'intérêt du malade et les exigences de l'ordre public[94].

Avant de passer aux dérogations post-covid, il est intéressant de mentionner que la menace apportée au secret médical s'est ressentie en France depuis quelques années avec le décret du 20 juillet 2016[95] qui autorisa certains professionnels non médecins et non assermentés, appartenant au milieu médico-social, d'échanger des informations contenues dans le dossier médical d'un patient. Parmi ces personnes nous citons les ostéopathes, les psychothérapeutes, les chiropracteurs… Le Conseil National de l'Ordre des Médecins Français, a confirmé à ce sujet qu'il revient au seul médecin de juger quelles informations médicales peuvent ou non être échangées, car le décret bien explicite dispose que le médecin « *peut* » et non « *doit* ». Ainsi,

90 L. n° 574/2004, art. 8.

91 C.D.M. lib, art. 7 al. 3.

92 C.O.C., art. 202.

93 N. A. DIAB, « Le droit libanais du secret médical », <https://ccnle.org.lb/sites/default/files/pages/files/secret_medical_prof_diab.pdf>, consulté le 19 mai 2021.

94 C.D.M. lib., art. 7 al. 1.

95 Décret n° 2016-994 du 20 juillet 2016, *JORF* n° 0169 du 22 juillet 2016.

Copyright © PUSEK, Kaslik, 2023 | All Rights Reserved

ce décret est dans l'intérêt du patient et non du médecin. Dans ce sens, l'échange des informations n'aura lieu que s'il permet un meilleur suivi du patient.

B. Les dérogations post-covid

La dérogation au secret médical non consentie par le patient, imposée ou autorisée, trouve de nos jour un autre fondement, celui de la pandémie du Covid-19. La vie sanitaire post-covid n'est plus la même. Parlons-nous d'une fin du secret médical ? Cette question suscite de vives controverses à l'échelle nationale aussi bien que mondiale.

Un système d'information pour l'identification des personnes infectées a été mis en place aussi bien en France qu'au Liban[96]. Tout médecin et toute institution sanitaire a l'obligation de désigner les personnes atteintes et leurs contacts[97]. Cette procédure a inquiété certains, pour qui, le secret se voit bousculé. Le Code de déontologie libanais et les différentes lois tant françaises que libanaises sont clairs : il faut toujours maintenir le secret médical sauf exceptions mentionnées expressément par le législateur.

Face à la pandémie, des mesures exceptionnelles sont prises pour l'affronter. Dès lors que ces mesures sont contraignantes, la liberté individuelle est malmenée. Communiquer aux autorités sanitaires le nom des personnes atteintes, la quarantaine, le vaccin, la restriction de déplacement…toutes ces mesures sont dorénavant obligatoires et ceci pour lutter contre la pandémie. Ainsi, le problème est comment concilier liberté et sécurité ? Devons-nous céder au principe de Montesquieu et accepter qu'« *il y a des cas où il faut mettre*, *pour un moment*, *un voile sur la liberté*, *comme l'on cache les statues des Dieux* » ?

Il est clair que l'État libanais est confronté à une situation à laquelle il ne s'attendait pas et cette réalité ne peut être assouplie par le fait que des dispositions pour la lutte contre les maladies contagieuses sont déjà présentes dans notre système, la situation est beaucoup plus compliquée que

96 En France, adopté par le Sénat le lundi 4 mai 2020.
Au Liban, décision n°299/1 date du 24 février 2021 sur le formulaire de déclaration des maladies transmissibles (le Covid a été ajouté à ces maladies) : Le formulaire est rempli et envoyé aux équipes de surveillance épidémiologique du ministère de la Santé ou via la plateforme électronique de surveillance épidémiologique DHIS2 du ministère.

97 Circulaire n° 19 date du 24 février 2021 concernant l'obligation des médecins et des institutions sanitaires de rapporter immédiatement les cas du Covid selon la procédure énoncée dans la décision ministérielle 299/1.

Copyright © PUSEK, Kaslik, 2023 | All Rights Reserved

nous le croyons. Selon le Professeur Bizri, président du Comité scientifique national pour la gestion du dossier du vaccin Covid-19, les informations concernant les personnes affectées sont collectées à travers le Département de surveillance épidémiologique du Ministère de la santé-Inspection centrale. La lutte contre ce virus au Liban a montré un grand succès et du professionnalisme malgré tous les malheurs que notre pays vit surtout la tragédie de l'explosion du 4 août 2020 qui aurait pu causer une catastrophe sanitaire au Liban vu que les précautions de lutte contre ce virus ont été complètement brisées.

Pour Bizri, la plateforme de collecte d'informations est très sécure, les personnes sont toujours anonymes, les informations ne sont communiquées qu'à l'autorité compétente et le travail se fait souvent à travers un Code. De ce fait, Mr. Bizri ne voit personnellement aucune violation au secret médical ; il ajoute : « *peu m'importe le nom de la personne infectée* ». Les maladies contagieuses ne sont pas récentes, notre monde en a toujours connues et d'après les lois et la déontologie médicale, lorsqu'il y a risque de contamination touchant la santé collective des personnes, l'information est obligatoire : c'est le principe de « *Detect*, *Report and Respond* » selon lui. Bizri continue en soulignant que les données recueillies concernant les personnes affectées seront limitées dans le temps et dans le contenu et qu'il revient au patient de décider des informations qu'il désire révéler à propos de sa situation face au Covid, surtout quant aux personnes avec qui il a été en contact. Concernant l'étendue du cercle des autorités auxquelles vont être transmises ces informations, soit les ministères, les institutions sanitaires, les caisses d'assurance… les choses n'ont pas vraiment changé. Nous le faisons depuis toujours concernant les maladies contagieuses. En plus, le droit d'accéder aux informations concernant l'assuré est toujours imposé dans le contrat d'assurance par l'assureur.

Cependant, depuis le début de la pandémie les médecins se trouvent confrontés à plusieurs situations complexes. Comment imposer au patient de se faire tester ? Comment l'obliger à se confiner ? Comment déroger au principe du secret et informer la famille et les autorités ? Surtout que certains patients atteints, par peur de solitude et de rejet, demandent à leurs médecins de garder le silence sur leur état. À cette dernière question nous répondons que le but n'est pas de divulguer les informations concernant les patients, le but est uniquement de signaler les cas positifs et les contaminations possibles afin de préserver la santé publique.

Dire que la période post-covid marque le début d'un nouveau système quant au secret médical n'est pas tellement rigoureux, car le médecin d'hier

Copyright © PUSEK, Kaslik, 2023 | All Rights Reserved

comme celui d'aujourd'hui doit, en cas de risque général mettre les patients résistant aux mesures sanitaires en face de leurs responsabilités et prévenir lesdites autorités[98].

Nous croyons que la vraie crainte réside dans le fait que dans le cas du Covid-19, trop d'acteurs non tenus au secret professionnel sont en scène, notamment les municipalités qui n'ont jamais été citées parmi les autorités tenues par le secret médical. Ainsi, sur quel fondement pouvons-nous les tenir responsables pour omission à cette obligation ? Et quel sera le fondement de leur responsabilité ?

En effet, le ministère de santé a adopté des mesures de surveillance des personnes infectées impliquant les municipalités de chaque ville, qui, d'une part, ont l'obligation d'informer les cas suspects ou infectés et, d'autre part, seront informées par le Ministère de la santé des cas déjà détectés par les institutions sanitaires et laboratoires. Ces municipalités ont le droit et même l'obligation d'intervenir en cas de déplacement des atteints ou en cas de rupture de toute mesure préventive. Ces mesures peuvent être interprétées comme la surveillance du malade et non de la maladie par la municipalité puisqu'elle ne fait pas partie du secteur sanitaire. Le vrai risque est que la dérogation au principe du secret médical ne devienne la règle et son respect l'exception !

Un autre problème se pose, les personnes ayant eu un contact avec le porteur du virus ne sont pas encore des patients, ainsi, par quel droit le corps médical, l'équipe soignante et toute l'autorité sanitaire aura à leur imposer des mesures et révéler leur identité ? Toute information révélée concernant les personnes atteintes et leurs contacts pourra avoir des conséquences injustes pour ces personnes surtout que les compagnies d'assurance n'acceptent plus de contracter avec des personnes déjà atteintes par le virus car selon des études non prouvées encore, ce virus pourra avoir des séquelles à vie pour ces personnes ! donc qui pourra dédommager ces personnes rejetées par les caisses d'assurance ? comment réparer ce préjudice ? est-ce que l'éthique et la morale pourront empêcher d'obéir aux exigences posées par les autorités sanitaires ?

Dans le but d'enrayer la pandémie du Covid-19, l'article L.1110-4 du Code de la santé publique français a été modifié pour autoriser aux médecins de communiquer les données relatives aux personnes atteintes par ce virus et aux personnes ayant été en contact avec elles sans leur consentement. Cette

98 C.D.M. lib, art. 27 al. 8.

Copyright © PUSEK, Kaslik, 2023 | All Rights Reserved

modification n'a pas été adoptée au Liban légalement, mais elle appliquée pratiquement, d'où la nécessité qu'elle soit consacrée par les textes pour empêcher les interprétations.

Une autre violation est constatée au niveau de la vie privée de la personne et des informations la concernant. Certains employeurs, pour s'armer contre la propagation du virus au sein de leurs entreprises, procèdent à la collecte d'informations concernant leurs salariés, notamment celles relatives à leur santé, leurs antécédents médicaux, leurs lieux de déplacement, leurs contacts, leur température…alors que ces employeurs ne font pas partie du corps médical, dans ce sens, ils ne sont pas tenus par le secret médical ! Dans cet esprit, Bruni Py s'exprime ainsi : « *En cinquante-cinq jours, on nous a fait abandonner toutes les libertés fondamentales pour un virus dont la létalité est de 1%* ».

Ce n'est pas la première fois que nous faisons face à une pandémie ou une maladie sérieusement contagieuse, nous avons vécu la peste, le VIH, le SARS… donc il n'est peut-être pas la peine de s'affoler face à l'apparition du Covid-19 surtout avec toute l'évolution technologique, qui assure la protection des données médicales recueillies surtout en ligne.

Pour le dire vite, une grande majorité pense que les dérogations au secret médical existaient depuis toujours. Le Covid-19 ne constitue pas une faille dans le secret professionnel, le médecin est toujours lié par cette obligation et la pandémie ne constitue qu'une dérogation concernant les maladies contagieuses et le cas d'urgence où le médecin est forcé de défendre la santé publique et l'intérêt général où l'éthique et la loi continuent à se compléter.

Toutefois, n'empêche, vu la carence dans ce domaine, que le législateur libanais procède à une réforme des dispositions en vigueur.

« *Il apparait clairement que le secret médical a la vie dure*[99] », mais il est clair aussi qu'aujourd'hui son caractère absolu est remis en cause pour des multiples raisons ; dans l'intérêt du malade aussi bien que celui de la société et dans certaines situations dans l'intérêt du médecin et de sa profession. La confidentialité des informations médicales relatives au malade est désormais menacée au Liban comme ailleurs, et ceci est le résultat de l'évolution des lois et l'intégration de multiples dérogations, ainsi que l'évolution du système de l'informatique qui contribua à briser ce secret. Cependant, nous pouvons

99 N. A. DIAB, « Le droit libanais du secret médical », <https://ccnle.org.lb/sites/default/files/pages/files/secret_medical_prof_diab.pdf>, consulté le 19 mai 2021.

Copyright © PUSEK, Kaslik, 2023 | All Rights Reserved

confirmer que le médecin demeure dans la majorité des cas, souverain dans la décision à prendre concernant l'information à délivrer. Aussi la loi doit-elle toujours s'appliquer dans un cadre d'éthique. Pour certains, comme le juriste Bruno, l'évolution légale a considérablement dévalorisé le secret professionnel[100]. Car bien que pour certains, le médecin d'aujourd'hui, comme celui d'hier demeure libre de déroger ou pas au principe du secret, « *la pression sociale et indirectement légale tendent à faire du secret 'un objet faible', en tout cas affaiblie*[101] ».

Pour Marceau Long : « *Le secret médical doit rester une garantie fondamentale pour le patient et le médecin. Mais l'intérêt général de la santé publique ne doit pas permettre qu'il soit un refuge derrière lequel on s'abrite alors que l'intérêt de la personne n'est pas véritablement en cause*[102] ».

La solution ne sera pas de savoir quel intérêt doit dominer, celui du patient ou celui de la société. La solution serait que le patient prenne connaissance de tous les développements survenus et qu'il fasse pleine confiance à son médecin en s'assurant que ce dernier fera tout pour concilier loi, éthique, morale avec l'intérêt de ses malades. C'est la solution la plus prévisible pour ce moment mais qui ne nous empêche pas de se demander, sommes-nous vraiment devant une transgression du secret médical ? peut-être le juste motif pourra résoudre ce problème ! Ainsi, à chaque fois qu'il y a cause légitime qui se traduit par l'intérêt public ou l'intérêt du patient, la levée du secret peut avoir lieu.

---

100 P. BRUNO, « Le secret professionnel », *in La justice au quotidien*, *Actes du colloque*, *L'Harmattan*, 2005, p. 9

101 L. PUECH, « Secret professionnel: de la nécessité de faire évoluer la déontologie pour renforcer l'éthique », *Revue Française de Service Social* (*thème Éthique et déontologie dans les nouveaux contextes)*, déc. 2012, n° 247, p. 110 à 118.

102 M.H. MOUNEYRAT, *Éthique du secret et secret médical*, p. 47-61.

Copyright © PUSEK, Kaslik, 2023 | All Rights Reserved

BIBLIOGRAPHIE EN LANGUE FRANÇAISE

Ouvrages et revues

ABOU-MRAD A., « Éthique médicale : Le secret médical fait-il loi au Liban ? » *Journal Médical Libanais* 2006-vol. 54 (4), p. 230-231.

BRUNO P., « Le secret professionnel », *in La justice au quotidien*, *Actes du colloque*, *L'Harmattan*, 2005, p. 9.

EVIN C., *Les droits des usagers du système de santé*, Berger-Levrault 2002.

FEUIILET B., « Les fondements du secret médical », *Revue juridique de l'Ouest*, 2000, N-S, p. 1.

HIPPOCRATE DE COS, *De l'art médical*, Le livre de Poche, 1994.

JOLY C. et JOLY M., *Éthique et déontologie médicale : droits des malades*, *problèmes liés au diagnostic*, *au respect de la personne et à la mort*, Springer, Paris 2010.

JOUANNA J., *Hippocrate*, Paris, Librairie Arthème Fayard, 1992.

MOUNEYRAT M.H., *Éthique du secret et secret médical*, dans Pouvoirs 2001/2 (n° 97), p. 47-61.

NASR Ph., « L'aspect juridique du secret médical », in *Droit à la santé dans les sociétés contemporaines*, *Actes du colloques*, *USEK*, février 1999, p. 126.

PUECH L., « Secret professionnel : de la nécessité de faire évoluer la déontologie pour renforcer l'éthique », *Revue Française de Service Social (thème Éthique et déontologie dans les nouveaux contextes)*, déc. 2012, n° 247, p. 110 à 118.

RIQUETR M. et E. DES PLACES, *La chirurgie d'Hippocrate*, Paris, 1878.

SALWAN N., *La responsabilité du médecin en droit libanais*, Sader, 2015.

VALLERY-RADOT P., *Mémoires d'un non-conformiste*, Paris, Grasset, 1969.

Thèses

ABI KHALIL S., *Le consentement à l'acte médical- Étude Franco-Libanaise*, thèse en droit, Rennes1, 2012.

CELLA A., *L'Éthique médicale dans la pratique du médecin généraliste : Identification des conflits éthiques et de l'utilité d'une aide*, Thèse en médecine générale, Toulouse III, 2015.

PITCHO B., *Le statut juridique du patient*, Les Études Hospitalière, thèse en droit 2002.

Copyright © PUSEK, Kaslik, 2023 | All Rights Reserved

Codes et lois

Code civil français.

Code de la santé publique français.

Code pénal français.

Code pénal libanais.

Code de procédures civiles libanais.

Décret n° 2016-994 du 20 juillet 2016, *JORF* n° 0169 du 22 juillet 2016.

Loi libanaise n° 288 du 22 février 1994, *JORL* n° 9 du 3 mars 1994, modifiée par la L. n° 240 du 22 octobre 2012, *JORL* du 25 octobre 2012, n° 45, p. 4877 et s.

Loi libanaise n° 574 du 11 février 2004 sur les droits du malade et le consentement, *JORL* n°9 du 13 février 2004 p. 507, art.12.

Loi libanaise du 9 mars 1932 relative au Code des Obligations et des Contrats libanais (C.O.C.), *JORL* n° 2642 du 11 avril 1932, p. 104-2.

Jurisprudence

Cass. crim., *Watelet*, 19 décembre 1885, *Sirey*, 1886, I, rapport Talon.

Cour EDH, Strasbourg, 18 mai 2004, Requête n°58148/00.

CA Bordeaux, 13 mai 2015, 12/06590.

Sites

ALBY M-L., « Éthique médicale et médecine générale : une synergie », <http://www.espace-Éthique.org/ressources/article/Éthique-medicale-et-medecine-generale-une-synergie>.

Cour Européenne des Droits de l'Homme, Strasbourg, 18/5/2004, Requête n°58148/00.
<https://hudoc.echr.coe.int/fre?i=001-66318>

Charte des principes éthiques en matière de recherche scientifique au Liban élaboré par le Conseil National de la Recherche scientifique le 15 Juillet 2016,
<شرعة المبادئ الأخلاقية للبحث العلمي في لبنان المجلس الوطني للبحوث العلمية (لبنان): Free Download, Borrow, and Streaming : Internet Archive>

DELASSUS E., « Analyse critique du principisme en éthique biomédicale », <https://hal.archives-ouvertes.fr/hal-01486803>.

DELASSUS E, « Actualité du serment d'Hippocrate »,
<https://hal.archives-ouvertes.fr/file/index/docid/596845/filename/serment_d_hippocrate.pdf>.

Copyright © PUSEK, Kaslik, 2023 | All Rights Reserved

DIAB N.A., « Le droit libanais du secret médical »,
<https://ccnle.org.lb/sites/default/files/pages/files/secret_medical_prof_diab.pdf>.

EPAILLARD J., « Tout savoir sur le secret médical »,
<https://le-quotidien-du-patient.fr/article/tous-pour-un/2019/03/06/secret-medical/#:~:text=L'intérêt%20du%20secret%20médical%20est%20double.%20D'intérêt%20public,de%20bénéficier%20de%20soins%20adaptés%20sans%20crainte%20aucune>.
<Le Quotidien Du Patient (le-quotidien-du-patient.fr)>.

LECADRE R., « L'Europe donne raison au docteur Gubler »,
<https://liberation.fr/societe/2004/05/19/l-europe-donne-raison-au-docteur-gubler_479970>.

Le secret professionnel, (dir. R. FORNI), *Actes du colloque*,
<https://www.assemblee-nationale.fr/presidence/discours/3eba0046.asp>.

TOLEDANO A., « L'importance de la confiance en médecine ? »,
<https://institut-rafael.fr/recherche-innovation/humanisme-et-medecine/limportance-de-la-confiance-en-medecine>.

VINCENT J.M., « L'ex-médecin personnel de Mitterrand ne regrette rien »,
<https://pressreader.com>.

BIBLIOGRAPHIE EN LANGUE ANGLAISE

Ouvrages et articles

T. L. BEAUCHAMP et J. F. CHILDRESS, *Principles of Biomedical Ethics*, Oxford University Press, 4e éd., 1994.

Copyright © PUSEK, Kaslik, 2023 | All Rights Reserved

BIBLIOGRAPHIE EN LANGUE ARABE

Ouvrages et articles

أبو مراد أ.، "السرية الطبية"، مجلة نقابة الأطباء، كانون الثاني ٢٠٠٥: ١٩-٢٢.

عجاج ط.، المسؤولية المدنية للطبيب، دراسة مقارنة، المؤسسة الحديثة للكتاب، ٢٠٠٤.

Jurisprudence

تمييز مدني، رقم ٩٣، تاريخ ٢٠١١/١١/٢٤، مجموعة باز ٢٠١١، عدد ٥٠، ص ٤٧٦.

Sites

دليل المرضى، جمعية المقاصد الخيرية الإسلامية في بيروت ٢٠٢٢،
<https://hospital.makassed.org/ar/patients-guide/>

Copyright © PUSEK, Kaslik, 2023 | All Rights Reserved

USEK
Holy Spirit University of Kaslik Press

Revue juridique de l'USEK
*USEK **Law Journal***
Nº Spécial | 2023

(OA) Open Access

eISSN 2664-8156

The Law Ethical Dilemmas in Facing the Dictatorship Syndrome and Civil Disobedience

Francisco Salvador Barroso Cortés, *Ph.D*, *Associate Professor*, *Department of International Studies*, *Faculty of Legal & Political Sciences*, *Universidad Loyola Andalucía*, *fsbarroso@uloyola.es*

Dominik E. Hamm, *Ph.D*, *Assistant Professor*, *Department of Political Sciences*, *School of Law and Political Sciences*, *Holy Spirit University of Kaslik (USEK)*, *P.O.Box 446*, *Jounieh*, *Lebanon*, *dominikhamm@usek.edu.lb*

Abstract

When citizens believe that the social contract is broken, the rule of law becomes more critical than ever to guarantee the social and political order. The law can become one of the essential tools to guarantee the survival of certain political elites and authoritarian regimes that somehow are destroying societal security via the autocratization process. The law finds its own ethical dilemmas in nepotism, abuse of power, corruption, inequality, and poor governance. This article addresses some of these ethical dilemmas and the role of the so-called 'dictatorship syndrome' in the dynamics that develop within autocratization processes. Likewise, it delves into the ethical dilemmas provided by civil disobedience against authoritarian regimes that implement 'necropolitics'. The article will prove how the rule of law can make things worse in certain circumstances, as it is becoming a part of the problem rather than being part of the solution.

