





*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

B. P. 446 Jounieh, Liban

Tél. : +961 9 600 651

Fax : +961 9 600 011

Mél. : fdroit@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.*

Comité scientifique:

Prof. Frank Emmert, Prof. Steven Roth, Prof. Franck Violet, Prof. Thierry Rambaud,
D^r Aref Fakhry, D^r Céline Baaklini, M^{me} Reine Daou, D^r Bechara Karam.

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

ISSN 1026-3268

© **PUSEK, Kaslik, 2016**

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

Sommaire

ARTICLES

Céline Baaklini, Reine Daou

Regards croisés sur les droits du transsexuel 7

Emmanuel Terrier

La France et la législation sur le droit à la mort 25

Franck Violet

Le devoir d'exploiter à la charge du breveté, Retour sur une légende 51

Maria Kamoub

Constitution et minorités religieuses 73

Michèle Guillaume Hofnung

Fonder le développement de la médiation sur une démarche qualité 91

Nicolas Tabet

Le droit dans les courants anarchistes 107

Wafa Tamzini

La doctrine de l'Administration dans l'élaboration du droit (L'exemple
des réponses ministérielles) 123

Cross examination on the transgender' s rights

Regards croisés sur les droits du transsexuel

Céline Baaklini, Docteur en droit, Professeur Assistant à la Faculté de Droit de l'USEK, Coordinatrice du développement de la recherche et de la publication, Avocate à la cour

Reine Daou, Chargée d'enseignement à la Faculté de Droit de l'USEK, Coordinatrice de la revue juridique de l'USEK

Abstract

Transsexualism is a spectacular phenomenon which generates a gender identity problem regarding psychology, sociology and law.

In fact, the number of people suffering from this syndrome is constantly increasing which highlights many legal and social issues that have not been yet tackled by the legislator in Lebanon. Therefore, an audacious jurisprudence has recently dealt with in order to provide the respect of transgender's rights.

Since the Lebanese law is intensely inspired by the French legal system, it was interesting, enriching and inspiring to elaborate this comparative study.

Le sexe est l'élément essentiel de l'individualisation de la personne. Il permet de répartir les populations en deux catégories et s'impose nécessairement dès la naissance aux yeux de tous. Sa constatation est ainsi obligatoire dans l'acte de naissance, comme le rappelle l'article 57, alinéa 1^{er} du Code civil¹ et l'affirme constamment la jurisprudence :

1. Article 57 al. 1^{er} C. civ. : « *l'acte de naissance énoncera le jour, l'heure et le lieu de la naissance, le sexe de l'enfant et les prénoms qui lui seront donnés...* ».

« Tout individu, même s'il présente des anomalies organiques, doit obligatoirement être rattaché à l'un des deux sexes, masculin ou féminin, lequel doit être mentionné dans l'acte de naissance² ».

Ainsi constaté, le sexe n'a pas à être modifié. Sauf en cas d'erreur matérielle, il ne devrait pas donner lieu à une action en rectification.

Toutefois, le phénomène pathologique du transsexualisme vient poser au droit une question autrement difficile. Des individus dont le corps appartient à la gente masculine mais dont les hormones dominantes étaient féminines, se travestissaient dans la honte ou bien supportaient leur corps qui ne représentait point leur état psychologique réel. Il en était de même pour ces femmes, enfermées dans le corps d'Eve, mais dont les testostérone prépondérantes leur donnaient un caractère masculin. Aujourd'hui, grâce à l'évolution des techniques chirurgico-médicales, le passage d'un sexe au sexe opposé est devenu possible. Cependant, un tel changement suscite certainement plusieurs problèmes juridiques dont notamment la modification de la mention du sexe sur l'état civil.

Le transsexuel qui demande la rectification de son acte de naissance ne saurait se fonder sur l'action en rectification judiciaire prévue en France à l'article 99 du Code civil, ainsi qu'au Liban à l'article 21 du décret numéro 8837 de 1932, ayant pour objet de corriger une erreur survenue au moment de la rédaction de l'acte. La requête du transsexuel a pour but de modifier un acte de l'état civil correctement établi à l'origine.

Une fois les conditions réunies et l'opération subie, le problème fondamental qui se pose alors se rapporte aux conséquences juridiques de telles interventions chirurgicales. Le transsexuel ayant subi l'opération de conversion sexuelle a-t-il le droit au changement de la mention de sexe sur son état civil ? Et sur quel fondement ?

L'étude des droits du transsexuel suppose tout d'abord la détermination de la notion de transsexualisme (paragraphe 1), avant d'apprécier, par la suite, la reconnaissance juridique de la mutation (paragraphe 2).

Paragraphe 1. La détermination de la notion de transsexualisme

La détermination de la notion de transsexualisme suppose tout d'abord son analyse (A), avant de préciser, par la suite, ses contours juridiques (B).

2. Paris, 18 janv. 1974, *D.* 1974, p. 196, concl. Granjon.

A. La notion du transsexualisme

Le transsexualisme³ est le « sentiment d'appartenir au sexe opposé, le plus souvent au désir de changer de sexe⁴ ». Selon Cornu, le transsexualisme se définit comme étant le

-
3. Pour une étude approfondie sur le transsexualisme V. :
- C. ABUSUL, *Le transsexualisme masculin*, thèse de médecine, Nantes, 1992.
 - J.-M. ALBY, *Contribution à l'étude du transsexualisme*, thèse médecine, Paris, 1956.
 - I. BON, *Le transsexualisme, analyse de pratiques médicale et juridique*, Thèse pour le doctorat en droit privé, Université Jean-Moulin Lyon III, 1990.
 - J.-P. BRANLARD, *Le sexe et l'état des personnes, aspects historique, sociologique et juridique*, LGDJ, 1993.
 - G. DELAISI DE PARSEVAL, *Les sexes de l'homme*, éd. Du Seuil, 1985.
 - O. DE TISSO, *La liberté sexuelle et la loi*, éd. Balland, 1984.
 - O. Iamant-Berger, *Le transsexualisme, Droit et éthique médicale*, 1984, vol. 1, n° 127.
 - J. DOUCHE, *La question transsexuelle*, éd. Lumière et justice, 1986.
 - M. ERLICH, *Les mutations sexuelles*, PUF, Que sais-je ? 1991, n°2581.
 - M. FRIANT-PERROT, « Transsexualisme : une modification des conditions du changement de sexe ? » note sous C.A. Rennes, 26 oct. 1998, *D.* 1999, p. 508.
 - N. FRICERO, note sous CEDH, 22 avr. 1997, *D.* 1997, p. 363.
 - M. GOBERT, « Le transsexualisme, fin ou commencement ? » *JCP* éd. G. 1988, I, p. 3361.
 - M. GOBERT, « Le transsexualisme ou la difficulté d'exister ? », *JCP* éd. G. 1990, I, p. 3475.
 - S. GRATALOUP, note sous CEDH, 22 avr. 1997, *D.* p. 583.
 - J. HERVE et J. LAGIER, *Les transsexuels*, éd. Jacques Bretouin, 1992.
 - L. LIROSSIER, « Le transsexualisme : esquisse pour un profil culturel et juridique », *D.* 1981, p. 139.
 - M. MAYMON-GOUTALOY, « De la conformité du droit français des personnes et de la famille aux instruments internationaux protecteurs des droits de l'homme », *D.* 1985, p. 215.
 - P. MERCADER, *Le paradoxe transsexuel : Changement de sexe ou castration ?* Thèse, Lyon II, 1990.
 - D. SALAS, *Sujet de chair et sujet de droit : la justice face au transsexualisme*, PUF, Les voies de droit, 1994.
 - F. SUDRE, « Droit de la Convention européenne des droits de l'homme », *JCP* éd. G., 1999, I, p. 105.
 - D. THOUVENIN, « Le transsexualisme : une question d'état méconnue », *RDSS*.1979, p. 291.
 - D. THOUVENIN, « De la qualification de l'acte thérapeutique à son contrôle », *D.* 1991, p. 221.
4. *Le petit Robert*, Dictionnaire, nouvelle édition millésime, 2013, p. 2607, V° « Transsexualisme ».

« sentiment profond et inébranlable d'appartenir au sexe opposé, malgré une conformation sans ambiguïté en rapport avec le sexe chromosomique et besoin intense et constant de changer de sexe et d'état civil ».

Ainsi, la personne qui souffre du trouble de l'identité sexuelle se sent enfermée plutôt dans un corps qu'elle rejette, et s'estime appartenir au sexe opposé. Elle éprouve évidemment outre les souffrances physiques, des tourments psychiques, et mène une bataille continue, non seulement avec la société, mais d'autant plus une bataille interne dans le but d'harmoniser son sexe anatomique avec son sexe psychique. De la sorte, les transsexuels, afin de s'identifier, éprouvent le besoin d'imiter le sexe opposé par leur tenue vestimentaire, mais aussi par la réalisation d'une chirurgie de nature à modifier leur sexe qui est généralement précédée de traitements hormonaux.

Du point de vue médical, l'atteinte à l'intégrité physique, que ce soit par un traitement ou par une chirurgie ne se justifie que par l'intérêt thérapeutique. C'est ce qu'affirme l'article 186 du Code pénal libanais⁶ ainsi que l'article 16-3 du Code civil :

« il ne peut être porté atteinte à l'intégrité du corps humain qu'en cas de nécessité médicale pour la personne... le consentement de l'intéressé doit être recueilli préalablement hors le cas où son état rend nécessaire une intervention thérapeutique à laquelle il n'est pas à même de consentir ».

En ce qui concerne le transsexuel, il s'agit d'une personne, homme ou femme, totalement normale, qui ne souffre d'aucune maladie mentale susceptible d'être à l'origine de sa croyance d'appartenir au sexe opposé.

Du point de vue juridique, la mention du sexe est obligatoire dans l'acte de naissance, en vertu de l'article 57 du Code civil français. Cette mention bénéficie d'une présomption de vérité qui la rend opposable à tous jusqu'à preuve du contraire. Cependant, le problème du transsexuel est qu'il ne peut pas apporter la preuve du contraire, c'est-à-dire la preuve de son appartenance au sexe opposé. Par ailleurs, l'individu ne peut par sa propre volonté modifier son sexe. L'obstacle majeur réside dans le principe de l'indisponibilité de l'état des personnes. De plus, en raison de l'imprescriptibilité de ce même état, l'apparence ne suffit pas à en octroyer la possession, c'est-à-dire à donner

5. G. CORNU, *Droit civil, introduction, les personnes, les biens*, 2^e éd. n° 564.

6. L'article 186 du Code pénal libanais dispose : « il n'y a pas d'infraction lorsque le fait est autorisé par la loi. Sont autorisés : ...les opérations chirurgicales et les traitements médicaux pratiqués selon les préceptes de l'art, à condition que le consentement du patient ou de ses représentants légaux soit recueilli, sauf cas d'urgence ».

à la personne la mention du sexe opposé. Cependant, avec l'évolution de la médecine et du Droit, nous assistons désormais à des modifications de la mention de sexe, afin d'harmoniser le physique avec le psychique. De la sorte, et dans le but d'apprécier le régime juridique de ces actes, nous allons étudier les contours juridiques.

B. Les contours juridiques

L'inconvénient majeur, tant en droit français que libanais, réside dans l'absence d'une législation spécifique qui régleme la problématique controversée du transsexualisme. En effet, le Liban se caractérise par un quasi-*vide législatif* et le législateur libanais a uniquement mentionné, et de façon indirecte, les opérations visant à modifier le sexe d'une personne, aux alinéas 9, 10 et 11 de l'article 30 du Code de déontologie médicale, qui ne traitent que des conditions requises afin de procéder à une modification de sexe, sans pour autant insister sur le régime et les conséquences juridiques de telles interventions.

De même, en raison du *vide législatif* en droit français, les juges ne peuvent que s'inspirer des normes européennes, tantôt non obligatoires, et tantôt contraignantes. Ainsi, le 12 septembre 1989, une résolution sur la discrimination dont sont victimes les transsexuels a été adoptée par le parlement européen reconnaissant explicitement le droit à l'identité sexuelle :

« le parlement européen est convaincu que la dignité de l'homme et la protection de la personnalité humaine impliquent nécessairement le droit de mener une vie conforme à son identité sexuelle⁷ ».

Dans le même sens, une autre norme non contraignante fut élaborée par le Conseil de l'Europe du 29 septembre 1989, sous forme de recommandation⁸.

7. J.O.C.E. du 12 septembre 1989, n° 256.

8. COLLECTIF, *Dictionnaire permanent de bioéthique et biotechnologies*, éd. Législatives, 2003, t. 2, p. 2508 : « *l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe, le 29 septembre 1989, a demandé au comité des ministres d'élaborer une recommandation invitant les Etats membres à réglementer par un texte législatif cette matière, au terme duquel, dans le cas de transsexualisme irréversible :*

a- La mention concernant le sexe de l'intéressé devrait être rectifiée dans le registre des naissances ainsi que dans ses pièces d'identité.

b- Le changement de prénom devrait être autorisé.

c- La vie privée devrait être protégée.

d- Toutes discriminations dans la jouissance des libertés et droits fondamentaux devraient être interdites conformément à l'article 14 de la Convention européenne des droits de l'homme.

En ce qui concerne les normes contraignantes, il s'agit plutôt des jurisprudences européennes⁹ qui constituent la base du droit en la matière grâce à leur influence dévastatrice.

De toute façon, dans le système de droit romano-germanique, comme la France et le Liban, même si une jurisprudence vient élaborer une solution à un problème quelconque, elle ne peut guère pallier l'absence d'une législation en la matière, d'où une problématique récurrente se pose : Vu que le droit au respect de la vie privée figure dans la plupart des textes internationaux, précisément ceux mentionnés au Préambule de la Constitution libanaise, quel serait l'intérêt (apport) d'une loi nationale qui vient réglementer le transsexualisme ?

En raison de la disparité des normes européennes et françaises, et de l'absence d'une législation libanaise qui réglemente ce domaine de façon adéquate, la promulgation d'une loi spécifique qui organiserait la question controversée du transsexualisme et en préciserait les contours juridiques s'avère être nécessaire. Cette nécessité s'impose d'autant plus dans le but primordial du respect du droit à l'identité sexuelle, ainsi que le respect de la vie privée.

En fait, de nos jours, nous constatons un accroissement considérable du nombre de transsexuels. Les législations des différents pays, notamment la France, acceptent que deux personnes du même sexe se marient et aient des enfants¹⁰, ce qui peut choquer certaines mentalités traditionnelles, notamment celles orientales. Pourquoi de telles pratiques seraient-elles permises, alors que l'abolition de souffrances morales et physiques qu'endure une personne qui se sent appartenir au sexe opposé et voudrait par conséquent changer de sexe pour appartenir à celui qui lui correspond et mener une

Elle s'est référée à la résolution du parlement européen ».

- 9 Les jurisprudences européennes les plus importantes en la matière sont :
- CEDH, 18 octobre 2001, n° 35968/97.
 - CEDH, 30 juillet 1998, n° 22885/93 et n°23390/94, Rec. V, 1998.
 - CEDH, 22 avril 1997, n° 21830/93, Rec. II. 1997.
 - CEDH, 25 mars 1992, n° 13343, série A, n° 232.
 - CEDH, 27 sept. 1990, n° 10843/84, série A, n° 184.
 - Cass. civ. 31 mars 1987, *Bull. civ.* I. n° 116.
 - CEDH, 17 OCT. 1986, n° 3532/81, série A, n° 106.
 - CEDH, 6 nov. 1980, n° 7654/76, série A, n° 40.
10. La loi du 17 mai 2013 ouvre le mariage aux couples de personnes de même sexe en modifiant l'art 143 C. civ. français : « *Le mariage est contracté par deux personnes de sexe différent ou de même sexe* ».

vie normale, est-elle interdite, ou du moins non réglementée ? Parmi les droits constitutionnels, toute personne n'a-t-elle pas le droit au respect de son identité sexuelle ? Pourquoi cette attitude toujours conservatrice tant en France qu'au Liban ?

Si le législateur n'entend pas respecter l'identité sexuelle de toute personne, n'est-il pas au moins tenu au respect de sa vie privée ?

Dans ses *Métamorphoses*, René Savatier écrivait :

« Médecin et juriste incarnent deux humanismes... Toutefois l'être humain est si riche que le médecin et le juriste, le regardant respectivement sous l'angle de leur profession, ne se rencontrent pas immédiatement... Mais par le sommet, les deux professions se rejoignent. Le médecin, à travers le corps qu'il soigne, noue nécessairement un lien étroit avec cette personne qui préoccupe le juriste. Et le juriste... prend nécessairement appui sur les corps humains qui sont l'élément vivant de la personne¹¹ ».

Le corps humain suscite donc l'intérêt du médecin et du juriste qui tendent tous les deux à son respect. Ainsi, le législateur français rappelle à l'article 9 du Code civil que *« Chacun a droit au respect de sa vie privée »*. De la sorte, l'appartenance et l'identité sexuelle d'une personne, tant qu'elles ne portent pas atteinte aux bonnes mœurs et à l'ordre public, ne relèvent-elles pas de la vie privée de la personne, et ne nécessitent-elles pas par conséquent une certaine protection, du moins législative ?

Le droit libanais s'inscrit dans cette même logique où plusieurs droits sont protégés au niveau constitutionnel, tel que la liberté individuelle¹², la liberté de correspondre, la liberté de déplacement, l'inviolabilité du domicile, la liberté d'exprimer sa pensée et le respect de la vie privée¹³, prévus tous au deuxième chapitre de la Constitution libanaise.

Devant tous ces droits garantissant les libertés fondamentales à chaque individu, nous ne pouvons que nous pencher vers une loi spécifique tant en France qu'au Liban, en matière de transsexualisme, qui réglementerait une

11. R. SAVATIER, « Les Métamorphoses économiques et sociales du droit privé d'aujourd'hui », *D.* 1959, p. 234.

12. La Constitution libanaise a été adoptée initialement le 23 mai 1926, puis a été modifiée suite à l'Accord de Taëf en 1989. La liberté individuelle est garantie à l'article 8 de la Constitution.

13. <www.ministryinfo.gov.lb/fr/sub/Lebanon/LebaneseConstitution.aspx> consulté le 21/2/2016.

fois pour toutes tous les problèmes juridiques qui se posent dans ce domaine si controversé et qui est de plus en plus répandu. Force est de souligner, qu'en l'absence de textes législatifs en France et au Liban, l'existence de certaines jurisprudences traditionnelles ou conservatrices dans ce domaine, entraîneront un risque d'insécurité juridique, d'où l'intervention du législateur s'impose.

Après avoir déterminé la notion du transsexualisme, nous allons tenter de résoudre un problème juridique primordial, celui de savoir si un individu peut, sur sa demande, obtenir la rectification de la mention du sexe portée sur son état civil.

Paragraphe 2. La reconnaissance juridique de la mutation sexuelle

Nous venons de préciser au paragraphe précédent que la notion de transsexualisme a été presque oubliée par le législateur libanais en dépit des cas qui se posent pratiquement de plus en plus dans la société libanaise. La jurisprudence à son tour est presque orpheline en la matière, notamment quant au régime juridique de ces pratiques médicales. Néanmoins, l'évolution jurisprudentielle¹⁴ en la matière qui s'est produite en France a eu ses répercussions sur notre droit, et ce à travers la décision rendue le 3 septembre 2015 par la cour d'appel de Beyrouth, où nous assistons à un pas audacieux au niveau de la jurisprudence libanaise.

Afin d'analyser ceci, nous allons tout d'abord mettre l'accent sur un modèle en pleine évolution (A), qui est apte à exportation (B).

A. Un modèle en pleine évolution...

Une fois la chirurgie de conversion sexuelle effectuée, un autre problème reste en suspens, celui de la rectification du sexe sur les pièces d'identité.

Cette question de la rectification de la mention du sexe portée sur l'état civil d'un transsexuel fut tout d'abord posée par deux décisions contradictoires rendues le même jour par la Cour de cassation française le 16 décembre 1975, ce qui nécessita une nouvelle remise en question. Les faits de la première espèce méritent d'être relatés. Le requérant, Monsieur Aubin, souhaitait changer son sexe ainsi que son prénom sur son acte de naissance. Bien que les experts fussent favorables à sa demande, les juges du

14. Pour plus de détails sur cette évolution, consulter :

Céline BAAKLINI ZIADE, *Contribution à l'étude du médecin, de l'acte thérapeutique à l'acte non thérapeutique*, thèse, USEK, 2014, p. 410.

fond et ceux de la Cour de cassation la rejetèrent, au motif que Monsieur Aubin s'était délibérément soumis à un traitement hormonal, puis a effectué la chirurgie en dehors de la France :

« le principe de l'indisponibilité de l'état, au respect duquel l'ordre public est intéressé, interdisait de prendre en considération les transformations corporelles ainsi obtenues¹⁵ ».

Ce qui est choquant, c'est que les péripéties de la seconde espèce, rendue le même jour, sont tout à fait différentes. En effet, suite à sa captivité, et aux maintes expériences exercées sur lui, Monsieur Schwindenhammer a acquis la voix et le physique d'une femme, mais continua à se vêtir en homme, ce qui suscita l'outrage de l'opinion publique. Il demanda par conséquent le changement de son prénom, auquel firent droit les juges du premier degré, mais sa demande fut rejetée par la cour d'appel. Cependant, cette décision fut cassée par la Cour de cassation, au motif que :

« les tracasseries administratives et quolibets publics dépassent singulièrement la simple convenance personnelle et constituaient donc l'intérêt légitime exigé pour changer de prénom¹⁶ ».

Nous ne pouvons que contester ces deux décisions si contradictoires rendues le même jour. Ces divergences jurisprudentielles ont mené l'Assemblée plénière à se prononcer sur les conditions requises pour reconnaître juridiquement la mutation sexuelle dans sa décision du 11 décembre 1992.

Suite à la condamnation de la France par la Cour Européenne des Droits de l'Homme dans l'affaire Mlle B. contre la France¹⁷, la jurisprudence française entreprit un revirement marqué. Ainsi, dans sa décision du 11 décembre 1992, la Cour de cassation, en Assemblée plénière a clairement admis la possibilité pour les transsexuels de modifier la mention de sexe sur leur état civil et a implicitement affirmé le caractère licite de l'intervention chirurgicale :

« lorsqu'à la suite d'un traitement médico-chirurgical subi dans un but thérapeutique, une personne présentant le syndrome de transsexualisme ne possède plus tous les caractères de son sexe d'origine et a pris une apparence physique la rapprochant de l'autre sexe, auquel correspond son comportement

15. Cass. civ. 1^{re}, 16 décembre 1975, *Bull. civ.* I, n° 374-376, p. 312.

16. *Ibid.*, *JCP* 1976. II, p. 18503, note Penneau.