Copyright © PUSEK, Kaslik, 2023 | All Rights Reserved

Introduction

The rule of law is a strong mechanism that governs societies around the world. Nevertheless, the way that societies actually operate varies drastically between different countries. Three of the main reasons for these discrepancies are the laws that are being defined in order to rule, how different laws are being interpreted, and who gets to write, change and interpret them in the first place. These three aspects help to explain why citizens of autocratic systems experience a very different rule of law and thus different societal structures and interactions as citizens of, for example, liberal democracies. Despite its imperfections, mainly due to the application by individuals, the rule of law in well-functioning liberal democracies is based upon transparency and consistency in its development and execution[1]. Transparency and consistency are important pillars of the division of power between state and society[2]. The rule of law in autocratic regimes is lacking these forms of transparency and consistency and thereby enables a shift from an attempted balanced division of power between state and society to an imbalance of power relations, where the power is with the state, as the sole dictator and interpreter of law. The lack of transparency allows the adjustment of the interpretation of law to different scenarios in favor of the existing power relations[3]. This generates further control for the ruler and uncertainty and unpredictability for the population. The types of uncertainty and unpredictability that come with a case-based rule that always operates in favor of an autocratic regime do not only impact situations in which the rule of law is being explicitly executed, but also influence the way that citizens of autocratic regimes act and interact[4]. Often such actions and interactions, explicitly and implicitly forced upon citizens of autocratic regimes, can contradict the basic understandings of right and wrong of individuals drastically and thus lead to ethical dilemmas. This helps to understand why individuals and collectives in certain environments may take actions that do not match their moral values. Paradoxically, in high pressure environments,

1 T. ALLAN, *Constitutional Justice: A liberal theory of the rule of law*, Oxford University Press, Oxford 2001, p. 31-41.

2 For more information regarding division of power between state and society see also: D. ACEMOGLU and J. A. ROBINSON, *The Narrow Corridor*, Penguin Press, New York 2019.

3 R. BARROS, "Dictatorship and the Rule of Law: Rules and Military Power in Pinochet's Chile", *in Democracy and the Rule of Law* (eds. A. PRZEWORSKI and J. M. MARAVALL), Cambridge University Press, Cambridge 2003, p. 188-221.

4 A. AL ASWANY, *The Dictatorship Syndrome*, Haus Publishing Ltd. 2019, p. 22-23.

Copyright © PUSEK, Kaslik, 2023 | All Rights Reserved

which can be created through uncertainty, people tend to look for strong individuals to lead them, which in return encourages autocratic leaders to further enforce uncertainty and unpredictability through the rule of law[5]. Several countries in North Africa and the Middle East give strong case studies of the law ethical dilemmas that members of autocratic societies face. This article will explain the legal and psychological factors that influence the behavior of citizens of autocratic states and how internal as well as external factors affect the prioritization of contradictory moral values and the rule of law. Finally, the role of the international community and potential effects of international relations and expectations of good governance will be discussed in order to indicate potential shifts in the rule of law in autocratic regimes.

Law ethical dilemmas and dictatorship syndrome

To fully understand the different role(s) of (legal) ethics in dictatorships and how they cause certain socio-political dilemmas, we first need to understand each term in isolation. Only a clear understanding of ethical standards within cultures, the forces that sustain dictatorships, and the challenges behind legal dilemmas allow us to understand the exact dilemmas that occur when these aspects coexist and compete in a socio-political field of tension.

Broadly speaking, ethics are based on the question of what is morally good and bad/right and wrong[6]. Thus, in a free system ethics could be understood as the roots of moral values and principles that indirectly dictate the standards by which members of that system operate, which rights and which responsibilities the individual, as part of the construct has. Thus, ethics can be understood as moral laws. The linguistic origin of the word "*ethics*" is the Greek word ethos, "*the guiding believes of a person or group*[7]". Many democracies base their constitutions and legal systems upon clearly defined interpretations of such moral values[8] and the preamble of the United

5 F. M. MOGHADDAM, *Threat to democracy: The appeal of authoritarianism in an age of uncertainty*. American Psychological Association 2019, < https://doi.org/10.1037/0000142-000>.

6 BRITANNICA, "Ethics", *Britannica*, <https://www.britannica.com/topic/ethics-philosophy>, consulted on 09.02.2022.

7 M. WEBSTER, "Ethos", *Merian Webster*,< https://www.merriam-webster.com/dictionary/ethos>, consulted on 09.02.2022

8 E.g. see "Defining the Constitutional Ethic", *Jones and Bartlett Learning, LLC*, <http://samples.jbpub.com/9780763760021/60021_CH01_Kennedy.pdf>, consulted on 09.02.2022. For philosophical background: ARISTOTLE, "Aristotle Volume XX Athenian Constitution. Eudemian Ethics. Virtues and Vices", Loeb Classical Library, Cambridge, 1935.

Copyright © PUSEK, Kaslik, 2023 | All Rights Reserved

Nations Charter is based upon internationally commonly agreed ethics, thus, providing a strong example of globally broadly supported interpretations of right and wrong[9]. In these cases, the state or institution make themselves responsible to live and protect these defined ethical standards. This defines a common ground upon which states and institutions should appear predictable in their reactions to problems that challenge the domestic (and international) common ground, (which, at that point, goes beyond the social contract[10] and is protected by executive forces.)

Cultural Norms[11] and historical backgrounds influence the practical execution of the constitution and laws that governments and members of society must obey. These aspects explain, for example, how France and Germany react quite differently to domestic and international challenges even though both states are based upon constitutions and legal systems that were created in accordance with similar moral values.[12] As long as lawmakers' interpretations of legal standards are in accordance with a public understanding of cultural norms, decisions are broadly considered as legitimate (which does not automatically imply that the people making them are also broadly supported). However, when discrepancies between the interpretations of legal standards and cultural norms occur, the legitimacy of the former is being challenged. If such discrepancies occur frequently, the role of the politician or political party is questioned and, if constitutionally agreed, held accountable by other state institutions[13]. This is where the importance of the separation of power within and outside the direct political

9 UNITED NATIONS, "United Nations Charter: Preamble", *United Nations*, < https://www.un.org/en/about-us/un-charter/preamble>, consulted on 09.02.2022.

10 BRITANNICA, "Social Contract", *Britannica*, <https://www.britannica.com/topic/social-contract>, consulted on 09.02.2022.

11 Cultural Norms are norms of appropriate behavior. While ethics explain what should be done, cultural norms explain how things should be done. For more information see: W. M. BAUM, "Cooperation due to cultural norms, not individual reputation", *Behavioural Processes* 2012, vol. 91, nº 1, p. 90-93.

12 See for example: F. FOLEY, *Countering Terrorism in Britain and France: Institutions, Norms and the Shadow of the Past*, Cambridge University Press, Cambridge, 2013; F. FOLEY, "Terrorism and state repression: Strategic choice and the domestic normative context", *in When Does Terrorism Work?* (ed. D. MURO), Routledge, 2018, p. 71-84; P. J. KATZENSTEIN, "Same War: Different Views: Germany, Japan, and Counterterrorism", *International Organization* 2003,vol. 57, no 4, p. 73-760.

13 E.g. M. FÜRSTENAU, B. KNIGHT, "German state vs. the far-right AfD: An unending duel", *DW* 2021 <https://www.dw.com/en/german-state-vs-the-far-right-afd-an-unending-duel/a-56384323>, consulted on 03.02.2022.

Copyright © PUSEK, Kaslik, 2023 | All Rights Reserved

sphere comes into play. Inside the political sphere the power of a well-functioning democratic state needs to be divided amongst the legislative, executive, and judicial branch[14]. Outside the political sphere, power needs to be distributed fairly amongst the population in order to prevent political domination by elites, whose participatory force goes beyond the defined rights for political participation[15]. When these divisions of power, within and beyond the political sphere, are not diligently regulated, political power-vacuums occur. These vacuums enable political participations that contradict with generally accepted cultural norms and in extreme cases legally defined rules and therefore cause legal dilemmas. A simple example that highlights the difficulties of diligently regulating such divisions of power is the dependency of political parties on donations and the influence of lobby groups. In some cases, donations to political parties are implicitly conditional and thus, though unspoken/not legally bindingly agreed, force political parties in case of elector success to meet the requests of certain donors. Without such donations election campaigns would be very much limited[16].

Thus, a legal dilemma can be understood as "*an underlying unity of two or more conflicting prongs of an irresolvable norm conflict*[17]". Here it is important to notice that such legal conflicts cannot be considered as binary, where one view is appropriate and the other is not. Therefore, instead of an "*either-or*", legal solutions need to be found in an "*as-well-as*" thinking frame.

Socio-political problems can occur when the legal interpretation does not meet the cultural norms and expectations.

---

14 For more inforamtion see: "The Boundaries between the Executive, the Legislative and the Judicial Branches of the Government", *Yale Law Journal* 1915-1916, vol. 25, nº 8, p. 40-46.

15 P. PANSARDI, "Democracy, domination and the distribution of power: Substantive Political Equality as a Procedural Requirement", *Revue Internationale De Philosophie* 2016/1, nº 275, p. 91-108.

16 Here is one, quite representative example of debates about political donations and interest groups: G. GRIFFITH and L. ROTH, "Banning political donations from third party interest groups: a summary of constitutional issues", *Parliamentary Research Service (NSW)* 2012, <https://apo.org.au/sites/default/files/resource-files/2012-01/apo-nid27901.pdf>, consulted on 04.02.2022.

17 V. JEUTNER, *Irresolvable norm conflicts in international law: The concept of a legal dilemma*, Oxford University Press, 2017, p. 18.

Copyright © PUSEK, Kaslik, 2023 | All Rights Reserved

Therefore, it is important to understand that norm conflicts underly legal dilemmas. Actors thus have to solve a conflict between different normative spheres which include contradictory (legal) norms of conduct. In robust democracies, the responsibility to solve such challenges is with the constitutional courts[18].

In autocratic systems such regulatory mechanisms that control these separations and distributions of power do not exist. Thus, in order to keep the power with the state/dictator, all potential political vacuums are filled by force through the execution of hard and soft power.

To understand law ethical dilemmas in dictatorships[19] we need to understand the use of soft power in autocratic states. When "*successfully*" execute, the use of soft power, backed by the threat of hard power, leads to the dictatorship syndrome. The dictatorship syndrome should be understood as an urge for a strong head of state who holds the national population together, to give unity, direction, and order. This implies that the hierarchical structure in which a population to a large extend accepts the subjugation in one form or another depends on a two-way relationship: a tyrant who is willing to subjugate, and a population that prefers this form of subjugation over potential alternatives (e.g. civilian unrest). This does not imply that citizens of autocratic states actively agree upon all aspects of the conditions they live under but rather that the force of soft power and the threat of hard power has led to voluntary servitude. La Boétie describes voluntary servitude as "*the moment where a population waives certain freedoms and submits, by conquest or deception, to the will of one individual* […][20]".

The main contributor to the prioritization of customs over a natural drive for liberty is fear and uncertainty, as often occurs during times of conflict. History has shown and psychological studies have proven that in these high-pressure situations, the masses often tend to look for certain

---

18 For more information regarding the role of constitutional courts see: A. VOßKUHLE, "Multilevel cooperation of the European Constitutional Courts: Der Europäische Verfassungsgerichtsverbund", *European Constitutional Law Review* 2010, vol. 6, nº 2, p. 175-198. Contributing to the debate about limiting the power of constitutional courts in matters stated above also see: A. S. SWEET, "Constitutional Courts and Parliamentary Democracy", *West European Politics* 2002, vol. 25, nº 1, p. 77-100.

19 "*A country ruled by a head of state with complete power over the policies of state, the armed forces and security agencies, who crushes political opposition and eliminates forms of dissent*", A. AL ASWANY, *The Dictatorship Syndrome*, p. 8-9.

20 *Ibid*., p. 9.

Copyright © PUSEK, Kaslik, 2023 | All Rights Reserved

people as leaders and thereby give potential dictators the opportunity to implement their power over land and people permanently[21]. When aspects such as threat and uncertainty decline, people regain time and calm to (often subconsciously) reflect upon the foundational social norms that dictate which types of behaviour and rules are considered acceptable. If a political leader managed to fully implement his force on the population, discrepancies between initial understandings of right and wrong and the new, post-crisis, rule of law become clear and thus cause ethical dilemmas amongst members of the public. A common way to prevent the public from questioning the relationship between the rule of law and social norms is to keep them in a state of stress and fear[22]. This can be done through propaganda in favour of the leader, an inconsistent and untransparent execution of the rule of law or by handing out benefits to citizens who actively support the dictator and punishment of those who disobey him. These measures quickly cause a state of duality, where members of society understand that many things cannot be talked about in public and that things that are being talked about in public are not necessarily true[23]. Through this forced upon acceptance of hypocrisy, autocratic leaders further implement a political power balance that gives the dictator a monopoly over the execution of laws and forces the public into obedience without the use of actual physical force[24]. However, even at extreme ends of the power spectrum between state and public, power balances are not static and can be challenged through socio-political stimuli, from within, or in times of global social networks more and more also from outside the country. Stimuli such as the dissemination of information of injustice and state hypocrisy can trigger public reassessments of law ethical dilemmas in dictatorships and thus challenge the perceived urge for an autocratic leader. In several states in the Middle East, such reassessments have led to political unrests. Even though the stimuli were similar, the

21 For more information about the history of and psychology behind support of strong leaders in times of uncertainty see: A. AL ASWANY, *The Dictatorship Syndrome*, p. 15-26; F. M. MOGHADDAM, *Threat to democracy: The appeal of authoritarianism in an age of uncertainty*, American Psychological Association, 2019, < https://doi.org/10.1037/0000142-000> and F. M. MOGHADDAM, *The psychology of dictatorship*, American Psychological Association, 2013, < https://doi.org/10.1037/14138-000>.

22 La BOÉTIE, *The Politics of Obedience: The Discourse of Voluntary Servitude*, The Mises Institute 1975, p. 79.

23 A. AL ASWANY, *The Dictatorship Syndrome*, p. 22-23

24 For more information about political power distribution in autocratic systems see: M. H. MILLER and B. ZISSIMONS, "Without Liberty and Justice, What Extremes to Expect? Two Contemporary Perspectives", *CEPR Discussion Paper* 2021, nº DP16695.

Copyright © PUSEK, Kaslik, 2023 | All Rights Reserved

outcomes differed. Understanding the different contexts and outcomes of political unrest in autocratic systems helps us to further understand the complexity behind law ethical dilemmas and the dictatorship syndrome.

Law Ethical Dilemmas assessment in times of Political unrest in the Middle East

Unfortunately, the Arab Spring did not bring new actors willing to embrace liberal values or liberal governance principles, where the separation of power is vital. Professor Muasher described this issue in an insightful way when he stated that "*the Arab Awakening has clearly demonstrated that the commitment to democratic norms by both Islamists and secular elements – the old regime as well as those emerging third forces – is still skin-deep*[25]". As a matter of fact, and since the end of 2010, we can still perceive somehow the same discontent and resentment that provoked the Arab Spring. The political unrest in Lebanon, Iraq, Algeria, Sudan, and elsewhere makes us think that perhaps we are dealing with the Arab Spring 2.0. Indeed, people in the Middle East cannot be content or satisfied due to the "*inability of existing political systems to deliver services and economic opportunities in a fair, uncorrupted, and effective way*[26]". Besides, in this new phase of the Arab Spring, the ideology, religion, or ethnic factors do not explain as before the political and social unrest.

Bearing this issue in mind, it is essential to understand how the political unrest in the region is not going to end anytime soon. Most likely, regular protests and demonstrations continue to denounce the lack of good governance, "*Communitocracy*", the dissolution of state authority, vetocracy[27], authoritarianism, sectarianism, and corruption, among other

---

25 M. MUASHER, *The second Arab awakening: and the battle for pluralism*, Yale University Press, New Haven, 2014, p. 36.

26 P. R. PILLAR, "Will There Be An Arab Spring 2.0?", *The National Interest*, 2019, November 21. Available online at:< https://nationalinterest.org/blog/paul-pillar/will-there-be-arab-spring-20-98527>.

27 See: F. FUKUYAMA, *Identity. The Demand for Dignity and The Politics of Resentment*, Farrar, Straus and Giroux, New York, 2018.
The veto right at the intercommunity level to safeguard the vital interests of minority groups would be, according to Arend Lijphart, one of the four essential factors of the consociational democracy that exists in fragmented societies. The other three elements would be: the grand coalition government at the executive level, the autonomy of the segments whether territorially or non-territorially, and proportionality as an electoral system, and as a process for the appointment of officials and the allocation of resources for the different segments. See: A. LIJPHART, *Democracy in plural societies: A comparative exploration*, Yale University Press, New Haven, 1977, p. 25.

Copyright © PUSEK, Kaslik, 2023 | All Rights Reserved

socio-political dysfunctions. The artificial creation of the nation-state, the weakness of the institutional framework, and the lack of good governance would explain why the process of state-building and the improvement of social resilience have become vital to correcting the problems mentioned above.

If we could describe the feeling of most adults in the Middle East in two words, it could be helpless and hopeless. In general, the pulse of the streets gives us some hints to understanding those emotions. They could avoid sharing those emotions when they cannot help their families or communities or perceive that they cannot achieve their dreams in their homeland[28]. Those feelings are creating a sort of humiliation understood in the way it was presented by Professor Dominique Moïsi, who states "*humiliation is impotence*, *an emotion that stems above all from the feeling that you are no longer in control of your life either collectively*, *as a people*, *a nation or a religious community*, *or individually*, *as a single person. Humiliation peaks when you are convinced that the Other has intruded into the private realm of your own life and made you utterly dependent*[29]". This emotion of humiliation has been aggravated by the law ethical dilemmas presented by the former and current autocrats because it is putting people in a particular dilemma of choices where regardless of the option the outcome is harmful to their interest.

This article argues that the Law ethical dilemmas can be considered a cause of the dictatorship syndrome that presents civil disobedience as the primary outcome. The manipulation of legislative power and the rule of law would allow the political elite to manipulate the law to implement policies qualified as "*Necropolitics*". Such norms would present the most damaging features of authoritarianism against societal security. We consider that inappropriate behavior of the political elite not only allows "*Dictatorship Syndrome*" but also encourages civil disobedience, creating newer law ethical dilemmas. Therefore, Law Ethical Dilemmas are at the same time a pillar of Dictatorship Syndrome and Authoritarianism and a cause of Civil Disobedience.

---

28 F. AL MAHMOUD, "'Helpless and hopeless': despair grips Lebanon's youth", *The National News*, April 12, 2021. Available online at: <https://www.thenationalnews.com/mena/lebanon/helpless-and-hopeless-despair-grips-lebanon-s-youth-1.1202101>.

29 D. MOISI, *The Geopolitics of Emotion: How Cultures of Fear*, *Humiliation*, *and Hope are Reshaping the World*, New York: Knopf Doubleday Publishing Group, New York, 2010, p. 56.

Copyright © PUSEK, Kaslik, 2023 | All Rights Reserved

In this vein, it is essential to remember that a legal dilemma exists when an actor confronts an irresolvable and unavoidable conflict between at least two legal norms so that obeying or applying one norm necessary entails the undue impairment of the other[30]. Many questions remain to be answered. For instance, how can the balance between state sovereignty and the responsibility to protect (R2P) of the international community be achieved and respected? How is it possible to resolve the dilemmas presented by the elementary principles included in the principle of sovereignty and those included in the international community's responsibility to intervene when crimes against humanity, genocides, or episodes of ethnic cleansing are being committed? How is it possible to exercise sovereign powers when part of the people has been repressed? How is it possible to implement the social contract between rulers and citizens when basic services are not being provided, and minimum standards of human security are not being met, and what is the position of citizens when they choose not to obey the formal authorities because of the lack of basic services? To what extent can the ruling class manipulate law and norms to guarantee their political status and repress social dissent? To what extent do the decisions of these authorities have sufficient legitimacy to decide which members of the community can live and which must die? What are the alternatives for those social elements perceived as dispensable social elements? What mechanisms exist in a society so that law cannot be manipulated, and the rule of law is respected? Etc. Therefore, it remains to be determined if, in the case of Authoritarian regimes, the law ethical dilemmas rely upon the issue of obeying and applying a norm or not[31].

In fact, Syria and Algeria, among other countries within the region, could be affected by what has come to be known as the "*third wave of autocratization*", which would be defined as the "*substantial de facto decline of core institutional requirements for electoral democracy*[32]". In this vein, we could mention that the erosion of democratic factors can be labeled as backsliding, defined as a "*state-led debilitation or elimination of any of the political institutions sustaining an existing democracy*[33]". For instance, in Algeria, the decision of the ruling party National Liberation Front (FLN), aligned with former

30 V. JEUTNER, *Irresolvable Norm Conflicts in International Law: The Concept of a Legal Dilemma*, p. 20.

31 *Ibid*.

32 A. LÜHRMANN and S. I. LINDBERG, "A third wave of autocratization is here: what is new about it?", *Democratization* 2019, 26(7): 1095-1113.