17. CEDH, 25 mars 1992, *D.* 1993, p. 101, note J.-P. Marguénaud.

social, le principe du respect dû à la vie privée justifie que son état civil indique désormais le sexe dont elle a l'apparence¹⁸ ».

Cependant, pour que la licéité de l'opération soit proclamée, c'est-à-dire le fait de mettre en harmonie le sexe anatomique d'une personne avec son identité sexuelle, il faudrait que la chirurgie soit effectuée dans un but thérapeutique.

L'évolution continue en France avec l'arrêt du 26 octobre 1998¹⁹.

En l'espèce, le demandeur est victime de troubles relatifs à son identité physique, et rejetait par conséquent son sexe biologique masculin. Il mena une adolescence tourmentée puisqu'il quitta l'école à 13 ans et sa famille à 14 ans, et entra en contact avec le milieu des travestis. Son sentiment d'appartenance au sexe opposé le conduisait à se faire injecter mensuellement des hormones progestatives et à effectuer diverses opérations en vue de s'apparenter plus au corps féminin, et donc s'habilla en femme et revendiqua ce sexe en société, sans pourtant avoir réussi à modifier son sexe morphologique, puisqu'il était atteint du SIDA, obstacle majeur à une telle chirurgie. Il saisit alors le tribunal de grande instance afin qu'il soit mentionné sur son acte d'état civil qu'il est de sexe féminin. Ce dernier le débouta de sa demande en raison de

« l'absence de traitement médico-chirurgical suffisant et de la persistance de caractères morphologiques secondaires sans réelle discordance avec son sexe chromosomique ».

Insatisfait, il saisit la cour d'appel de Rennes, qui infirma le jugement du tribunal de grande instance, au motif que l'appelant avait l'apparence et le comportement d'une femme, hormis le traitement chirurgical, et que le principe du respect de la vie privée justifie que son état civil soit en conformité avec le sexe dont il a l'apparence. La cour d'appel se base donc sur une apparence réversible, en faisant prévaloir le sexe apparent sur le sexe réel. Cette solution est en contradiction avec la jurisprudence traditionnelle en vigueur²⁰. Elle se base bien évidemment sur le respect du droit à la vie privée²¹. Afin d'éviter toute immixtion dans ce droit, la cour d'appel préfère donner à la personne le sexe psychologique plutôt que celui réel. En se basant

18. Ass. Plén., 11 déc. 1192, *JCP* éd. G. 1993, II, n° 21991, note G. Mémeteau.

19. C.A. Rennes, 26 oct. 1998, *D.* 1999, p. 508, note M. Friant-Perrot.

20. *JCP* 1993. II, n° 21991, et les décisions citées.

21. CEDH, 25 mars 1992, *D.* 1992, p. 325.

ainsi sur la théorie de l'apparence²², les juges du fond mettent l'accent sur le caractère trompeur du sexe apparent du transsexuel n'ayant pas subi une opération de modification de sexe, condition posée par la Cour de cassation depuis le revirement opéré par l'arrêt du 11 décembre 1992.

D'ailleurs, nous trouvons illogique, voire inhumain d'imposer au requérant la réalisation d'une telle opération, comme preuve de sa motivation d'appartenir au sexe opposé.

Ce modèle en pleine évolution caractérise aussi les pays de l'Union européenne.

En Allemagne par exemple, c'est la loi du 10 septembre 1980 sur le changement de prénom et la constatation de l'appartenance à un sexe dans des cas particuliers qui régit ce domaine²³. Cette loi ne fixe pas des conditions spécifiques afin d'opérer le changement de sexe, mais cette pratique devrait être exercée par des médecins et des experts psychiatriques. Cependant, une série de conditions est exigée afin de changer l'état civil, dont la plus importante est la réalisation de l'intervention chirurgicale de nature à changer le sexe. De toute façon, l'autorité compétente pour modifier le registre de l'état civil est le juge judiciaire, précisément le tribunal d'instance.

En Belgique, c'est la loi du 10 mai 2007 relative à la transsexualité²⁴ qui encadre la matière. En ce qui concerne les conditions permettant le changement de sexe, il faudrait une expertise psychologique préalable afin de constater « *la discordance entre la composante psychologique du sexe et ses autres composantes anatomiques, génétiques et hormonales* », ainsi que plusieurs traitements médicaux. Signalons que c'est notamment le médecin psychiatre qui décidera ce changement de sexe. Afin de changer l'état civil d'une personne, certaines conditions²⁵ sont requises. C'est l'officier de l'état

22. J. GHESTIN, G. GOUBEAUX et M. FABRE MAGNAN, *Traité de droit civil, introduction générale*, LGDJ, 1994, p. 830 et s..

23. La loi du 10 septembre 1980 sur le changement de prénom et la constatation de l'appartenance à un sexe dans des cas particuliers, (transsexuellengesetz- TSG) vom 10 september 1980, BGBl. I s.1654.

24. La loi belge du 10 mai 2007, publiée au Moniteur du 11 juillet 2007, est entrée en vigueur le 1er septembre 2007.

25. L'article 62 bis du Code civil belge dispose : « § 1^{er}. *Tout Belge ou tout étranger inscrit aux registres de la population qui a la conviction intime, constante et irréversible d'appartenir au sexe opposé à celui qui est indiqué dans l'acte de naissance et dont le corps a été adapté à ce sexe opposé dans toute la mesure de ce qui est possible et justifié du point de vue médical, peut déclarer cette conviction à l'officier de l'état civil.*

civil de la commune dans laquelle la personne est inscrite aux registres de la population qui est chargé d'opérer le changement de la mention du sexe sur le registre d'état civil. Etudions à présent la situation législative de l'Espagne.

Le mineur transsexuel non émancipé qui fait une déclaration de sa conviction est assisté de sa mère, de son père ou de son représentant légal. La déclaration est faite à l'officier de l'état civil de la commune dans laquelle il est inscrit aux registres de la population. Le Belge qui n'est pas inscrit aux registres de la population fait la déclaration à l'officier de l'état civil de son lieu de naissance. S'il n'est pas né en Belgique, il fait la déclaration à l'officier de l'état civil de Bruxelles. Lors de la déclaration, le Belge qui n'est pas inscrit aux registres de la population informe l'officier de l'état civil de l'adresse à laquelle un refus d'établir l'acte portant mention du nouveau sexe peut être communiqué.

§ 2. Lors de la déclaration, l'intéressé remet à l'officier de l'état civil une déclaration du psychiatre et du chirurgien, en qualité de médecins traitants, attestant : 1° que l'intéressé a la conviction intime, constante et irréversible d'appartenir au sexe opposé à celui qui est indiqué dans l'acte de naissance; 2° que l'intéressé a subi une réassignation sexuelle qui le fait correspondre au sexe opposé, auquel il a la conviction d'appartenir; dans toute la mesure de ce qui est possible et justifié du point de vue médical; 3° que l'intéressé n'est plus en mesure de concevoir des enfants conformément à son sexe précédent.

§ 3. Le cas échéant, l'officier de l'état civil peut demander une traduction certifiée conforme de la déclaration des médecins traitants.

§ 4. A la suite de cette déclaration, l'officier de l'état civil établit un acte portant mention du nouveau sexe. L'acte portant mention du nouveau sexe produit ses effets à compter de son inscription au registre des actes de naissance. Cette inscription a lieu lorsque l'officier de l'état civil constate qu'aucun recours n'a été introduit contre l'acte portant mention du nouveau sexe et au plus tôt 30 jours après l'expiration du délai de recours. L'officier de l'état civil qui établit l'acte portant mention du nouveau sexe en informe, dans les trois jours, le procureur du Roi près le tribunal de première instance.

§ 5. L'officier de l'état civil mentionne le nouveau sexe en marge de l'acte de naissance concernant l'intéressé ou notifie l'acte portant mention du nouveau sexe à l'officier de l'état civil compétent.

§ 6. L'officier de l'état civil qui refuse d'établir un acte portant mention du nouveau sexe porte sans délai sa décision motivée à la connaissance de la partie intéressée. Simultanément, une copie de ce document ainsi que de tous les documents utiles est transmise au procureur du Roi de l'arrondissement judiciaire dans lequel le refus a été exprimé.

§7. Le refus de l'officier de l'état civil est susceptible de recours. La procédure de recours a pour effet que, dans l'attente de la décision judiciaire, l'officier de l'état civil n'inscrit pas dans les registres l'acte portant mention du nouveau sexe.

§ 8. L'acte portant mention du nouveau sexe ne modifie en rien les liens de filiation existants, ni les droits, pouvoirs et obligations qui en découlent. Toutes les actions concernant ces liens de filiation et les droits, pouvoirs et obligations qui en découlent peuvent encore être intentées après l'établissement de l'acte portant mention du nouveau sexe. Les dispositions du livre Ier, titre VII, chapitre II du Code civil ne s'appliquent pas à la personne de sexe masculin qui a fait une déclaration conformément à l'article 62 bis et pour laquelle un acte portant mention du nouveau sexe a été établi ».

En effet, c'est la loi du 15 mars 2007²⁶ qui concerne la rectification de la mention relative au sexe des personnes sur le registre civil qui régleme les problèmes juridiques que pose le transsexualisme. L'intervention chirurgicale n'est pas exigée à titre de conditions requises permettant le changement de la mention sur le registre d'état civil, tout comme la législation²⁷ en vigueur dans ce domaine en Italie, qui n'impose plus cette condition, qui sont désormais laissées à l'appréciation souveraine des juges. De même au Royaume-Uni²⁸, l'opération chirurgicale n'est pas une condition nécessaire. Cependant, la situation diffère aux Pays-Bas, où la loi²⁹ impose que la personne ait subi une opération chirurgicale de réassignation sexuelle, mais ne s'impose que quand « *cela est possible et sûr, d'un point de vue médical et psychologique* ». Signalons qu'en 2011, la cour d'appel de Rennes a accepté le changement d'identité sexuelle d'un père de trois enfants sur son état civil, mais non pas sur son acte de mariage. Cet arrêt consacre donc une certaine acceptation des transsexuels par la société³⁰.

Ce modèle européen semble si flatteur à tel point qu'il mérite d'être exporté en droit libanais.

B. Apte à exportation...

En droit libanais, l'article 30 alinéas 9, 10 et 11 du Code de déontologie médicale, tel que modifié en 2012, régleme le transsexualisme. En effet, l'article 30-9 précité, prohibe tout acte de nature à entraîner une défiguration du patient sauf en cas d'urgence ou de nécessité ultime, et suite à une décision émanant d'au moins deux médecins spécialistes et le consentement du patient ou de sa famille ou de ses représentants légaux s'il était dans l'impossibilité de donner son consentement. Plus encore, l'article

26. Pour plus de détails sur cette loi, V. : <http://avocat.typepad.com/mon_weblog/2007/03/loi_vote_en_esp.html>, consulté le 18 Mars 2016.

27. Loi italienne n° 164 du 14 avril 1982 modifiée par le décret du président de la République n° 396 du 3 novembre 2000 sur la « rectification de l'attribution de sexe ».

28. Gender Recognition Act, La loi de 2004 sur la reconnaissance du genre sexuel qui est entrée en vigueur le 4 avril 2005.

29. Loi du 21 décembre 2000, entrée en vigueur le 1^{er} avril 2001, elle ouvre l'accès au mariage à des personnes du même sexe, ce dernier n'unit plus nécessairement deux personnes de sexes différents.

30. Pour une lecture de quelques décisions sur les transsexuels, V. :
 - Cass. Crim. 15 mai 2013, n° 12-85586.
 - Cass. Civ. 13 fév. 2013, n° 11-14515.
 - Cass. Civ. 7 juin 2012, n° 10-26947.

30-10 du même Code précise que seul le chirurgien peut faire une opération visant ou pouvant résulter en la défiguration de la personne opérée, avec l'accord de cette dernière si elle est consciente, ou du consentement écrit de sa famille ou de son représentant légal. L'alinéa 11 du même article définit cette notion de défiguration du patient en précisant qu'elle consiste en tout traitement médical ou opération chirurgicale qui entraînerait le changement de sexe et influencerait l'avenir du patient.

Ainsi, nous constatons qu'au Liban, le législateur est parti un peu plus loin que son *alter ego* français en précisant les conditions médicales et juridiques requises afin de procéder à une chirurgie de changement de sexe ou de « *défiguration du patient* » d'après les termes légaux, qui nous semble être une qualification péjorative.

Pourquoi exiger des conditions médicales pour une telle chirurgie, et pourquoi ne pas accepter immédiatement le changement du sexe sur l'état civil ?

Une nouvelle jurisprudence libanaise vient donner espoir aux transsexuels. En l'espèce, la requérante a souffert dès sa plus jeune enfance de troubles d'identité sexuelle. Elle avait les organes génitaux féminins mais présentait des traits de caractère masculin qui la rapprochaient psychiquement et émotionnellement au sexe opposé. En 2011 et suite à une série d'opérations, elle réalise la chirurgie de conversion sexuelle pour appartenir désormais à la gente masculine. Elle présenta donc une demande gracieuse auprès du juge unique afin de changer la mention de son sexe sur son état civil pour devenir « mâle ». Ce dernier rejeta sa demande, lui causant ainsi des préjudices moraux incontestables. En effet, comment pouvait-elle voyager avec un passeport signalant qu'elle est une femme alors que son apparence est totalement masculine ? Ayant succombé en première instance, la transsexuelle interjeta appel devant la cour d'appel de Beyrouth. Cette dernière, se basant sur l'article 30 du Code de déontologie médicale précité et sur l'article 21 du décret numéro 8837 du 15 janvier 1932 donnant aux juridictions la faculté de rectifier les erreurs de l'état civil, donna droit à l'appelante. Le véritable apport de cet arrêt est que la cour d'appel s'est également fondée sur l'article 17 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques du premier septembre 1972 mentionné dans le Préambule de la Constitution libanaise et sur la jurisprudence de la Cour Européenne des Droits de l'Homme, ainsi que celle de l'Assemblée plénière de la Cour de cassation en la matière, pour donner droit à l'appelante.

L'audace, la profondeur d'analyses et l'avant-gardisme de cet arrêt rendu le 3 septembre 2015 laissent parfois d'admiration. Dans sa démarche, la cour d'appel a non seulement proclamé le droit pour un transsexuel de modifier la mention de son sexe sur l'état civil, mais plus encore, elle consacra le respect de la vie privée qui figure dans la plupart des textes internationaux ainsi que dans le préambule de la Constitution libanaise, donnant donc aux transsexuels une certaine marge de liberté et de respect vis-à-vis de la société.

Le transsexuel éprouve tout au long de sa vie un double besoin, tout d'abord un besoin personnel, qui est celui d'accepter l'idée qu'il appartient au sexe opposé, et donc au sexe psychique et psychologique. Une fois ceci est réalisé, il lui reste à accomplir toutes les étapes médicales et juridiques nécessaire à le faire. Mais plus encore, il éprouve un besoin de lutte contre la société pour être accepté dans sa différence.

Il faudrait désormais qu'il existe une certaine prise de conscience du législateur dans ce domaine-là et qu'on accepte d'élaborer une loi qui mettrait l'accent d'avantage sur cette notion.

BIBLIOGRAPHIE

- ALBY J.-M., *Contribution à l'étude du transsexualisme*, thèse médecine, Paris, 1956.
- BAAKLINI ZIADE C., *Contribution à l'étude du médecin, de l'acte thérapeutique à l'acte non thérapeutique*, thèse, USEK, 2014.
- BON I., *Le transsexualisme, analyse de pratiques médicale et juridique*, Thèse pour le doctorat en droit privé, Université Jean-Moulin Lyon III, 1990.
- BRANLARD J.-P., *Le sexe et l'état des personnes, aspects historique, sociologique et juridique*, LGDJ, 1993.
- COLLECTIF, *Dictionnaire permanent de bioéthique et biotechnologies*, éd. Législatives, 2003, t. 2.
- CORNU G., *Droit civil, introduction, les personnes, les biens*, 2^e éd.
- DELAISI DE PARSEVAL G., *Les sexes de l'homme*, éd. Du Seuil, 1985.
- DE TISSO O., *La liberté sexuelle et la loi*, éd. Balland, 1984.
- IAMANT-BERGER O., *Le transsexualisme, Droit et éthique médicale*, 1984, vol. 1.
- DOUCE J., *La question transsexuelle*, éd. Lumière et justice, 1986.
- ERLICH M., *Les mutations sexuelles*, PUF, Que sais-je ? 1991.
- FRIANT-PERROT M., « Transsexualisme : une modification des conditions du changement de sexe ? » note sous CA Rennes, 26 oct. 1998, *D.* 1999, p. 508.
- FRICERO N., note sous CEDH, 22 avr. 1997, *D.* 1997, p. 363.
- GHESTIN J., GOUBEAUX G. et FABRE MAGNAN M., *Traité de droit civil, introduction générale*, LGDJ, 1994.
- GOBERT M., « Le transsexualisme, fin ou commencement ? » *JCP* éd. G. 1988. I, p. 3361.
- GOBERT M., « Le transsexualisme ou la difficulté d'exister ? », *JCP* éd. G. 1990. I, p. 3475.
- GRATALOUP S., note sous CEDH, 22 avr. 1997, *D.* p. 583.
- HERVE J. et LAGIER J., *Les transsexuel (les)*, éd. Jacques Bretouin, 1992.
- LINOSSIER L., « Le transsexualisme : esquisse pour un profil culturel et juridique », *D.* 1981, p. 139.

- MAYMON-GOUTALLOY M., « De la conformité du droit français des personnes et de la famille aux instruments internationaux protecteurs des droits de l'homme », *D.* 1985, p. 215.
- MERCADER P., *Le paradoxe transsexuel : Changement de sexe ou castration ?* Thèse, Lyon II, 1990.
- SALAS D., *Sujet de chair et sujet de droit : la justice face au transsexualisme*, PUF, Les voies de droit, 1994.
- SAVATIER R., « Les Métamorphoses économiques et sociales du droit privé d'aujourd'hui », *D.* 1959, p. 234.
- SUDRE F., « Droit de la Convention européenne des droits de l'homme », *JCP* éd. G., 1999, I, p. 105.
- THOUVENIN D., « Le transsexualisme : une question d'état méconnue », *RDSS* 1979, p. 291.
- THOUVENIN D., « De la qualification de l'acte thérapeutique à son contrôle », *D.* 1991, p. 221.
- Le petit Robert : dictionnaire, nouvelle édition millésime, 2013.
- Paris, 18 janv. 1974, *D.* 1974, p. 196, concl. C. ABUSUL, *Le transsexualisme masculin*, thèse de médecine, Nantes, 1992.
- CEDH, 18 octobre 2001, n° 35968/97.
- CEDH, 30 juillet 1998, n° 22885/93 et n° 23390/94, Rec. V, 1998.
- CA Rennes, 26 oct. 1998, *D.* 1999, p. 508, note M. Friant-Perrot.
- CEDH, 22 avril 1997, n° 21830/93, Rec. II, 1997.
- CEDH 25 mars 1992, *D.* 1993, p. 101, note J.-P. Marguénaud.
- CEDH, 25 mars 1992, n° 13343, série A, n° 232.
- Ass. Plén., 11 déc. 1992, *JCP* éd. G. 1993, II, n° 21991, note G. Mémeteau.
- CEDH, 27 sept. 1990, n° 10843/84, série A, n° 184.
- Cass. civ. 31 mars 1987, *Bull. civ.* I, n° 116.
- CEDH, 17 oct. 1986, n° 3532/81, série A, n° 106.
- CEDH, 6 nov. 1980, n° 7654/76, série A, n° 40.
- Cass. civ. 1^{re}, 16 décembre 1975, *Bull. civ.* I, n° 374-376, p. 312.
- Cass. civ. 1^{re}, 16 décembre 1975, *JCP* éd. G. 1976, II, p. 18503, note Penneau.
- <www.ministryinfo.gov.lb/fr/sub/Lebanon/LebaneseConstitution.aspx>.

The French legislation regarding the right to die

La France et la législation sur le droit à la mort

Emmanuel Terrier, Maître de conférences HDR, Directeur du Master de Management stratégique des établissements de santé, Directeur du DU Ethique du Management en santé, Université de Montpellier, Chargé d'enseignement à la Faculté de Droit de l'USEK

Abstract

Since the right to live is one of the fundamental rights guaranteed by Constitutions and conventions, it is legitimate to wonder if the right to die exists.

Although the French legislation refuses to embrace the right to die, France passed a law in 2005 recognizing passive end of life measures, allowing the ill person to withhold or withdraw treatment that is necessary to sustain his life.

After years of tense debate over this issue and a long journey through parliament, France adopted in 2016 a sedated dying law that allows people suffering at the end of their lives to go to sleep, soothed and serene, which respects the person's dignity and rights during his terminal phase.

The paper aims to determinate the frame of the new French legislation regarding the end of life rights.

Existe-t-il un droit à la mort ? La question, par principe relève du paradoxe pour ne pas dire de la provocation. Le droit, par principe, protège la vie. S'il n'évoque la reconnaissance de la mort, ce n'est essentiellement que pour en déterminer les critères. La mort en effet est avant tout un fait biologique que le droit doit prendre en compte¹. C'est pour cela qu'il incombe au droit d'en définir les critères : les dispositions de l'article R. 1232-1 et suivants du Code de la santé publique déterminent les critères du constat de la mort, comme un préalable au prélèvement d'organes. Trois critères sont posés pour déterminer le décès d'une personne qui serait en situation de mort « naturelle » c'est-à-dire qui présente un arrêt cardiaque et respiratoire persistant : d'abord l'absence totale de conscience et d'activité motrice spontanée, ensuite l'abolition de tous les réflexes du tronc cérébral et enfin l'absence totale de ventilation spontanée. En revanche, lorsque la personne est assistée aux plans ventilatoire et hémodynamique, il convient de dresser un constat plus complexe. L'article R.1232-2 du Code de la santé publique précise alors que si la personne est assistée, il faut observer l'absence de ventilation spontanée par une épreuve d'hypercapnie, c'est-à-dire de constatation du taux de gaz carbonique dans le sang. Il faut alors, en complément des trois critères cliniques constatant la mort naturelle précédemment évoquée, observer le caractère irréversible de la destruction encéphalique (la mort cérébrale) soit par deux électroencéphalogrammes nuls et aréactifs effectués à un intervalle minimal de quatre heures, soit procéder à une angiographie objectivant l'arrêt de la circulation dans le cerveau et médicalement interprétée. Par-delà cette technicité toute scientifique, liée au fait que le droit ne connaît plus d'autre mort que la mort physique de l'individu², on peut constater que la mort peut faire disparaître certains droits, en créer de nouveaux, voire, au pire, être indifférente aux droits. Et de fait, au constat classique de l'existence d'un certain nombre de droits liés à la mort, il est tout aussi classique de considérer qu'il n'y a pas, à ce jour, de droit à la mort qui puisse être évoqué, selon une approche purement juridique.

En effet, c'est la référence à la protection de la vie de la personne humaine qui est posée comme une prérogative. Celle-ci s'inscrit en droit français dans les dispositions de l'article 16 du Code civil, mais elle trouve une

-
1. E. TERRIER, « La perception juridique de la mort », in « Ethos et Thanatos », *RGDM*, 2004, p. 29.
 2. La loi n° 1854-05-31 du 31 mai 1854 (*Bulletin des lois* 11° S., B. 180, n°1534) a aboli la mort civile et les articles 22, 23, 25, 718 et 719 du Code civil de 1804.

légitimation antérieure dans la lettre même de l'article 2 de la Convention Européenne des Droits de l'Homme, qui stipule que :

« Le droit de toute personne à la vie est protégé par la loi. La mort ne peut être infligée à quiconque intentionnellement, sauf en exécution d'une sentence capitale prononcée par un tribunal au cas où le délit est puni de cette peine par la loi ».

Ce droit est présenté comme « la valeur suprême dans l'échelle des Droits de l'Homme sur le plan international³», en d'autres termes, un droit dont la garantie est préalable à l'exercice de tous les autres. Evoquer l'idée, dans ce contexte, d'un droit à la mort, va par conséquent au-delà du paradoxe, il relèverait de l'antinomie. Mais la mort n'est rien, pour reprendre les propos de René Etiemble, mourir en revanche c'est tout, et cet axiome, bien connu, pourrait aisément se transposer à l'analyse juridique. Le droit français, refuse de consacrer le droit à la mort, fût-elle désirée par la personne (Paragraphe 1). Pour autant, par une loi du 22 avril 2005⁴, modifiée récemment par une loi du 2 février 2016⁵, la législation française a souhaité encadrer les pratiques en fin de vie afin de permettre la protection de la dignité de la personne en ses derniers instants (Paragraphe 2).

Paragraphe 1. Le refus d'un droit à la mort

Homo sum ; humani nihil a me alienum puto, écrit le dramaturge Terence⁶. Par une empathie d'un humanisme universel, l'antique littérateur entendait faire de l'homme tout à la fois le sujet et l'objet de sa propre étude et le maître de son destin, du seul fait de sa volonté. Peut-il se déterminer sur son propre sort, au risque de modifications irréversibles, au risque d'y perdre sa vie ? Peut-il disposer de lui même jusqu'à sa propre destruction ? Le droit s'interroge sur le suicide, d'abord en tant qu'acte individuel (A) mais encore sur l'éventualité d'une assistance qui pourrait être demandée à l'acte suicidaire (B).

3. CEDH, 22 mars 2001, *Streletz, Kessler et Krenz c/ Allemagne*, req. n° 34044/96, 35532/97 et 44801/98.

4. Loi n° 2005-370, 22 avr. 2005 relative aux droits des malades et à la fin de vie, J.O. du 23 avril.

5. Loi n° 2016-87 du 2 févr. 2016 relative aux nouveaux droits des malades en fin de vie, J.O. du 3 février.

6. « *Je suis homme et rien de ce qui est humain ne m'est étranger* », TERENCE, *L'Héautontimorouménos*, vol. 77, in Comédies, t. 2, Les Belles Lettres, 1956.

A. Le droit au suicide

Le suicide n'est pas sanctionné pénalement en droit français. Cela n'a pas toujours été le cas, puisqu'il était fréquent, sous l'Ancien droit, de faire comparaître une personne qui avait tenté de se suicider, voire de juger *postmortem* une personne qui s'était suicidée afin de la priver de sépulture. Ainsi, les annales du Parlement de Bretagne conservent-elles les minutes du procès posthume de Pierre Fresnel, à Rennes, 10 mars 1724, qui fut probablement le dernier du genre. Mais sous-jacent à la sanction pénale, c'est encore un droit mêlé de religion qui s'applique, le châtement visé étant la privation de repos éternel. La suppression de sanctions pénales au suicide ou à la tentative de suicide a eu lieu avec l'instauration du Code pénal français en 1810, le droit pénal républicain et laïc n'osant plus « *pénétrer au cœur des consciences et demander à un juge de condamner cette décision intime qui a pu pousser un individu à essayer de mettre fin à ses jours*⁷ ».

Depuis cette date il n'y a plus de qualification pénale à l'acte de suicide ou à sa tentative. La jurisprudence de la Cour de cassation a confirmé, tardivement, cette situation dans deux affaires, une première fois en 1971, la Cour énonçant que l'article 63-1 du Code pénal (ancien) ne s'applique pas au suicide qui n'est ni un crime ni un délit⁸. Elle a par la suite confirmé cette position, dans un arrêt du 3 janvier 1973⁹, allant alors jusqu'à reconnaître l'existence d'un droit pour une personne de ne pas suivre les prescriptions d'un médecin et d'absorber massivement des somnifères qui lui étaient également prescrits. Mais il ne faut toutefois pas reconnaître à partir de là l'existence d'un droit au suicide. D'une part, parce que ce serait sûrement l'affirmation la plus proche de celle, plus générale, d'un droit à la mort. Or, le droit français et le respect de l'ordre public ne peuvent affirmer un tel droit¹⁰. D'autre part, et plus concrètement, parce que le droit limite cette supposée prérogative lorsque le suicide va au-delà de l'action totalement isolée de la personne¹¹. Ainsi en est-il lorsqu'il a été causé par la faute d'un

7. E. DREYER, *Droit pénal spécial*, 2^e éd., Ellipses, 2012, n° 24.

8. Crim., 23 avr. 1971, *Bull. crim.*, n° 116 ; RSC, 1972, p. 114, n° 3, note G. Vasseur. En l'espèce il s'agissait de viser la complicité de celui qui avait laissé se suicider la personne. La qualification n'ayant de ce fait pas été retenue.

9. Crim. 3 janv. 1973, *Bull. crim.*, n° 2 ; *D.*, 1973, p. 591, note Levasseur.

10. M. GHEZA, « Essai de déconstruction juridique du droit à la mort », *RDSS*, 2008, p. 1071.

11. V. M. FABRE-MAGNAN, « Le domaine de l'autonomie personnelle. Indisponibilité du corps humain et justice sociale », *D.*, 2008, p. 31.

tiers, voire sa négligence. À titre d'illustration, il convient de rappeler qu'il arrive que les juridictions administratives sanctionnent l'administration pénitentiaire sur le fondement d'un défaut de vigilance lorsque celui-ci a concouru au suicide d'un détenu¹². Il en va de même quant à la responsabilité des établissements de santé pour n'avoir pas pris toutes les précautions pour éviter un suicide : par exemple, la responsabilité d'un médecin pour ne pas avoir averti la clinique du risque suicidaire d'un patient¹³. De la même manière, un suicide sur le lieu de travail peut-il être requalifié en « *accident du travail* » lorsqu'il a été causé par la dureté des conditions de travail, notamment psychologiques¹⁴.

Au plan européen, les principes dégagés à partir de l'article 2 de la Convention amènent la Cour Européenne des Droits de l'Homme (CEDH) à avoir une politique jurisprudentielle qui, tout en protégeant le droit à la vie, n'affirme pas la prérogative de l'individu sur celle-ci. Du moins, le fait-elle sans ambiguïté sur une approche générale, au niveau des responsabilités qui pèsent sur les États. En effet, la Cour de Strasbourg incite elle aussi les États à protéger les personnes contre le risque suicidaire. Cette affirmation vise les cas où des personnes se trouveraient dans une situation difficile ou dans un cadre susceptible, en lui-même, de les pousser à se suicider. Ainsi en est-il, par exemple, dans l'hypothèse des gardes à vue ou des détentions pénales¹⁵ ou encore du service militaire, lorsque celui-ci existe¹⁶ et qu'il offre tout particulièrement à un sous-officier la possibilité de brimer un appelé psychologiquement fragile¹⁷.

Dans la mesure où la Cour européenne sanctionne l'État qui ne prendrait pas des mesures positives pour protéger l'individu dans ces situations, il y a lieu de déduire qu'elle réfute l'idée d'une prérogative absolue de l'individu sur sa vie, lui permettant d'en disposer, ce qui va de pair avec l'affirmation d'un droit à la vie qu'elle considère comme supérieur. Toutefois, la Cour européenne, sans remettre en question cette primauté, pose néanmoins les

12. Pour un détenu : CE 9 juill. 2007, *M. D. A7DA*, 2007, p. 2094, note H. Arbousset.

13. Civ. 1^{re}, 20 janv. 1982, n° 80-17.229.

14. Civ. 2^e, 10 mai 2007, *D.*, 2007, AJ, p. 1599.

15. V. en ce sens CEDH 30 juill. 1998, *Aerts c/ Belgique*, Rec. CEDH, 1966, § 66 ; 16 juin 2000, *Tanribilir c/ Turquie*, req. n° 21422/93 ; 3 avr. 2001, *Keenan c/ Royaume-Uni*, req. n° 27229/95, § 111 ; 11 juill. 2006, *Rivière c/ France*, req. n° 33834/03, § 63.

16. CEDH, 11 janv. 2011, *Servet Gündüz et a. c/ Turquie*, req. n° 4611/05.

17. CEDH, 17 juin 2008, *Abdullah Yilmaz c/ Turquie*, req. n° 22427/06, § 7.

bases d'une certaine prérogative de l'individu sur lui-même, à travers la notion d'autodétermination.

C'est à l'occasion de l'arrêt *Pretty*, rendu par la Cour le 29 avril 2002¹⁸, qu'a pu émerger cette notion. Diane Pretty, ressortissante britannique, était atteinte d'une sclérose latérale amyotrophique, maladie neuro-dégénérative qui la paralysait et la condamnait à une mort certaine par asphyxie. Madame Pretty avait demandé aux juridictions britanniques de pouvoir accéder à une assistance à la mort, provoquée par son mari ou ses médecins, mais cette demande d'euthanasie ne lui avait pas été accordée par les juges nationaux. Elle s'est donc tournée vers la Cour de Strasbourg en se fondant sur l'article 2 de la Convention Européenne des Droits de l'Homme pour évoquer l'idée qu'il existe dans l'affirmation d'un droit à la vie, son corollaire, qui est la reconnaissance d'un « *droit à la mort* ». La ressortissante britannique, devait évoquer par ailleurs, l'obligation, pour les États, d'aménager le droit interne pour faciliter un droit s'inscrivant dans un principe général qui serait l'autodétermination des personnes sur leur corps.

La CEDH a débouté la demanderesse en ses deux arguments, refusant à la requérante le droit à l'autodétermination tout en déniait l'existence d'un droit à la mort. Pour les juges strasbourgeois, il était clair que la Cour, dans sa jurisprudence en la matière, a constamment mis l'accent sur l'obligation pour l'État de protéger la vie. Dans ces conditions, la Cour ne s'est pas montrée persuadée que le « *droit à la vie* » garanti par l'article 2 puisse s'interpréter comme comportant un aspect négatif. L'article 2 ne pouvant être, selon elle,

« sans distorsion de langage, interprété comme conférant un droit diamétralement opposé, à savoir un droit à mourir; il ne saurait davantage créer un droit à l'autodétermination en ce sens qu'il donnerait à tout individu le droit de choisir la mort plutôt que la vie ».

Toutefois, la juridiction européenne a remarqué qu'à défaut de constituer un droit par elle-même, la notion d'autonomie personnelle « *reflète un principe important qui sous-tend l'interprétation des garanties de l'article 8* » de

18. CEDH, 29 avr. 2002, *Pretty c/ Royaume-Uni*, req. n° 2356/02 ; D., 2002, IR, p. 1596 ; RSC, 2002, p. 645, note Massias ; RTD civ., 2002, p. 482, obs. Hauser ; *ibid.*, p. 858, obs. Marguénaud ; AJDA, 2003, p. 1383, note Le Baut-Ferrarèse ; JCP, 2003, II, 10062, note Girault ; Gaz. Pal. 14-15 août 2002, p. 2, note Garay ; RDSS, 2002, p. 475, note Pédrot ; P. Sargos et C. Esper, *Les grands arrêts du droit de la santé*, Dalloz, 2010, n° 16.

la Convention¹⁹. Elle érige donc, à partir de cet article, un droit à pouvoir opérer de véritables choix sur son propre corps²⁰, pouvant être entendus très largement, y compris le droit à pouvoir s'adonner à des activités perçues comme dangereuses pour la personne voire potentiellement mortelles²¹. La Cour rappelle, ce faisant, l'impossibilité pour un État d'y contrevenir. Elle y inclut alors le droit pour Madame Pretty d'éviter ce qui constitue pour cette dernière une fin de vie indigne et pénible.

Cependant, en ce qui concerne la question spécifique du droit à l'autodétermination dans un cadre où l'enjeu est celui de la mort de la personne, la Cour renvoie généralement les requérants à cette question vers les législations des États²². Dans ce mouvement et par un arrêt remarqué en date du 20 janvier 2011, *Haas c/ Suisse*²³, l'approche de l'autodétermination évoquée au regard de la Convention Européenne de sauvegarde des Droits de l'Homme s'est trouvée réaffirmée. Les faits étaient différents, puisque le requérant n'était pas au stade terminal d'une maladie incurable dégénérative mais souffrait d'une affection maniaco-dépressive sévère. Il avait revendiqué auprès d'associations le droit à bénéficier d'une assistance médicale au suicide, laquelle lui avait été refusée tant par les associations visées que par le Tribunal fédéral. Se tournant alors vers la Cour européenne, il évoque la nécessité de recourir à une assistance au suicide au nom de la protection de sa dignité. La Cour, tout en soulevant que la dignité de la fin de la vie ne peut entrer dans le champ de ce texte, reconnaît *a priori* au seul visa de l'article 8 de la Convention la possibilité pour les individus de pouvoir choisir de quelle manière et à quel moment leur vie doit prendre fin. La Cour européenne conditionne pour autant cette faculté à une décision qui serait « prise librement et en toute connaissance de cause²⁴ » et elle met en balance ce droit avec le devoir, pour les États, de protéger les individus.

19. V. égal. dans d'autres domaines CEDH 20 mars 2007, *Tysiac c/ Pologne*, préc., RDSS, 2007, p. 643, note D. Roman; RTDH, 2007, p. 855, note J.-M. Larralde, § 107. – CEDH, gr. ch., 10 avr. 2007, *Evans c/ Royaume-Uni*, RDSS, 2007, p. 810, note D. Roman.

20. La formule est celle de M. Fabre-Magnan, dans sa note sous CEDH 17 févr. 2005, *K.A et A.D c/ Belgique*, D., 2005, p. 2973.

21. V. M. FABRE-MAGNAN, « Le domaine de l'autonomie personnelle. Indisponibilité du corps humain et justice sociale ».

22. V. par ex. C. Byk, « Euthanasie, la nécessité d'une loi au regard du droit européen des droits de l'homme », in « Ethos et Thanatos ».

23. CEDH 20 janv. 2011, *Haas c/ Suisse*, req. n° 31322/07; JCP, 2011, n° 914, obd. F. Sudre.

24. *Ibid.*, § 54.

B. Le droit à une assistance au suicide

Se pose alors la question de savoir s'il est possible de pouvoir assister voire d'aider une personne suicidaire ? En droit interne, la question qui peut légitimement se poser et qui a été rappelée par le rapport rendu par le Professeur Didier Sicard et remis au Président de la République à la demande de ce dernier en 2012²⁵, est celle de la possibilité de bénéficier d'un accompagnement ou d'une aide à mettre un terme à ses jours. L'hypothèse n'est pas celle d'un acte d'euthanasie, où le geste létal sera donné par un tiers, mais celle d'un geste suicidaire, guidé, aidé ou favorisé par un tiers, *a priori* médecin. Il va de soi que cette hypothèse s'inscrit dans le cadre de personnes en fin de vie, et son lien avec les situations proches de celle des demandes d'euthanasie est certain. Mais l'analyse éthique qui en a été faite par la commission Sicard souligne combien l'assistance médicale au suicide « *ne saurait être une solution proposée comme une alternative* » à l'absence de soins palliatifs et d'accompagnement, tout en reconnaissant qu'elle pourrait répondre à la volonté de certaines personnes, au stade terminal d'une maladie incurable, de « *disposer d'un recours ultime* » — quitte à ce qu'elles n'utilisent pas les médicaments ainsi prescrits²⁶. Cette question amène à s'interroger sur l'éventuel risque pénal qu'une telle assistance pourrait susciter.

En l'état actuel du droit, il n'existe pas de texte spécifique qui vise l'idée d'une assistance médicale au suicide, ni pour sanctionner spécifiquement ces actes, ni pour les autoriser. À cet égard des interrogations pourraient être soulevées. En effet, la liberté reconnue tacitement à chacun de se donner la mort, affirmée négativement par l'absence de textes qualifiant pénalement le suicide, assure l'impunité de ceux qui y auraient participé. On ne peut, de manière stricte, sanctionner un acte d'aide au suicide au titre de la complicité, puisqu'il n'y a pas d'infraction principale punissable. De même, l'infraction de « non-obstacle à la commission d'un suicide » ne peut exister puisque le suicide n'est ni un crime, ni un délit ainsi que l'a rappelé la Cour de cassation²⁷. Pour autant certains comportements, qui auraient alors tendance à s'insérer dans cette faille législative, pourraient se montrer dangereux. D'autant que l'arsenal législatif commun du droit pénal, peut offrir des éléments de réponse, mais assez imparfaits. À défaut de sanctionner l'acte positif d'assistance au suicide, il semble toujours possible

25. Rapport de la Commission de réflexion sur la fin de vie en France, *Penser solidairement la fin de vie*, 18 déc. 2012, Doc. fr., 2013, p. 94 et s., <www.social-sante.gouv.fr>.

26. M. LAMOUREUX, *La Croix*, 18 déc. 2012.

27. Crim., 23 avr. 1971.

de se tourner vers les omissions de porter secours ou non-assistance à la personne suicidaire, qui est par nature en péril. Il s'agit là des classiques délits d'omission, dont le droit pénal médical n'est pas exempt. Toutefois, l'absence de rapports personnels et quelquefois durables avec la personne suicidaire, tend à limiter la connaissance du médecin de la réalité des projets de suicide et de la volonté de la personne de passer à l'acte. De la même manière, la mise en danger de la personne ne répond que très imparfaitement à cette situation. L'article R. 4127-9 du Code de la santé publique énonce que tout médecin qui se trouve en présence d'un malade ou d'un blessé en péril doit lui porter assistance ou s'assurer qu'il reçoit les soins nécessaires. À travers le Code de la santé publique, c'est le droit disciplinaire qui se fait l'écho des principes classiques du droit répressif et notamment de la non-assistance à personne en péril énoncée à l'article 223-6 du Code pénal. Mais là encore, il s'agit de sonder la conscience de l'individu en danger quelquefois masquée par la sérénité de celui qui a décidé de passer à l'acte. Demeurerait alors la possible qualification de mise en danger d'autrui de l'article 223-1 Code pénal ou la simple faute d'imprudence. Le droit répressif considère qu'il s'agit d'un délit d'omission délictueuse, lié toutefois à l'idée d'un péril imminent lequel suppose, en amont, l'existence de son élément matériel, à savoir le danger. Mais là encore, l'obstacle du droit commun réside en la difficulté de sonder l'âme de la personne. Car il faut en ce cas aussi que le médecin ait conscience du péril, à défaut de quoi il n'aurait pas d'élément intentionnel de l'infraction. À cet égard, la chambre criminelle de la Cour de cassation a-t-elle pu affirmer que le refus obstiné et matérialisé du patient de recevoir les soins serait de nature à délier le professionnel de son obligation²⁸.

Face à la partielle impuissance du droit pénal commun, et dans le contexte médiatisé de la publication du livre *Suicide, mode d'emploi*²⁹, le législateur, par la loi du 31 décembre 1987 a créé deux infractions visant les délits liés à la provocation et au prosélytisme à l'égard du suicide.

L'incitation au suicide, par le fait de le provoquer, est donc désormais punie par l'article 223-13 du Code pénal, de trois ans d'emprisonnement et 45 000 euros d'amende. Toutefois cette infraction est conditionnée à un suicide ou à une tentative judiciairement constatée car ce délit est une infraction matérielle et non une infraction obstacle. L'on perçoit ainsi toute l'ambiguïté de notre droit qui admet tacitement la faculté de se suicider,

28. Crim., 3 janv. 1973.

29. C. GUYON, Y. LE BONNIEC, *Suicide, mode d'emploi. Histoire, technique, actualité*, éd. Alain Moreau, 1982.

puisque seule la réalité d'une provocation constatée *a posteriori* peut être poursuivie, afin de sanctionner l'aide apportée à celui qui n'aurait pas choisi « librement » de se suicider. Il faut une aide directe voire de réelles manœuvres pour acculer la victime au suicide, car de simples conseils³⁰, voire la seule remise de fourniture de moyens³¹ ne sont pas constitutifs de l'infraction.

De la même manière, tout acte de propagande ou de publicité, quel qu'en soit le vecteur (produit, objet, méthode) est également punissable, aux termes de l'article 223-14 du Code pénal, des mêmes sanctions que l'incitation au suicide. Cependant, et contrairement à la provocation au suicide, il s'agit ici d'une infraction « médiatique » qui vient sanctionner celui qui fait l'apologie du suicide par n'importe quel vecteur de communication, du simple tract jusqu'au site Internet « gothique », en songeant bien sûr aux réseaux sociaux, et ce, quels qu'en soient les destinataires. C'est sur la base de ce texte qu'a été condamné non plus les auteurs mais l'éditeur de l'ouvrage *Suicide, mode d'emploi* précédemment évoqué, pour avoir tenté de rééditer le livre frappé d'interdiction à la vente³², comme il en a été de la simple publicité d'un livre similaire vendu outre-Manche³³. Il s'agit ici de sanctionner la valorisation de moyens précis de se donner la mort mais de manière formelle, puisque le délit est constitué du seul fait de le rendre accessible au public, et indépendamment de l'obtention d'un résultat.