33 N. BERMEO, "On Democratic Backsliding", *Journal of Democracy* 2016, 27(1): 5-19.

Copyright © PUSEK, Kaslik, 2023 | All Rights Reserved

President Abdelaziz Bouteflika, to run again for a fifth mandate when it was a clear violation of the constitutional amendments introduced in 2016 sparked indignation, dismay, and resentment of the population that was translated into a significant increase in demonstrations throughout the country between February 22, 2019, and March 2020 with the COVID-19 pandemic lockdown. In the meantime, the parliament was closed, and the parliamentary meetings were postponed.

In Syria, the situation has been considerably aggravated due to the ongoing situation of war. The last parliamentary elections were held in May 2020, and the ruling political party, Progressive National Front, got 177 out of 250 parliamentary seats. Concerning the rule of law, we must bear in mind that even if the Syrian constitution recognizes the separation of powers, it is settled in a way that the president has much more power than any other brand. Therefore, the president is stronger than the executive and judiciary powers. In this vein, the judiciary is one of Syria's institutions that serves to convey the image of a state with democratic procedures and separation of powers; however, it is only with the purpose of giving an air of legitimacy to the regime's persecution of its opponents[34].

We have to bear in mind that sectarian identities are historical construction in which intensity and modes of mobilization are based on specific political, ideological, and geopolitical contexts[35] that have the power to affect the entire social spectrum of fragmented societies, including, of course, the youth. Sectarian modes of political mobilization thrive on state weakness and ideological vacuum because such sectarian practices could be perceived as practices of social reproduction, material domination, and national imagination[36].

In both cases, intra-community loyalty generates a kind of subjective politicization that hinders the creation of a shared national identity and project. The youth in both countries forge their feeling of belonging based on parochial subgroups related to other elements like family, ethnicity, religion, sect, kinship, and political patron[37]. As a result, the essential elements to

34 BTI Transformation Index (2022). The Transformation Index. Available online at : <https://bti-project.org/en/reports/country-report/SYR#pos4>.

35 B. SALLOUKH *et al*., *The Politics of Sectarianism in Postwar Lebanon*, Pluto Press, London, 2015, p. 1.

36 *Ibid*., p. 3.

37 M. HARB, S. ATALLAH and M. DIAB, "Using the clustering method for a heterogeneous reading of Lebanese youth", *Mediterranean Politics* 2021, 26 (3): 373.

Copyright © PUSEK, Kaslik, 2023 | All Rights Reserved

forge their social identification and social construction are based on religious and sectarian belongings. The subordination of the national project for the sake of the consolidation of a kind of "*Communitocracy*[38]" would serve us to prove how some confessional communities do not consider democracy as a primary objective. There is a kind of intra-community loyalty that generates a kind of subjective politicization that hinders the creation of a shared national identity and project[39]. The consociational system would serve as a kind of opportunity game where each sectarian leader would have to fight, on the one hand, to achieve clear leadership within their respective community and, on the other, to obtain the greatest possible quota of resources for their own community in their interaction with other leaders of other faith communities. The end of political confessionalism would mean the loss of said intersectarian negotiation platform, translating into a loss of hegemony in relation to its corresponding confessional community. In addition, it would affect the main decision-making process since horizontal communication between different elites would be more critical for the present case than vertical communication between the elite and their co-religionists[40].

As a result, we constantly notice the combination of consent and coercion in the sectarian system, which reinforces the sectarian linkages and undermines the potential emergence of national, inter-sectarian socio-economic movements and alliances. In this context, the Lebanese youth keeps suffering the direct impact of such a dynamic of consent and coercion because not only they are one of the most vulnerable social groups, but because they are perceiving how the authorities are implementing the so-called "*Necropolitics*"[41], that could be considered as a sort of dark

38 'Communitocracy' might be perceived as a governance system where the policies would be designed to serve more than the interests of the people, the interests of non-state groups, confessional communities, or ethnic groups. See: I. SALAMEY, *The Decline of Nation-States after the Arab Spring. The Rise of Communitocracy*, Routledge, New York, 2017, p. 85.

39 F. BARROSO and J. A. KECHICHIAN, "Authoritarianism and Necropolitics in Lebanon: How Corrupt Elites destroyed their Treasured Democracy", *Middle East Institute*, *Monograph* N.7, New Delhi 2020, p. 7.

40 G. TSEBLIS, "Elite Interaction and Constitution Building in Consociational Democracies", *Journal of Theoretical Politics* 1990, 2 (1), p. 5-29.

41 "*Necropolitics*" translates to the "*politics of death*" because it is derived from the Greek root nekros, meaning corpse. The concept of necropolitics is inspired by Foucauldian thought as it is related to biopolitics which would be used to administer life and build lifestyles. Achille Mbembe coined the word necropolitics as the "politics of death". Necropolitics

Copyright © PUSEK, Kaslik, 2023 | All Rights Reserved

governance where the authority determines who can live and who must die[42]. Therefore, the lack of political options pushes part of this group to behave as simple followers without critical thinking by seeing itself as simply a passive element with nothing to contribute or say. As a result, the level of sectarianism and political polarization is increasing due to the enhancement of the mechanism of patronage and clientelist practices that represents a significant obstacle to achieving their long-awaited emancipation. The remaining question is whether the citizen, in general and young citizens, in particular, will be capable of enforcing a new social contract between them and their representatives[43].

To understand this potential transformation, we have to consider the concept of the "*rule of law*", which is an elusive concept. Indeed, political theorists and international development agencies have often used it to refer to sets of norms, social practices, and institutions developed by societies to curb the arbitrary exercise of power, including simple protections of physical safety. The more basic version of the rule of law restricts political leaders to formal decision-making processes. It defines the entities that create and review laws, describes the procedures they must follow, and establishes independent mechanisms to assess whether proper procedures were followed in individual cases. This "rule by law" can structure diverse political orders, including authoritarian regimes, as long as such formal rules are honored[44]. Likewise, we must bear in mind that "*establishing the rule of law involves extensive construction of laws and courts, judges, a bar, and enforcement mechanisms across the entire country*[45]". It is at this point where Dictatorships find more facilities to reform or replace the former legal system to impose a new rule of law that suits their interests rather than the general interest.

---

refers to the use of technologies to exploit and destroy bodies to administrate death and destroy life, such as genocide, ethnic cleansing, massacres, slavery, human trafficking, and forced disappearance, as well as legal and administrative mechanisms for ordering and systemizing the effects and causes of death policies.

42 A. MBEMBE and L. MEINTJES, "Necropolitics", *Public Culture* 2003, 15 (1), p. 11-40.

43 S. PETERSON, "How Lebanese youth stand alone, speaking their truth to power", *The Christian Science Monitor* 2019, Available at: https://www.csmonitor.com/World/Middle-East/2019/1106/How-Lebanese-youth-stand-alone-speaking-their-truth-to-power , consulted on 25 February 2022.

44 M. CHERTOFF and M. GREEN, "Revitalizing the Rule of Law: Examining the Success of the Arab Spring", *Harvard International Review* 2012, vol. 34, nº 2, p. 59.

45 F. FUKUYAMA, *State-Building: Governance and World Order in the 21st Century*, Cornell University Press, Ithaca 2004, p. 59.

Copyright © PUSEK, Kaslik, 2023 | All Rights Reserved

With "*Necropolitics*", the dilemma is essential for the citizens because they must know how to interiorize the newly assigned role and the loss of enjoyed rights and privileges[46]. Unfortunately, and most likely, we will keep facing periods of political unrest that could lead to an increase in tension and political violence. This increase in tension could pave the way to new legal systems that could bring up more challenges than opportunities, especially for those who were used to a liberal kind of governance. For all these reasons, and with dismay, we could predict the appearance of new law ethical dilemmas, as well as the consolidation of some that appeared previously, which will squander any attempt to achieve authentic standards of the rule of law that can be useful to reduce the impact of "*Necropolitics*" and bad governance.

Law Ethical Dilemmas within the Responsibility to Protect: a way to counter "Necropolitics" in Syria and Algeria

One of the most important dilemmas that remain to be resolved at the international level is whether or not to accept humanitarian intervention as an unacceptable assault on sovereignty. In fact, we are still asking ourselves how it is possible to respond to blatant and systematic violations of human rights that offend the very precept of our shared humanity. Could sovereignty be misused as a shield behind which mass violence could be inflicted on populations with impunity? To answer this dilemma, we should ask ourselves how the Responsibility to Protect (R2P) could be helpful to avoid the implementation of Necropolitics.

In this sense, R2P as a new paradigm of public international law has replaced the right to intervene. Without initiating an academic debate on the scope of such a concept, we could summarize this paradigm in three elements. First is the responsibility of the state to protect its population from genocide, war crimes, ethnic cleansing, crimes against humanity, and from their incitement (para. 138). Second, the international community's responsibility is to assist the state to fulfill its responsibility to protect (para. 139). Third, in situations where a state has manifestly failed to protect its population from the four crimes, the international community's responsibility to take timely and decisive action through peaceful diplomatic and humanitarian means and, if that fails, other more forceful means in a manner consistent with Chapters VI (pacific measures), VII (enforcement

46 A. MBEMBE and L. MEINTJES, "Necropolitics", p. 47.

Copyright © PUSEK, Kaslik, 2023 | All Rights Reserved

measures) and VIII (regional arrangements) of the United Nations Charter (para. 139)[47].

Syria and Algeria are cases in which the responsibility to protect raises particular law ethical dilemmas. Thus, for instance, we could bring up the fact that R2P can in some way incite insurgency and can give wings to resistance. In this sense, the international community's attitude based on inaction has revealed that the R2P doctrine has been one more victim of the war[48].

Apart from that, we should add that failed international interventions can limit the future capacity of the international community and the United Nations Security Council in R2P situations[49]. The international community has not acted in Syria's case even though atrocities have been committed against civilians. The U.N. has issued empty statements of condemnation, held heated Security Council meetings, and ineffectively demanded restraint. Be that as it may, the inaction motivated in part by the right to veto from some related powers within the U.N. Security Council could be understood precisely because of the risk that the R2P could have in relation to the insurgent movements within the Syrian and Algerian reality. In fact, the lack of a forceful response from the international community in relation to the atrocities committed by a dictator could encourage not only such behaviors based on the abuse of power but could also encourage certain insurgent groups to start escalating a conflict to avoid the consequences of the attacks of the regime[50].

In the same way, we could highlight the dilemma that intervention through R2P could bring about since, in many cases, the results are much worse concerning the number of victims. Interventions often cause more victims than initially anticipated. International intervention in both case studies would validate the hypothesis we have just raised. Furthermore, it seems a herculean task to predict the post-conflict scenario in which the

47 A/60/L.1, 20 September 2005, paras. 138–140. See Report of the Secretary-General on Implementing the Responsibility to Protect A/63/677, 12 January 2009.

48 M. AL ORAIBI, "Responsibility to Protect' Is One More Casualty of the Syrian War", *Foreign Policy* 2021 , June 14.

49 P. HILPOLD, *The Responsibility to Protect. A New Paradigm of International Law*, Brill Nijhoff, Leiden 2014, p. 414.

50 *Ibid*., p. 411.

Copyright © PUSEK, Kaslik, 2023 | All Rights Reserved

level of violence could increase, motivated by the need for revenge by those groups that were the target of the atrocities committed by the dictator. All this could lead us to think that it is more ethical not to intervene than obey our impulse to act and intervene.

The second ethical dilemma presented by R2P is related to the fact that there are plausible reasons to argue that international law has tolerated or at least not prevented mass atrocities such as those in Rwanda and Cambodia. The principle of state sovereignty or sovereign equality often provides a factual shield against intervention when massive crimes are committed. International law also stabilized many illegitimate borders (uti possidetis principle) that prepared the ground for new wars and the principle of self-determination of peoples that could contribute to the dramatic destabilization of existing states. Therefore, it would be incoherent to treat current international law as the cause of R2P situations and, at the same time, as the unquestionable premise for the realization of R2P.

Unfortunately, the Algerian case study presents the same treatment since the violence exerted on the Algerians was ignored or forgotten even though it is one of the three Dirty Wars of decolonization where part of the indigenous population was erased[51]. The Algerian case is neither a failed state nor a genocide, but Islamic violence against civilians within a functional, albeit negligent, state[52]. In any case, and due to the internationalization process suffered by the conflict, it became impossible to determine who was killing whom, which resulted in failed humanitarianism. To this must be added, Algeria positioned itself from the beginning in the group of most skeptical countries in relation to R2P. In fact, like Cuba, Pakistan, Iran, Zimbabwe, and Venezuela, Algeria went to great lengths to prevent any moves that would enhance the ability of international institutions to interfere in the internal affairs of state[53].

Despite the ethical dilemmas that may arise about R2P, this paradigm of international relations would present a series of advantages. The issue of responsibility and good governance are presented as essential elements to reduce "*Necropolitics*" because they would give rise to the respect of a series of

51 A. MBEMBE, *Necropolitics*, Duke University Press, 2019, p. 24.

52 J. MUNDY, *Imaginative Geographies of Algerian Violence*, Stanford University Press, California 2015, p. 115.

53 A. J. BELLAMY, "Realizing the Responsibility to Protect", *International Studies Perspectives* 2009, vol. 10, nº 2, p. 113.

Copyright © PUSEK, Kaslik, 2023 | All Rights Reserved

standards in which genocide, crimes against humanity, and ethnic cleansing have no place. In this sense, international governance and law should serve as instruments to denounce those behaviors that could be included in what has been called the new brutalism. The law should serve to protect rather than cover up those despotic behaviors carried out by authoritarian leaders who continue to manipulate the concept of sovereignty as a shield to punish their corresponding population with impunity. Thus, we believe that R2P could be presented as an effective instrument to reduce both the abuse of power by authoritarian leaders and to reduce the level of impunity.

Conclusion

This paper sought to develop a first answer to whether Law ethical dilemmas can be understood as a concept through which we can grasp the complexity and non-binary understanding of societies living in dictatorships and to face the so-called dictatorship syndrome and civil disobedience, and often also the lack of the latter.

One important finding for the case of Syria and Algeria is the confirmation of our exploratory hypothesis on how the authoritarian elites bet on the manipulation of Laws in order to remain in power. Unfortunately, this behavior encourages the proliferation of Law ethical dilemmas and in reaction acts of civil disobedience that promote socio-political dynamics that could be part of the most influential factors that led to popular unrests and its incomprehensible repercussions.

Our analysis further revealed that Law ethical dilemmas can reduce the negative impact of "*necropolitics*" implemented by authoritarian regimes because it illuminates the discrepancies between official laws and measures taken to control the masses in autocratic states and thus helps to clarify and logically justify the ethical legitimacy of civil disobedience. Thus, examining Law ethical dilemmas helps to rationalise actions that may on the surface appear irrational to outsiders.

A logical step following the ethical rationalization and justification of civil disobedience with the intention of changing the autocratic rule of an oppressed population would be the interference of international institutions. Interestingly though, we discovered that within the framework offered by the "*Responsibility to Protect*" (R2P), those law ethical dilemmas present the potential of making things worse and thus within the paradigm of R2P, the law ethical dilemmas can increase the gravity of the lack of rule of the state, corruption, and bad governance rather than being a solution

Copyright © PUSEK, Kaslik, 2023 | All Rights Reserved

to reduce the impact of "*necropolitics*". This could indicate that the ethical component of laws will be undermined due to the favoritism provided to geopolitical interests. The contradiction between the means and potential goals behind solving law ethical dilemmas thus deserves further analysis in order to develop accurate concepts that enable a more transparent analysis of misguided campaigns under the umbrella of the R2P.

Copyright © PUSEK, Kaslik, 2023 | All Rights Reserved

REFERENCES

ACEMOGLU D. and ROBINSON J. A., *The Narrow Corridor*, Penguin Press, New York, 2019.

AL ASWANY A., *The Dictatorship Syndrome*, Haus Publishing Ltd., 2019.

AL MAHMOUD F., "'Helpless and hopeless': despair grips Lebanon's youth", The National News, April 12, 2021. Available online at: https://www.thenationalnews.com/mena/lebanon/helpless-and-hopeless-despair-grips-lebanon-s-youth-1.1202101.

AL ORAIBI M., "Responsibility to Protect' Is One More Casualty of the Syrian War", *Foreign Policy* 2021.

ALLAN T., *Constitutional Justice: A liberal theory of the rule of law*, Oxford University Press, Oxford, 2001.

ARISTOTLE, "Aristotle Volume XX Athenian Constitution. Eudemian Ethics. Virtues and Vices", Loeb Classical Library, Cambridge, 1935.

ATALLAH S., DIAB M. and HARB M., "Using the clustering method for a heterogeneous reading of Lebanese youth", *Mediterranean Politics* 2021, 26 (3): 373.

BARROSO F. and KECHICHIAN J. A., "Authoritarianism and Necropolitics in Lebanon: How Corrupt Elites destroyed their Treasured Democracy", *Middle East Institute*, *Monograph* N.7, New Delhi, 2020.

BAUM W. M., "Cooperation due to cultural norms, not individual reputation", *Behavioural Processes* 2012, vol. 91, nº 1, p. 90 – 93.

BELLAMY A. J., "Realizing the Responsibility to Protect", *International Studies Perspectives* 2009, vol. 10 nº 2, p. 113.

BERMEO N., "On Democratic Backsliding", *Journal of Democracy* 2016, 27(1): 5-19.

CHERTOFF M. and GREEN M., "Revitalizing the Rule of Law: Examining the Success of the Arab Spring", *Harvard International Review* 2012, vol. 34, nº 2, p. 59.

FOLEY F., *Countering Terrorism in Britain and France: Institutions, Norms and the Shadow of the Past*, Cambridge University Press, Cambridge, 2013.

FUKUYAMA F., *Identity: The Demand for Dignity and The Politics of Resentment*, Farrar, Straus and Giroux, New York, 2018.

FUKUYAMA F., *State-Building: Governance and World Order in the 21st Century*, Cornell University Press, Ithaca, 2004.

Copyright © PUSEK, Kaslik, 2023 | All Rights Reserved

GRIFFITH G. and ROTH L., "Banning political donations from third party interest groups: a summary of constitutional issues", *Parliamentary Research Service (NSW)* 2012.

HILPOLD P., *The Responsibility to Protect. A New Paradigm of International Law*, Brill Nijhoff, Leiden, 2014

JEUTNER V., *Irresolvable norm conflicts in international law: The concept of a legal dilemma*, Oxford University Press, 2017.

KATZENSTEIN P. J., "Same War: Different Views: Germany, Japan, and Counterterrorism", *International Organization* 2003 ,vol. 57, no 4, p. 731-760.

LA BOÉTIE, *The Politics of Obedience: The Discourse of Voluntary Servitude*, The Mises Institute, 1975.

LIJPHART A., *Democracy in plural societies: A comparative exploration*, Yale University Press, New Haven, 1977.

LINDBERG S. I. and LÜHRMANN A., "A third wave of autocratization is here: what is new about it?", *Democratization* 2019, 26(7): 1095-1113.

MARAVALL J. M. and PRZEWORSKI A., eds., *Democracy and the Rule of Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2003.

MBEMBE A., *Necropolitics*, Duke University Press, 2019.

MBEMBE A. and MEINTJES L., "Necropolitics", *Public Culture* 2003, 15 (1), p. 11-40.

MILLER M. H. and ZISSIMONS B., "Without Liberty and Justice, What Extremes to Expect? Two Contemporary Perspectives", *CEPR Discussion Paper* 2021.

MOGHADDAM F. M., *The psychology of dictatorship*. American Psychological Association, 2013.

MOGHADDAM F. M., *Threat to democracy: The appeal of authoritarianism in an age of uncertainty*. American Psychological Association, 2019.

MOISI D., *The Geopolitics of Emotion: How Cultures of Fear*, *Humiliation*, *and Hope are Reshaping the World*, New York: Knopf Doubleday Publishing Group, New York, 2010.

MUASHER M., The second Arab awakening: and the battle for pluralism, Yale University Press, New Haven, 2014.

MUNDY J., *Imaginative Geographies of Algerian Violence*, Stanford University Press, Stanford, 2015.

MURO D., *When Does Terrorism Work?* (ed. D. MURO), Routledge, Oxfordshire, 2018.

Copyright © PUSEK, Kaslik, 2023 | All Rights Reserved

PANSARDI P., "Democracy, domination and the distribution of power: Substantive Political Equality as a Procedural Requirement", *Revue Internationale De Philosophie* 2016/1, nº 275, p. 91-108.

PETERSON S., "How Lebanese youth stand alone, speaking their truth to power", *The Christian Science Monitor* 2019

PILLAR, P. R., "Will There Be An Arab Spring 2.0?", *The National Interest*, 2019.

SALAMEY I., *The Decline of Nation-States after the Arab Spring. The Rise of Communitocracy*, Routledge, New York 2017.

SALLOUKH B. *et al.*, *The Politics of Sectarianism in Postwar Lebanon*, Pluto Press, London, 2015.

SWEET A. S., "Constitutional Courts and Parliamentary Democracy", *West European Politics* 2002, vol. 25, nº 1, p. 77 – 100.

TSEBLIS G., "Elite Interaction and Constitution Building in Consociational Democracies", *Journal of Theoretical Politics* 1990, 2 (1), p. 5-29.

VOßKUHLE A., "Multilevel cooperation of the European Constitutional Courts: Der Europäische Verfassungsgerichtsverbund", *European Constitutional Law Review* 2010, vol. 6, nº 2, p. 175-198.