Si la question s'est posée en droit français, c'est en raison de la perception variable que le droit international offre de la question. Ainsi, l'État de l'Oregon a-t-il adopté le 8 novembre 1994, le *Death with Dignity Act*, loi sur le droit de mourir dans la dignité, qui institutionnalise l'aide au suicide, par fourniture de produits létaux³⁴. Bien que la Cour suprême ait jugé le 26 juin 1997 que si l'individu a le droit de mourir dans la dignité, la Constitution ne garantit pas un droit général à l'assistance au suicide³⁵, elle a validé ce dispositif dans un arrêt du 17 janvier 2006, en considérant, sans se prononcer au fond, que la question relève de la compétence des États

30. Crim., 5 mars 1992, *Gaz. Pal.*, 1993, Somm., p. 486.

31. TGI Lille, 5 avr. 1990, *D.*, 1993, Somm., p. 14, obs. G. Azibert.

32. TGI Paris, 11 avr. 1995, *JCP*, 1996, II, 22729, note I. Lucas-Gallay.

33. Paris, 18 janv. 2001, *Dr. pénal* 2001, n° 84, obs. Véron ; RSC, 2002, p. 615, obs. Francillon. V. dans la même affaire Crim., 13 nov. 2001, obs. Véron.

34. V. C. Baron, « De *Quinlan* à *Schiavo* : le droit à la mort et le droit à la vie en droit américain », *RTD civ.*, 2004, p. 673.

35. *Washington c/ Glucksberg et al.*, (1997, US) *U.S. reports*, vol. 521, p. 702.

fédérés³⁶. En Europe, le cadre de l'assistance au suicide est assez présent dans la législation. Si les royaumes de Belgique et des Pays-Bas ont dépenalisé l'assistance au suicide dans des conditions assez strictes, la question fait l'objet d'éléments davantage débattus depuis que les juridictions helvétiques ont admis la faculté d'appliquer une interprétation a contrario des dispositions de leur Code pénal aux hypothèses de la réponse positive, faite par des soignants, à une demande d'aide au suicide. Le Code pénal suisse évoque en effet dans son article 115 que :

« celui qui, poussé par un mobile égoïste, aura incité une personne au suicide, ou lui aura prêté assistance en vue du suicide, sera, si le suicide a été consommé ou tenté, puni d'une peine privative de liberté de cinq ans au plus ou d'une peine pécuniaire ».

Il est donc possible de déduire d'une lecture a contrario de ce texte une absence de sanction pour celui qui aura agi par altruisme. L'élément qualifiant de l'infraction entièrement axé sur le mobile est donc appréciable au cas par cas et n'est pas pour autant exempt de difficultés. Parmi celles-ci se pose avant tout la détermination de la situation à laquelle est applicable cette loi. Si le tribunal fédéral avait admis, dans un arrêt du 3 novembre 2006³⁷, la faculté de pouvoir offrir le droit à chacun de décider de sa propre mort, il s'était néanmoins opposé à y inclure le droit à l'assistance au suicide de la part de l'État ou d'un tiers, l'individu qui désire mourir *« ne détenant pas un droit de se voir accorder une assistance au suicide »*. La juridiction helvétique avait alors refusé d'en faire bénéficier le malade bipolaire. Saisie de cette affaire, la CEDH, tout en déniaient un droit au suicide comme une prérogative individuelle portée par l'article 2 de la Convention³⁸, avait néanmoins admis la possibilité pour les États de légiférer en ce sens, en considérant la volonté des États signataires d'accorder plus de poids à la protection de la vie de l'individu qu'à son droit d'y mettre fin³⁹.

36. *Gonzalez c/ Oregon*, (2006, US), *U.S. reports*, vol. 546, p. 243.

37. Arrêt du Tribunal fédéral n° 03.11.2006 2A. 48/2006, à l'origine de l'arrêt CEDH 20 janv. 2011, *Haas c/ Suisse*, < <http://www.bger.ch/fr>>.

38. CEDH, 20 janv. 2011, *Haas c/ Suisse*.

39. Dès lors et spécifiquement en Suisse, il relève de chaque canton de pouvoir décider de l'application d'un texte spécifique sur l'aide médicalisée qui peut être apportée à une personne souhaitant se suicider. Ainsi dans l'art. 27 de la loi du 17 juin 2012 de Santé publique, le Canton de Vaud a-t-il conditionné l'assistance médicale au suicide au fait que la personne qui demande l'assistance au suicide doit souffrir *« d'une maladie grave incurable et doit être capable de discernement »*.

Il convient de préciser, cependant, que par son arrêt *Gross c/ Suisse*, le 14 mai 2013⁴⁰, la Cour de Strasbourg a déterminé les contours de la pratique. La requérante âgée souhaitait mourir pour échapper au déclin de ses facultés physiques et mentales. Contestant l'impossibilité de se procurer une dose de produit mortel dans le cadre du suicide assisté tel qu'il est admis en Suisse, du fait qu'elle n'est atteinte d'aucune pathologie mortelle, elle a décidé d'agir devant les juridictions de la Confédération. La Cour européenne vers laquelle la requérante s'est finalement tournée, s'est demandé en l'espèce « *si l'État avait omis de fournir des directives suffisantes définissant si et, dans l'affirmative, dans quelles circonstances, les médecins étaient autorisés à délivrer une prescription médicale à une personne* ». Or comme cela fut observé, le Code pénal suisse ne sanctionne pas l'assistance altruiste au suicide. De ce fait, la décision des médecins dont le but était de permettre à la vieille dame l'accès au produit mortel n'était pas, au moment des faits, suffisamment précisée. Il fut remarqué tout particulièrement que l'assistance au suicide ne s'appliquait pas au requérant dont le pronostic vital n'est pas engagé. Il a donc été observé que face à cette situation quelque peu évasive, les médecins ne peuvent se référer à aucune source matérielle susceptible de leur fournir les directives susceptibles d'aider leur prise de décision dans l'hypothèse de l'aide au suicide d'une personne ne souffrant que de son âge. Sur ce fait, la Cour a considéré que cette incertitude avait placé la requérante dans un état d'angoisse « *considérable* » accentué par le fait que « *les difficultés à trouver le consensus politique nécessaire sur des questions controversées [...] sont inhérentes à tout processus démocratique et ne peuvent dispenser les autorités de s'acquitter de leur responsabilité* ».

En d'autres termes, à partir du moment où l'État a autorisé l'assistance au suicide, il doit en définir précisément les conditions d'accès⁴¹. À défaut de quoi, la Cour de Strasbourg reconnaît qu'une telle imprécision constitue pour le justiciable une atteinte à l'article 8 de la Convention. Il est intéressant de constater que si l'on ne reconnaît pas directement un droit opposable à l'assistance au suicide, la juridiction des Droits de l'Homme considère néanmoins qu'il peut y avoir une sujétion pour les États à s'en acquitter, et ce, sans pour autant qu'il y ait une atteinte au droit à la vie.

40. CEDH, 14 mai 2013, *Gross c/ Suisse*, req. n° 67810/10.

41. V. F. SUDRE, « Droit de la Convention européenne des droits de l'homme », *JCP*, 2013, n° 855 ; V. G. GONZALEZ, « Quand vous serez bien vieille... : suicide assisté sans raison médicale », *JCP*, 2013, p. 650.

Il est néanmoins reproché à la Cour une certaine ambiguïté sur cette question, celle-ci jouant sur l'absence de consensus des États parties à la Convention sur le suicide assisté. Et d'aucuns pourraient voir dans la subsidiarité un moyen pour la Cour européenne de ne pas unifier le cadre qu'elle entend donner à la question. En effet, si, dans l'arrêt *Haas*, elle met à la charge des États une obligation positive d'adopter les mesures permettant de faciliter un suicide dans la dignité, en revanche, elle se retranche derrière l'absence de consensus interétatique dans un autre arrêt *Koch* en date du 19 juillet 2012⁴². Il était reproché dans cette affaire aux autorités allemandes de n'avoir pas délivré à l'épouse tétraplégique défunte du requérant l'autorisation de se procurer une dose létale de médicaments afin de mettre fin à ses jours. C'est en invoquant la subsidiarité que la Cour s'est limitée à un examen du volet procédural de l'article 8, pour en conclure à la violation de cette disposition par les autorités locales qui n'avaient pas examiné la demande, sans pour autant statuer sur la question de fond de l'affaire⁴³, laissant alors planer un doute sur son éventuelle reconnaissance⁴⁴. Par-delà l'utilisation, fut-elle opportune, du principe de subsidiarité, il semble que la juridiction européenne ne se positionne plus véritablement sur l'existence d'un droit à la mort en opposition avec l'article 2 de la Convention mais véritablement sur la reconnaissance d'un droit au suicide assisté fondé sur le droit à la vie privée et familiale des requérants. Est-il dès lors possible d'aller au-delà et de reconnaître un droit à la mort au nom de la dignité ? Rien n'est moins certain, alors qu'il est envisageable de reconnaître l'affirmation de prérogatives dans la fin de vie des personnes, fondées sur le respect de la dignité.

Paragraphe 2. L'affirmation des droits en fin de vie

Pourrait-on évoquer, ne serait-ce qu'en se fondant sur le principe de respect de la dignité de la personne humaine, un droit à demander la mort ? « *L'être humain est-il seul maître de son corps, de son esprit, de sa vie ?*

42. CEDH, 19 juill. 2012, *Koch c/ Allemagne*, § 70, *JCP*, 2012, Actu., p. 915, M. Afroukh.

43. F. SUDRE, « Droit de la Convention européenne des droits de l'homme », n° 64.

44. Ainsi, en invoquant le contrôle formel de « *proportionate interference with Article 8* » la Cour a-t-elle pu déclarer irrecevables des requêtes qui plaidaient l'incompatibilité de l'interdiction du suicide assisté avec le droit à la vie privée et familiale garanti par l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme. (CEDH 16 juill. 2015, req. n° 2478/15 et 1787/15, *Nicklinson et Lamb c. Royaume-Uni*, D. *Actualités*, 27 juillet 2015, obs. Th. Coustet).

*Peut-il en disposer librement*⁴⁵ ?» La question ainsi posée fait figure de slogan propagandiste et la réponse juridique qui peut en être donnée risque de n'être que parcellaire. Peut-être et avant tout parce qu'il s'agit d'une question éthique. Surtout par ce qu'elle est une question de société. Mais le Comité consultatif national d'éthique français, qui s'est maintes fois prononcé sur l'euthanasie, n'a jamais offert qu'une position aux avis assez contrastés. Ainsi, l'avis n° 26 du 24 juin 1991 se montrait-il assez critique sur l'idée d'une législation même pour des actes exceptionnels, considérant qu'une telle loi serait source d'interprétations abusives et incontrôlables. Pour autant, dans son avis n° 63, du 27 janvier 2000, il avait émis une opinion favorable à la reconnaissance d'un système assez complexe proposant qu'avant de juger au fond, une juridiction pénale saisie d'un procès pour euthanasie puisse disposer d'une « *exception d'euthanasie* » qui permettrait la relaxe ou l'acquiescement. Cette proposition, assez critiquée⁴⁶, se ramenait somme toute, comme il fut très justement remarqué, à une variante sur l'état de nécessité⁴⁷. Enfin l'avis no 121 du 1^{er} juillet 2013 met-il surtout en exergue la méconnaissance des dispositions issues de la loi « *Leonetti* » du 22 avril 2005⁴⁸ et propose un renforcement de ce dispositif législatif sans véritablement trancher la question de la dépénalisation d'un acte visant le faire mourir ou le laisser mourir, selon les termes mêmes des débats. L'on pourrait alors considérer par-delà l'éthique que la question peut relever d'une approche déontologique : depuis 1941, sur la base des fondements hippocratiques, les Codes de déontologie prohibent tout fait volontaire visant à donner la mort à un patient⁴⁹... Mais l'euthanasie pourrait tout aussi bien relever d'une approche économique ou sociale qui nous en donnerait alors une vision encore différente. Les interférences avec le droit sont multiples, tant la question traduit, en elle-même, un conflit entre les droits spécifiquement invoqués du patient, et les devoirs classiques des soignants. Elle soulève, comme cela fut remarqué, une tension entre les droits subjectifs et les droits objectifs, entre le principe de liberté et celui de la dignité⁵⁰. Pour autant si l'on

45. M. AOUN-FAKHOURY, « L'euthanasie, crime ou droit de mourir dans la dignité ? », *L'Orient-Le Jour*, 12 avril 2012.

46. G. MÉMETEAU, « La mort aux trousses », *RRJ*, 2000, p. 913.

47. N. AUMONIER, B. BEIGNER, P. LETELLIER, *L'euthanasie*, PUF, 2001. V aussi, B. Beigner, *J.-Cl. Civ.*, fasc. 70 : Respect du corps humain – La mort, n° 47.

48. L. n° 2005-370, 22 avr. 2005.

49. CSP, art. R. 4127-38.

50. A. LAUDE, B. MATHIEU, D. TABUTEAU, *Droit de la santé*, PUF, coll. « Thémis », 2012, n° 550 et s.

se borne à l'examiner avec tout ce qui peut être envisageable de matérialité de sa mise en œuvre, il s'agit, avant tout, d'une question qui relève du droit.

A. Le droit à la mort demandée : la dépénalisation de l'euthanasie

La question de l'euthanasie est aussi ancienne que la pratique de la médecine elle-même. L'origine du mot en est en elle seule une illustration, puisque dans le sens initial du terme, il s'agit d'une bonne mort (le préfixe EU, accolé à celui de la mort en son sens grec classique de QANATOS) donc d'une mort calme et exempte de souffrance du sujet, survenue naturellement, grâce à l'emploi de substances calmantes et stupéfiantes⁵¹. Dans le sens commun le plus courant, il s'agit de la mort procurée au malade (généralement avec, mais éventuellement sans son consentement), dans le but d'abrèger ses souffrances.

Il n'existe pas plus de consensus mondial sur l'euthanasie au plan médical qu'en droit. Aux États-Unis, l'euthanasie est illégale dans tous les États⁵². En Grande-Bretagne, en l'absence de loi, la Haute Cour de justice et la Chambre des lords se sont fondées sur le droit à l'autodétermination du malade pour ouvrir la voie à l'euthanasie passive par l'arrêt des traitements à la demande du patient dans des arrêts des 4 février 1993⁵³ et 22 mars 2002⁵⁴. Mais ces juridictions avaient refusé d'assurer l'immunité pénale au mari de Diane Pretty, dans l'hypothèse où il l'aurait aidée à se suicider⁵⁵. En revanche, les Pays-Bas ont adopté la loi du 12 avril 2001⁵⁶ dépénalisant l'acte du médecin qui peut provoquer la mort du patient qui en fait la demande, dans un cadre médical précis et sous le contrôle du procureur royal. Dans le même esprit, la Belgique a adopté une loi similaire le 28 mai 2002⁵⁷ laquelle dépénalise une euthanasie par l'arrêt des traitements.

51. V. « Euthanasie », in GARNIER et DELAMARE, *Dictionnaire des termes techniques de médecine*, 29^e éd., Maloine, 2006.

52. V. C. BARON, « De *Quinlan* à *Schiavo* : le droit à la mort et le droit à la vie en droit américain ».

53. *Airedale NHS Trust v. Bland*, < <http://www.e-lawresources.co.uk/>>.

54. *Ms B v. an NHS Hospital*, < <http://lexisweb.co.uk/>>.

55. House of Lords, 29 nov. 2001, *Pretty*, jugement, < <http://www.publications.parliament.uk/>>.

56. Loi hollandaise du 12 avr. 2001 relative au contrôle de l'interruption de vie pratiquée sur demande et au contrôle de l'assistance au suicide et portant modification du Code pénal ainsi que de la loi sur les pompes funèbres.

57. Loi 28 mai 2002, *Moniteur belge*, 22 juin 2002.

La situation française, comparable en ce point au cadre juridique libanais, s'inscrit, à ce jour, dans le refus d'une dépenalisation. En effet, quelle qu'en soit la manifestation, tout acte ayant provoqué la mort d'une personne relève d'une qualification infractionnelle pour laquelle le consentement de la victime ne peut constituer, en aucune manière, un fait justificatif. Cela porte avant tout sur tout acte qui relèverait de ce que certains nomment une « *euthanasie active* ». À savoir un geste positif tel que l'arrêt de machine ou une injection létale. Un tel acte sera au minimum qualifié d'homicide simple (C. pén., art. 221-1) ou d'assassinat (C. pén., art. 221-3) voire, le cas échéant, d'empoisonnement (C. pén., art. 221-5). Ainsi, le médecin qui pratique l'injection d'une dose de chlorure de potassium destinée à provoquer immédiatement la mort commet une faute pénale dont l'intention criminelle demeure, même si la victime y a consenti et peut même apparaître comme un traitement inhumain ou dégradant au sens de l'article 3 de la Convention Européenne des Droits de l'Homme⁵⁸. Au-delà, la qualification pénale serait tout autant applicable à toute forme dite « *passive* » d'euthanasie. À ce titre, le fait d'arrêter brutalement un acte médical pourrait apparaître comme une omission délictueuse, au sens de l'article 226-3 du Code pénal⁵⁹, voire plus spécifiquement en violation du devoir médical de porter secours à autrui selon l'article R. 4127-9 du Code de la santé publique. Toutefois il convient de préciser que cette abstention de soigner doit se faire hors du champ des dispositions spécifiques d'arrêts de traitements de l'article L. 1111-4 du Code de la santé publique, énoncées par la loi du 22 avril 2005.

À ce jour, il n'existe pas d'exception d'euthanasie. Malgré une demande sociale faisant suite à des affaires médiatisées (donnant parfois lieu à un refus de poursuites pénales, tel le non-lieu rendu le 27 février 2006 dans l'affaire *Vincent Humbert*), le droit positif français n'offre pas de cadre dépenalisé et les causes d'irresponsabilités objectives existantes, telles que l'état de nécessité ou le consentement de la victime, ne sauraient pleinement justifier aucun acte médical visant à mettre fin à la vie d'une personne à sa demande. C'est pourquoi il est généralement admis que si l'exception d'euthanasie devait être consacrée, il s'agirait d'une cause justificative *sui generis* propre aux cas médicaux visés par la loi⁶⁰. Le débat relancé par le Président de la

58. CE, 29 déc. 2000, *Duffau*, req. n° 212813, *Lebon*, p. 1065.

59. Crim., 19 févr. 1997, n° 96-82.377, *D.*, 1998, p. 236, note Legros (à propos d'un anesthésiste ayant mis un terme à une réanimation contre l'avis de l'équipe soignante).

60. C. ANDRÉ, « Euthanasie et droit pénal : la loi peut-elle définir l'exception ? », *RSC*, 2004, p. 43.

République au cours de l'année 2012 a amené une commission, présidée par le professeur Sicard, à s'interroger sur la question. Mais son rapport n'ouvre pas vraiment la voie d'une reconnaissance d'exception d'euthanasie, laquelle apparaît selon le rapport comme un « acte médical qui, par sa radicalité [...], interrompt soudainement et prématurément la vie⁶¹ ». Ce n'est donc pas vers ce fondement que s'est tourné le droit français, qui, pour autant et en se fondant tant sur la notion de dignité que sur les droits des malades en fin de vie, ébauche des prérogatives dont sont titulaires les personnes en fin de vie.

B. Le droit aux prérogatives individuelles en fin de vie

La France a choisi, non pas de légiférer sur l'acte de mort, mais plus véritablement sur le fait de mourir. Aussi est-ce par l'encadrement de la fin de la vie des personnes, qu'il a été choisi de prendre des dispositions législatives en optant pour une autre voie que celle de la dépénalisation de l'euthanasie. L'ambition du législateur a été de poursuivre les avancées amorcées sous l'angle de la reconnaissance des droits de la personne malade. S'inscrivant dans la volonté de tenir « compte de manière humaine et cohérente des aspects les plus délicats des pratiques médicales⁶² », la loi du 22 avril 2005, dite loi « Leonetti »⁶³, a visé avant tout à répondre aux situations concrètes les plus fréquentes⁶⁴ et à assurer un cadre législatif suffisamment protecteur pour les professionnels de soins. Elle a donc non seulement poursuivi l'avancée amorcée par la loi du 9 juin 1999⁶⁵ visant à mettre la douleur des personnes « hors la loi », mais encore affirmé la reconnaissance des droits des malades spécialement dans l'affirmation de leur dignité « jusqu'à la mort », selon la formule de l'article L. 1110-5 du Code de la santé publique⁶⁶. L'axe central de ce texte tourne autour de la notion de dignité, qu'il s'agisse de son expression dans le refus de soins, ou dans l'accompagnement de la personne.

61. Rapport de la Commission de réflexion sur la fin de vie en France, *Penser solidairement la fin de vie*.

62. S. BELOUCIF, E. HIRSCH et J. MARTY, « Fin de vie : la voie française », *Le Figaro*, 28 janv. 2005, p. 14.

63. Loi n° 2005-370, préc. ; V. Loi n° 2016-87 du 2 févr. 2016, créant de nouveaux droits en faveur des malades et des personnes en fin de vie, *J.O.* du 3 février.

64. É. ALFANDARI et Ph. PEDROT, « La fin de vie et la loi du 22 avril 2005 », *RDSS*, 2005, p. 751.

65. Loi n° 99-477, 9 juin 1999 visant à garantir le droit à l'accès aux soins palliatifs.

66. I. COPART, « Nouvelle loi sur la fin de vie : début d'un changement », *Dr. fam.*, 2005, n° 6, p. 7.

La notion de dignité dans le refus de soins

Le texte préparatoire de la loi du 4 mars 2002 évoquait l'idée du « *droit à une mort digne* », formule jugée trop audacieuse. Le texte final, énoncé dans les dispositions de l'article L. 1110-5, alinéa 5, du Code de la santé publique, affirme finalement que « *les professionnels de santé mettent en œuvre tous les moyens à leur disposition pour assurer à chacun une vie digne jusqu'à la mort* ». La formule semble à tout le moins peu audacieuse au regard de l'affirmation de cette prérogative dont tout un chacun est titulaire au titre de l'article 16 du Code civil. Mais peut-être doit-elle être lue dans le sens qu'a voulu donner l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe à cette situation particulière de la fin de vie, dans sa décision du 21 mai 1999 selon laquelle « *respecter et protéger la dignité d'un malade incurable ou d'un mourant, c'est avant tout créer autour de lui un environnement approprié lui permettant de mourir dans la dignité*⁶⁷ ».

C'est avant tout par le refus de soins que se manifeste l'idée d'un droit au respect de la dignité de la personne, comme premier élément dont peut se prévaloir celui qui est en fin de vie. Déjà, la loi du 4 mars 2002 posait dans les dispositions initiales de l'article L. 1111-4 du Code de la santé publique, le principe d'une codécision à l'acte médical. Le texte énonce l'idée selon laquelle l'acte médical n'est plus imposé par le professionnel de santé au regard de ses compétences et de ses constatations, mais relève de la manifestation de volonté de « *toute personne, [prenant] avec le professionnel de santé et compte tenu des informations et des préconisations qu'il lui fournit, les décisions concernant sa santé*⁶⁸ ». Le patient est, au vu de ce texte, seul décisionnaire à l'acte médical et peut même refuser les traitements proposés par le médecin, qui n'a alors d'autre possibilité que de « *respecter la volonté de la personne après l'avoir informée des conséquences de ses choix*⁶⁹ ». Le patient se voit donc titulaire du droit de refuser les actes médicaux, à l'exception de ceux que l'article L. 1111-4 du Code de la santé publique présente comme « *les plus indispensables* », que le médecin doit, par tous les moyens, convaincre la personne d'accepter. La loi a fait état ici d'une volonté marquée de respecter le droit au refus de soins, puisqu'il est l'une des bases de la « *démocratie sanitaire* » souhaitée par le législateur et d'un patient plus acteur qu'objet des processus et protocoles de soins. De son côté, le Comité consultatif

67. <<http://www.assembly.coe.int>>, rapp., doc. 8421, cité par B. Beigner, *J.-Cl. Civ.*, fasc. 70 : Respect du corps humain – La mort, n° 53.

68. CSP, art. L. 1111-4, al. 1.

69. CSP, art. L. 1111-4, al. 2.

national d'éthique, dans un avis du 9 juin 2005⁷⁰, a souligné l'importance du respect de la volonté du patient dans l'administration des soins. Mais très vite néanmoins, la jurisprudence, confrontée à la mise en œuvre de ce refus de soins, a affirmé, spécifiquement dans l'hypothèse des témoins de Jéhovah, l'absence de sanctions pour les médecins qui accomplissent, dans le but de sauver le patient, « *un acte indispensable à sa survie et proportionné à son état*⁷¹ ». La pratique prétorienne battant en brèche la faculté de pouvoir refuser d'être soigné pour celui que la science peut sauver, la loi a dû modifier ses termes.

La loi du 22 avril 2005 a dû trouver un équilibre entre la position des juges, qui prône le respect de la survie de l'individu quand cela est possible, et la nécessité de réaffirmer la prérogative de pouvoir refuser les actes de santé⁷², applicable spécifiquement pour la personne en fin de vie. Dans un premier temps, l'article L. 1111-4 du Code de la santé publique a donc été modifié, offrant à toute personne la faculté de refuser non plus un soin quelconque mais « *tout traitement* » c'est-à-dire *tous les traitements*, y compris ceux qui mettraient en péril la santé de la personne défiante. Dans un second temps, la loi détermine le champ dans lequel le refus de soins s'imposera, de la seule volonté du malade. C'est le respect du refus de soins énoncé par celui dont le pronostic ne laisse que peu d'espoir. Le texte s'appuie sur les dispositions de l'article L. 1111-10 du Code de la santé publique, qui définit la fin de vie comme la situation d'une personne « *en phase avancée ou terminale d'une affection grave et incurable, quelle qu'en soit la cause* ». Ce dernier texte énonce alors qu'en pareille situation, si la personne décide de limiter ou d'arrêter tout traitement, « *le médecin respecte sa volonté après l'avoir informée des conséquences de son choix* ». La situation ainsi évoquée est intéressante en ce qu'elle offre une consécration d'un droit à l'abstention d'agir, fondée sur la seule demande de la personne mourante. Si, au plan du droit de la santé, il n'y a pas d'autre justification à évoquer que le simple

70. Avis CCNE n° 87, recommandation n° 11, <<http://www.ccne-ethique.fr/>> : le refus de traitement clairement exprimé par une personne majeure ayant encore le gouvernement d'elle-même ne peut être que respecté, même s'il doit aboutir à sa mort.

71. CE, 16 août 2002, *D.*, 2002, IR, p. 2581 ; *AJDA*, 2002, p. 723 ; *J.-Cl. Adm.* 2002, n° 1, p. 27, note A. Mersch ; *Gaz. Pal.* 15-17 sept. 2002, p. 9, note F.-J. Pansier ; *LPA* n° 61, 26 mars 2003, obs. C. Clément. TA Lille 25 août 2002, *JCP*, 2003, II, 10098 note Vialla *et al.* ; *D.*, 2002, IR, p. 2581. V. avant la Loi du 4 mars 2002, CAA Paris, 9 juin 1998, *Gaz. Pal.*, 16-17 juin 1999, p. 85.

72. J. PENNEAU, « Le médecin face au refus du patient de subir un acte médical », *D.*, 2002, *Chron.*, p. 2877 ; E. TERRIER, « Obligations de soins, autopsie de conflits juridiques », *RGDM*, 2010, p. 186 et s.

respect de la volonté de la personne, du point de vue du droit pénal, le point est plus nuancé. En effet, le respect de la volonté du patient justifie ce qui serait — hors cette hypothèse — l'éventuelle commission par un médecin d'une infraction d'omission de porter secours, d'homicide par imprudence, voire d'homicide intentionnel. Mais la légitimation de l'acte ne se trouve pas dans le consentement de la victime. Celui-ci ne produit un effet justificatif que par délégation de la loi. Il faut donc y voir un ordre de la loi imposé au médecin de respecter la volonté ou le consentement du patient⁷³.

Toute la question est alors de savoir comment doit se manifester cette volonté du patient. La loi met en place une alternative, relevant de la faculté ou non de la personne en fin de vie à pouvoir manifester son refus de soins.

- Dans l'hypothèse où la personne est consciente, celle-ci est maître de la décision d'arrêt des actes médicaux : le cadre de cette décision d'arrêt des traitements est alors défini par l'article L. 1111-10 du Code de la santé publique qui laisse la personne en fin de vie seule décisionnaire. Sa décision s'impose au médecin puisque la loi fait primer un consentement à l'arrêt du processus curatif qui découle de la liberté personnelle. Toutefois, la loi veille à ce que cet acte de volonté soit vraiment réfléchi et propose en cela que la prise de décision se fasse éventuellement après le conseil d'un autre membre du corps médical et en toutes hypothèses impose, formellement, la réitération de la demande d'arrêt de la personne après un délai raisonnable⁷⁴. Cette demande devra être inscrite dans le dossier à des fins probatoires.
- Plus complexe en revanche est l'hypothèse alternative, où la personne en fin de vie est dans l'incapacité de manifester sa volonté. Complétant l'alinéa 4 de l'article L. 1111-4 du Code de la santé publique, la loi du 22 avril 2005 détermine les conditions dans lesquelles il peut être décidé de la limitation ou de l'arrêt du traitement administré à une personne en cette situation. La loi met en place une procédure identique à celle applicable aux personnes inconscientes mais qui ne sont pas en fin de vie⁷⁵ puisque la décision médicale sera prise selon

73. V. F. ROUSSEAU, « Le médecin face à la mort. De quelques aspects techniques de la responsabilité pénale médicale », *AJ pénal*, 2012, p. 372 s. ; F. Alt-Maes, « La loi sur la fin de vie devant le droit pénal », *Dr. Pénal*, 2006, I, p. 119 ; A. Prothais, « Accompagnement de la fin de vie et droit pénal », *JCP*, 2004, I, p. 130.

74. CSP, art. L. 1111-4.

75. É. Alfandari et Ph. PEDROT, « La fin de vie et la loi du 22 avril 2005 ».

le cadre d'une procédure collégiale définie dans les dispositions du Code de déontologie et plus spécifiquement de l'article R. 4127-37 du Code de la santé publique. Ainsi, la loi énonce-t-elle que l'arrêt d'un traitement risquant de mettre sa vie en danger doit être décidé selon une procédure collégiale en consultant également les éventuelles directives anticipées, la personne de confiance ou la famille, ou à défaut ses proches. Ce qui amène plusieurs remarques : d'abord sur le fait que le renvoi à une prise de décisions collégiale signifie que la décision d'arrêt des traitements sera le fruit d'une concertation de l'équipe de soins en charge du patient et le recours à un médecin extérieur consultant. L'acte ici est un acte de nature médicale, et l'on ne peut que louer le législateur de ne pas avoir souhaité imposer une solution juridique unique et générale parfaitement abstraite⁷⁶. Il n'y a pour autant pas de *bold-up* de la décision par les médecins, puisque la loi énonce la volonté de placer la personne, même incapable de manifester sa volonté, au cœur du dispositif d'arrêts des soins. L'alinéa 5 de l'article L. 1111-4 du Code de la santé publique précise en effet que :

« l'arrêt d'un traitement risquant de mettre la vie de la personne en danger doit être décidé selon une procédure collégiale en consultant également les éventuelles directives anticipées, la personne de confiance ou la famille, ou à défaut ses proches ».

Plusieurs hypothèses sont donc envisagées : la première est celle où la personne a rédigé des directives anticipées⁷⁷. Visée par l'article L. 1111-11 du Code de la santé publique, il s'agit de documents écrits, datés et signés par leur auteur, lequel doit être identifié par la mention de ses nom, prénom, date et lieu de naissance⁷⁸. Ces documents indiquent les souhaits de celle-ci relatifs à l'arrêt des traitements et prévalent sur tout autre avis extérieur. Toutefois, comme cela fut souligné par différents rapports, il convient de constater que de tels documents, encore extrêmement mal connus du public, ne sont que très rarement rédigés⁷⁹. La décision peut à défaut être prise en

76. V. B. BEIGNER, *J.-Cl. Civ.*, fasc. 70, n° 69.

77. G. RAOUL-CORMEIL, « Les directives anticipées sur la fin de vie médicalisée », *RLDC*, 2006/30, p. 57 et s.

78. CSP, art. R. 1111-17 à R. 1111-19, réd. Décr. n° 2006-119, 6 févr. 2006.

79. I. CORPART, « Nouvelle loi sur la fin de vie : début du changement ». V. égal. le rapport « Sicart » et le rapport de présentation et texte de la proposition de loi de MM. Alain CLAEYS et Jean LEONETTI créant de nouveaux droits en faveur des malades et des personnes en fin de vie, 19 déc. 2014, *La Documentation française*, 2015.

consultant la personne désignée comme personne de confiance⁸⁰, afin de connaître par elle ce qu'aurait été le souhait de la personne en fin de vie. Enfin la famille, ou à défaut les proches, pourront être consultés afin de connaître la volonté qui aurait été celle de la personne en fin de vie. De récentes affaires ont toutefois souligné la difficulté qu'il pouvait y avoir face à un entourage familial non consensuel⁸¹. Cela amène à émettre des réserves sur l'éventualité de donner à cet entourage familial un véritable pouvoir décisionnel comme cela fut proposé⁸².

La notion de dignité dans l'accompagnement de la personne

L'apport de la loi du 22 avril 2005 ne se résume pour autant pas à la seule réaffirmation du droit de pouvoir renoncer à un Protocole médical. La grande ambition de la loi fut également de pouvoir assurer le respect de sa dignité à la personne et, selon les dispositions déontologiques de l'article R. 4127-38 du Code de la santé publique, de lui garantir « *la qualité d'une vie qui prend fin* ». Aussi, la loi condamne-t-elle toute forme d'acharnement thérapeutique, terme assez paradoxal auquel la loi préfère celui d'« *obstination déraisonnable* ». L'article L. 1110-5 du Code de la santé publique, tout en garantissant l'accès le meilleur aux soins que doit recevoir tout malade, précise que

« ces actes ne doivent pas être poursuivis par une obstination déraisonnable. Lorsqu'ils apparaissent inutiles, disproportionnés ou n'ayant d'autre effet que le seul maintien artificiel de la vie, ils peuvent être suspendus ou ne pas être entrepris ».

80. CSP, art. L. 1111-12.

81. À ce titre, l'affaire *Vincent Lambert* illustre parfaitement la difficulté à trouver un entourage familial consensuel : V. TA Châlons-en-Champagne, 11 mai 2013, *AJDA*, 2013, p. 1842, étude F.-X. Bréchet ; *D.*, 2013, p. 1216, obs. A. Mirkovic ; 16 janv. 2014, n° 1400029, *D. Actualités*, 23 janv. 2014, obs. D. Poupeau ; *AJDA*, 2014, p. 132, obs. D. Poupeau. V. dans la même affaire, CE 14 févr. 2014, req. n° 375081, *D.*, 2014, p. 488 ; *AJDA*, 2014, p. 374, 790, chron. A. Bretonneau et J. Lessi, et p. 1225, tribune P. Cassia ; *AJ fam.*, 2014, p. 145, obs. A. Dionisi-Peyrusse ; *RFDA*, 2014, p. 255, concl. R. Keller ; *RDSS*, 2014, p. 506, note D. Thouvenin ; CE 24 juin 2014, req. n° 375081 ; *D.*, 2014, p. 1385 ; *AJDA*, 2014, p. 1293, et p. 1484, chron. A. Bretonneau et J. Lessi ; *AJ fam.*, 2014, p. 396, obs. A. Dionisi-Peyrusse ; D. TRUCHET, « L'affaire *Lambert* », *AJDA*, 2014, p. 1669.

82. Rapport de la Commission de réflexion sur la fin de vie en France, *Penser solidairement la fin de vie*, p. 93.

Plus encore que le respect de la volonté de la personne d'arrêter les traitements, il s'agit ici de consacrer le droit à ne plus recevoir de soins de nature curative (c'est-à-dire visant à chercher à soigner la personne). L'idée en elle-même est relativement nouvelle mais son intérêt réside surtout dans la nécessité d'accompagner cet arrêt médical curatif d'un volet de soins d'accompagnements secondaires ou palliatifs. Ces mesures s'inscrivent dans la poursuite des dispositions posées par la loi du 9 juin 1999 contre la douleur mais sont ici largement étendues. Tacitement, c'est par le renvoi à l'acceptation des soins les plus indispensables par la personne⁸³ qu'est introduit l'accès aux soins palliatifs énoncés à l'article L. 1110-10 du Code de la santé publique. Il s'agit de soins visant à soulager la douleur, à apaiser la souffrance psychique, à sauvegarder la dignité de la personne malade et à soutenir son entourage. Ces soins apparaissent véritablement comme un droit pour la personne⁸⁴ mais l'apport majeur de la loi du 22 avril 2005 réside en ce que le texte offre la possibilité au médecin qui constate qu'il ne peut soulager la souffrance d'une personne, en phase avancée ou terminale d'une affection grave et incurable, quelle qu'en soit la cause, de pouvoir recourir à un soin palliatif « *qui peut avoir pour effet secondaire d'abrégé sa vie*⁸⁵ ». Il s'agit là de la mesure la plus marquante de la loi, puisqu'elle offre la possibilité de recourir à un traitement ou un soin, dont on sait qu'il provoquera indirectement le décès de la personne. Pour autant, il ne faut pas y voir une dépénalisation d'une forme passive d'euthanasie⁸⁶. Sans entrer dans un débat complexe, relevons qu'au plan pénal, cette administration de soins palliatifs pourrait certes constituer matériellement un acte d'homicide. Mais pour autant, elle se heurte à l'absence de mobile, puisque l'intention liée à cet acte est la volonté de soulager la douleur et non de tuer. Au demeurant, quand il s'agirait même d'un homicide intentionnel — plus précisément d'un empoisonnement — celui-ci se verrait toutefois justifié par la loi dès lors qu'il s'agit pour le médecin de soulager la douleur de son patient. Le

83. CSP, art. L. 1111-4.

84. L'article L. 1110-9 du CSP n'est pas seulement lié à la fin de vie, mais à l'état de la personne, quel qu'il soit, ce qui induit tacitement un recours à la proportionnalité dans ce domaine.

85. CSP, art. L. 1110-5, dernier alinéa. À noter que l'art. R. 4127-37, III, du CSP énonce que le médecin peut mettre en œuvre des traitements antalgiques et sédatifs, même lorsque la souffrance du patient ne peut pas être évaluée du fait de son état cérébral.

86. Sur cette question, V. par ex. D. BAILLEUL, « Le droit de mourir au nom de la dignité humaine à propos de la loi relative aux droits des malades et à la fin de vie », *JCP*, 2005, I, p. 142.

texte ne pose donc pas une dépénalisation d'une euthanasie indirecte, mais d'une autorisation de la loi, fondée sur la nécessité de soulager la douleur d'autrui et c'est à ce titre qu'elle doit être entendue.

Le cadre de la loi concernant l'arrêt des actes à finalité médicale et le basculement vers un accompagnement palliatif n'est pas sans poser des difficultés de mise en œuvre, spécifiquement liées aux incertitudes des actes et des mots qui s'y réfèrent. La loi doit-elle contraindre par la précision de ses mots ? Certainement pas. C'est le problème principal auquel la loi « *Leonetti* » s'est trouvée confrontée, et probablement le principal reproche qui lui est adressé.

Ainsi, évoquant alternativement *soin* et *traitement*, la loi jusqu'à présent laissait planer un doute sur l'arrêt d'actes tels que l'alimentation par sonde ou l'hydratation artificielle. La question a souvent été évoquée pour des patients âgés⁸⁷ et a été au cœur de l'Affaire « *Lambert* » pour laquelle le Conseil d'État avait considéré que l'emploi du mot « *soin* » ou du mot « *traitement* » devait être considéré comme équivalent⁸⁸. Saisie dans le cadre de cette même affaire, la Cour de Strasbourg a considéré que la loi du 22 avril 2005 et ses dispositions, telles qu'interprétées par le Conseil d'État, constituent un « *cadre législatif suffisamment clair, aux fins de l'article 2 de la Convention, pour encadrer de façon précise la décision du médecin* » et offre « *un cadre réglementaire propre à assurer la protection de la vie des patients*⁸⁹ ». Certes, des faiblesses demeurent dans le texte, peut-être davantage quand à sa perception du savoir-faire médical, que du « *faire-savoir* » de l'existence de la loi et de sa mise en œuvre, à l'égard des professionnels mais aussi des patients. C'est pourquoi une nouvelle loi en date du 3 février 2016 est venue apporter des précisions sur les mots, élargir la pratique des soins anti douleur en offrant de recourir par exemple à une sédation prolongée, mais aussi à faciliter l'accès et le recours aux directives anticipées des personnes sur ses choix d'arrêts des traitements⁹⁰. Gageons que si les modifications apportées contre les écueils du texte initial atteignent leur but, cela ne saurait empêcher la révélation

87. S. BLANCHARD, « Laisser mourir... de faim », *Le Monde*, 5 févr. 2006; *ID.*, « Six jours pour mourir », *Le Monde*, 18 mars 2008.

88. CE, 24 juin 2014. V. désormais l'article L. 1110-5-1 nouveau du CSP sur cette question.

89. CEDH, 5 juin 2015, req. n° 46043/14, *Lambert et autres c. France*, D. *Actualités*, 8 juin 2015, obs. D. Poupeau ; D., 2015, p. 1212; *AJ fam.*, 2015, p. 364, obs. A. Dionisi-Peyrusse.

90. Loi n° 2016-87 du 2 févr. 2016. V. en particulier les articles L. 1110-5-1 et s. CSP, L. 1111-11 et L. 1111-12 CSP.

d'autres problèmes que la pratique seule fera découvrir, ce qui est l'essence même de toute règle qui tend à vouloir encadrer ce qui relève purement de l'humain.

BIBLIOGRAPHIE

- ANDRÉ C., « Euthanasie et droit pénal : la loi peut-elle définir l'exception ? », *RSC*, 2004, p. 43.
- ALFANDARI É. et PEDROT Ph., « La fin de vie et la loi du 22 avril 2005 », *RDSS*, 2005, p. 751.
- ALT-MAES F., « La loi sur la fin de vie devant le droit pénal », *Dr. Pénal*, 2006, I, p. 119 ; A. Prothais, « Accompagnement de la fin de vie et droit pénal », *JCP*, 2004, I, p. 130.
- AOUN-FAKHOURY M. , « L'euthanasie, crime ou droit de mourir dans la dignité ? », *L'Orient-Le Jour*, 12 avril 2012.
- AUMONIER N., BEIGNER B., LETELLIER P., *L'euthanasie*, PUF, 2001.
- BARON C., « De *Quinlan* à *Schiavo* : le droit à la mort et le droit à la vie en droit américain », *RTD civ.*, 2004, p. 673.
- BELOUCIF S., HIRSCH E. et MARTY J., « Fin de vie : la voie française », *Le Figaro*, 28 janv. 2005, p. 14.
- BLANCHARD S., « Laisser mourir... de faim », *Le Monde*, 5 févr. 2006.
- COPART I., « Nouvelle loi sur la fin de vie : début d'un changement », *Dr. fam.*, 2005, n° 6, p. 7.
- DREYER E., *Droit pénal spécial*, 2^e éd., Ellipses, 2012.
- GHEZA M., « Essai de déconstruction juridique du droit à la mort », *RDSS*, 2008, p. 1071.
- LAUDE A., MATHIEU B., TABUTEAU D., *Droit de la santé*, PUF, coll. « Thémis », 2012.
- MÉMÉTEAU G., « La mort aux trousses », *RRJ*, 2000, p. 913.
- PENNEAU J., « Le médecin face au refus du patient de subir un acte médical », *D.*, 2002, Chron., p. 2877.
- ROUSSEAU V. F., « Le médecin face à la mort. De quelques aspects techniques de la responsabilité pénale médicale », *AJ pénal*, 2012, p. 372 et s.

- RAOUL-CORMEIL G., « Les directives anticipées sur la fin de vie médicalisée », *RLDC*, 2006/30, p. 57 et s.
- SUDRE F., « Droit de la Convention européenne des droits de l'homme », *JCP*, 2013, n° 855 ; V. G. GONZALEZ, « Quand vous serez bien vieille... : suicide assisté sans raison médicale », *JCP*, 2013, p. 650.
- TERRIER E., « Obligations de soins, autopsie de conflits juridiques », *RGDM*, 2010, p. 186 et s.
- TERRIER E., « La perception juridique de la mort », *in* « Ethos et Thanatos », *RGDM*, 2004, p. 29.
- FABRE-MAGNAN H., « Le domaine de l'autonomie personnelle. Indisponibilité du corps humain et justice sociale », *D.*, 2008, p. 31.

The obligation to exploit an invention: back to a legend

Le devoir d'exploiter à la charge du breveté Retour sur une légende

Franck Violet, Professeur à l'Université catholique de Lyon

Abstract

In Exchange for the temporary monopoly that the law recognizes, the holder of a patent has the obligation to operate or to exploit his invention. Beyond the financial interest that may draw the patented, this imperative has its basis in the economic and social utility of the invention which the Society will be able to enjoy. Based originally on a clear business model, this obligation as well as the sanction which it is attached are today debated by new players originally from new forms of recovery of patents, which can be seen as a form of monopoly abuse.