Copyright © PUSEK, Kaslik, 2023 | All Rights Reserved

USEK
Holy Spirit University of Kaslik Press

Revue juridique de l'USEK
*USEK **Law Journal***
Nº Spécial | 2023

(OA) Open Access

eISSN 2664-8156

« C'est une hypocrisie fantastique ! » : la loi, les soignants et le protocole Maastricht III / "It's a Fantastic Hypocrisy!": the Law, the Care Givers and the Controlled Donation After Circulatory Death Protocol

Sara Martouzet, *Doctorante en Santé Publique*, *EA 7505*, *Université de Tours*

Abstract

The French Leonetti and Leonetti-Claeys laws make possible a new death in hospital – decided, constructed, controlled – allowing the removal of organs from a deceased donor following a cessation of therapy, but not without raising many questions.

In this contribution, we propose to study the application of this law in the context of the controlled donation after circulatory death protocol in a Parisian intensive care unit. In a field philosophical approach, our observational and discursive data (22 semi-directive interviews ; ~90 min) highlighted an ethical conflict experienced by the carers between, on the one hand, the dying person and the intentionality of the Leonetti-Claeys law which protects him or her from therapeutic overkill and, on the other hand, organ removal and the technical and organisational constraints it implies, in particular, the requirement of a rapid agony to preserve the quality of the graft that terminal sedation cannot guarantee.

This tension is constant in the management of donor patients by controlled donation after circulatory death protocol. It manifests itself differently at each stage of the procedure and various resolution strategies are implemented by carers to try to overcome the ethical and emotional difficulties that arise. The carers mention a "hypocritical" and "schizophrenic" law and their discomfort with ethical and legal recommendations that are unsuitable or even contradictory to their practices.

Copyright © PUSEK, Kaslik, 2023 | All Rights Reserved

Introduction

La transplantation d'organes apparaît aujourd'hui comme le moyen d'améliorer considérablement la qualité et l'espérance de vie des patients ayant de graves défaillances organiques. Cependant, nombreux sont les patients en attente de greffes et ceux qui décèdent durant cette attente. Face à cette pénurie d'organes, le prélèvement d'organes de type Maastricht III permet d'augmenter les nombres de greffons et leur qualité. Contrairement au prélèvement sur des donneurs en mort encéphalique d'où provient la majorité des organes greffés, les organes des patients atteints d'une pathologie extrêmement grave et incurable, peuvent aussi être prélevés à la suite d'un arrêt des thérapeutiques conduisant au décès par arrêt circulatoire.

Les lois n° 2005-370 du 22 avril 2005 et n° 2016-87 du 2 février 2016, afin de renforcer les droits du patient, lutter contre l'obstination déraisonnable, autorisent la suspension des soins dès lors qu' « *ils apparaissent inutiles, disproportionnés ou n'ayant d'autre effet que le seul maintien artificiel de la vie*[1] ». Ces patients en échec thérapeutique peuvent bénéficier d'« *une sédation profonde et continue provoquant une altération de la conscience maintenue jusqu'au décès, associée à une analgésie et à l'arrêt de l'ensemble de traitements de maintien en vie*[2] ». Contrairement à l'euthanasie dont ces lois servent de garde-fou, il s'agit donc de laisser le patient mourir des suites naturelles de sa pathologie. Le corps médical est passif, son acte et son intention visent uniquement le confort du patient en fin de vie. Cette mort ainsi décidée, construite et contrôlée[3] présente une opportunité en termes d'organisation et de qualité de transplantation d'organes. Malgré une volonté de porter une attention particulière aux directives du mourant, ce n'est qu'en 2014 qu'un décret autorise le prélèvement d'organes sur ces patients. Le protocole de prélèvement d'organes de type Maastricht III se greffe aux procédures de fin de vie déjà existantes. Afin de garantir une absence de conflit d'intérêts entre d'une part, un patient mourant et, d'autre part, la société en pénurie d'organes, les recommandations de l'Agence de Biomédecine[4] insistent

1 Selon l'art. L1110-5-1 du Code de la santé publique.

2 *Ibid.*

3 N. KENTISH-BARNES, *Mourir à l'hôpital : décisions de fin de vie en réanimation*, Seuil, 2008.

4 C. ANTOINE, R. BRONCHARD et L. DURIN, « Conditions à respecter pour réaliser des prélèvements d'organes sur des donneurs décédés après arrêt circulatoire de la catégorie III de Maastricht dans un établissement de santé », <https://www.agence-biomedecine.fr/IMG/pdf/v9_guide_ddac_miii_-_juillet_2021.pdf>, consulté le 31 décembre 2021.

Copyright © PUSEK, Kaslik, 2023 | All Rights Reserved

sur l'étanchéité des filières de fin de vie et de prélèvement d'organes. La France rejoint ainsi d'autres pays comme les Pays-Bas, le Royaume-Unis et la Belgique qui pratiquent le prélèvement de type Maastricht III depuis plusieurs années. La possibilité notamment éthique de ce type de pratique a suscité de nombreuses questions[5], notamment philosophiques, et en suscite de nouvelles dans sa mise en application[6].

Or, « *pour que la question philosophique ait lieu, il faut qu'elle ait un lieu*[7] ». Ce lieu fut un service de réanimation neurochirurgicale d'un hôpital parisien. En effet, l'application de ces lois dans le contexte du protocole Maastricht III a été à l'origine de tensions éthiques au sein des services de réanimation pratiquant ce type de prélèvement. En 2019, ce service me recrute[8] comme étudiante anthropologue et philosophe afin de mener une enquête sur leurs pratiques du Maastricht III et les enjeux éthiques qui en découlent. Cette enquête s'inscrit dans une démarche de philosophie de terrain dès lors que nous posons qu'« *il est question de philosopher avec son terrain et non philosopher sur, dans son dos. L'enjeu de cette expérience intersubjective coconstruite a une signification éthique et existentielle profonde*[9] ». Cette forme hybride d'enquête mobilisant méthodes anthropologiques et analyses philosophiques appliquées aux terrains éthiques implique une philosophie empirique qui, à partir d'une analyse généalogique des concepts et des valeurs mobilisés par

5 G. DURAND, *et al.*, « Faisabilité et questionnement éthique du prélèvement d'organes et de tissus sur des donneurs de catégorie III de Maastricht », *Journal International de Bioéthique* 2014, vol. 25, n° 4, 113.

6 Le tournant empirique de la bioéthique témoigne de ce décalage entre les questionnements éthiques virtuels et l'éthique en situation.
P. BORRY, P. SCHOTSMANS, et K. DIERICKX, "Empirical Ethics: A Challenge to Bioethics", *Medicine, Health Care and Philosophy*, vol. 7, n° 1, 2004.

7 J.-P. PIERRON, « La philosophie de terrain a-t-elle un sol ? La distance du terrain et le sol du comprendre », *in Le terrain en philosophie, quelles méthodes pour quelle éthique ?* (dir. C. Dekeuwer), *Éthique, Politique, Religions*, n° 15, vol. 2, 2019, p. 18.

8 Les propos de Gadamer, « Le terrain n'est pas ce que l'on force à parler par nos méthodes, il nous requiert pour faire événement en notre parole » (rapporté dans C. DEKEUWER, « Introduction. Qu'est-ce que la philosophie de terrain » *in Le terrain en philosophie, quelles méthodes pour quelle éthique ?* (dir. C. Dekeuwer), p. 12), ont pris ici littéralement sens.

9 J.-P. PIERRON, « La philosophie de terrain a-t-elle un sol ? La distance du terrain et le sol du comprendre », *in Le terrain en philosophie, quelles méthodes pour quelle éthique ?* (dir. C. Dekeuwer), p. 33.

Copyright © PUSEK, Kaslik, 2023 | All Rights Reserved

les soignants s'inscrit non pas dans une conception normative de l'éthique, mais analytique et opératoire[10].

Notre cadre méthodologique rejoint aussi les exigences épistémologiques et théoriques. En effet, les limites d'une approche normative et théorique en bioéthique[11] ont conduit à une approche des problèmes philosophiques par le terrain d'où ils émergent afin de répondre aux enjeux éthiques vécus et pris dans la complexité situationnelle de la pratique médicale.

Une pluralité de valeurs entre en jeu dans les pratiques médicales. Ces valeurs peuvent constituer un noyau consensuel[12], elles peuvent aussi être essentiellement contestées[13], entrer en contradiction et, pour agir dans une situation, il est alors nécessaire de les prioriser. Ainsi, dans le cadre des lois Leonetti et Leonetti-Claeys[14], la valeur du non-acharnement thérapeutique des patients maintenus artificiellement en vie sans espoir d'amélioration de leur état prime sur la valeur d'une transcendance de la vie biologique. Cette tension se complexifie lors du protocole Maastricht III alors qu'aux enjeux éthiques liés au prélèvement d'organes s'ajoutent ceux de la fin de la vie et interfèrent entre eux. Outre les valeurs éthiques, des contraintes techniques et organisationnelles sont aussi à concilier avec ces multiples exigences de natures différentes. Cette priorisation des valeurs éthiques et les pratiques médicales qui en résultent, s'exerçant dans les processus formels et informels de décision des soignants, relève aussi du pouvoir médical, déontologique et juridique.

L'étude des processus décisionnels et des pratiques médicales en contexte bioéthique tend à valoriser le terrain et les démarches philosophiques interdisciplinaires et ethnographiques. D'une part, les approches interdisciplinaires et empiriques semblent constitutives de la bioéthique moderne[15]. La bioéthique fait sens avec la mise en application de l'interdisciplinaire et inversement, l'interdisciplinarité est tributaire

---

10 M. GAILLE, *La valeur de la vie*, Les Belles Lettres, 2010, p. 37.

11 B. WILLIAMS, *L'éthique et les limites de la philosophie*, Gallimard, 1990.

12 A. FAGOT-LARGEAULT, « La réflexion philosophique en bioéthique », *Éthique et philosophie morale*, nº 1, 2010.

13 W. B. GALLIE, « Essentially Contested Concepts », *Proceedings of the Aristotelian Society*, vol. 56, 1956.

14 L. n° 2005-370 du 22 avril 2005 et n° 2016-87 du 2 février 2016

15 E. D. PELLEGRINO, « Bioethics as an Interdisciplinary Enterprise: Where Does Ethics Fit in the Mosaic of Disciplines? », dans R. A. CARSON et C. R. BURNS, *Philosophy of Medicine and Bioethics*, 1997.

Copyright © PUSEK, Kaslik, 2023 | All Rights Reserved

de ce que l'on conçoit par bioéthique[16]. Ce tournant empirique[17] tente de répondre à une volonté d'intégrer la complexité du réel à la réflexion éthique et devient d'autant plus pertinent lorsqu'il s'agit d'interroger les pratiques éthiques relatives aux soins et à la relation entre soignants et soignés où les concepts, du fait de leur abstraction, leur rigidité et leur focalisation sur certaines valeurs, sont inopérants dans ce cadre mouvant et à la dimension affective très présente. D'autre part, la confrontation à la pratique par l'ethnographie comme méthode descriptive et analytique du terrain permet un apport critique[18] à l'étude du rapport de la pratique et du vécu des soignants à la loi. C'est par les données empiriques issues l'observation que l'on peut évaluer le modèle général théorique de l'articulation entre droit, éthique et pratique. Plutôt que de partir d'un ancrage théorique d'un enjeu, nous avons davantage fait le choix de partir du terrain dans lequel cet enjeu est vécu, éprouvé, confronté par les premiers concernés.

Ainsi, durant l'année 2019, en immersion dans ce service de réanimation, nous avons collecté des données observationnelles et discursives. Vingt soignants – treize médecins et neuf infirmiers – ont participé à des entretiens d'explicitation[19,20]. Ces entretiens ont été menés en accordant une place centrale à la spontanéité des propos des enquêtés en offrant un espace d' « *auto-analyse provoquée et accompagnée*[21] » tant pour l'enquêté que pour l'enquêteur. La construction itérative d'une grille d'analyse centrée sur les enjeux éthiques de la procédure Maastricht III a permis de mettre en évidence un rapport conflictuel des soignants et leurs pratiques de fin de vie associées aux prélèvements d'organes avec les lois Leonetti et Leonetti-Claeys. Pour certains, les lois à la portée abstraite et générale – jugées « *hypocrites*[22] » par certains soignants – ne sont pas compatibles avec la réalité de leur pratique. Les exigences techniques du prélèvement d'organes entrent

16 M. MAGLIO, « De l'interdisciplinarité en bioéthique : histoire, pratiques et controverses », *Aux frontières des disciplines*, 2016.

17 P. BORRY, P. SCHOTSMANS et K. DIERICKX, « The Birth of the Empirical Turn in Bioethics », *Bioethics*, vol. 19, nº 1, 2005.

18 B. HOFFMASTER, "Can Ethnography Save the Life of Medical Ethics?", *Social Science & Medicine*, vol. 35, nº 12, 1992.

19 P. VERMERSCH, *L'entretien d'explicitation*, ESF, 6e éd., 2010.

20 D'une durée moyenne de 90 minutes, ces entretiens ont été enregistrés avec l'accord de l'enquêté puis retranscrits et analysés.

21 P. BOURDIEU, « Comprendre », *La Misère du Monde*, 1993, p. 915.

22 Les mots des soignants illustrent avec force et authenticité le vécu de ces enjeux, nous nous en référons régulièrement.

Copyright © PUSEK, Kaslik, 2023 | All Rights Reserved

régulièrement en contradiction avec l'intention de ces lois et, plus largement les réglementations et recommandations[23].

Dans un souci de compréhension, nos analyses se composeront de trois temps qui correspondent aux trois temps forts de la chronologie de la procédure Maastricht III : la décision, l'attente, et la mise en application.

Partie I. Une hypocrisie de l'étanchéité entre fin de vie et prélèvement d'organes

Délimiter temporellement la procédure Maastricht III s'avère complexe. Celle-ci résulte d'une double temporalité. Administrativement, est répertorié donneur potentiel de type Maastricht III tout patient de moins de soixante-et-onze ans, sans complication rénale et dont un arrêt des thérapeutiques fut acté lors d'une réunion collégiale avec le médecin en charge du patient, ses confrères ainsi que les membres du personnel paramédical de son service de réanimation qui le souhaite, et obligatoirement, un intervenant médecin d'un service extérieur – dans le service étudié, il s'agit d'un médecin du service de soin palliatif –. Durant ces réunions collégiales, la décision d'arrêt des thérapeutiques ne peut être prise au regard d'une quelconque possibilité de prélèvements d'organes. Autrement dit, afin de garantir l'étanchéité des filières et donc, afin de se prémunir d'un potentiel conflit d'intérêts entre la fin de vie d'un patient et les prélèvements d'organes, nul n'évoque la possibilité d'une procédure Maastricht III. En pratique, cette étanchéité est inapplicable : les soignants rapportent avoir à l'esprit l'opportunité d'un prélèvement d'organes dès qu'une fin de vie se profile avant même qu'une décision d'arrêt des thérapeutiques ne soit actée.

> « *Quand on discute de l'arrêt des thérapeutiques sur un patient, on ne discute que de ça alors qu'on sait tout ce que ça implique. Il y a un peu d'hypocrisie : il y a pas une personne participant à cette réunion qui n'ait pas ça en tête, mais on n'en parle pas parce qu'on ne fait pas d'arrêt des thérapeutiques pour obtenir des organes. […] Il y a une certaine hypocrisie, mais cette hypocrisie, elle est logique, parce qu'elle est pour éviter que les gens fassent n'importe quoi.* »
> (Bastien, médecin)

Pour autant, voir en la fin de vie une opportunité de prélèvement d'organes avant ou pendant le moment décisionnel n'implique pas un utilitarisme du corps humain. L'intentionnalité de la loi vise la lutte contre l'acharnement thérapeutique de patient dont le maintien artificiel en vie ne permet pas d'amélioration de son état, mettant à mal sa dignité.

---

23 Il s'agit des réglementations et des recommandations tant du Code de déontologique médicale que celles de l'Agence de Biomédecine et de sociétés savantes de réanimation.

Copyright © PUSEK, Kaslik, 2023 | All Rights Reserved

C'est afin de se prémunir d'une telle accusation ou d'un tel risque qui consisterait à décider d'arrêter les thérapeutiques afin de prélever des organes – et non, prélever des organes sur un patient qui va décéder suite l'arrêt des thérapeutiques – que les soignants mettent en place des stratégies de résolution de ce conflit afin de respecter l'intentionnalité de la loi. L'une de ces stratégies consiste à mettre en scène la décision où chacun joue le rôle impossible à tenir qui consiste à ignorer la perspective du prélèvement d'organes pour garantir la dimension éthique de la procédure Maastricht III et éviter les dérives qui pourraient en découler. Il s'agit aussi d'une mise en scène qui consiste à expliciter un raisonnement médical et le légitimer avec l'apport d'une diversité de points de vue afin de prouver la transparence du raisonnement et donc son absence de dérive éthique qui montrent qu'il n'y a pas de conflit d'intérêts entre la fin de vie et le prélèvement. La collégialité[24] se porte alors garante plus que d'une décision éthique – on se situerait alors du côté de la normativité qui désigne la bonne et la mauvaise décision -, des conditions éthiques de la prise de décision. Ainsi, bien que la responsabilité de la décision repose sur le médecin en charge du patient, les réunions décisionnelles mobilisent d'autres médecins du service, des membres du personnel paramédical, mais aussi un consultant extérieur – médecin d'un autre service étranger au dossier du patient –. La présence de ce consultant est imposée par la loi afin d'assurer un arbitrage indépendant sur la légitimité et la légalité de la décision. Dans le service étudié, le processus décisionnel est perçu comme un procès :

> « *Le patient qui est toujours dans le coma et qui n'a jamais interagi, on est plus quelque part son avocat. On est là pour défendre ses intérêts.* » (Antoine, médecin)

Ce moment décisionnel permet, outre la défense de la dignité du patient contre l'acharnement, une confrontation de points de vue obligeant à exposer l'argumentation menant à la décision :

> « *Valentin [le consultant extérieur] est vraiment important dans les réunions éthiques parce qu'il est un peu l'avocat du patient. C'est important pour nous qu'il soit là parce qu'il nous rappelle sans cesse nos devoirs non pas de réanimateurs, mais d'accompagnants de la fin de vie. À la base, c'est son job [il est médecin en soin palliatif]. [...] Et puis, c'est important pour lui aussi de voir comment on travaille avec la fin de vie […]. C'est notre témoin, notre garde-fou parce que si même lui reconnaît que notre travail est bien fait dans la transparence, l'éthique et tout, ça veut dire qu'on est bon.* » (David, médecin)

24 J. HABERMAS, *Théorie de l'agir communicationnel*, Fayard, 1987.

Copyright © PUSEK, Kaslik, 2023 | All Rights Reserved

Ce médecin en soin palliatif, extérieur au service, plutôt défavorable au protocole Maastricht III tel qu'il est actuellement pratiqué, incarne aussi « *l'avocat du diable* »[25], qui caricature sa position d'opposant afin de tester la solidité du raisonnement éthique des soignants de réanimation.

La collégialité permet alors une pluralité de points de vue dont la mise en scène permet de limiter certains biais[26] pouvant la compromettre comme la hiérarchie hospitalière, le rapport de genre, la maîtrise de la rhétorique, la disponibilité pour assister à ces réunions, etc.

Cependant, si la réunion collégiale permet l'adhésion de toute l'équipe de réanimation pas nécessairement autour d'une décision – bien que ce soit très majoritairement le cas –, cette réunion permet l'adhésion autour d'un processus éthique. La décision médicale, si elle répond aux exigences juridiques et éthiques définies par la loi et les recommandations des sociétés savantes, est juridiquement souveraine. Par conséquent, rien n'impose l'adhésion des proches concernant la décision d'arrêt des thérapeutiques, ces derniers étant écartés de la décision afin de ne pas engager leur responsabilité dans le décès du proche. Il est important pour les soignants que leurs démarches soient comprises et admises par eux. Cependant, l'équipe de réanimation ne parvient pas toujours à convaincre l'entourage. Ainsi, il arrive que les proches – en raison de leurs croyances, de leurs espoirs, de leur détresse ou d'un déni de la situation – n'acceptent pas la décision médicale. Le refus par les proches de la décision de l'équipe médicale de l'arrêt des thérapeutiques repose soit sur une opposition en termes de pronostic du patient soit sur une opposition d'ordre éthique concernant le droit de laisser mourir. Cette opposition des proches face à la décision de l'équipe soignante tend davantage à se cristalliser sous la forme d'un conflit qui se joue sur le terrain juridique. Entre la décision d'arrêt des thérapeutiques et sa mise en application, la loi prévoit un délai de 48 heures pour que les proches puissent faire un recours juridique contre cette décision. En réalité, l'arrêt des thérapeutiques n'est, semble-t-il, jamais réalisé sans l'adhésion des proches à cette décision. Un long travail d'échange s'engage alors. Si celui si n'aboutit pas, la stratégie adoptée par les proches est de faire un recours juridique. Ce recours juridique est extrêmement mal vécu en premier lieu en raison du processus judiciaire :

---

25 C. NEMETH *et al*., "Devil's advocate versus authentic dissent: stimulating quantity and quality", *European Journal of social psychology*, 2001, n° 6, vol. 31.

26 G. PENVEN *et al.* « Quand le réanimateur devient prophète, la décision part en biais », *Médecine Intensive Réanimation*, 2019, n° 28, vol. 4.

Copyright © PUSEK, Kaslik, 2023 | All Rights Reserved

> *« C'est que nous, on avait pris une décision qui était bonne. On se retrouve avec une famille d'extrémistes religieux qui était persuadée que dieu allait le sauver. Ils ont terminé chez le juge, le juge a interdit l'extubation. Il a demandé des experts, qui ont demandé deux mois pour nous rendre le rapport. Tout ça est logique, le juge fait son job « N'extubez pas le temps que je comprenne. Et puis, comme j'y comprends rien, je vais demander à des experts ». […] Tu prends deux mois dans le nez avec les avocats au cul qui disent : mais il a 39 [de température], pourquoi vous mettez pas d'antibiotique ? Parce qu'on vous explique que nous, on pense que ce patient-là, il faut le mettre en limitation thérapeutique. « Oui, mais le juge vous l'interdit ». Non, le juge interdit de l'extuber. « Oui, mais je vous préviens, s'il meurt de choc septique, vous serez attaqué ». Ça a été comme ça tout le temps. Tout le temps. Tout le temps. L'enfer, des lettres d'avocat… L'horreur. Et c'est vrai que moi j'ai trouvé qu'on a été hyper rigoureux, hyper droit dans nos bottes, et on a accepté tous les trucs, les lettres de convocation. Et à un moment, je me disais, mais on en souffrait ! […] Donc, c'est pas pour gagner une fois un cas qu'on va massacrer une équipe. Tant pis, on sacrifie un patient. »* (Philippe, médecin)

De plus, ce processus judiciaire qui oblige le maintien des soins entre en contradiction avec la décision qui acte que toute thérapeutique pour ce patient relève de l'acharnement. Cela est éprouvant pour le personnel paramédical qui est le plus au contact du patient et se confronte alors quotidiennement à l'état d'un patient qu'il juge « indigne » du fait des soins prodigués et de la souffrance que cela entraine.

> *« Et moi, à un moment, je me dis : on a médicalement raison, on a légalement raison, on n'ira pas en prison. C'est pas ça qui m'embête. Mais là, on est en train de bousiller l'équipe. On va en avoir en permanence comme ça donc en permanence, on aura des infirmières qu'il faut débriefer à moitié en larmes parce que nous, on est dans le bureau, on discute, mais les infirmières, elles font tous les soins ! Elles le nettoient à la trachéo [trachéotomie], à chaque fois qu'il a mal, elles le savent, elles le sentent. Enfin, c'est l'enfer ! Et donc, il y a un moment où on ne peut pas s'exposer comme ça donc est-ce qu'il ne faut pas être « lâche » entre guillemets. C'est pas lâche. C'est qu'entre Monsieur T et l'équipe, eh bien on a choisi l'équipe. Voilà. Il y a pas de directive anticipée, on a une fille qui est complètement dingue, qui est prête à aller au carton. Puisque c'est comme ça, trachéo, gastrostomie, machin tout ça. Et on l'envoie un mois dans un centre de rééduc. »* (Philippe, médecin)

Afin de protéger l'équipe des contraintes du processus judiciaire et de la souffrance d'effectuer un soin jugé non éthique, l'équipe de réanimation fait le choix de « *sacrifier* » un patient. Le conflit fragilisant l'équipe, il s'agit donc de l'éviter en renonçant à la décision d'arrêt des thérapeutiques qui vise à garantir la dignité d'un patient contre l'acharnement en le transférant

Copyright © PUSEK, Kaslik, 2023 | All Rights Reserved

en centre de rééducation. Ainsi, les soignants ne sont plus confrontés aux proches qui s'opposent à eux. Ils ne sont pas non plus confrontés au patient, les paramédicaux ne sont plus contraints de pratiquer des soins jugés déraisonnables contre leur conviction. Enfin, le recours juridique comme opposition frontale entre la décision des soignants et les proches radicalise leur position et le conflit. Au contraire, le transfert temporise le conflit qui se désamorce avec la prise de conscience de l'irréversibilité de l'état du patient et l'indignité de la qualité de vie qu'offre un centre de rééducation pour ce type de patient, aboutissant généralement à l'adhésion des proches à la décision initiale.

Si l'adhésion est marquée par un impératif – celui de l'étanchéité des filières de fin de vie et de prélèvement d'organes –, en pratique, elle est impossible. Cela implique une mise en scène du processus décisionnel perçu comme hypocrite. Cette hypocrisie est nécessaire pour garantir l'éthicité de la décision et donc, l'adhésion des soignants et de l'entourage, notamment pour se prémunir de la judiciarisation de conflit.

Partie II. Trois postures face à une attente aux impératifs antinomiques

Dès lors que la décision d'arrêt des thérapeutiques est actée avec l'adhésion de l'ensemble de l'équipe et des proches du patient en fin de vie, un délai légal de 48h est nécessaire entre la décision et la mise en application de celle-ci afin de donner le temps à l'entourage de faire un possible recours juridique s'il conteste la décision. Ce délai est ambivalent : il laisse à la fois une ultime possibilité de questionner la légitimité de la décision et en même temps, la décision étant déjà actée, ces deux jours supplémentaires de maintien artificiel en vie entrent en contradiction avec la lutte contre l'acharnement thérapeutique. Cependant, malgré cette ambivalence de ce délai, ce dernier est mis à profit de diverses manières. Tout d'abord, ce temps permet d'obtenir l'adhésion parfois difficile à acquérir de l'entourage d'un patient, partagé entre le bien de leur proche et la tristesse de devoir le quitter. Ainsi, passer de cette logique de thérapie à celle d'accompagnement des derniers instants implique de réhumaniser le patient. De corps à soigner, objectivé, fragmenté, pathologisé, il devient un individu mourant dont il faut réaffirmer le caractère de vivant, le réaffirmer en tant que personne, avant qu'il meure, à la manière d'un rite de passage[27]. Lorsque l'arrêt

27 A. VAN GENNEP, *Les rites de passage : étude systématique des rites*, A. et J. Picard, 1991.

Copyright © PUSEK, Kaslik, 2023 | All Rights Reserved

des thérapeutiques s'inscrit dans le cadre du protocole Maastricht III, ce temps est d'autant plus nécessaire qu'il permet de répondre aux exigences juridiques, logistiques et organisationnelles du prélèvement d'organes.

Cependant, cette ambivalence, bien qu'elle soit finalement réappropriée par les soignants et les proches du patient afin de lui donner du sens dans la contradiction, soulève le problème de la hiérarchisation des valeurs. Dès lors que la décision est actée et que le patient est bien donneur, est-ce l'arrêt des thérapeutiques ou bien le prélèvement d'organes qui est prioritaire ? La loi écrite pour un contexte de fin de vie sans prélèvement d'organes n'apporte pas de réponse en ce qui concerne le Maastricht III. Lors de notre enquête de terrain, cette question s'est posée pour la première fois en raison d'un événement qui a marqué le service. Une décision est actée, le prélèvement organisé dans les jours qui suivent. Mais, l'état du patient se dégrade durant la nuit. Le médecin de garde se demande s'il doit agir en le soignant en vue du prélèvement d'organes ou bien ne pas agir en laissant le patient se dégrader jusqu'à son décès tout en veillant à son confort :

> « *Faire, c'est risquer l'obstination déraisonnable, risquer l'instrumentalisation du patient mourant dans une vision purement utilitariste, risquer l'incompréhension voire la suspicion de certains soignants ou de certains proches. Ne pas faire, c'est risquer que la procédure M3 ne puisse pas aboutir, risquer de ne pas respecter la volonté du patient d'être donneur, risquer la déception de certains proches impliqués. Ne pas faire, c'est aussi risquer que la procédure aboutisse, mais avec une moins bonne viabilité des organes.* » (Extrait de mail de Baptiste, médecin, envoyé à l'ensemble des médecins du service)

Ce dilemme était, avant ce cas, de l'ordre de la virtualité dans l'esprit des soignants qui l'évoquent finalement implicitement lorsqu'ils rapportent le sens qu'ils donnent aux soins faits durant cette période d'attente. En effet, en orientant leurs soins vers le confort du patient, c'est-à-dire la stabilisation de son état et l'absence de douleur, les soignants ne se heurtent ni au principe de la décision d'arrêt des thérapeutiques puisque ces soins n'ont pas de visée thérapeutique, mais palliative, ni à l'ambition de prélèvement d'organes dans la mesure où ces soins offrent le temps d'organiser la procédure Maastricht III.

La loi n'apporte pas de réponse. Trois positions sont envisageables :

– L'arrêt des thérapeutiques prime sur l'opportunité du prélèvement d'organes : cette décision est antérieure à celle du prélèvement d'organes et le prélèvement d'organes n'est pas la finalité de la prise en charge du patient, mais bien une opportunité si toutes les conditions antérieures la permettent.

Copyright © PUSEK, Kaslik, 2023 | All Rights Reserved

– La décision n'entre pas en contradiction avec le prélèvement d'organes : il y a une compatibilité entre le principe de non-obstination et l'exigence de soin pour le prélèvement d'organes dès lors que l'on pose que l'acharnement thérapeutique est tout soin qui est futile, qui n'a pas de sens, de finalité. Ici, le soin en vue du prélèvement d'organe est futile pour le patient en fin de vie, mais ne l'est pas pour les potentiels receveurs.

> « *Vous l'extubez que lundi en fait. Donc, vous faites de l'acharnement thérapeutique pendant trois jours pour sauver quelqu'un. Ben la réponse est : « Oui ». En fait, on a le droit de faire de l'acharnement thérapeutique, parce que la définition de l'acharnement thérapeutique, c'est que ça n'a pas de sens et que ça n'a pas de but. Et on découvre que le but est pour quelqu'un d'autre, c'est qu'on peut maintenir de la réanimation qui est futile pour la personne concernée, mais qui ne l'est pas pour quelqu'un d'autre. Et ça lui enlève cette futilité. Mais on voit bien qu'on est forcé d'expliquer ce qu'on fait. Donc, c'est qu'il y a un petit malaise. Donc, il faut dire : « En fait, non, c'est pas futile. Non, c'est pas de l'acharnement. Non, il souffre pas ». Lui [le patient donneur], il s'en fout. Deux jours de plus ou pas de ventilation et de propofol, il s'en fout. Et par contre, ce n'est pas futile parce qu'on va avoir des organes* ». (Philippe, médecin)

– Enfin, entre ces deux positions, celle du compromis consiste à accepter de prodiguer raisonnablement des soins qui optimisent l'opportunité de prélever des organes tout en limitant au mieux les soins invasifs pour le patient mourant. La difficulté est alors de déterminer ce qu'il est raisonnable de faire et de fixer les limites de la proportion. Ainsi, poser un cathéter ou faire une prise de sang, bien que relativement peu douloureux (d'autant plus pour un patient sédaté profondément) peut être perçu soit comme une douleur de trop pour un patient en fin de vie, soit comme un mal nécessaire – la douleur du patient – pour un bien plus grand – la vie sauvée d'une personne en attente de greffe.

> « *Mais moi, faire des soins douloureux, invasifs, en fait, à un patient pour ses organes, je trouve ça horrible. Alors, si ça se trouve, lui, il a très très envie de donner ses organes. Et avoir une perfusion en plus pour pouvoir sauver trois personnes, ça lui va très bien, j'en sais rien. Donc, c'est hyper difficile, c'est hyper difficile, je sais pas. Mais, je dois avouer qu'aller dialyser quelqu'un, […] ça paraît complètement disproportionné. Je sais pas où mettre le curseur de la disproportion : un cathéter, ça paraît pas la même folie que la dialyse, c'est quand même déjà beaucoup plus, je sais pas où mettre le curseur.* » (Agathe, médecin)

Copyright © PUSEK, Kaslik, 2023 | All Rights Reserved

> Comme le remarque ce médecin, c'est le contexte d'incertitude des volontés du patient qui complexifie cette posture.

La loi de fait de son caractère général et de son contexte de rédaction ne prend pas en charge les spécificités du prélèvement d'organes. Elle est donc perçue comme « *floue* » laissant des zones non définies sujettes à l'interprétation :

> « *C'est interprétatif, ce qui est bien et pas bien, ce qui permet de faire des choses. Mais qui est pas bien parce que parfois, quand il y a une mauvaise interprétation, pareil, ça clashe.* » (David, médecin)

Ainsi, cet espace d'indéfinition dans la loi laisse ouvert un champ d'interprétations qui, par extension, se confrontent aux jugements et aux dérives potentielles à l'origine d'un malaise chez les soignants. Mais elle permet aussi la mise en place de pratiques d'accompagnement du patient et de son entourage, de choisir leur position collective en cas de dégradation de l'état du patient.

Partie III. Une mise en application qui exacerbe les tensions

Cette dimension interprétative de la loi – jusqu'à présent questionnée dans les rares cas où le patient se dégrade entre le moment de la décision et de sa mise en application – devient d'autant plus problématique et doublement durant ce troisième temps de la procédure Maastricht III. En effet, en France, nous sommes légalement tous donneurs présumés sauf si l'on est inscrit sur le registre national des refus ou fait part de directives auprès de proches[28]. Il y a ici un paradoxe dans la notion de don d'organes où le donneur l'est d'office, parfois malgré lui, sans le vouloir alors que le don résulte bien d'une volonté délibérée de donner[29] et sans possibilité directe d'acquittement de la dette qui résulte du don[30]. En pratique, ce consentement présumé au don d'organes ne semble pas être appliqué. Les soignants ne souhaitent pas ajouter de la douleur supplémentaire aux proches d'un mourant qui n'a pas exprimé une volonté de donner des organes en imposant des pratiques contre ses convictions ou ses croyances rapportées par son entourage :

---

28 L. n° 76-1181 du 22 décembre 1976 relative aux prélèvements d'organes, *JORF* du 23 décembre 1976, p. 7365, art 2.

29 S. AGACINSKI, *Le tiers-corps : réflexions sur le don d'organes*, Seuil, 2018, p. 14-15.

30 P. STEINER, « La transplantation d'organes : un nouveau commerce entre êtres humains ? », *MAUSS*, vol. 35, nº 1, 2010.

Copyright © PUSEK, Kaslik, 2023 | All Rights Reserved

> « *Il y a une loi comme quoi, une fois que la personne, le cœur s'arrête, tu prends ce que tu veux. Tout ce que tu veux. On le fera pas ! Mais on n'a pas fait ça parce qu'on a tenu compte du fait que les gens, il y a un attachement au corps. [...] Est-ce que c'est des conneries de vouloir être dispersé à marée haute en face de la digue là où tous les samedis soirs, je prenais l'apéro avec mon mari ? Est-ce que c'est débile ou est-ce que non ? La vie a un sens. Tu rentres dans des trucs très intéressants et [on] a clairement voulu garder un certain respect pour ces considérations pas très scientifiques, mais qui quelque part font l'humanité.* »
> (Philippe, médecin)

En ce qui concerne la sédation terminale suivie ou non à prélèvement d'organes, la loi repose sur l'intentionnalité du médecin dont l'action doit viser le confort du patient et non son décès. Le décès d'un patient n'est éthique et légal que si l'intention de l'arrêt des thérapeutiques est de garantir sa dignité et la sédation terminale son absence de souffrance. Or, la loi ne définit pas la quantité de sédation pour qu'elle soit profonde et continue et nul ne peut avoir accès aux intentions d'autrui[31]. Cet espace d'interprétation est ici à la fois un espace de liberté pour les médecins qui peuvent alors adapter leur pratique en fonction de la singularité du patient – de ses volontés lorsqu'il s'agit de décider de son maintien ou non en vie artificielle et de son état de santé, lorsqu'il s'agit de décider de la dose de sédation à lui administrer lors de l'arrêt des thérapeutiques –. Cet espace peut aussi être perçu comme transgressif :

> « *Encore une fois, si la loi nous disait : on a le droit – non pas que je sois pour ou contre l'euthanasie – d'injecter un médicament avec, comme finalité, le décès du patient – ce qui est pas le cadre légal – eh bien, j'aurais pas du tout de difficulté à le faire. Le problème, c'est que la loi ne dit pas ça. Elle dit qu'on a le droit d'instaurer une sédation profonde et terminale pour assurer le confort du patient jusqu'à son décès, en substance. Sauf que quelquefois, alors qu'on pense que le patient est déjà confortable, eh bien, on rajoute quand même un petit peu de médicaments, juste pour s'assurer qu'il soit confortable, mais aussi pour rentrer dans les timings. Et ça, je trouve que c'est pas extrêmement confortable. Parce qu'effectivement, il y a, possiblement, un peu de transgression.* »
> (Guillaume, médecin)

La loi autorise une sédation profonde et continue jusqu'au décès, mais c'est à chaque service d'établir son protocole de sédation et à chaque médecin d'apprécier la dose de sédation administrée.

31 G. E. M. ANSCOMBE, *L'intention*, Gallimard, 2002.

Copyright © PUSEK, Kaslik, 2023 | All Rights Reserved

Lors de la procédure Maastricht III, l'intention et l'effet de la sédation deviennent parfois ambivalents. L'un des enjeux techniques de ce type de prélèvement est celui de la préservation des organes. Le décès doit survenir rapidement afin de préserver la qualité des greffons. Cela implique des conditions de décès très technicisées, déshumanisantes, dépersonnalisantes[32]. La présence des proches du mourant n'est pas encouragée, elle est même parfois découragée pour ces raisons. La pression de la réussite du prélèvement incite à transgresser le principe du laisser-mourir en injectant de très fortes doses de sédation pour accélérer le processus d'agonie. Si la phase agonique est trop longue, les organes souffrent et perdent en qualité les rendant non transplantables. Ainsi, le médecin peut user du double effet de la sédation – garantir le confort du patient et un décès rapide qui dégrade le moins possible les organes – sans déroger à un interdit législatif, voire éthique, pour certains soignants – celui de l'euthanasie –. Mais cela nécessite une certaine ambiguïté dans l'intentionnalité de l'acte de la sédation profonde et continue jusqu'au décès du patient donneur de type Maastricht III. En effet, en jouant sur le double effet du sédatif – limiter la douleur et accélérer le décès –, l'intentionnalité du médecin est à la fois portée vers le confort du patient, mais aussi, comme pour l'euthanasie, portée vers un décès rapide de son patient.

Ainsi, en jouant sur le double effet de la sédation, les médecins adoptent une stratégie face à une certaine hypocrisie de la loi. Les médecins sont amenés à agir dans un espace d'indéfinition dans la loi afin de répondre, d'une part, à la pression de la réussite et, d'autre part, à l'interdit de l'euthanasie. La sédation lourde semble répondre à ces deux impératifs que les médecins se fixent. Cependant, il ne s'agit plus d'une question éthique, mais d'une question juridique. Il ne s'agit pas pour les soignants de définir éthiquement ce qu'il est acceptable de faire ou non, mais d'agir selon ce qu'il est possible de faire dans un cadre juridique afin de respecter leurs valeurs éthiques. Les soignants sont donc amenés à adopter des stratégies pour concilier divers impératifs éthiques, techniques et juridiques. Outre la difficulté de gérer la pression de l'impératif technique de la réussite de la procédure Maastricht III, il s'agit aussi pour le médecin d'agir afin de limiter le risque que leur action soit jugée comme transgressive par rapport la loi.

32 M. RADY, J. L. VERHEIJDE et J. MCGREGOR, "Organ Donation after Circulatory Death: The Forgotten Donor?", *Critical Care*, vol. 10, nº 5, 2006.

Copyright © PUSEK, Kaslik, 2023 | All Rights Reserved

> *« On peut encore dire : « Oui, c'est pour le confort le 10 milligrammes [de sédatif] » Oui ! C'est très, très confortable ! Oui, c'est la petite finesse qui fait qu'on se dit qu'on est encore dans les clous de la loi. Et si l'expert, si la famille, d'un seul coup, je sais pas quoi, elle veut porter plainte : « Moi, je suis pas d'accord, je veux voir le dossier. » Donc, et que l'expert qui lit le dossier, il va dire : « Non il y a une sédation profonde et continue, c'est parfait, il avait pas mal, il est mort, c'est comme ça ». Alors que s'ils voient un bolus de curare, etc. c'est juste pour qu'il meure, et c'est l'euthanasie. Donc oui, c'est légal. Enfin, c'est même pas de l'éthique, c'est du législatif. Non, c'est pas de l'éthique, c'est du pur législatif. »* (Agathe, médecin)

Enfin, une fois le décès du donneur survenu dans un temps suffisamment court limitant la dégradation des organes lors de la phase agonique, une période de 5 minutes d'observation – période dite de *no touch* – permet alors de confirmer son décès par l'absence de reprise spontanée d'un battement cardiaque. Le médecin de réanimation en charge du patient signe ensuite le certificat de décès. Son travail est alors fini. Toujours dans un souci d'étanchéité des filières, le relais est alors pris par l'équipe de coordination. Cette dernière interroge le registre national des refus au don d'organes pour confirmer la possibilité juridique du prélèvement. La pose de canules – tuyaux connectés au réseau veineux par une incision dans l'aine branchés à une machine de circulation extracorporelle – permet alors de rétablir artificiellement une circulation sanguine garantissant la qualité des greffons. Un ballon d'occlusion est mis en place dans le réseau veineux afin de bloquer la circulation du sang dans la partie haute du corps. Ainsi, la circulation sanguine est rétablie afin d'irriguer les organes excepté le cœur et le cerveau – organes ayant une forte dimension symbolique dont l'activité, y compris post-mortem, incarne le vivant et la conscience. Une fois la circulation artérielle rétablie artificiellement, le corps du patient reprend certaines caractéristiques du vivant. Le sang qui est perfusé artificiellement pour conserver des organes jusqu'au prélèvement redonne au corps son aspect coloré, chaud et souple. Les soignants se heurtent à un décalage sensoriel et cognitif relatif à la perception et la représentation du corps mort. Il y a donc une contradiction entre la mort actée juridiquement du donneur et son aspect. Cet aspect vivant du cadavre donneur – que l'on retrouve chez les donneurs de type Maastricht IV en état de mort encéphalique – est à l'origine d'une difficulté – tant pour les soignants que pour l'entourage du donneur – à l'agréger à la catégorie des morts. Alors que la période d'attente entre la décision et sa mise en application permettait une ritualisation de la fin de vie en réaffirmant le caractère vivant du mourant, le protocole Maastricht III dans sa mise en application ne permet pas une ritualisation

Copyright © PUSEK, Kaslik, 2023 | All Rights Reserved

du passage de la vie et la mort pour les soignants en raison, d'une part, de l'impossibilité de faire concilier un accompagnement symbolique et un accompagnement technique de la mort permettant le prélèvement d'organes et, d'autre part, de l'ambivalence du corps du donneur – mort pour la société et vivant pour les organes. Ce deuxième point rappelle que juridiquement, le prélèvement d'organes vitaux doit être réalisé sur des donneurs morts. Cette confusion sur le statut du donneur en circulation artificielle renforce cet imaginaire de transgression de la loi et de l'éthique notamment par la crainte de l'instrumentalisation du corps qu'il s'agirait de tuer pour prélever.