En ce début du XXI^{ème} siècle, le droit de la propriété industrielle est incontestablement chahuté par les nouvelles technologies. Les travaux¹, les

1. V. par exemple les travaux du Programme Nanonorma entre 2008 et 2013 : <www.nanonorma.org>.

chroniques², les ouvrages³ toujours plus nombreux se succèdent et identifient des maux de plus en plus importants, de plus en plus profonds, de plus en plus insolubles dans ce champ de la connaissance. Souvent, c'est le brevet qui est le principal titre bousculé par ces évolutions récentes⁴ et il est alors question de savoir si ce vieil outil passera l'hiver, s'il sera en mesure de s'adapter ... comme il sait si bien le faire depuis plus de 200 ans. Il est vrai que les problématiques autour de ce titre de propriété semblent se multiplier au gré de l'émergence des spécificités des innovations intervenant dans le vaste champ des NBIC – nanotechnologies, biotechnologies, technologies de l'information et sciences cognitives. En ce sens, tant ils sont nombreux, l'on ne recense plus les écrits dédiés à la brevetabilité des gènes humains⁵, ceux relatifs à la pertinence d'une protection quelconque autour du programme Human Brain Project⁶ ou encore ceux ayant trait aux dérives constatées dans les conditions d'acquisition de la protection par brevet dans le domaine des nanotechnologies⁷. Les Sociétés occidentales font ainsi face à la fois à une accélération sans précédent des innovations dans ces domaines scientifiques mais également à une véritable charge en direction des instruments juridiques censés protéger les innovations en raison principalement de leur absence de plasticité, du moins le croit-on.

Les acteurs qui évoluent sur ces nouveaux théâtres sont eux-mêmes très souvent jeunes et parfois exogènes, ne maîtrisant pas l'esprit du droit des brevets et allant de temps à autre jusqu'à le remettre en cause. Ce qu'il est convenu d'appeler les *Non Practicing Entities*⁸ et autres nouveaux titulaires de brevets crient généralement haut et fort leurs prérogatives mais font bien

-
2. V. par exemple la chronique de L. MARINO, « Un an de propriété industrielle dans les technologies NBIC », *Propri. Ind.*, mars 2014, p. 24 et s.
 3. V. par exemple *De l'innovation à l'utilisation des nanomatériaux : le cadre normatif des nanotubes de carbone*, ouvrage sous la dir. de S. Lacour, éd. Larcier, 2012.
 4. Les marques ne sont pas épargnées par les défis induits par les nouvelles technologies. V. en ce sens L. Marino, « Un an de propriété industrielle dans les technologies NBIC », p. 24 et s. V. également S. Cabut et G. Van Kote, « Breveter le vivant verrouille l'accès aux gènes », *Le Monde*, 30 avr. 2014, p. 7.
 5. J. - Ch. GALLOUX, *D.*, 2013, p. 1888.
 6. V. en ce sens le site <<https://www.humanbrainproject.eu/>>.
 7. V. en ce sens notre étude « Des dérives dans la valorisation d'un patrimoine, l'exemple du brevet », in *Personnes et patrimoines - Variations sur une connexion*, sous la dir. de L. - D. MUKA TSHIBENDE, ouvrage collectif, févr. 2014.
 8. On les dénomme également *Patent Assertion Entities*, *Patent Monetisation Entities* ou encore Mass Agregators.

souvent fi des devoirs que le titre induit, ne recherchant que sa valorisation optimale, quitte à en venir à des dérives. Face à ce phénomène, que vaut alors, en 2015, l'obligation d'exploiter ou de faire exploiter ce patrimoine si particulier qu'est l'invention ?

Traiter de ce point du droit positif peut, dans un premier temps à tout le moins, apparaître dénué d'intérêt tant il semble évident que le titulaire du titre de propriété industrielle se chargera de tirer profit de son innovation soit lui-même soit par l'entremise d'un tiers. Pourtant, ce qui a pu apparaître naguère à la fois judicieux et naturel ne l'est plus systématiquement : le titulaire du brevet ne souhaite plus automatiquement exploiter ou faire exploiter son brevet. Témoigne de cette évolution le nombre croissant d'actions en justice engagées dans le champ des brevets, en particulier aux États-Unis⁹, qui sont le fait de *patent trolls*, de mauvais lutins ayant pour seule ambition de valoriser leurs titres par des voies souvent agressives, à tout le moins inédites. Ces acteurs choquent en raison de l'usage qu'ils font de leurs titres de propriété. Dans de telles situations, le brevet apparaît malade, malade en raison du comportement de son titulaire, lequel ne respecte pas l'esprit ni même la lettre de la règle. Retour sur les grands devoirs à la charge du breveté...

L'étudiant en Droit qui ose s'aventurer dans le champ de la propriété industrielle analyse très tôt le brevet et donc les droits et les obligations de son titulaire. La lecture des manuels et autres traités dédiés à ce domaine de même que l'enseignement qu'il reçoit l'invitent en effet à analyser les prérogatives ainsi que les devoirs du bénéficiaire du monopole. Côté droits dont l'élus est affublé, il s'agit en général d'aborder le droit d'exploitation lequel regorge de prérogatives patrimoniales (droit de fabrication et de mise sur le marché pour les brevets de produits¹⁰ et droit d'utilisation et d'offre d'utilisation pour les brevets de procédés¹¹). Ce droit, qui constitue une entorse à la liberté du commerce et de l'industrie, est limité dans le temps (20 ans) et dans l'espace (principe de la territorialité des droits). Les auteurs sont généralement prolixes pour explorer ce versant du droit des brevets et ont ainsi à cœur de gloser sur le monopole comme sur ses contours. Ils sont toujours beaucoup plus concis, voire laconiques, lorsqu'il convient de

9. C. CHIEN, « Reforming software patents », *Houston Law review*, 11/2012, p. 101.

10. Fabrication, offre, mise dans le commerce, utilisation, importation, détention ; art. L. 613-3, a du CPI.

11. Utilisation, offre, mise dans le commerce, importation, détention ; art. L. 613-3, b et c du CPI.

s'intéresser aux obligations du breveté. Outre l'obligation de divulgation de l'invention qui est antérieure à la délivrance du titre, le breveté a essentiellement deux devoirs.

D'une part, il doit payer des redevances annuelles, ce qui lui permet d'éviter toute déchéance de son droit¹² ; ce qui lui permet aussi de réaliser à chaque date anniversaire une étude coût/profit de son brevet et ainsi de déterminer s'il doit ou non respecter cette obligation¹³.

D'autre part, il doit exploiter ou faire exploiter l'invention brevetée ; du moins croit-on pouvoir l'annoncer à la lecture de l'article L. 613-11 du CPI.

Cette obligation faite au breveté doit se concrétiser par son utilisation, dans un délai de 3 ans après la délivrance du brevet ou de 4 ans à compter du dépôt de la demande. De même, il ne doit pas abandonner l'exploitation de ladite invention pendant plus de 3 ans. La sanction du non-respect de cette obligation se solde *de jure* par l'octroi d'une licence obligatoire à tout tiers qui en fait la demande. Cet aspect précis du droit des brevets est généralement peu labouré¹⁴, parfois même passé sous silence en raison de son truisme. Et pourtant, force est de constater que ce devoir fait au breveté est de plus en plus problématique puisqu'il est parfois volontairement oublié.

Ce serait un tort de ne pas se pencher sur cette obligation aujourd'hui violée par certains en toute impunité. Ce serait isoler le Droit, le détacher d'une réalité économique devenue incontournable. En effet, il faut ici relever un accroissement sans précédent du nombre d'acteurs économiques qui, titulaires d'un ou de plusieurs brevets, ne souhaitent pas exploiter ou faire exploiter leur titre de propriété et, se fondant sur de nouveaux modèles économiques, tentent de valoriser leurs monopoles par des voies originales. Ce phénomène croît inexorablement depuis le début des années 1990¹⁵.

12. Art. L. 612-19 du CPI.

13. L'on sait ici que plus le titre est ancien, plus les annuités sont élevées et qu'ainsi plus le titulaire du brevet abandonne facilement son droit. En moyenne, l'immense majorité des brevets sont abandonnés au bout de 7 années.

14. V. en ce sens les propos souvent brefs des auteurs d'ouvrages consacrés au Droit de la propriété industrielle. V. tout de même G. H. C. BODENHAUSEN, « L'obligation d'exploiter les brevets d'invention et ses sanctions », *PI.*, 1950, p. 69 ; V. également J.- M. MOUSSERON, « L'abus de monopole conféré par le brevet d'invention », in *Mélanges H. CABRILLAC*, 1968, p. 345 et s. V. surtout la thèse de C. AKERMAN, *L'obligation d'exploiter et la licence obligatoire en matière de brevets d'invention*, Paris, 1936.

15. Plus généralement, le développement des aspects économiques et financiers des droits de propriété intellectuelle est de nos jours incontournable. V. en ce sens D. GUELLEC,

Qu'il s'agisse d'acteurs privés ou publics, ils sont désormais nombreux à préférer pour des raisons variées conserver leurs titres, bien conscients que le risque d'une licence autoritaire est plus qu'hypothétique.

À la réflexion, cette évolution du comportement des acteurs qui gravitent autour du brevet est inquiétante puisque le breveté auquel on reconnaît des prérogatives exorbitantes en ce qu'elles portent atteinte au régime de la liberté du commerce et de l'industrie, n'est plus en phase avec l'esprit même de ce droit. C'est alors, à notre sens, l'ensemble du système qui est susceptible de vaciller en raison des abus de certains de ses acteurs. Aussi convient-il tout d'abord de revenir sur l'obligation du breveté qui, telle qu'elle a été consacrée en 1844, n'a plus de sens pour un nombre croissant de titulaires de brevets. Nous sommes en quelque sorte en présence d'un divorce de la conception que l'on peut avoir de cet outil. Il faut donc très certainement revenir au sens profond de cette obligation, revenir à ses fondements et révéler ainsi le décalage qui se fait jour en présence de tels comportements observés chez certains trublions (paragraphe 1). La sanction qui est traditionnellement attachée à cette obligation, loin de constituer un rempart efficace face à ce type de comportement, doit elle-même pouvoir être repensée à l'aune, non pas tant du droit de la propriété industrielle, que du droit de la concurrence, conduisant ainsi à revenir sur l'équilibre précaire entre une technique juridique d'incitation à la recherche et la limitation des entraves à la concurrence (paragraphe 2).

Paragraphe 1. Le devoir d'exploiter chahuté

La doctrine a toujours considéré que le titulaire du brevet a le devoir d'exploiter l'invention protégée¹⁶. Pour étayer leur assertion, les auteurs se fondent généralement sur l'article L. 613-11 du CPI. Il n'est pas ici question de traiter des contours de cette obligation et ainsi de revenir sur sa définition. Il n'est pas non plus proposé de s'attarder sur la problématique des délais accordés pour exploiter l'invention ou encore sur celle des causes légitimes d'inaction que le breveté peut avancer. Ces différents aspects sont

Th. MADIÉS et J. -Cl. PRAGER, *Les marchés de brevets dans l'économie de la connaissance*, Paris, La documentation française, 2010.

16. Pour exemple, V. P. MATHELY, « Le droit français des brevets d'invention », *Journ. des Not. et des Av.*, 1974, p. 427 et s. De même, V. P. ROUBIER, *Le droit de la propriété industrielle*, t. 2, Rec. Sirey, 1954, n° 195 et s.

régulièrement commentés par d'éminents membres de la doctrine¹⁷ et ne posent pas difficulté. Surtout, les maux objet de notre étude conduisent à mettre sous les feux des projecteurs des acteurs économiques décomplexés qui ne cachent plus leur volonté de se mettre en marge de leur obligation d'exploiter ou de faire exploiter leurs inventions. Eu égard à cette posture, il convient de revenir sur l'obligation en analysant tout particulièrement ses fondements pour mieux comprendre sa philosophie (A) ; ce qui permettra alors de prendre toute la mesure de l'écart de comportement adopté par ces perturbateurs (B).

A. Fondements du devoir d'exploiter

Le Droit positif français considère que le breveté doit exploiter son invention¹⁸. Comme nous l'avons déjà mentionné, cette obligation est souvent rappelée comme une pâle évidence ressortant à l'article L. 613-11 du CPI. Celui-ci expose dans sa version issue de la loi du 18 décembre 1996¹⁹ que :

« Toute personne de droit public ou privé peut, à l'expiration d'un délai de trois ans après la délivrance d'un brevet, ou de quatre ans à compter de la date du dépôt de la demande, obtenir une licence obligatoire de ce brevet, dans les conditions prévues aux articles suivants, si au moment de la requête, et sauf excuses légitimes le propriétaire du brevet ou son ayant cause :

a) N'a pas commencé à exploiter ou fait des préparatifs effectifs et sérieux pour exploiter l'invention objet du brevet sur le territoire d'un État membre de la Communauté économique européenne ou d'un autre État partie à l'accord sur l'espace économique européen.

b) N'a pas commercialisé le produit objet du brevet en quantité suffisante pour satisfaire aux besoins du marché français.

Il en est de même lorsque l'exploitation prévue au a) ci-dessus ou la commercialisation prévue au b) ci-dessus a été abandonnée depuis plus de trois ans.

17. V. en ce sens J. AZEMA et J. - Ch. GALLOUX, *Droit de la propriété industrielle*, Dalloz, coll. Précis, 7^e éd., 2012, n° 611 et s.

18. Il semble que le principe d'une obligation d'exploiter soit ancien puisqu'il était déjà présent dans les privilèges accordés aux XVII^e et XVIII^e siècles. Le monopole avait pour contrepartie l'établissement effectif d'une nouvelle manufacture sur le territoire du Prince.

19. Loi n° 96-1106 du 18 décembre 1996.

Pour l'application du présent article, l'importation de produits objets de brevets fabriqués dans un État partie à l'accord instituant l'Organisation mondiale du commerce est considérée comme une exploitation de ce brevet ».

À la vérité, l'analyse du texte sur lequel se fondent les auteurs pour exposer ce devoir permet de relever qu'il ne s'agit là que d'une déduction intellectuelle. D'une part car on observera que la règle énoncée est logée dans une Section II consacrée à la transmission et à la perte des droits attachés au brevet. Il n'est donc point question d'une quelconque corvée à la charge du breveté mais d'un ensemble d'hypothèses dans lesquelles il est possible de porter atteinte aux droits qui lui sont reconnus. D'autre part car, à bien lire et relire cet article, il n'est avancé aucune obligation. Seules sont présentées les éventualités dans lesquelles une personne peut obtenir une licence obligatoire d'un brevet qui n'est pas exploité ni commercialisé. Ainsi, en lieu et place de l'exposé d'un devoir, se trouve directement annoncée la sanction attachée au non-respect d'une règle que l'on devine. Qu'importe, la doctrine estime traditionnellement qu'il s'agit là d'une obligation. Mathély considérait ainsi qu'« *il ne peut être contesté que le breveté a l'obligation d'exploiter son invention*²⁰ ». De même, le Professeur Schmidt-Szalewski évoque « *l'obligation d'exploiter l'invention brevetée*²¹ ». Il est vrai que par déduction, cet article semble suffisamment net : une licence obligatoire peut être octroyée à quiconque à titre de sanction en raison d'un défaut d'exploitation, lequel suggère sans ambiguïté l'obligation.

Remarquons ensuite qu'il s'agit là d'une posture de la loi qui est plutôt défavorable à l'inventeur. Ce dernier, qui a respecté une procédure longue et coûteuse, finit par obtenir un titre de propriété qui peut ... lui échapper à travers le mécanisme de la licence obligatoire. Une alternative tout aussi juste à cette obligation aurait pu consister en la mise en place d'un droit tout puissant de l'inventeur qui ne serait assorti d'aucune sanction. À la différence de la France, certaines législations nationales ont pu privilégier cette voie. C'est là un parti pris qui en dit long sur la conception qu'un État peut avoir de cet outil. En effet, d'aucuns pourront annoncer que le brevet est un droit de propriété comme un autre et qu'il se laisse ainsi fort bien comparer, en tant que droit exclusif individuel, à toute autre propriété privée ; que son propriétaire dispose, dans ces conditions, de toutes les prérogatives que l'on peut avoir sur un bien ; qu'il s'agisse de l'*usus*, de l'*abusus* ou du *fructus*. Il

20. P. MATHELY, *Le droit français des brevets d'invention*, p. 429.

21. J. SCHMIDT-SZALEWSKI, *Droit de la propriété industrielle*, Paris, Dalloz, coll. Mémentos, 2009, p. 48. V. également en ce sens J. AZÉMA, *Lamy Droit commercial*, 2013, n° 1988.

« dispose de la façon la plus absolue » de la chose. En ce sens, certains membres de la doctrine ont pu considérer que le brevet, comme les autres droits de propriété immatériels, accède progressivement à une certaine maturité et qu'ainsi il est en mesure de bénéficier d'un traitement identique à celui réservé aux propriétés matérielles. En vertu de cette philosophie, le breveté devrait avoir le droit de mettre ou non son invention en pratique comme de l'interdire aux tiers. Mais c'est alors ne pas tenir compte des fondements du brevet, de son rôle qui impliquent que la Société puisse profiter d'une invention faite.

C'est bien là qu'il convient de revenir sur les raisons d'être de l'obligation d'exploiter, véritable entorse au droit de propriété. Ses justifications sont plurielles. On remarquera dans un premier temps que la volonté d'exploiter est rattachée au monopole obtenu et qu'elle précède donc naturellement l'obligation ; ce qui fonde cette dernière. Elle peut en quelque sorte sembler frappée au coin du bon sens²² : le breveté dispose d'un droit exclusif qui l'autorise précisément à exploiter ou à faire exploiter son invention ne serait-ce que pour espérer un amortissement des investissements souvent considérables qu'impliquent les activités de Recherche et Développement. L'on aurait aujourd'hui beaucoup de mal à imaginer que le breveté ait la liberté pure et simple de s'en dispenser²³.

On indiquera dans un deuxième temps que l'obligation d'exploiter peut s'apparenter à un réflexe de défense des intérêts nationaux. La reconnaissance d'un droit exclusif se justifie pour protéger celui qui délivre le titre, l'État, qui va, au travers de l'obligation d'exploiter, indirectement stimuler l'activité inventive et faciliter les échanges de connaissances techniques. En somme, du point de vue de la philosophie du Droit, l'obligation d'exploiter est imposée à la seule personne en mesure de le faire, celle titulaire du monopole. En cela, cette obligation peut être considérée comme l'essence même du système des brevets.

On observera dans un troisième temps que le brevet est un contrat social conclu entre la Société et le breveté. En contrepartie du monopole qu'il obtient de l'État, l'inventeur partage avec la Société l'utilité de son invention. C'est précisément ce qui justifie que l'innovation soit communiquée au public

22. ROUBIER annonçait ainsi « *N'est-il pas obligatoire de demander un droit privatif d'exploitation et de ne pas exploiter !* », P. ROUBIER, *Le droit de la propriété industrielle*, t. 2.

23. On observera néanmoins qu'aux États-Unis d'Amérique, le breveté n'a aucune obligation de ce type et qu'ainsi son droit apparaît tout puissant, tout comme n'importe quel autre droit de propriété.

par une description afin de favoriser d'autres recherches. C'est également ce qui justifie que le breveté ait l'obligation d'exploiter. C'est enfin ce qui justifie le caractère temporaire du monopole. Comme l'expose fort bien le Professeur Azéma, « *la reconnaissance d'un monopole d'exploitation doit profiter non seulement à son titulaire, mais aussi d'une certaine manière à la Société* ». Poursuivre « *l'intérêt général commande que les brevets soient exploités et l'on ne saurait admettre que leurs titulaires privent la collectivité des fruits qu'elle peut légitimement attendre de cette exploitation*²⁴ ». En somme, cette obligation se justifie par l'intérêt économique et social qu'elle sous-tend et n'est que la conséquence du droit d'interdire aux autres. La Société accepte la mise en place d'un monopole temporaire et encourage ainsi les inventeurs mais, en contrepartie, espère une utilité sociétale générée par l'amélioration que l'invention porte en elle. En cela, le brevet est un titre de propriété privée à part dans la mesure où son titulaire ne peut en user ou ne pas en user à discrétion. Il est condamné à l'exploiter ou à le faire exploiter.

Gare aux brevetés qui n'exploiteraient pas ou ne feraient pas exploiter leurs inventions ! L'affaire est entendue depuis des lustres et n'a jamais réellement suscité de curiosité intellectuelle car l'exploitation des inventions a toujours été le principal objectif des acteurs économiques engagés dans la Recherche et le Développement. Mais voilà qu'apparaissent depuis quelques décennies de nouveaux protagonistes qui méprisent paradoxalement cette obligation. Leur comportement interpelle et ne peut être compris qu'en prenant acte de l'existence des modèles économiques sur lesquels ils se fondent. C'est que ce vieil outil qu'est le brevet se mue alors en un actif financier parfois redoutable²⁵.

B. Asymétrie du comportement de nouveaux acteurs

De tout temps, le droit des brevets a été livré à des acteurs économiques qui avaient pour principale ambition de produire. Ces derniers développaient des activités de Recherche puis se chargeaient de fabriquer eux-mêmes les objets protégés par le titre de propriété industrielle qu'ils obtenaient en échange de la perte du secret. Ce type de comportement leur permettait

24. J. AZÉMA, *Lamy Droit commercial*, 2013, n° 1988 ; V. également S. LACOUR et F. VIOLET, « L'innovation « nano » sera-t-elle une « nano-innovation ? », in *Des nanotechnologies aux technologies émergentes : La régulation en perspectives*, sous la dir. de S. LACOUR, éd. Larcier, 2013, p. 19 et s.

25. P. CORBEL et Ch. LE BAS, *Les nouvelles fonctions du brevet, Approches économiques et managériales*, Economica, 2012, p. 160 et s.

d'exclure les concurrents et de contrôler tout ou partie d'un marché. Voilà quelques décennies, dès l'après-guerre, ce schéma s'est commué et sont alors apparus, en vis-à-vis des « *acteurs producteurs* », des « *acteurs-chercheurs* » dont la principale ambition était d'innover et de faire produire. Cette évolution, qui correspond bien au phénomène de désindustrialisation des sociétés occidentales, a induit l'apparition d'acteurs dont l'activité essentielle porte encore aujourd'hui sur la Recherche et le Développement. Ces derniers usent du droit des brevets pour compenser la perte du secret, font alliance avec les « *acteurs producteurs* » et, comme ces derniers, sont en mesure de maîtriser un marché donné. Ces deux types de protagonistes produisent ou font produire l'objet qui matérialise l'invention protégée. Ils respectent donc l'obligation essentielle faite au breveté d'exploiter ou de faire exploiter son invention ; ce qui n'est pas le cas des nouveaux arrivants.