Conclusion

Notre enquête de terrain au sein de ce service de réanimation a permis de collecter des données observationnelles et discursives qui témoignent d'une préoccupation constante de la loi. Plus précisément, on remarque l'omniprésence du jugement d'hypocrisie de la loi tout au long de la procédure. Durant le processus décisionnel, cette hypocrisie est utile, elle fait partie de la stratégie éthique des soignants contre de potentielles dérives d'instrumentalisation du corps du mourant donneur et pour entretenir une relation de confiance et d'adhésion entre soignants et avec l'entourage du patient. Durant le délai ambivalent d'entente entre la décision et sa mise en application, cette hypocrisie de la loi prend la forme d'une indéfinition qui ne prend pas en charge ni juridiquement ni éthiquement le cas particulier où le médecin doit choisir la priorité qu'il pose entre la fin de vie de son patient ou la transplantation d'organes potentiels de plusieurs autres patients. Enfin, lors de la mise en application de l'arrêt des thérapeutiques, cette hypocrisie se cristallise autour d'une double contrainte – ne pas faire d'euthanasie et préserver les organes par une agonie rapide – nécessitant un jeu jugé parfois transgressif, celui du double effet de la sédation terminale.

Cependant, cette hypocrisie tantôt utile pour garantir l'étanchéité de la filière de fin de vie et celle de prélèvement d'organes, tantôt à l'origine d'indéfinition malaisante pour les soignants tiraillés entre deux impératifs, il semble qu'elle résulte d'un décalage entre le cadre théorique et juridique et celui de la pratique :

> « *C'est schizophrénique, on nous dit il doit y avoir une étanchéité complète entre la filière de prélèvement et la filière de soin. Donc, ça, c'est des intentions très louables. C'est des gens qui sont dans des bureaux et qui n'ont jamais vu un patient de leur vie qui disent des trucs comme ça. En pratique, c'est impossible !* » (Bastien, médecin)

Copyright © PUSEK, Kaslik, 2023 | All Rights Reserved

La procédure Maastricht III réactualise les enjeux de la fin de vie notamment en questionnant de nouveau l'intention et l'action du soignant dans la fin de vie de son patient. L'euthanasie active – c'est-à-dire l'administration d'un produit létale – apparaît pour certains comme le moyen de mettre fin à cette hypocrisie en levant toute ambivalence sur l'intention du soignant, la finalité de son action et les moyens à sa disposition :

> « *Justement, en général, les gens qui parlent d'hypocrisie au niveau de la sédation profonde et continue disent que finalement, l'euthanasie serait une solution qui limiterait les échecs et limiterait l'hypocrisie, et même limiterait un malaise par rapport à l'acte pratiqué. […] Encore une fois, ça permet de pas être trop brutal. Parce que l'euthanasie a un côté brutal, dans le mot, dans le fantasme de la famille, des gens, de la population, je pense. […] Comme j'ai dit, cette loi, c'est de l'interprétation. Donc, ça permet aussi de pouvoir avoir plusieurs niveaux d'interprétation. C'est vrai que cette loi, elle est pas non plus nulle non plus hein. Elle est tout en nuances, en fait, et elle est compliquée à interpréter. Mais elle permet de faire plein de choses, en fait. Voilà.* »
> (Damien, médecin)

Cependant, si l'euthanasie permet une phase agonique courte tout en luttant contre l'acharnement thérapeutique, elle reste entourée d'un imaginaire violent qui remet en cause la passivité du soignant dans le décès de son patient. Si les outils juridiques actuels semblent sujets à l'interprétation et donc provoquent un certain malaise chez les soignants dans l'application de la loi, celle-ci reste cependant soutenue. En effet, bien que la loi ne prenne pas en charge les modalités éthiques et techniques du cas particulier de l'arrêt des thérapeutiques suivi d'un prélèvement d'organes de type Maastricht III, elle laisse cependant des espaces d'interprétation, d'adaptation pour mettre en place des stratégies de résolution des différents conflits éthiques de la fin de vie et du prélèvement d'organes.

Néanmoins, les questions soulevées par cette procédure en théorie comme en pratique restent pour certaines toujours en attente de réponses éthiques et juridiques alors même que, du fait de la qualité des greffons obtenus et de leur quantité potentielle, cette procédure reste une réelle opportunité dans un contexte de pénurie d'organes.

Copyright © PUSEK, Kaslik, 2023 | All Rights Reserved

USEK
Holy Spirit University of Kaslik Press

Revue juridique de l'USEK
*USEK **Law Journal***
Nº Spécial | 2023

(OA) Open Access

eISSN 2664-8156

Éthique de la mort en période de pandémie : quelles dérogations au droit funéraire français pendant le COVID-19 ? / Ethics of Death During a Pandemic: the Implemented Derogations to the French Funeral Law During COVID-19

Guillaume Rousset, *Maître de conférences en droit, HDR, Université Jean Moulin Lyon 3 (CRDMS/IFROSS)*

Abstract

The Covid-19 crisis has had an impact on a wide range of social dimensions. One of them, particularly symbolic, is the management of death and mourning. Indeed, the state of health emergency has allowed a large number of derogations from funeral law when the deceased are affected or 'probably affected' by Covid-19, or even for any person: prohibition of conservation care and mortuary toilets, immediate burial, longer burial periods, severe limitation of funeral ceremonies, etc. All these elements have had a major impact on funeral practices and the way in which mourning is experienced, producing particularly strong human, social and psychological repercussions for the relatives and families of the deceased. Analysed by some as an "*anthropological rupture*", these changes tend to accentuate the form of denial of death that our societies already experience. While health considerations easily explain the changes that have been made, relatives and families find themselves 'dispossessed' of their mourning by not being able to pay tribute to the deceased and to gather around him or her through rites that help them to overcome the death. All these elements justify a legal and ethical reflection on death during a pandemic.

Copyright © PUSEK, Kaslik, 2023 | All Rights Reserved

La crise sanitaire du Covid-19 a produit des effets sur une très grande diversité de dimensions sociales. L'une d'entre elles, particulièrement symbolique, est la gestion de la mort et du deuil. En effet, l'état d'urgence sanitaire a permis un nombre important de dérogations au droit funéraire lorsque les personnes décédées sont atteintes ou « *probablement atteintes* » du Covid-19, voire pour toute personne : agonie hors de la présence des proches en maison de retraite médicalisée[1], interdiction des soins de conservation et des toilettes mortuaires, mise en bière immédiate, délai d'inhumation rallongés, limitation forte des cérémonies funéraires, etc.

Tous ces éléments ont eu un impact majeur sur les pratiques funéraires et la manière de vivre le deuil, produisant des répercutions humaines, sociales et psychologiques particulièrement fortes pour les proches et les familles des personnes défuntes[2]. Analysés par certains comme une « *rupture anthropologique*[3] », ces changements tendent à accentuer la forme de déni de la mort que nos sociétés connaissent déjà[4]. En décembre 2021, en France, les statistiques officielles font état de 120 000 personnes décédées du covid-19, c'est-à-dire autant de deuils, de familles touchées et de cérémonies qui ont subi ces modifications.

Si les considérations sanitaires expliquent aisément les modifications décidées, les proches et les familles se retrouvent « *dépossédées* » de leur deuil en ne pouvant pas rendre hommage à la personne disparue et se retrouver

1 Nommées, en France, établissements d'hébergement pour personnes âgées dépendantes (EHPAD).

2 A. BURREL et L. E. SELMAN, "How do Funeral Practices Impact Bereaved Relatives' Mental Health, Grief and Bereavement? A Mixed Methods Review with Implications for COVID-19», *OMEGA–Journal of Death and Dying*, 0(0), 1-39 ; B. PHILIPS-MUSNIER, « Solitude entourant la fin de vie et les funérailles en période de confinement – Regards d'un médecin généraliste », *Éthique et santé* (2020), 17, p. 171 ; A. CHEMIN, « Les épidémies perturbent les relations aux morts », *Le Monde*, 4 avril 2020, p. 26.

3 Selon les mots du philosophe Damien Leguay *in* A. LECLAIR, « Damien Le Guay : Dans le combat pour la vie, on a oublié l'accompagnement de la mort », *Le Figaro*, 11 mai 2020.

4 R. CHEMAMA, « Le déni de la mort », *Clivage et modernité*, 2004, p. 136 à 141 ; M. DE HENNEZEL, « L'épidémie de Covid-19 porte à son paroxysme le déni de mort », *Le Monde*, 4 mai 2020.

Copyright © PUSEK, Kaslik, 2023 | All Rights Reserved

autour d'elle au travers de rites qui les aident à surmonter ce décès[5]. Ces mesures ont aussi eu un effet important sur les professionnels de santé comme sur les professionnels du champ funéraire qui n'ont pas pu exercer leurs fonctions comme ils avaient l'habitude de le faire[6]. Tous ces éléments justifient que soit menée une réflexion juridique et éthique sur la mort en période de pandémie[7], réflexion qui peut aussi prendre une dimension internationale[8] et s'inscrire dans un contexte de remise en cause du droit funéraire[9]. Cette réflexion portera non pas sur le mourir, c'est-à-dire sur l'agonie que les personnes ont pu connaître, bien que cela soit un sujet d'un grand intérêt[10], mais bien sur la mort, c'est-à-dire sur ce qui advient lorsque

5 G. CLAVANDIER, « Contextualiser le deuil dans une ritualité funéraire perturbée », *Revue de neuropsychologie* 2020/2, vol. 12, p. 243 ; A. LECLAIR, « Covid-19 : ces "deuils volés" par le premier confinement », *Le Figaro*, 8 novembre 2020.

6 Ph. CHARLIER, « Covid-19, dignité humaine et traumatisme psychologique pour les soignants : une lettre ouverte aux autorités sanitaires », *Ethics, Medicine and Public Health* (2020), 14, 100541.

7 B. FERY, « Pour une éthique des funérailles en situation de pandémie », *Éthique et santé* (2020), 17, p. 168 ; M. BOUTEILLE-BRIGANT, « Covid-19 et droit funéraire », *RDS* n° 96, 2020, p. 124 ; M. BOUTEILLE-BRIGANT, « Toilette mortuaire et mise en bière par temps de Covid », *RDS* n° 101, 2021, p. 447 ; I. CORPART., « Crise sanitaire liée au coronavirus et nécessaire adaptation des règles funéraires », *RJPF* 2020- 5/3 ; A. GAILLIARD, « Face à l'épidémie, des mesures prises en droit funéraire », *Dr. famille* 2020, comm. 84 ; I. CORPART, « Face à la mort au temps du covid-19 », *RJPF* 2020-6/1 ; Ph. CHARLIER, « Covid-19 et quelques problématiques éthiques en France », *Ethics, Medicine and Public Health* (2020), 14, 100510 ; A. LAMI (dir)., *La pandémie de Covid-19 - Les systèmes juridiques à l'épreuve de la crise sanitaire*, Larcier, 2021, p. 129.

8 G. CLAVANDIER *et al.*, "From one body to another: the handling of the deceased during the COVID-19 pandemic, a case study in France and Switzerland", Human Remains and Violence: An Interdisciplinary Journal, 2021, Vol. 7, Issue 2, p. 41 ; G. DENYER WILLIS, F. STEPPUTAT et G. CLAVANDIER, "Special issue introduction: burial and the politics of dead bodies in times of COVID-19 – Exception and rupture?", Human Remains and Violence: An Interdisciplinary Journal, 2021, Vol. 7, Issue 2, p. 4 ; S. RODRIGUES et V. ROBIN, « Crise sanitaire mondiale et transformations des pratiques funéraires en Europe », *Revista Direito.UnB*, Maio-Agosto, Vol. 5, n° 2, p. 212.

9 V. Défenseur des droits, *Des droits gravés dans le marbre ? La personne défunte et ses proches face au service public funéraire*, 2021, 43 p.

10 V. not. A. CHEYNET DE BEAUPRÉ, « Vieux, morts et mourants à l'épreuve de l'éthique covidienne », *in* V. BARBÉ, J.-F KERLÉO et J. PADOVANI, « L'éthique à l'épreuve de la crise », L'Epitoge, coll. L'Unité du droit, vol. XXXIV, 2021, 291 p., p. 179 ; N. PUJOL, M.-L DE WARREN et S. MARSAN, « Les soins palliatifs à l'épreuve de la Covid-19 », *Esprit* 2020/12, p. 21.

Copyright © PUSEK, Kaslik, 2023 | All Rights Reserved

l'irréversible est arrivé. En somme, une réflexion sur l'éthique de la mort et non sur une éthique de mourir.

L'ensemble de ces exceptions au droit funéraire se fonde sur l'état d'urgence sanitaire prévu par la loi en tant que socle juridique permettant de déroger au droit commun. C'est le cas en mars 2020[11], mais aussi en mai[12] et en novembre[13] de cette même année, tout comme en février 2021[14]. Sur cette base législative, de nombreux décrets et arrêtés ont été édictés afin d'instaurer de manière spécifique les dérogations au droit funéraire[15],

11 Loi n° 2020-290 du 23 mars 2020 d'urgence pour faire face à l'épidémie de covid-19, *JORF* n° 0072 du 24 mars 2020, texte n° 2.

12 Loi n° 2020-546 du 11 mai 2020 prorogeant l'état d'urgence sanitaire et complétant ses dispositions, *JORF* n° 0116 du 12 mai 2020, texte n° 1.

13 Loi n° 2020-1379 du 14 novembre 2020 autorisant la prorogation de l'état d'urgence sanitaire et portant diverses mesures de gestion de la crise sanitaire, *JORF* n° 0277 du 15 novembre 2020, texte n° 1.

14 Loi n° 2021-160 du 15 février 2021 prorogeant l'état d'urgence sanitaire, *JORF* n° 0040 du 16 février 2021, texte n° 1.

15 La liste est aussi longue qu'utile ! Par ordre chronologique : D. n° 2020-293 du 23 mars 2020 prescrivant les mesures générales nécessaires pour faire face à l'épidémie de covid-19 dans le cadre de l'état d'urgence sanitaire, *JORF* n° 0072 du 24 mars 2020, texte n° 7 ; D. n° 2020-352 du 27 mars 2020 portant adaptation des règles funéraires en raison des circonstances exceptionnelles liées à l'épidémie de covid-19, *JORF* n° 0076 du 28 mars 2020, texte n° 39 ; arrêté du 28 mars 2020 modifiant l'arrêté du 12 juillet 2017 fixant les listes des infections transmissibles prescrivant ou portant interdiction de certaines opérations funéraires mentionnées à l'article R. 2213-2-1 du code général des collectivités territoriales, *JORF* n° 0077 du 29 mars 2020, texte n° 13 ; D. n° 2020-384 du 1er avril 2020 complétant le décret n° 2020-293 du 23 mars 2020 prescrivant les mesures générales nécessaires pour faire face à l'épidémie de covid-19 dans le cadre de l'état d'urgence sanitaire, *JORF* n° 0080 du 2 avril 2020, texte n° 9 ; D. n° 2020-446 du 18 avril 2020 relatif à l'établissement du certificat de décès, *JORF* n° 0096 du 19 avril 2020, texte n° 2 ; D. n° 2020-497 du 30 avril 2020 complétant le décret n° 2020-293 du 23 mars 2020 prescrivant les mesures générales nécessaires pour faire face à l'épidémie de covid-19 dans le cadre de l'état d'urgence sanitaire, *JORF* n° 0106 du 1er mai 2020, texte n° 1 ;D. n° 2020-545 du 11 mai 2020 prescrivant les mesures générales nécessaires pour faire face à l'épidémie de covid-19 dans le cadre de l'état d'urgence sanitaire, *JORF* n° 0115 du 11 mai 2020, texte n° 1 ; D. n° 2020-548 du 11 mai 2020 prescrivant les mesures générales nécessaires pour faire face à l'épidémie de covid-19 dans le cadre de l'état d'urgence sanitaire, *JORF* n° 0116 du 12 mai 2020, texte n° 6 ; D. n° 2020-663 du 31 mai 2020 prescrivant les mesures générales nécessaires pour faire face à l'épidémie de covid-19 dans le cadre de l'état d'urgence sanitaire, *JORF* n° 0133 du 1er juin 2020, texte n° 1 ; *arrêté* du 10 juillet 2020 prescrivant les mesures générales nécessaires pour faire face à l'épidémie de covid-19 dans les territoires sortis de l'état d'urgence sanitaire et dans ceux où il a été prorogé, *JORF* n° 0170 du 11 juillet 2020, texte n° 25 ;

Copyright © PUSEK, Kaslik, 2023 | All Rights Reserved

prenant en compte (ou non) les avis de certaines autorités sanitaires comme le Haut conseil de la santé publique (HCSP)[16].

Sur cette base, ces nombreuses dérogations permettent de réfléchir sur les conditions du deuil. Elles seront présentées en fonction du parcours/trajectoire du corps : constat du décès ; soins du corps ; mise en bière ; transport du corps ; délai d'inhumation ; cérémonie funéraire ; exhumation ; étapes regroupées de manière variable selon qu'elles portent sur la préparation du corps mort (***I***) ou sur l'hommage qui lui est rendu (***II***).

I. Les dérogations en matière de préparation du corps

Au sein des pratiques funéraires, la préparation du corps renvoie très essentiellement aux soins qu'il reçoit (***B***) et à la mise en bière dont il fait l'objet (***C***). Pour autant, au préalable, la question du constat du décès se pose de manière fondamentale (***A***).

D. n° 2020-860 du 10 juillet 2020 prescrivant les mesures générales nécessaires pour faire face à l'épidémie de covid-19 dans les territoires sortis de l'état d'urgence sanitaire et dans ceux où il a été prorogé, *JORF* n° 0170 du 11 juillet 2020, texte n° 23 ; D. n° 2020-1262 du 16 octobre 2020 prescrivant les mesures générales nécessaires pour faire face à l'épidémie de covid-19 dans le cadre de l'état d'urgence sanitaire, *JORF* n° 0253 du 17 octobre 2020, texte n° 21 ; D. n° 2020-1310 du 29 octobre 2020 prescrivant les mesures générales nécessaires pour faire face à l'épidémie de covid-19 dans le cadre de l'état d'urgence sanitaire, *JORF* n° 0264 du 30 octobre 2020, texte n° 23 ; D. n° 2020-1567 du 11 décembre 2020 portant diverses dispositions dans le domaine funéraire en raison des circonstances exceptionnelles liées à la propagation de l'épidémie de covid-19, *JORF* n° 0300 du 12 décembre 2020, texte n° 25 ; D. n° 2021-51 du 21 janvier 2021 modifiant les décrets n° 2020-1262 du 16 octobre 2020 et n° 2020-1310 du 29 octobre 2020 prescrivant les mesures générales nécessaires pour faire face à l'épidémie de covid-19 dans le cadre de l'état d'urgence sanitaire, *JORF* n° 0019 du 22 janvier 2021, texte n° 23 ; D. n° 2021-699 du 1er juin 2021 prescrivant les mesures générales nécessaires à la gestion de la sortie de crise sanitaire, *JORF* n° 0126 du 2 juin 2021, texte n° 16 ; arrêté du 1er juin 2021 prescrivant les mesures générales nécessaires à la gestion de la sortie de crise sanitaire, *JORF* n° 0126 du 2 juin 2021, texte n° 33.

16 HCSP, *Coronavirus SARS-CoV-2 : prise en charge du corps d'un patient cas probable ou confirmé COVID-19*, avis du 24 mars 2020 ; HCSP, *Prise en charge du corps d'une personne décédée et infectée par le coronavirus SARS-CoV-2 : actualisation des recommandations*, avis du 30 novembre 2020 ; HCSP, *Adaptations dans le domaine funéraire en outre-mer en raison des circonstances exceptionnelles liées à la propagation de l'épidémie de covid-19*, avis du 9 septembre 2021 ; Office parlementaire d'évaluation des choix scientifiques et technologiques, *Crise du funéraire en situation de Covid-19 : mort collective et rituels funéraires bouleversés*, juillet 2020, 20 p.