A partir du milieu des années 90 sont apparus, sans que l'on ne les identifie dans un premier temps, de nouveaux acteurs dans la sphère des brevets. Ceux-ci se particularisent par leurs ambitions qui sont éloignées de celles des acteurs jusque-là présents. En effet, ces nouvelles figures ne cherchent pas à produire ni même à faire produire. Elles n'ont pas, non plus, pour ambition d'exclure des concurrents d'un marché déterminé ou de procéder à des appels de fonds sur la base de leurs titres. Pour certaines d'entre elles, il n'est même nullement question de Recherche et Développement.

Ces acteurs endossent souvent l'habit des NPE ou celui des organismes publics de recherche. NPE, pour *Non-Practicing Entities*. Comprenons par cette expression anglophone, « *sociétés ne produisant aucun bien* ». Ces acteurs encore absents de toute réalité économique voilà 15 ans, ont surgi dans un premier temps aux États-Unis avant d'apparaître en Europe et au Japon depuis quelques années. Sociétés principalement composées de juristes, elles ont pour activité essentielle l'acquisition de titres de propriété industrielle puis leur valorisation auprès de grandes entités de l'industrie. À bien y regarder, leur modèle économique peut être différent d'une NPE à une autre ; ce qui a permis à certains membres de la doctrine²⁶ d'en dégager trois grandes catégories. Certaines NPE sont dites belliqueuses et peuvent ainsi être qualifiées de *patent trolls* d'ores et déjà bien connus des juristes spécialistes de la question²⁷. D'autres encore sont dites dissuasives en ce

26. B. SAUTIER, « Développement des Non-Practicing Entities, vers la création d'une bulle spéculative ? », *Pro. Intellectuelles*, juillet 2012, n° 44, p. 306 et s.

27. V. par ex. J. PENIN, « Le problème des « *patent trolls* » : comment limiter la spéculation sur la propriété intellectuelle dans une économie fondée sur les connaissances ? »,

sens qu'elles mettent à disposition de leurs adhérents des instruments de défense face aux actions des *patent trolls*. D'aucuns ont pu ici identifier une forme de collectivisation des brevets afin de mieux faire face à des acteurs hostiles. Enfin, certaines NPE peuvent être qualifiées d'inventives dans la mesure où leur modèle économique est fondé sur une politique de R&D généralement forte et dont les fruits peuvent ensuite être valorisés auprès d'autres acteurs économiques.

La logique économique qui fonde cette dernière catégorie peut à bien des égards être assimilée à celle de certains organismes publics. En effet, force est de constater, depuis le début des années 1980 aux États-Unis²⁸, depuis la fin des années 1990 en Europe²⁹, que les organismes publics, qu'ils soient des centres de recherche ou des universités publiques, sont à présent des acteurs incontournables du système des brevets³⁰. Le phénomène peut être observé en France où, depuis quelques années³¹, l'on assiste à une forte progression des brevets issus d'organismes publics de recherche³². L'assertion se vérifie tout

Innovations, 2010 /2, n° 32, p. 35 ; V. encore B. ALIOUAT, « Les stratégies de propriété intellectuelle et leur ingénierie juridique : Une nouvelle approche managériale du droit fondée sur le recours à la ruse », *Rev. des Sciences de Gestion*, 2010/5-6, n° 245 et 246 ; V. aussi Ch. Le STANC, « Les patent trolls », in *Les nouveaux usages du brevet d'invention, entre innovation et abus*, sous la dir. de J. -P. GASNIER, PUAM, 2014, p. 59 ; V. enfin Ch. HECKETSWEILER, « Touche pas à mes brevets ! », *Le Monde*, 14 mars 2014.

28. Le *Bayh-Dole Act* a autorisé en 1980 les institutions publiques réalisant des recherches financées par l'État fédéral à prendre en leur nom les brevets sur les inventions issues de cette recherche.
29. En France, c'est la loi sur l'innovation dite loi Allègre de 1999 qui a autorisé les institutions publiques à prendre en leur nom les brevets sur les inventions issues de cette recherche.
30. Certains ont pu s'interroger sur le point de savoir si les universités ne seraient pas elles-mêmes des *patent trolls*. V. en ce sens M. A. LEMLEY, « Are Universities Patent trolls ? », *Fordham intell. Prop. Media & Ent. L. J.*, vol. 18, févr. 2008, p. 611 et s.
31. Voir en ce sens une récente étude mise en ligne sur le site internet de l'INPI : « Chiffres clés 2011 – Brevets », <www.inpi.fr>.
32. Sont ici considérés comme des organismes publics de recherche les établissements publics à caractère scientifique, culturel et professionnel tels que les universités, grandes écoles, écoles d'ingénieurs, etc., mais aussi les établissements publics à caractère scientifique et technologique tel que le CNRS, les établissements publics à caractère industriel et commercial tel que le CEA ainsi que tous autres établissements publics qui peuvent mener des recherches conduisant à des dépôts de brevet comme les centres hospitaliers par exemple. On retrouve ainsi dans le classement des 50 premiers déposants français pour l'année 2010 des acteurs comme le Commissariat à l'Énergie Atomique et aux Énergies Alternatives (7°), le CNRS (8°), l'INSERM (23°), le Centre National d'Études

particulièrement dans le domaine des nanosciences et nanotechnologies³³, où ces acteurs, en particulier aux États-Unis, détiennent 12 % des brevets.

Que l'on parle de NPE ou bien d'organismes publics, l'ensemble de ces acteurs n'ont pas pour objectif principal d'exploiter leurs inventions, y compris à travers des licences. C'est en cela précisément qu'il est porté atteinte au mécanisme du brevet. Ces nouveaux propriétaires se fondent sur d'autres modèles économiques³⁴ qui ne nécessitent pas l'exploitation de leurs inventions alors même que cela est possible et opportun. Ainsi, les NPE ont adopté des systèmes fondés sur la financiarisation des droits de propriété industrielle et ambitionnent exclusivement de réaliser des profits sur la base de comportements spéculatifs. Les domaines dans lesquels ils interviennent sont eux-mêmes spéculatifs dans la mesure où la qualité des titres qu'ils brandissent est de plus en plus souvent incertaine. Leurs interlocuteurs qui, dans un premier temps tout au moins, n'ont pas saisi l'exacte raison d'être de ces acteurs, préfèrent généralement négocier et ainsi éviter une longue et coûteuse procédure dont l'issue reste toujours inconnue. Tel est le cas en particulier dans les champs des nouvelles technologies où l'afflux de demande de brevets contribue littéralement à asphyxier les organismes chargés de délivrer les brevets. Les examinateurs n'étant pas toujours à même d'apprécier la validité des inventions, les titres qui sont conséquemment délivrés sont difficilement évaluables, si ce n'est par une batterie d'ingénieurs tous nobélisables issus des champs de la connaissance les plus variés. L'on est bien loin ici d'une quelconque intention d'exploiter ou de faire exploiter.

S'agissant des organismes publics de recherche comme des universités, ceux-ci se sont lancés dans une course aux brevets sans réellement se soucier de la finalité propre à ce genre de titre de propriété. Contrairement à une entreprise, même lorsque celle-ci ne fabrique pas directement ses produits mais le fait par l'intermédiaire de sous-traitants licenciés, leur finalité reste bien souvent la recherche pure, laquelle est éloignée de toute forme d'exploitation industrielle. Ils tentent accessoirement de monnayer leurs titres de brevets mais surtout usent de ces derniers pour s'affirmer dans la

Spatiales (39°), l'Université Claude Bernard Lyon I (39° *ex aequo*), l'Université Pierre et Marie Curie Paris 6 (42°), etc.

33. V. D. M. BOWMAN, « Patently obvious : Intellectual property rights and nanotechnology », *Technol Soc.* (2007), 10.1016/j.techsoc.2007.04.009 ; V. également : S. HADLINGTON, « Nanotech patent jungle set to become denser in 2013 », article en ligne sur le site RSC/Advancing the chemical science : <www.rsc.org>.

34. Bien entendu inconnus en 1844.

compétition mondialisée des établissements d'enseignement supérieur et de recherche. Car ces entités doivent aujourd'hui nécessairement se distinguer. Parallèlement à leurs besoins financiers croissants, elles ont en effet vu leur évaluation se modifier et s'internationaliser. Point de salut sans le désormais incontournable classement de Shanghai. L'un des critères de ce classement, certainement le plus important, est bien entendu la Recherche dont les résultats sont susceptibles de s'exprimer si facilement à travers le nombre de brevets. Avec de telles préoccupations, fort logiquement, elles perdent de vue le but ultime du brevet, à savoir la commercialisation de l'invention³⁵.

Force est donc de constater que les principes à la base du droit des brevets depuis plusieurs siècles sont ignorés en présence de tels acteurs qui souhaitent faire valoir leur monopole sans exploiter pour autant. Les voilà portés par de nouveaux objectifs qui, définitivement, ne peuvent se conjuguer avec les fondements anciens du droit des brevets. C'est bien là abuser de leurs prérogatives. L'observateur peut alors avoir à cœur de rechercher une parade en présence de tels comportements qu'il espère pouvoir dégoter en s'intéressant aux sanctions attachées à l'obligation d'exploiter. Mais les faut-il encore efficaces...

Paragraphe 2. Les sanctions du non-respect du devoir d'exploiter

Les sanctions attachées à l'obligation d'exploiter peuvent être naturellement recherchées dans le champ du droit de la propriété industrielle. Il est ici question de l'octroi d'une licence obligatoire à laquelle il est toutefois rarement recouru. Les trublions du droit des brevets le savent fort bien, surfant sur cette lacune (A). Il faut alors explorer d'autres pistes condamnatoires. L'indigence des sanctions attachées au présent droit spécial nous invite tout naturellement à rechercher des actions punitives fondées sur un autre droit (B).

A. Faiblesse de la sanction portée par le Droit de la propriété industrielle

Un breveté qui ne respecte pas son obligation d'exploiter ou de faire exploiter son invention peut être sanctionné conformément aux dispositions de l'art. L. 613-11 du CPI. Il convient de revenir sur cette peine avant

35. V. en ce sens Z. LAIDI, « La propriété intellectuelle à l'âge de l'économie du savoir », *Esprit*, n° 11, nov. 2003, p. 1 et s.

de relever que son emploi a toujours été limité. Cette réalité est d'autant plus prégnante dans les domaines des nouvelles technologies en raison des spécificités que ces dernières portent en elles.

On ne peut tout d'abord s'empêcher de relever que durant une longue période, le droit sanctionnait bien plus vigoureusement le défaut d'exploitation, puisqu'était prévue la déchéance du breveté. Cette mesure, applicable depuis 1791, fut considérée disproportionnée à la gravité de la faute et l'on instaura ainsi en 1953 un régime semble-t-il plus approprié de licence obligatoire. Désormais, la déchéance du brevet est une sanction qui se cantonne exclusivement à l'hypothèse dans laquelle le breveté ne paye pas les annuités (art. L. 612-19 du CPI). Au contraire, la licence obligatoire s'envisage en cas de non-respect de l'obligation d'exploiter le brevet comme en cas de dépendance technologique (art. L. 613-15 du CPI), outre l'hypothèse d'une licence décidée par le Ministre chargé de la propriété industrielle si l'intérêt de la santé publique l'exige ; ce dont aucun Ministre n'a jamais fait usage³⁶. On pourra donc relever une certaine atténuation de la peine assortie à l'obligation d'exploiter même si, comme nous l'avons vu, l'absence de sanction aurait pu être imaginée. L'intérêt d'une telle peine est de préserver à la fois le droit du breveté et l'intérêt de la Société. En effet, le breveté perd son droit exclusif d'exploiter mais conserve son brevet. Quant à la Société, elle peut profiter des avantages du brevet en utilisant les initiatives privées. C'est en somme un bel exercice de conciliation. Ce mécanisme est toujours actionné par un tiers qui saisit le juge pour demander l'octroi de la licence. Les débats se concentrent souvent autour des conditions tenant à la personne du breveté, à celles tenant à la personne du demandeur ou encore à celles tenant à la forme de la demande de licence. Ils ne s'attardent toutefois jamais sur la volonté de ne pas exploiter de la part du propriétaire du titre.

Ceci étant, les hypothèses de licences obligatoires pour défaut d'exploitation restent peu nombreuses. Les statistiques dont on dispose dans ce domaine montrent que très peu de brevets délivrés en France ne font pas l'objet d'une application industrielle, laquelle constitue l'une des quatre conditions pour admettre la brevetabilité d'une invention.

Plusieurs raisons peuvent être avancées pour justifier ce faible engouement de la part des tiers pour le mécanisme. On observera tout d'abord qu'il semble évident que le titulaire du monopole dispose précisément de celui-ci

36. L'on sait également qu'à l'échelle internationale, une licence obligatoire portant sur un brevet de médicament peut être ordonnée dans un but de santé. V. en ce sens ADPIC art. 31.

pour en tirer un profit actif en fabriquant, en mettant sur le marché ou bien encore en utilisant l'invention. Tel est effectivement le cas dans l'immense majorité des hypothèses. La plupart du temps, le breveté – aujourd'hui bien plus qu'hier et moins que demain – est une personne morale qui peut d'elle-même ou avec le concours de tiers, procéder à la commercialisation de son produit ou de son procédé. Les situations dans lesquelles l'inventeur ne peut agir – par manque de moyens à la fois humains, financiers et matériels – sont marginales.

On retiendra également que la procédure est lourde, d'autant plus lorsqu'elle est engagée par un acteur étranger. Elle est aussi aléatoire dans la mesure où son issue est soumise à la décision des tribunaux, lesquels ont pour habitude de préférer débattre de l'attitude du breveté plutôt que de s'en tenir aux excuses qu'il expose ; ce qui laisse place à une appréciation nécessairement subjective de la part des magistrats. Par ailleurs, les évolutions des technologies les plus récentes aboutissent à des innovations très souvent complexes et dont l'application spectrale est aussi large que bien souvent théorique et générique³⁷. La situation est courante dans le champ des nanotechnologies ou encore dans celui des biotechnologies. Par conséquent, une équipe de chercheurs – a fortiori un scientifique isolé – évoluant dans un seul et même champ de la connaissance n'est bien souvent pas en mesure de s'emparer de ces technologies qui sont généralement le fruit d'une recherche pluridisciplinaire et qui nécessitera donc la mise en place d'une équipe que peu d'acteurs économiques sont en mesure de réunir dans le monde. Il faut encore avoir à l'esprit que ce type d'innovations technologiques est très souvent rapidement dépassé dans ces secteurs, laissant place à de nouvelles inventions toujours plus performantes.

Une ultime objection au recours au mécanisme de la licence obligatoire réside dans l'incertitude quant à la validité des brevets délivrés dans les domaines des NBIC. L'on sait en effet que ces titres de propriété industrielle aujourd'hui octroyés ne sont pas à l'abri de toute critique. Ils sont de plus en plus souvent contestables et contestés dans la mesure où ils portent sur des créations mal identifiées. Certaines conditions de brevetabilité ne sont plus strictement observées et des dérives sont ainsi identifiables. Deux types d'écueils ont d'ores et déjà pu être repérés. D'une part, l'objet de la demande

37. Certains auteurs parlent ainsi du caractère « habilitant » des produits nanométriques pour la variété des effets que possède la matière à l'échelle du milliardième de mètre. V. en ce sens S. LACOUR, « Nanotechnologies et brevets », article disponible sur le site <www.techniques-ingénieur.fr>.

de brevet est de temps à autre contestable puisque les inventions exposées ne sont pas toujours brevetables, certaines ne constituant que des découvertes qui n'ont alors leur place que dans le domaine public. D'autre part, on relève parfois des insuffisances graves de conséquences du côté des modalités de la demande de brevet. Ce qui induit des titres dont la validité est de plus en plus souvent remise en cause. Les potentiels licenciés semblent ainsi parier sur des purs-sangs susceptibles de se révéler avec le temps de véritables tocards.

En somme, à quoi sert-il d'engager une procédure longue, coûteuse, aléatoire et qui, une fois achevée, permet de disposer de droits sur une technologie qui sera, peut-être, d'ores et déjà concurrencée et/ou dont la durée de vie sera, à tout le moins, fort limitée ? Nous avouons que l'affaire apparaît peu ragoutante. La sanction attachée à l'obligation d'exploiter un brevet ne semble ainsi pas adaptée à l'économie comme aux technologies du XXI^e siècle. Le droit spécial s'avère ici décevant ; ce qui nous conduit à rechercher une sanction rattachée à d'autres branches du droit.

B. Promesses de la sanction portée par le droit de la concurrence

La liberté de la concurrence est un principe fondamental dans nos sociétés occidentales. Elle permet d'assurer une égalité de traitement des différents acteurs économiques présents sur un marché donné et, à ce titre, sanctionne certains types d'ententes jugées anticoncurrentielles ainsi que toute forme d'abus de position dominante. Par définition, les droits de propriété intellectuelle constituent des exceptions à cette liberté et le droit prétorien a progressivement échafaudé un ensemble de règles destinées à concilier ces intérêts antagonistes. Plusieurs grands principes ont ainsi été élaborés : d'une part, on considère aujourd'hui que si l'existence des droits de propriété intellectuelle ne saurait être remise en cause, leur exercice peut faire l'objet d'aménagements. D'autre part, la jurisprudence européenne protège l'objet spécifique du droit et, s'agissant du brevet, estime donc qu'il ne peut être porté atteinte au mécanisme de récompense de l'effort créateur de l'inventeur, que ce dernier dispose d'un droit exclusif d'utiliser l'invention et qu'il peut ainsi s'opposer à toute contrefaçon.

La jurisprudence nous enseigne également qu'une entreprise en position dominante n'abuse pas nécessairement de celle-ci. Son comportement ne sera sanctionné que si l'abus est effectivement prouvé. L'on sait que celui-ci peut prendre des formes variées telles que l'abus de structure qui consiste à affecter la structure d'un marché donné ou encore l'abus dans la fixation du

prix d'une licence portant sur une technologie devenue un standard³⁸. Cette atteinte à la concurrence peut revêtir d'autres formes encore. Dès lors, se pose la question de savoir si le breveté qui n'exploite pas ni ne fait exploiter son invention, peut être considéré comme un acteur économique abusant de sa position dominante et ainsi sanctionné à ce titre. La question n'a, à notre connaissance, jamais été soumise aux juridictions nationales ou européennes. Il est toutefois possible d'apporter certains éléments de réponse à partir du bâti jurisprudentiel en ce domaine.

L'on observera tout d'abord que, contrairement à ce que l'on pourrait croire, cette problématique induite par le comportement des brevetés récalcitrants n'est pas récente y compris à travers le prisme du droit de la concurrence. Voilà près de cinquante ans, elle avait déjà pu être traitée à la perfection par le Professeur Mousseron qui s'exprimait en ces termes :

« Les brevets d'invention accordent à leurs titulaires des monopoles d'exploitation. La mesure de leurs prérogatives est délicate : les affaiblir est amoindrir une technique juridique d'incitation à la recherche appliquée au temps où l'on s'ingénie à la stimuler ; les renforcer est accuser une entrave à la concurrence au temps où l'on s'efforce de la libérer³⁹ ».

Plus loin dans le passé encore, en 1941, l'on sait qu'un rapport commandé par le Président Roosevelt avait permis de mettre en évidence toutes sortes de situations dans lesquelles le breveté américain n'exploitait pas ni ne faisait exploiter son invention et abusait ainsi de son monopole⁴⁰. L'affaire est donc ancienne, autant que l'est le brevet qui n'est qu'une île dans un océan de liberté⁴¹.

Ceci étant, il est nécessaire d'appliquer la problématique de la position dominante ainsi que celle de l'abus de cette position à la situation du breveté réfractaire à toute exploitation. La position dominante s'entend traditionnellement d'une entreprise qui, sur un marché donné, détient le monopole ou une part non négligeable de celui-ci. S'il est vrai que souvent les

38. V. en ce sens notre ouvrage *Articulation entre la norme technique et la règle de droit* (Préface de J. SCHMIDT), PUAM, 2003, p. 466.

39. J. - M. MOUSSERON, « L'abus de monopole conféré par le brevet d'invention », p. 345.

40. Étude rapportée par G. H. C. BODENHAUSEN, « L'obligation d'exploiter les brevets d'invention et ses sanctions », p. 69.

41. V. en ce sens les propos, fameux, de M. VIVANT.

produits comme les techniques sont substituables⁴², il est des hypothèses dans lesquelles la seule technologie pertinente, voire incontournable⁴³, est celle couverte par un droit de brevet. Dans ces cas particuliers, l'acteur détenteur de ces titres est bien en position dominante. Les décisions, françaises comme européennes, sont nombreuses à rapporter de telles postures⁴⁴. L'on observera toutefois que cette position dominante ne semble pas systématiquement devoir être rapportée en présence des acteurs ici fustigés. En effet, lorsque ce type de propriétaire entre en relation avec un tiers afin d'exiger de lui le versement de redevances en raison de l'emploi présent ou futur de sa technologie, cet acteur n'est pas obligatoirement en position dominante. Le *patent troll* pourra ainsi menacer ses interlocuteurs qui utilisent déjà sa technologie sans que l'on ne puisse identifier mécaniquement une position dominante. En somme, le fait qu'il se confronte agressivement à un acteur économique qui est susceptible d'être qualifié de contrefacteur ne fait pas du *patent troll* une entreprise en position dominante. Par conséquent, si l'on ne peut exclure ce type de position, celle-ci ne saurait se déduire aveuglément de la non-exploitation de l'invention. Reste ensuite, en présence d'une position dominante avérée, à prouver l'abus.

L'abus de position dominante peut consister en des pratiques de prix, de limitation de la liberté des acheteurs, de refus de vente ou de prestations de services, de renforcement d'une position dominante lorsqu'elle a pour effet d'empêcher ou de retarder l'entrée sur le marché d'un concurrent. L'on sait toutefois que l'article 102 du TFUE ne définit pas de manière exhaustive cette exploitation condamnable. L'emploi de l'adverbe « *notamment* » au sein de ce texte autorise ainsi à se figurer d'autres hypothèses que celles qui y sont exposées. Aussi, dès lors que l'entreprise se trouve dans une position dominante avérée, la non-exploitation de son invention peut-elle être considérée comme un comportement abusif ? Répondre à cette interrogation par l'affirmative n'est pas une évidence. L'on sait tout de même que l'exercice d'un droit de propriété intellectuelle peut être constitutif d'un

42. V. en ce sens F. POLLAUD-DULIAN, *Droit de la propriété industrielle*, Montchrestien, 1999, n° 67.

43. Tel est bien le cas lorsque cette technologie a été intégrée dans une norme technique. Dans cette hypothèse, les tiers sont contraints de respecter le standard et donc la technologie qu'il a privilégiée.