Copyright © PUSEK, Kaslik, 2023 | All Rights Reserved

A. Le constat du décès

La mort entrainant la disparition de la personnalité juridique, il est essentiel de constater sa survenance de manière officielle dans un acte établi par un médecin. C'est le constat de décès, lequel se traduit dans le certificat médical de décès, pièce qui sera exigée pour autoriser par la suite la fermeture du cercueil. Par principe, c'est-à-dire hors de toute crise sanitaire, un seul type de professionnel de santé est autorisé à rédiger les volets administratif et médical qui constatent et attestent du décès : le médecin[17]. Or, les pouvoirs publics se sont retrouvés face à une difficulté majeure : l'insuffisance de professionnels disponibles pour réaliser cela. Les médecins étant particulièrement mobilisés pour soigner les vivants, ils ne parvenaient plus à constater, en plus, les décès. Le décret n° 2020-446 du 18 avril 2020 relatif à l'établissement du certificat de décès extension des titulaires[18] a donc procédé à une extension notable du type de titulaires autorisés à rédiger cet acte administratif[19]. Ont ainsi été ajoutées trois catégories de personnes : les médecins retraités sans activité ; les étudiants en cours de 3e cycle d'études de médecine en France et les praticiens à diplôme étranger hors Union européenne (PADHUE)[20].

Des conditions sont cependant imposées afin de donner un cadre adapté à cette extension. La première porte de manière variable sur chacune des trois catégories. Pour ce qui est du médecin retraité sans activité, s'il souhaite être autorisé à établir des certificats de décès, il doit en faire la demande auprès du conseil départemental de l'ordre des médecins de son

17 CGCT, art. R. 2213-1-1 II.

18 *Ibid.*

19 CGCT, art. R. 2213-1-1-1.

20 Le PADHUE correspond au cas dans lequel un professionnel médical ou pharmaceutique est autorisé à exercer en France alors qu'il n'est pas titulaire du diplôme français correspondant ou du diplôme équivalent délivré par un État membre de l'Union européenne ou un État partie à l'Espace économique européen. La procédure dérogatoire d'autorisation d'exercice se traduit par un concours permettant de vérifier les connaissances exigées et la maîtrise suffisante de la langue française, aboutissant à une période d'exercice probatoire puis, après vérification, à une autorisation de plein exercice. La situation des PADHUE a vocation à être remplacée par le statut de praticien associé prévu issu du décret n° 2021-365 du 29 mars 2021. Cette évolution s'inscrit dans un contexte contentieux puisque le Conseil constitutionnel a invalidé, le 19 mars 2021, dans le cadre d'une question prioritaire de constitutionnalité, l'une des conditions établies pour déposer une candidature afin de bénéficier de l'autorisation d'exercice de PADHUE

Copyright © PUSEK, Kaslik, 2023 | All Rights Reserved

lieu de résidence. Il doit également être inscrit au tableau de l'ordre. Le conseil départemental vérifie alors ses capacités. Au sujet des étudiants de troisième cycle des études de médecine, ils doivent avoir validé deux semestres au titre de la spécialité qu'ils poursuivent pour être autorisés à établir des certificats de décès. Cet établissement doit avoir lieu dans le cadre de leurs stages de troisième cycle, par délégation et sous la responsabilité du praticien maître de stage ou responsable de stage dont ils relèvent. Enfin, quant aux praticiens à diplôme étranger hors Union européenne, ils sont autorisés à établir des certificats de décès à partir de la deuxième année de leur parcours de consolidation des compétences, par délégation et sous la responsabilité du praticien dont ils relèvent.

La seconde condition ne s'applique qu'aux médecins retraités sans activité et traduit la nature subsidiaire du recours à ces personnes : ce n'est qu'en cas d'impossibilité pour un médecin en activité d'établir un tel certificat dans un délai raisonnable qu'on peut avoir recours à un médecin retraité sans activité. La différence d'encadrement avec les étudiants et les PADHUE provient probablement du fait que ces deux autres catégories constatent les décès sous la responsabilité de praticiens titulaires.

Rien n'indique spécifiquement dans les textes règlementaires visés que cette extension serait liée à l'état d'urgence sanitaire. Cela semble signifier, *a contrario*, que cette dérogation a vocation à se pérenniser et à devenir une modalité de principe. Une fois le décès constaté, les soins apportés au corps mort peuvent commencer.

B. Les soins du corps

Au sujet des soins apportés au cadavre, il faut distinguer la toilette mortuaire des soins de conservation.

La toilette mortuaire consiste à laver le corps et à tenter de lui donner une apparence naturelle en l'habillant, le coiffant notamment. Le but est d'aider les proches à appréhender le deuil de la façon la plus sereine possible[21]. Du fait de la crise sanitaire, ces toilettes ont d'abord été totalement interdites afin de protéger les professionnels la réalisant habituellement, interdiction prononcée par le décret n° 2020-384 du 1er avril 2020[22]. Mais, face aux difficultés que cela a posé, elles ont été finalement autorisées, certes avec

21 J.-M GUEULLETTE, « La toilette funéraire, dernier des soins, premier des rites », *Études* 2008/11, tome 409, p. 463.

22 *Ibid.*

Copyright © PUSEK, Kaslik, 2023 | All Rights Reserved

un cadre très strict prévu par le décret n° 2020-548 du 11 mai 2020[23]. La première condition est que ces toilettes ne peuvent être réalisées que par les professionnels de santé et les thanatopracteurs. Cela signifie, *a contrario*, que les proches ne peuvent pas réaliser les toilettes, empêchant donc les toilettes rituelles. La seconde condition porte sur le respect d'un certain nombre de consignes sanitaires relatives aux gestes barrières.

Les difficultés face à ces nouvelles règles étant nombreuses, le Conseil d'État a annulé ces normes dans un arrêt du 22 décembre 2020[24]. Par la suite, un décret du 21 janvier 2021[25] a mis en place une règle plus souple : dorénavant, le médecin constatant le décès peut, si un cas de covid-19 est suspecté, réaliser un test antigénique qui permet d'adapter la prise en charge en fonction des résultats. Si le test est négatif, la toilette est possible, y compris la toilette rituelle.

Quant à l'autre catégorie de soins du corps que sont les soins de conservation, ils relèvent de la thanatopraxie et consistent à retirer les différents fluides corporels et à injecter des produits de conservation dans le corps de la personne décédée. À cause de la crise sanitaire, ces soins ont été totalement interdits sur le corps des défunts atteints ou probablement atteints du covid-19 au moment de leur décès quelle que soit la personne qui les ferait et les conditions de réalisation.

Là encore, cette règle a été finalement annulée par le Conseil d'État mais après avoir été appliquée pendant 8 ou 9 mois. Le motif d'annulation était que cette interdiction était générale et absolue, portant une atteinte manifestement disproportionnée au droit à une vie privée et familiale. Le décret du 21 janvier 2021 a maintenu une interdiction mais uniquement sur le corps des défunts dont le décès survient moins de 10 jours après la date des premiers signes cliniques ou la date de test ou examen positif. Cela signifie, *a contrario*, que ces soins sont finalement possibles si 10 jours ou plus se sont écoulés.

---

23 J.-M GUEULLETTE, « La toilette funéraire, dernier des soins, premier des rites », *Études* 2008/11, tome 409, p. 463.

24 Conseil d'État, 22 décembre 2020, n° 439804 ; G. ROUSSET, « Pratiques funéraires et crise sanitaire : le Conseil d'État s'en mêle ! », *Dr. fam*. 2021 n° 4, p. 27 ; M. TOUZEIL-DIVINA, « Au nom du droit à la vie, la permission de voir la Mort », *JCP A* 2021, 2055.

25 *Ibid.*

Copyright © PUSEK, Kaslik, 2023 | All Rights Reserved

C. La mise en bière

Cela a été rapidement annoncé en introduction, la dérogation mise en place en matière de mise en bière du fait de la crise sanitaire porte sur le délai de sa réalisation : la mise en bière, c'est-à-dire le placement du corps du défunt dans son cercueil puis la fermeture de ce cercueil, doit être immédiate[26]. Elle est immédiate alors qu'en temps normal, plusieurs jours peuvent se passer avant cela.

La question qui vient immédiatement à l'esprit consiste à savoir ce que signifie le terme « *immédiat* » ? En réalité, cela correspond à 24h après le certificat de décès si l'on en croit les différentes fiches explicatives rédigées par le Ministère en charge de la santé. Il faut faire le lien entre cette dérogation et l'interdiction des soins de conservation : si ces soins sont interdits, il est important de pouvoir réaliser la mise en bière au plus vite.

Néanmoins, même si cette exception peut se comprendre et qu'une limitation de son application dans le temps a été précisée (d'abord, jusqu'au 30 avril 2020), elle a un impact très fort pour la famille et les proches qui ne peuvent pas voir le corps. Quand on sait qu'en France, la présence des proches était interdite dans les hôpitaux, même en soins palliatifs, cela signifie qu'un proche qui n'a pas pu voir son parent avant qu'il ne décède, qui n'a pas pu lui parler, lui tenir la main, lui dire au revoir, ne peut pas non plus le voir une dernière fois dans son cercueil. Cette situation fait penser au deuil sans corps des catastrophes aériennes[27] : comment faire son deuil quand on ne voit pas le défunt ? La chose est plus compliquée encore.

Une fois encore, cette règle a été annulée par le Conseil d'État dans l'arrêt cité du 22 décembre 2020. En réponse, le même décret du 21 janvier 2021 prévoit dorénavant que la mise en bière doit avoir lieu avant la sortie du corps du lieu où le décès est survenu, ce qui laisse un délai, même court, pour voir le défunt, mais en respectant bien entendu un certain nombre de conditions sanitaires, spécialement les gestes dits barrières.

---

26 D. n° 2020-384 du 1er avril 2020.

27 Sur ce point et plus globalement sur les morts de masse, V. G. CLAVANDIER, *La mort collective - Pour une sociologie des catastrophes*, éd. du CNRS, 2004, 255 p.

Copyright © PUSEK, Kaslik, 2023 | All Rights Reserved

II. Les dérogations en matière d'hommage rendu au corps

L'hommage rendu à la personne décédée se traduit par l'inhumation ou la crémation (***A***) réalisées dans le cadre d'une cérémonie funéraire (***B***), ce qui n'empêche pas la survenue ultérieure d'une exhumation (***C***).

A. L'inhumation et la crémation

Avant de procéder à l'inhumation, se pose la question du transport du corps, laquelle a connu, elle aussi, des dérogations[28]. Ainsi, l'hypothèse d'un transport *avant* la mise en bière est théoriquement prévue mais devient en pratique impossible du fait du caractère immédiat de la mise en bière, en tout cas quand cette règle s'appliquait. Quant au transport du corps *après* la mise en bière, il faut noter les assouplissements mis en place. Ainsi, ce transport peut avoir lieu sans qu'aucune déclaration préalable ne soit réalisée alors que cette déclaration est bien la norme hors du contexte de crise sanitaire[29]. Cette dérogation a fait l'objet d'une limitation dans le temps puisqu'elle n'est possible que jusqu'à l'expiration d'un délai d'un mois à compter de la date de cessation de l'état d'urgence sanitaire.

Une fois ce transport assuré, se pose la question des délais d'inhumation. Classiquement, c'est-à-dire hors crise sanitaire, l'inhumation doit avoir lieu entre 24 heures et 6 jours après le décès[30]. Or, la crise sanitaire a généré une telle augmentation du nombre de morts qu'il est devenu impossible d'inhumer en respectant ces délais. Une dérogation a donc été mise en place en prévoyant un délai maximum de 21 jours après le décès au lieu des 6 jours[31]. Un délai plus important encore est même possible sur décision du préfet pour tout ou partie du département.

Cette dérogation présente de nombreux enjeux surtout quand on se souvient de l'interdiction des soins de conservation… Au-delà, cela signifie que la famille qui n'a pu dire au revoir à son proche, qui n'a pu voir le corps avant la mise en bière, va devoir attendre un temps long avant que l'enterrement ne puisse avoir lieu. On sait que dans le deuil, il y a une phase de déni, déni qui peut être accentué par toutes ces règles dérogatoires : comment croire vraiment que son proche est mort dans ces conditions ?

---

28 D. n° 2020-352 du 27 mars 2020.

29 CGCT, art. R.2213-7.

30 Art. R. 2213-33 pour l'inhumation et R. 2213-35 CGCT au sujet de la crémation.

31 D. n° 2020-352 du 27 mars 2020.

Copyright © PUSEK, Kaslik, 2023 | All Rights Reserved

B. La cérémonie funéraire

L'avant dernière étape de la trajectoire du corps mort est la cérémonie funéraire. En France, même au plus fort de la crise sanitaire, les cérémonies funéraires ont toujours été autorisées. Au début, il n'y avait aucune limite dans le nombre de personnes pouvant y assister, mais, par la suite, une limite haute de 20 personnes a été instaurée tant dans les lieux de culte que dans les crématoriums et les cimetières[32], passant ensuite à 30 personnes[33]. Actuellement, elle est de 50 personnes[34].

Il est aisé de comprendre la raison pour laquelle cette restriction a été prévue du fait des impératifs de limitation de la propagation de la pandémie. Mais, il est plus évident encore de saisir les difficultés que cela a causé au vu de l'importance des rites funéraires pour les proches des personnes endeuillées[35]. Il a en effet fallu faire un choix, parfois entre plusieurs proches voulant participer à la cérémonie. Organiser une cérémonie funéraire n'est pas simple humainement, mais s'il faut, en plus, choisir qui peut venir ou non, cela accentue les complexités. Qui plus est, l'interdiction au printemps 2020 de déplacement au-delà de 100 kms a pu empêcher certains proches de venir si l'enterrement avait lieu à une distance plus importante que ce nombre de kilomètres sans qu'il ne soit certain que l'enterrement corresponde à la liste des motifs dérogatoires de déplacement admis[36].

Pourtant, les difficultés ne se limitent pas à ces éléments puisque ceux qui pouvaient venir devaient respecter les fameux « *gestes barrières* », c'est-à-dire porter un masque, respecter une distance d'un mètre entre chaque personne… Seule l'étude des pratiques permettraient de dire si des contrôles ont été réalisés lors de ces cérémonies, mais imaginons un instant la situation des proches endeuillés qui ne peuvent théoriquement pas se prendre dans les bras, s'embrasser ! De surcroît, lors de la période de confinement, les retrouvailles chez les proches avant ou après l'enterrement ont été très limitées voire impossibles. Il a donc été très difficile de vivre son deuil dans ces conditions.

---

32 D. n° 2020-293 du 23 mars 2020.

33 D. n° 2020-1310 du 29 octobre 2020.

34 D. n° 2021-699 du 1er juin 2021.

35 J. BERNARD, « La construction sociale des rites funéraires - Une transaction affective essentielle », *Pensée plurielle* 2009/1, n° 20, p. 79 ; E. CRUBEZY, *Aux origines des rites funéraires - Voir, cacher, sacraliser*, Odile Jacob, 2019, 253 p.

36 Le choix du « *motif familial impérieux* » semble pouvoir convenir, mais qu'en est-il lorsque le proche et le défunt ne sont pas de la même famille ? Une application extensive sur la forme mais logique sur le fond pouvait-elle être imaginée ?

Copyright © PUSEK, Kaslik, 2023 | All Rights Reserved

C. L'exhumation

La dernière étape de la trajectoire du corps dont il faut traiter est celle de l'exhumation. Cette exhumation peut avoir lieu, par exemple, pour déplacer le corps d'un cimetière à un autre, dans le but de rapprocher le défunt du lieu de résidence de sa famille notamment. Classiquement, c'est-à-dire hors période de crise sanitaire, les exhumations sont possibles sans délai. Mais, des dérogations ont toujours été permises en cas de maladies contagieuses, c'est-à-dire avant le covid-19 : si le défunt est atteint d'une maladie contagieuse au moment du décès, la demande d'exhumation ne peut être effectuée qu'un an après la date du décès. Le covid-19 étant une maladie contagieuse, elle a été ajoutée sur la liste réglementaire imposant ce délai d'un an[37]. Ce n'est donc pas une dérogation liée à l'état d'urgence, cette règle semblant être pérennisée comme pour les autres maladies contagieuses.

Au final, que penser de toutes ces dérogations ? Étaient-elles pertinentes d'un point de vue juridique et de santé publique ? Pour répondre à cette question, il faut aborder deux points. Le premier est le but poursuivi par ces dérogations. Ce but était-il légitime ? Oui, c'est certain, puisque l'idée était de protéger les proches, les professionnels du champ funéraire et la santé publique. Le deuxième point porte sur les moyens. Les moyens mis en œuvre pour atteindre ce but étaient-ils proportionnés ? Les dérogations n'étaient-elles pas trop fortes, trop attentatoires aux libertés publiques ? Cela a été dit précédemment, la réponse a été en partie donnée par le Conseil d'État : un certain nombre de dérogations ont été disproportionnées car elles ont violé le droit au respect de la vie privée et familiale. Au vu de tout cela, il semble particulièrement utile de lire avec attention une phrase importante du Comité consultatif national d'éthique (CCNE) :

> « *Tout ce qui pourra, en cette période, participer à réaffirmer la singularité et la dignité de chaque mort, de chaque deuil constituera une marque d'humanité extrêmement précieuse, qu'aucune célébration ultérieure ne pourra remplacer*[38] ».

37 Arrêté du 28 mars 2020, *op. cit.*

38 Position du Comité consultatif national d'éthique (CCNE) sur le Décret n° 2020-384 du 1er avril 2020, 17 avril 2020.

Copyright © PUSEK, Kaslik, 2023 | All Rights Reserved

BIBLIOGRAPHIE (par ordre alphabétique)

BERNARD J., « La construction sociale des rites funéraires – Une transaction affective essentielle », *Pensée plurielle* 2009/1, n° 20, p. 79.

BOUTEILLE-BRIGANT M., « Covid-19 et droit funéraire », *RDS* n° 2020 ,96, p. 124.

BOUTEILLE-BRIGANT M., « Toilette mortuaire et mise en bière par temps de Covid », *RDS* n° 2021 ,101, p. 447.

BURREL A. et SELMAN L. E., "How do Funeral Practices Impact Bereaved Relatives' Mental Health, Grief and Bereavement? A Mixed Methods Review with Implications for COVID-19", *OMEGA—Journal of Death and Dying*, 0(0), 1-39.

CHARLIER Ph., « Covid-19, dignité humaine et traumatisme psychologique pour les soignants : une lettre ouverte aux autorités sanitaires », *Ethics*, *Medicine and Public Health* (2020), 14, 100541.

CHARLIER Ph., « Covid-19 et quelques problématiques éthiques en France », *Ethics*, *Medicine and Public Health* (2020), 14, 100510.

CHEMAMA R., « Le déni de la mort », *Clivage et modernité*, 2004, p. 136.

CHEMIN A., « Les épidémies perturbent les relations aux morts », *Le Monde*, 4 avril 2020, p. 26.

CHEYNET DE BEAUPRÉ A., « Vieux, morts et mourants à l'épreuve de l'éthique covidienne », *in* BARBÉ V., KERLÉO J.-F, PADOVANI J., « L'éthique à l'épreuve de la crise », L'Epitoge, coll. L'Unité du droit, vol. XXXIV, 2021, 291 p., p. 179.

CLAVANDIER G., BERTHOD M.-A, CHARRIER Ph., JULIER-COSTES M., "From one body to another: the handling of the deceased during the COVID-19 pandemic, a case study in France and Switzerland", *Human Remains and Violence: An Interdisciplinary Journal*, 2021, Vol. 7, Issue 2, p. 41.

CLAVANDIER G., « Contextualiser le deuil dans une ritualité funéraire perturbée », *Revue de neuropsychologie* 2020/2, vol. 12, p. 243.

CRUBEZY E., *Aux origines des rites funéraires - Voir*, *cacher*, *sacraliser*, Odile Jacob, 2019.

COMITE CONSULTATIF NATIONAL D'ETHIQUE (CCNE), Position sur le Décret n° 2020-384 du 1er avril 2020, 17 avril 2020.

CORPART I., « Crise sanitaire liée au coronavirus et nécessaire adaptation des règles funéraires », *RJPF* 2020- 5/3.

CORPART I., « Face à la mort au temps du covid-19 », *RJPF* 2020-6/1.

Copyright © PUSEK, Kaslik, 2023 | All Rights Reserved

DE HENNEZEL M., « L'épidémie de Covid-19 porte à son paroxysme le déni de mort », *Le Monde*, 4 mai 2020.

DEFENSEUR DES DROITS, *Des droits gravés dans le marbre ? La personne défunte et ses proches face au service public funéraire*, 2021.

DENYER WILLIS G., STEPPUTAT F., CLAVANDIER G., "Special issue introduction: burial and the politics of dead bodies in times of COVID-19 - Exception and rupture?", *Human Remains and Violence: An Interdisciplinary Journal*, 2021, Vol. 7, Issue 2, p. 4.

FERY B., « Pour une éthique des funérailles en situation de pandémie », *Ethique et santé* (2020), 17, p. 168.

GAILLIARD A., « Face à l'épidémie, des mesures prises en droit funéraire », *Dr. famille* 2020, comm. 84.

GUEULLETTE J.-M, « La toilette funéraire, dernier des soins, premier des rites », *Études* 2008/11, tome 409, p. 463.

HAUT CONSEIL DE LA SANTÉ PUBLIQUE, *Coronavirus SARS-CoV-2 : prise en charge du corps d'un patient cas probable ou confirmé COVID-19*, avis du 24 mars 2020.

HAUT CONSEIL DE LA SANTÉ PUBLIQUE, *Prise en charge du corps d'une personne décédée et infectée par le coronavirus SARS-CoV-2 : actualisation des recommandations*, avis du 30 novembre 2020.

HAUT CONSEIL DE LA SANTÉ PUBLIQUE, *Adaptations dans le domaine funéraire en outre-mer en raison des circonstances exceptionnelles liées à la propagation de l'épidémie de covid-19*, avis du 9 septembre 2021.

Conseil d'État, 22 décembre 2020, n° 439804.

LAMI A. (dir)., *La pandémie de Covid-19 - Les systèmes juridiques à l'épreuve de la crise sanitaire*, Larcier, 2021.

LECLAIR A., « Damien Le Guay : Dans le combat pour la vie, on a oublié l'accompagnement de la mort », *Le Figaro*, 11 mai 2020.

LECLAIR A., « Covid-19 : ces "deuils volés" par le premier confinement », *Le Figaro*, 8 novembre 2020.

PHILIPS-MUSNIER B., « Solitude entourant la fin de vie et les funérailles en période de confinement – Regards d'un médecin généraliste », *Éthique et santé* (2020), 17, p. 171.

OFFICE PARLEMENTAIRE D'EVALUATION DES CHOIX SCIENTIFIQUES ET TECHNOLOGIQUES, *Crise du funéraire en situation de Covid-19 : mort collective et rituels funéraires bouleversés*, juillet 2020.

PUJOL N., DE WARREN M.-L, MARSAN S., « Les soins palliatifs à l'épreuve de la Covid-19 », *Esprit* 2020/12, p. 21.

Copyright © PUSEK, Kaslik, 2023 | All Rights Reserved

RODRIGUES S., ROBIN V., « Crise sanitaire mondiale et transformations des pratiques funéraires en Europe », *Revista Direito.UnB*, Maio-Agosto, Vol. 5, n° 2, p. 212.

ROUSSET G., « Pratiques funéraires et crise sanitaire : le Conseil d'État s'en mêle ! », *Dr. fam*. 2021 n° 4, p. 27.

TOUZEIL-DIVINA M., « Au nom du droit à la vie, la permission de voir la Mort », *JCP A* 2021, 2055.

Sur ce point et plus globalement sur les morts de masse, V. CLAVANDIER G., *La mort collective - Pour une sociologie des catastrophes*, éd. du CNRS, 2004.

Normes (par ordre chronologique)

Loi n° 2020-290 du 23 mars 2020 d'urgence pour faire face à l'épidémie de covid-19, *JORF* n° 0072 du 24 mars 2020, texte n° 2.

Loi n° 2020-546 du 11 mai 2020 prorogeant l'état d'urgence sanitaire et complétant ses dispositions, *JORF* n° 0116 du 12 mai 2020, texte n° 1.

Loi n° 2020-1379 du 14 novembre 2020 autorisant la prorogation de l'état d'urgence sanitaire et portant diverses mesures de gestion de la crise sanitaire, *JORF* n° 0277 du 15 novembre 2020, texte n° 1.

Loi n° 2021-160 du 15 février 2021 prorogeant l'état d'urgence sanitaire, *JORF* n° 0040 du 16 février 2021, texte n° 1.

Décret n° 2020-293 du 23 mars 2020 prescrivant les mesures générales nécessaires pour faire face à l'épidémie de covid-19 dans le cadre de l'état d'urgence sanitaire, *JORF* n° 0072 du 24 mars 2020, texte n° 7.

Décret n° 2020-352 du 27 mars 2020 portant adaptation des règles funéraires en raison des circonstances exceptionnelles liées à l'épidémie de covid-19, *JORF* n° 0076 du 28 mars 2020, texte n° 39.

Arrêté du 28 mars 2020 modifiant l'arrêté du 12 juillet 2017 fixant les listes des infections transmissibles prescrivant ou portant interdiction de certaines opérations funéraires mentionnées à l'article R. 2213-2-1 du code général des collectivités territoriales, *JORF* n° 0077 du 29 mars 2020, texte n° 13.

Décret n° 2020-384 du 1er avril 2020 complétant le décret n° 2020-293 du 23 mars 2020 prescrivant les mesures générales nécessaires pour faire face à l'épidémie de covid-19 dans le cadre de l'état d'urgence sanitaire, *JORF* n° 0080 du 2 avril 2020, texte n° 9.

Décret n° 2020-446 du 18 avril 2020 relatif à l'établissement du certificat de décès, *JORF* n° 0096 du 19 avril 2020, texte n° 2.

Décret n° 2020-497 du 30 avril 2020 complétant le décret n° 2020-293 du 23 mars 2020 prescrivant les mesures générales nécessaires pour faire face à l'épidémie

Copyright © PUSEK, Kaslik, 2023 | All Rights Reserved

de covid-19 dans le cadre de l'état d'urgence sanitaire, *JORF* n° 0106 du 1er mai 2020, texte n° 1.

Décret n° 2020-545 du 11 mai 2020 prescrivant les mesures générales nécessaires pour faire face à l'épidémie de covid-19 dans le cadre de l'état d'urgence sanitaire, *JORF* n° 0115 du 11 mai 2020, texte n° 1.

Décret n° 2020-548 du 11 mai 2020 prescrivant les mesures générales nécessaires pour faire face à l'épidémie de covid-19 dans le cadre de l'état d'urgence sanitaire, *JORF* n° 0116 du 12 mai 2020, texte n° 6.

Décret n° 2020-663 du 31 mai 2020 prescrivant les mesures générales nécessaires pour faire face à l'épidémie de covid-19 dans le cadre de l'état d'urgence sanitaire, *JORF* n° 0133 du 1er juin 2020, texte n° 1.

Arrêté du 10 juillet 2020 prescrivant les mesures générales nécessaires pour faire face à l'épidémie de covid-19 dans les territoires sortis de l'état d'urgence sanitaire et dans ceux où il a été prorogé, *JORF* n° 0170 du 11 juillet 2020, texte n° 25.

Décret n° 2020-860 du 10 juillet 2020 prescrivant les mesures générales nécessaires pour faire face à l'épidémie de covid-19 dans les territoires sortis de l'état d'urgence sanitaire et dans ceux où il a été prorogé, *JORF* n° 0170 du 11 juillet 2020, texte n° 23.

Décret n° 2020-1262 du 16 octobre 2020 prescrivant les mesures générales nécessaires pour faire face à l'épidémie de covid-19 dans le cadre de l'état d'urgence sanitaire, *JORF* n° 0253 du 17 octobre 2020, texte n° 21.

Décret n° 2020-1310 du 29 octobre 2020 prescrivant les mesures générales nécessaires pour faire face à l'épidémie de covid-19 dans le cadre de l'état d'urgence sanitaire, *JORF* n° 0264 du 30 octobre 2020, texte n° 23.

Décret n° 2020-1567 du 11 décembre 2020 portant diverses dispositions dans le domaine funéraire en raison des circonstances exceptionnelles liées à la propagation de l'épidémie de covid-19, *JORF* n° 0300 du 12 décembre 2020, texte n° 25.

Décret n° 2021-51 du 21 janvier 2021 modifiant les décrets n° 2020-1262 du 16 octobre 2020 et n° 2020-1310 du 29 octobre 2020 prescrivant les mesures générales nécessaires pour faire face à l'épidémie de covid-19 dans le cadre de l'état d'urgence sanitaire, *JORF* n° 0019 du 22 janvier 2021, texte n° 23.

Décret n° 2021-699 du 1er juin 2021 prescrivant les mesures générales nécessaires à la gestion de la sortie de crise sanitaire, *JORF* n° 0126 du 2 juin 2021, texte n° 16.

Arrêté du 1er juin 2021 prescrivant les mesures générales nécessaires à la gestion de la sortie de crise sanitaire, *JORF* n° 0126 du 2 juin 2021, texte n° 33.

Copyright © PUSEK, Kaslik, 2023 | All Rights Reserved

USEK
Holy Spirit University of Kaslik Press

Revue juridique de l'USEK
*USEK **Law Journal***
Nº Spécial | 2023

(OA) Open Access

eISSN 2664-8156

CONCLUSION

Carine Copain-Héritier, *Enseignant-chercheur, UR Confluence, Sciences et Humanités – UCLy*

Comment le droit devient-il porteur d'une éthique opérationnelle ? Dans quelle mesure l'éthique et le droit, dans leur complémentarité, peuvent mener à une « *vie bonne avec et pour l'autre dans des institutions justes*[1] » ? C'est à ces questions que les diverses contributions composant cet ouvrage se proposaient de répondre.

La lecture de l'ensemble de ces études franco-libanaises souligne, s'il en était besoin, la connexion étroite et ambivalente du Droit et de l'Éthique, ainsi que la similarité des mouvements entre ces deux ensembles de règles de conduite. Droit et Éthique s'instrumentalisent réciproquement en particulier dans un contexte troublé de globalisation, crise sanitaire, crise économique et plus récemment guerre aux portes de l'Europe.

Le Droit devient le bras armé de l'Éthique en lui conférant sa force. L'Éthique pose les principes que le Droit met en œuvre *via* les normes. L'Éthique apparait comme la *ratio legis* de certaines normes juridiques de plus en plus nombreuses. Le Droit rend l'Éthique opérationnelle, effective. À titre d'exemple, le secret médical est un point essentiel de l'Éthique du médecin en ce qu'il fonde la confiance sur laquelle est basée la relation médecin / patient. Dès lors, un « *support juridique* » à la sanction en cas de non-respect se révèle nécessaire. Aussi, aujourd'hui au Liban, le secret médical est-il à la fois un devoir déontologique, un devoir légal et une exigence issue de la

1 P. RICŒUR, *Soi-même comme un autre*, Paris, Seuil, 1990.

Copyright © PUSEK, Kaslik, 2023 | All Rights Reserved

charte des principes éthiques de la recherche scientifique[2]. De même, le *Care* est « *une philosophie de l'action morale ayant recours aux institutions étatiques pour répondre aux besoins des autres*[3] ». En matière de prélèvement d'organes dans le cadre du protocole Maastricht III, le Droit donne efficience à l'Éthique même si un certain nombre de questions éthiques et juridiques restent non résolues et malgré le sentiment que les formalismes mis en place par la loi pour assurer le caractère éthique des décisions prises sont hypocrites[4]. Dans le même sens, Droit et éthique se complètent pour contrebalancer les risques de la justice algorithmique. Si l'éthique a semblé être, dans un premier temps, la solution à ces risques, un complément juridique est vite apparu comme incontournable[5]. « *La juridisation de l'éthique […] si elle témoigne de l'extension croissante du droit en réaction et en réponse au développement industriel et technologique de la modernité, tend à substituer le moment de la régulation par le droit à celui de l'accord moral, de plus en plus difficile à trouver*[6] » dans notre contexte moderne instable et sans frontières.

L'Éthique vient par ricochet apporter une légitimité au Droit. L'Éthique apparait comme un « *réflexe* » rassurant, une sorte de garde-fou aux dérives dans un contexte morose. La succession voire la concomitance de crises au niveau mondial, crises économiques, financières, politiques, sur fond d'accélération des évolutions technologiques fondées sur une analyse quasi instantanée de millions de données relatives aux individus, appelle comme un réflexe naturel la résurgence de l'éthique, l'abandon de la neutralité du Droit, « *car le plus parfait des systèmes de régulation ne peut se suffire à lui-même et il faut que ses règles "favorisent un comportement éthique de la part*

2 S. ABI KHALIL, « Le Secret médical au Liban : Entre l'éthique et la loi et les bouleversements en mode post-covid », *supra*.

3 M. FAYAD, « Care et droit international humanitaire à l'ère du néolibéralisme –Aspects théorico pratiques », *supra*.

4 S. MARTOUZET, « C'est une hypocrisie fantastique ! » : la loi, les soignants et le protocole Maastricht III », *supra*.

5 M. MONOT-FOULETIER, « De l'éthique au droit des systèmes d'intelligence artificielle : l'exemple de la justice algorithmique en France », *supra*.

6 D. MULLER, « Le droit, l'éthique et la politique Chemins de traverse à partir de l'éthique théologique », *in* François DERMANGE et Laurence FLACHON, *Éthique et droit*, Genève, Labor et fides, 2002, p. 160 à 182

Copyright © PUSEK, Kaslik, 2023 | All Rights Reserved

des acteurs[7]" [8] ». Ainsi, « *à la faveur de la crise du Covid-19*, *nombre de grandes sociétés françaises ont vu leurs actionnaires réclamer l'abolition du cumul [des fonctions dirigeantes] et la mise en place d'une dissociation* [9] ». De même, la prise en compte des Éthiques du *care* constituerait un moyen pour trouver une réponse aux interrogations suscitées par les crises libanaises[10]. L'Éthique légitime les règles de droit mais aussi leur application. À titre d'exemple, l'éthique de la discussion sert la qualité de la décision en particulier des cours constitutionnelles. Elle permet de légitimer l'exercice de leur pouvoir par les juges par la collaboration de tous les protagonistes qu'elle suppose[11].

L'Éthique permet en outre la critique, la mise en perspective, des règles de droit existantes. L'Éthique interroge les règles, les organisations classiques au regard des nouveaux contextes. À ce titre, Mesdames Baaklini et Daou et Monsieur Toulieux, procédant à une étude comparée des législations française et libanaise en matière d'interruption volontaire de grossesse soulignent que la rigueur des règles de droit libanaises conduit en pratique à la recherche de solutions d'interruption de grossesse dans des conditions non éthiques. La prise en compte de l'éthique entrainerait une évolution des règles libanaises dans un sens similaire aux règles de droit français bien que l'évolution de celles-ci soit également critiquable sur le plan de l'éthique[12]. Autre exemple, les nouvelles technologies ont pour conséquence une modification des équilibres traditionnels au sein de la société, en particulier au sein des entreprises dans le cadre du droit du travail. Il apparait nécessaire de reconstruire ces équilibres en prenant en compte de nouvelles valeurs[13].

---

7 AFEP/AGREF-MEDEF, *Pour un meilleur gouvernement des entreprises cotées*, Rapport Bouton, p. 2.

8 L.-D. MUKA TSHIBENDE, « La dissociation des fonctions dirigeantes comme remède à la tentation des pleins pouvoirs dans le gouvernement des sociétés anonymes – Éthique vs Efficacité ? », *supra*.

9 *Ibid*.

10 M. FAYAD, « Care et droit international humanitaire à l'ère du néolibéralisme –Aspects théorico pratiques », *supra*.

11 A. PLOUX, « Dépasser la vision monologique de la décision de justice : des pistes pour une éthique de la discussion », *supra*.

12 F. TOULIEUX, C. BAAKLINI, R. DAOU, « L'IVG entre éthique et droit ou Une approche éthico-juridique de l'IVG », *supra*.

13 Y.-M. LARHER, « L'affadissement du critère de la subordination face à la surveillance panoptique », *supra*.

Copyright © PUSEK, Kaslik, 2023 | All Rights Reserved

Moralisation du droit et juridisation de l'éthique[14] marquent la fin du XX^e^ siècle et semblent se renforcer en ce premier quart du XXI^e^ siècle. Toutefois, les règles de droit même légitimées par l'Éthique semblent aujourd'hui insuffisantes et doivent être complétées par la compliance au regard de valeurs définies par l'Éthique[15] voire un droit de la compliance qui s'applique aux entreprises les plus importantes en priorité et tend à s'appliquer à l'ensemble des acteurs économiques et sociaux : collectivités territoriales, plus petites entreprises, pouvoir politique… Les obligations de compliance environnementale des entreprises en sont un exemple[16]. « *Dans sa double dimension, la compliance constitue ainsi une démarche tendant à la fois à assurer la conformité pérenne aux réglementations applicables (dimension procédurale) et à diffuser au sein de l'entreprise une culture et des valeurs d'éthique et de responsabilité (dimension comportementale)*[17] ». Volontaire, cette démarche constitue la compliance. Imposée par les règles de droit, cette démarche constitue le droit de la compliance. Cela implique d'ailleurs une mutation des valeurs protégées par les règles de droit. Par la référence à l'Éthique, au-delà des valeurs caractéristiques d'une société déterminée, le législateur se tourne de plus en plus vers des buts monumentaux tels que lutte contre la corruption, respect de l'environnement, respect de la dignité humaine dans les conditions de travail… Cela s'accompagne d'une mutation de la règle de droit elle-même. Classiquement caractérisées par une sanction a posteriori de la réalisation d'un risque, une charge de la preuve incombant au demandeur et l'imposition ou l'interdiction d'un comportement précis, le droit de la compliance protégeant les buts monumentaux se caractérise par une preuve incombant au défendeur, une sanction préventive du risque et l'incitation à la mise en place de processus, d'actions de formation, de postes spécifiques… plus ou moins laissés à la libre appréciation des acteurs économiques afin d'éviter les risques juridiques. Ces règles ne visent pas un secteur spécifique d'activité de l'entreprise. Le droit de la compliance serait donc transversal. La catégorisation classique du droit est dépassée. L'importance des risques qui caractérisent notre société marquée par la globalisation et les crises de tous ordres conduit le législateur à agir le plus

14 Pour plus de précision, voir notamment V. LASSERRE, *Le nouvel ordre juridique Le droit de la gouvernance*, Paris, LexisNexis, 2015

15 M. MONOT-FOULETIER, « De l'éthique au droit des systèmes d'intelligence artificielle : l'exemple de la justice algorithmique en France », *supra*.

16 L. FRIEL, « La *compliance* environnementale des entreprises », *supra*.

17 B. DE JUVIGNY, « La compliance bras armé de la régulation », in sous la direction de M.-A. FRISON-ROCHE, *Régulation*, *supervision*, *compliance*, Dalloz, 2017, p. 17 à 28.

Copyright © PUSEK, Kaslik, 2023 | All Rights Reserved

en amont possible. L'incapacité des pouvoirs politiques nationaux à pouvoir agir efficacement conduit à la délégation d'action aux acteurs économiques indépendamment des frontières[18]. Est ainsi mis en exergue l'émergence d'un Droit global.

Cependant le Droit conserve une certaine autonomie vis-à-vis de l'Éthique et inversement. L'Éthique conserve sa souplesse, son individualisme alors que le Droit par sa rigueur et son objectivité permet de conserver une certaine neutralité en particulier dans son application afin de lutter contre les éventuels risques de dérives liés à l'individualisme[19]. « *Le droit est médiation entre le juste et le raisonnable*, *entre l'individuel et le social*, *entre le consensus et le conflit*[20] ». Ainsi, la crise sanitaire entraine une modification des règles françaises encadrant la mort. Ces règles ont pour effet de déposséder les familles de leur deuil. Si ces dérogations ont un but légitime national, à savoir la protection de la santé publique, un problème de proportionnalité de certaines mesures a été retenu par le Conseil d'État. Une perte de singularité et de dignité de chaque mort, de chaque deuil, une perte d'humanité contraire aux valeurs éthiques transparait[21]. Autre exemple, le secret médical, composante essentielle de l'Éthique du médecin bénéficiant d'une protection juridique, peut être levé dans l'intérêt du patient en cas de maladie contagieuse par exemple et a fait l'objet de nombreuses dérogations légales liées à crise COVID au nom de la protection de la santé publique[22]. L'Éthique, quant à elle, n'est pas unique. Elle est plurielle : éthique du *Care*, éthique de la discussion, éthique des affaires, éthique du juste, éthique du médecin, éthique environnementale, éthique de la transition écologique… Chacune interroge les comportements sociaux au regard de valeurs différentes parfois contradictoires. En outre, l'Éthique reste insuffisante pour atteindre les objectifs qu'elle fixe même lorsqu'elle est renforcée par une consécration juridique dès lors que celle-ci n'est pas suffisamment dissuasive. À ce titre, la probité est un devoir éthique qui s'est inséré en droit

18 Pour plus de précisions, V. not. M.-A. FRISON-ROCHE, « La responsabilité ex ante, pilier du droit de la compliance », *D*. 2022, études, p. 621

19 V. en ce sens F. DERMANGE et L. FLACHON, « conclusion » *in* F. DERMANGE et L. FLACHON, *Éthique et droit*, Genève, Labor et fides, 2002, p. 205 à p.205 à 216.

20 B. OPPETIT, *Philosophie du droit*, Paris, Dalloz, coll. Précis, 1re éd., 2010, n° 20.

21 V. G. ROUSSET, « Éthique de la mort en période de pandémie : analyse critique des dérogations au droit funéraire français mises en place pendant le covid-19 », *supra*.

22 S. ABI KHALIL, « Le Secret médical au Liban : Entre l'éthique et la loi et les bouleversements en mode post-covid », *supra*.

Copyright © PUSEK, Kaslik, 2023 | All Rights Reserved

français. Toutefois celui-ci reste limité du fait de la confiance en la probité des acteurs politiques accordée par le législateur. « *Sans réelles garanties juridiques de probité, la confiance des citoyens ne pourra pas être rétablie, alors qu'ils restent largement démunis pour s'assurer de l'intégrité de leurs représentants*[23] ».

Les relations du couple Droit et Éthique sont anciennes et se renouvellent en permanence. Droit et Éthique sont nécessairement complémentaires en particulier dans un monde globalisé en crise. Pour mener à une « *vie bonne avec et pour l'autre dans des institutions justes*[24] », Droit et Éthique se renforcent et s'influencent mutuellement. Encore faut-il que chacun soit suffisamment fort seul pour être en capacité de jouer pleinement son rôle auprès de l'autre. Entre crise de la Loi et crises sanitaires, économiques et politiques remettant potentiellement en cause, ou a minima remodelant les valeurs éthiques, cela reste un enjeu fondamental aujourd'hui.

23 A. THEVAND, « La probité des gouvernants insufflée par la loi : la complémentarité de l'éthique et du droit au secours de la démocratie ? », *supra*.

24 P. RICŒUR, *Soi-même comme un autre*, Paris, Seuil, 1990.

Copyright © PUSEK, Kaslik, 2023 | All Rights Reserved

Achevé d'imprimer
en septembre 2023
Kaslik, Liban

eISSN 2664-8156