44. V. par ex. CJCE, 13 févr. 1979, aff. C – 85/76, Hoffman-Laroche, *Rec. CJCE*, p. 461. V. également l'affaire Rambus et v. notre note sur cette décision : « Retour sur les embuscades tendues par les *patent trolls* » (Note sous décision *Rambus* de la Commission européenne du 9 décembre 2009), *Rev. de la Propriété industrielle*, juin 2010, n° 6, ét. n° 11.

abus. Des décisions de la Commission européenne⁴⁵ comme de la CJUE⁴⁶ ont été rendues en ce sens. La plupart portent sur des problématiques ayant trait à la licence d'un titre de propriété intellectuelle. Ceci étant, les décisions de la Commission européenne comme de la CJUE montrent la volonté de ces gendarmes de contrôler certains comportements dont le trait commun serait d'aboutir à un blocage du secteur technologique considéré.

Or, il nous semble ici frappé au coin du bon sens que le breveté qui ne veut pas se soucier de l'exploitation de son invention va, de par sa posture, aboutir à un blocage du secteur technologique dans lequel il est en position dominante. En effet, son refus affiché d'exploiter ou de faire exploiter sa technologie qu'il maîtrise seul interdit sa diffusion ; ce qui paralyse ledit secteur. C'est ainsi tout nettement abuser, à tout le moins, user de manière excessive du monopole conféré par le droit des brevets. En outre, une décision très intéressante du TPIUE vient en appui à cette thèse. En effet, dans l'arrêt RTE c/ Commission du 10 juillet 1991⁴⁷, le tribunal saisi a pu relever que l'on est en présence d'un abus de position dominante dès lors que « *l'exercice du droit d'auteur ne répond plus à sa fonction essentielle* ». Si cette affaire a pu intervenir dans le domaine du droit d'auteur, il nous semble néanmoins que la solution qu'elle énonce est de portée générale et qu'il est ainsi possible de l'appliquer au champ du brevet. Comme nous l'avons vu, cet instrument a précisément pour fonction essentielle de favoriser la diffusion d'une technologie, outre sa fonction de récompense au profit de son inventeur. Le propriétaire d'un brevet qui n'organise pas l'exploitation de l'invention protégée peut, selon nous, être considéré comme adoptant ainsi un comportement qui ne répond plus à la fonction essentielle du titre de propriété.

Au final, un tel abus devrait donc pouvoir être sanctionné. Au-delà d'une injonction d'avoir à cesser l'infraction qui, selon nous, n'est pas de nature à effrayer ces nouveaux acteurs, les autorités de la concurrence devraient pouvoir infliger des amendes aux coupables. Mais c'est certainement sous la forme de la négociation d'une ou de plusieurs licences au profit de tiers à des conditions équitables, raisonnables et non discriminatoires que devrait se solder une telle affaire⁴⁸.

45. Par ex. Déc. Comm. CE n° 88/138/CEE, 22 déc. 1987, *JOCE*, 11 mars 1988, n° L 65.

46. Par ex. CJCE, 6 avr. 1995, aff. C – 241/91, Magill, *Rec. CJCE*, p. 808.

47. TPICE, 10 juill. 1991, aff. T – 68/89, RTE/BBC/ITP c Commission.

48. Licences dites FRAND pour *Fair, reasonable and non discriminatory*. Sur ces licences, cf. Ch. Caron, « L'efficacité des Licences FRAND : entre droit des brevets, droit civil et

Aussi, si le droit de la propriété industrielle propose une sanction somme toute faible, il faut relever que le droit de la concurrence, et, en particulier le droit des abus de position dominante, pourrait utilement être actionné en présence toutefois d'une position dominante avérée dont le détenteur abuserait.

BIBLIOGRAPHIE

Ouvrages

- AKERMAN A., *L'obligation d'exploiter et la licence obligatoire en matière de brevets d'invention*, Paris, 1936.
- AZEMA J. et GALLOUX J. - Ch., *Droit de la propriété industrielle*, Dalloz, coll. Précis, 7^e éd., 2012.
- COLLECTIF, *De l'innovation à l'utilisation des nanomatériaux : le cadre normatif des nanotubes de carbone*, ouvrage sous la direction de S. LACOUR, éd. Larcier, 2012.
- CORBEL P. et LE BAS Ch., *Les nouvelles fonctions du brevet, Approches économiques et managériales*, Economica, 2012.
- GUELLEC D., MADIES Th. et PRAGER J. - Cl., *Les marchés de brevets dans l'économie de la connaissance*, Paris, La documentation française, 2010.
- MATHELY P., *Le droit français des brevets d'invention*, Journ. des Not. et des Av., 1974.
- POLLAUD-DULIAN F., *Droit de la propriété industrielle*, Montchrestien, 1999.
- ROUBIER P., *Le droit de la propriété industrielle*, t. 2, Rec. Sirey, 1954.
- SCHMIDT-SZALEWSKI J., *Droit de la propriété industrielle*, Paris, Dalloz, coll. Mémentos, 2009.
- VIOLET Franck, *Articulation entre la norme technique et la règle de droit* (Préface de J. SCHMIDT), PUAM, 2003.

normalisation », *JCP G*, 2013, p. 584 ; V. également du même auteur, « L'efficacité des licences dites « FRAND », ou l'indispensable conciliation entre la normalisation et le droit des brevets d'invention grâce à la stipulation pour autrui », *Rev. Comm. Comm. Elec.*, juill. août 2013, p. 7 et s.

Articles, notes et chroniques

- ALIOUAT B., « Les stratégies de propriété intellectuelle et leur ingénierie juridique : Une nouvelle approche managériale du droit fondée sur le recours à la ruse », *Rev. des Sciences de Gestion*, 2010/5-6 (n° 245-246).
- AZÉMA J., *Lamy Droit commercial*, 2013.
- BODENHAUSEN G. H. C., « L'obligation d'exploiter les brevets d'invention et ses sanctions », *P.I.*, 1950, p. 69, p. 345 et s.
- CABUT S. et VAN KOTE G., « Breveter le vivant verrouille l'accès aux gènes », *Le Monde* du 30 avr. 2014, p. 7.
- CARON Ch., « L'efficacité des Licences FRAND : entre droit des brevets, droit civil et normalisation », *JCP G*, 2013, p. 584.
- ID., « L'efficacité des licences dites « FRAND », ou l'indispensable conciliation entre la normalisation et le droit des brevets d'invention grâce à la stipulation pour autrui », *Rev. Comm. Comm. Elec.*, juill. Aout 2013, p. 7 et s.
- CHIEN C., « Reforming software patents », *Houston Law review*, 11/2012, p. 101.
- GALLOUX J. - Ch., *D.*, 2013, p. 1888.
- HADLINGTON S., « Nanotech patent jungle set to become denser in 2013 », article en ligne sur le site RSC/Advancing the chemical science : <www.rsc.org>.
- HECKETSWEILER Ch., « Touche pas à mes brevets ! », *Le Monde* du 14 mars 2014.
- LAIDI Z., « La propriété intellectuelle à l'âge de l'économie du savoir », *Esprit*, n° 11, nov. 2003, p. 1 et s.
- LACOUR S., « Nanotechnologies et brevets », article disponible sur le site <www.techniques-ingénieur.fr>.
- LACOUR S. et VIOLET F., « L'innovation « nano » sera-t-elle une « nano-innovation ? », in *Des nanotechnologies aux technologies émergentes : La régulation en perspectives*, sous la direction de S. LACOUR, éd. Larcier, 2013, p. 19 et s.
- LEMLEY M. A., « Are Universities Patent trolls ? », *Fordham intell. Prop. Media & Ent. L. J.*, vol. 18, févr. 2008, p. 611 et s.
- LE STANC Ch., « Les patent trolls », in *Les nouveaux usages du brevet d'invention, entre innovation et abus*, sous la direction de J. -P. GASNIER, PUAM, 2014, p. 59.
- MARINO L., « Un an de propriété industrielle dans les technologies NBIC », *Propr. Ind.*, mars 2014, p. 24 et s.

- MOUSSERON J. – M., « L'abus de monopole conféré par le brevet d'invention », in *Mélanges H. CABRILLAC*, 1968.
- PENIN J., « Le problème des « patent trolls » : comment limiter la spéculation sur la propriété intellectuelle dans une économie fondée sur les connaissances ? », *Innovations*, 2010 /2, n° 32, p. 35.
- SAUTIER B., « Développement des Non-Practicing Entities, vers la création d'une bulle spéculative ? », *Pro. Intellectuelles*, juillet 2012, n° 44, p. 306 et s.
- VIOLET F., note sous décision *Rambus* de la Commission européenne du 9 décembre 2009, *Rev. de la Propriété industrielle*, juin 2010, n° 6, et n° 11.
- VIOLET F., « Des dérives dans la valorisation d'un patrimoine, l'exemple du brevet », in *Personnes et patrimoines - Variations sur une connexion*, sous la direction de L. – D. MUKA TSHIBENDE, ouvrage collectif, févr. 2014, p. 462 et s.

Constitution and Religious minorities in the Middle East A comparative study regarding Lebanon, Syria, Iraq and Jordan

Constitution et minorités religieuses au Proche-Orient (Étude comparée entre le Liban, la Syrie, l'Iraq et la Jordanie)

Maria Kamoub, Docteur en Droit, Avocate à la Cour, Chargée d'enseignement à la Faculté de Droit de l'USEK

Abstract

There is a common consensus that the population of some States are established through diversification (language, race, ethnicity or even religion...).

The latter is causing nowadays numerous crisis and even serious armed conflicts.

For this reason, and in order to avoid discrimination, each State should protect all these distinguished communities especially the religious minorities. This line of thinking supports the exceptional contribution of religions facing each other/ the confessionalism. This means that although the State cannot discriminate between its citizens, it should adopt measures that take into consideration the particular role envisioned for some marginalized groups especially if they constitute a non-dominant religious minority of the entire population.

However, the existence of these minorities, especially the religious ones, is not dependent on the fact of being concentrated in a specific area.

Therefore, the humble legal and constitutional protection remains in some cases insufficient, and does not extinguish neither the pertinent rights of the mentioned minorities, nor their objective existence that is dispersed throughout the state territory.

The following article illustrates the legal and the constitutional status of religious minorities within the diversified societies of the Middle East, predominantly Lebanon, Syria, Iraq and Jordan.

La gestion de la divergence politique, culturelle, sociale et surtout religieuse constitue la problématique essentielle du monde actuel. Cette démarche fait ressurgir trois éléments fondamentaux : la diversité, l'identité et la différence.

Les louanges de la diversité, reprises en permanence, dans la majorité des discours, se rattachant à la divergence existante dans une société déterminée et la nécessité de vivre ensemble, demeurent malheureusement lettres mortes face à la pratique actuelle. La diversité ne fonctionne pas par elle-même et à partir d'elle-même ! Elle exige une consolidation sociale permanente, vu l'élément d'inconnu qu'elle englobe et qui conduit directement à une certaine méfiance ou même parfois à un indéniable rejet de l'autre ! D'où le risque inévitable d'une discrimination qui se dissout dans une intégration de ressemblance ou d'une mutation du pareil au même !

En effet telle qu'elle est abordée, la diversité reste ainsi séquestrée par un rapport de force entre majorité et minorité. Ce tiraillement demeure toujours persistant, puisqu'il sollicite de chacun d'exprimer sa propre particularité, ce qui exige de la majorité de laisser place à une minorité qui préserve une parfaite identité, et qui n'existe que face à une altérité¹. Cette manifestation d'identité personnelle risque d'accroître les tensions et les sentiments d'injustice qui génèrent très souvent de multiples frustrations.

Au cœur de la divergence apparaît également la différence ! Sans pour autant nier la problématique posée par la diversité et l'identité, la différence nous pousse à s'interroger sur l'approche de soi-même et d'autrui. En effet, la différence doit nécessairement constituer un lieu d'enrichissement non pas parce qu'elle absorbe une certaine diversité sociale, mais parce qu'elle est

1. Camille MOUBARAK, *La question des minorités*, Beirut, Mia Press, 2002, p. 110.

en mesure de renvoyer à soi, d'où, une différence qui ne renvoie pas à soi, demeure une indifférence² !

Ainsi, la gestion de la divergence doit nécessairement impliquer une pédagogie qui prend en compte son éternel enrichissement. L'éducation à la différence, rend possible non seulement son acceptation, mais également la prise en compte de l'intérêt qu'elle peut apporter au dynamisme et à la vitalité de toute société, ce qui ouvre de nouvelles perspectives dans l'horizon humanitaire et plus spécifiquement dans la gestion de la diversité et la gérance égalitaire des différentes minorités, comme le mentionne bien Michael Sandel³ :

« La société « juste » ne cherche pas à promouvoir un projet particulier, mais elle donne l'occasion à ses divers citoyens de poursuivre leurs objectifs propres, dans la mesure où ceux-ci sont compatibles avec une liberté égale⁴ ».

La polémique sur les dispositions constitutionnelles se rattachant à la place des Droits de l'Homme et des communautés religieuses est récemment apparue dans le cadre des révolutions arabes. Quelques réformes constitutionnelles récentes ont été apportées à de multiples Constitutions comme il en est le cas par exemple pour les Constitutions syrienne et iraquienne.

Le Liban, par contre, représente un cas parfaitement exceptionnel et unique au Proche-Orient puisqu'il illustre l'exemple d'une composition pluriconfessionnelle, et d'un système politique qui se base sur une répartition du pouvoir, proportionnelle au poids de chaque communauté religieuse. Il est parfaitement concevable qu'au Liban, la sphère sociale est indissociable de la sphère religieuse, pour cela, une véritable divergence d'ordre religieux s'infiltré dans le tissu même de la coexistence libanaise. Vu cette mosaïque confessionnelle, le système libanais a essayé d'assurer une plus grande marge de protection nationale des Droits de l'Homme et des dix-huit confessions religieuses introduites sur une base égalitaire dans le cadre constitutionnel. L'ensemble de ces considérations défie et provoque la conscience des libanais, lesquels se trouvent en constance en état d'alerte et de vigilance

2. Michel YOUNES, « Gestion de la diversité culturelle et religieuse : une approche fondamentale », *Etudes interculturelles*, 2011, n° 4, p. 41.

3. Michael SANDEL est un philosophe politique américain. Il est professeur à Harvard, au sein du département de sciences politiques.

4. Michael SANDEL, « La République procédurale et le moi désengagé », in *Libéraux et Communistes*, Paris, PUF, 1997, p. 256.

extrême qui dépassent même parfois le potentiel de leur coexistence. Cette condition de vie menace en permanence l'entité libanaise de décomposition et de dislocation.

Tout le débat porte donc sur la pertinence d'un tel prototype religieux dans le cadre d'une pareille pluralité confessionnelle au Liban et au Proche-Orient. Cet article illustre donc l'importance de la citoyenneté et plus précisément celle des minorités au sein d'une société diversifiée. Cette protection devrait être assurée par l'égalité entre les multiples confessions et la consécration de dispositions constitutionnelles se rattachant à ce sujet, mais ceci demeure insuffisant vu la décentralisation de fait des minorités religieuses dans la majorité des pays à l'heure actuelle.

Paragraphe 1. La protection constitutionnelle des minorités religieuses

Angelus Silesius écrit dans son célèbre poème : « *Plus se joignent de voix diverses et contraires, plus merveilleux résonne le concert*⁵ ! ». La protection des minorités religieuses sur une base égalitaire est l'un des principes les plus fondamentaux qui doit trouver application surtout dans les pays multiconfessionnels, puisqu'il assure une représentation paritaire au niveau des multiples communautés dans une seule et même société.

Dès son émergence en 1926 et sous les auspices du mandat français, la Constitution libanaise garantit les libertés fondamentales de l'individu et la représentation égalitaire des confessions dans la vie politique. Pays d'émigration, le Liban compte aujourd'hui plus de 4 million d'habitants pour environ 10 000 km² et 18 communautés religieuses qui se partagent le même territoire et également le pouvoir et la politique du pays et ceci conformément au Pacte national de 1943⁶. Ces différentes communautés jouissent d'un statut personnel⁷ qui leur est parfaitement autonome comme

5. Angelus SILESIUS, *Der Cherubinischer Wandersmann*, Reclams Universal Bibliothek, 1986, p. 287.

6. Accord entre les chefs politiques libanais des communautés musulmanes et chrétiennes sur le partage égalitaire des responsabilités étatiques.

7. Les affaires de statut personnel des différentes communautés religieuses sont, en principe, réglées par leurs tribunaux ecclésiastiques qui appliquent le droit canonique. L'article 9 de la Constitution libanaise exige que l'État garantisse « *aux populations le respect de leur statut personnel et de leurs intérêts religieux* ». Quant à la Constitution jordanienne, elle mentionne clairement, la division des tribunaux et l'indépendance juridique des diverses communautés confessionnelles. En vertu de l'article 99, les tribunaux jordaniens

il en est le cas pour les multiples confessions religieuses même minoritaires en Jordanie.

La Constitution libanaise amendée en 1990 suivant l'accord de Taëf, a introduit plusieurs nouvelles dispositions dont un préambule qui ne figurait pas auparavant. Cette Constitution assure la reconnaissance des citoyens chrétiens face à leurs homologues musulmans. Elle autorise leur contribution à la vie politique et publique libanaise, et ceci suivant plusieurs articles constitutionnels comme il en est le cas par exemple pour l'article 24 qui dispose:

« La chambre des députés est composée de membres élus dont le nombre et les modalités d'élection seront déterminés par les lois électorales en vigueur... les sièges parlementaires seront repartis conformément aux règles suivantes :
a- À égalité entre chrétiens et musulmans.
b- Proportionnellement entre les communautés de chacune de ces deux catégories... »

De plus, l'article 95 de la Constitution rejoint de nouveau cette représentation confessionnelle en s'appuyant sur la nécessité de respecter cette partition communautaire, même au sein du gouvernement⁸. L'alinéa b de l'article susmentionné mentionne le suivant:

« ...Les fonctions de la première catégorie de la fonction publique ou même leur équivalent seront réparties à égalité entre les chrétiens et les musulmans sans réserver une quelconque fonction à une communauté déterminée, tout en respectant les principes de spécialisation et de compétence ».

Cette représentation paritaire illustre effectivement un cas exceptionnel au Proche Orient et plus spécialement, dans l'entourage arabo-musulman de l'État libanais. Ceci est parfaitement bien mentionné à l'article 7 de la Constitution et à l'alinéa C du préambule qui mentionne :

se divisent en trois catégories : civils, religieux et spéciaux. L'article 104 divise à son tour les tribunaux religieux en deux et qui sont respectivement : les tribunaux de droit musulman d'un côté, et les conseils des communautés confessionnelles de l'autre. Les deux anciennes Constitutions jordaniennes de 1928 et de 1946 mentionnaient de même, l'attribution aux conseils confessionnels des questions rattachées au statut personnel des chrétiens.

8. L'alinéa a de l'article 95 de la Constitution libanaise dispose : *« Les communautés seront représentées équitablement dans la formation du gouvernement ».*

« Le Liban est une République démocratique, parlementaire, fondée sur le respect des libertés publiques..., et l'égalité dans les droits et obligations entre tous les citoyens sans distinction ni préférence ».

Cette égalité ne se manifeste pas strictement devant la loi, mais également au niveau de la disposition des droits civils et politiques⁹.

Le Liban a clairement bien consacré une protection de la liberté religieuse à l'article 9 de la Constitution à condition que l'exercice de cette liberté ne porte en aucun cas atteinte à l'ordre public. Ainsi, la Constitution libanaise a apporté de nouvelles garanties, malheureusement absentes dans la majorité des constitutions du Proche Orient, surtout concernant ce qui a été introduit à l'alinéa B du préambule de la Constitution libanaise :

« Le Liban est arabe dans son identité et son appartenance. Il est membre fondateur et actif de la Ligue des États arabes et engagé par ses pactes ; de même qu'il est membre fondateur et actif de l'Organisation des Nations Unies, engagé par ses pactes et par la Déclaration Universelle des Droits de l'Homme... ».

Par ce fait, le Liban a donné clairement un rang constitutionnel aux traités susmentionnés, ce qui signifie une plus large protection des Droits de l'Homme et des libertés fondamentales¹⁰.

Comme le Liban, la Syrie était mandatée par la France depuis 1920 jusqu'à 1946. Ce pays a bien connu une vie politique assez agitée suite à ce mandat jusqu'au moment où le parti Baas et plus spécialement Hafez el-Assad a fini par détenir les rênes du pouvoir en 1963 par un coup d'État¹¹. Ultérieurement, une Constitution a été adoptée en Syrie par référendum et ceci le 13 mars 1973. Suite au décès du Président Hafez el Assad en 1998, l'âge de candidature à la présidence du pays a été réduit à 34 ans¹², et ceci dans le but de permettre l'élection du fils de Hafez, qui est Bachar el Assad, comme nouveau président de la République.

9. L'article 12 mentionne l'égalité d'accès aux emplois publics de tous les citoyens « *sans autre motif de préférence que leur mérite et leur compétence et suivant les conditions fixées par la loi* ».

10. Cons. Const. Lib., décision n° 2/01 du 10 mai 2001 et Cons. Const. Lib., décision n° 1/03 du 21 novembre 2003.

11. Fabrice BALANCHE, *Atlas du Proche-Orient arabe*, Presses de l'Université Paris-Sorbonne et RFI, 2012, p. 45.

12. Article 83 de la Constitution de 1977.

Suite aux révoltes déclenchées récemment dans la majorité des pays arabes dont la Syrie, une nouvelle Constitution a été adoptée par referendum le 26 février 2012 et qui avait pour but principal d'abolir le rôle dirigeant du parti Baas mentionné à l'article 8 de l'ancienne Constitution :

« Le Parti Baas arabe socialiste est le parti dirigeant la société et l'État. Il dirige le front national progressiste qui œuvre à unir les énergies des masses et à les mettre au service des objectifs de la Nation arabe ».

Ainsi, suite à l'amendement constitutionnel de 2012 l'article 8 mentionne dorénavant:

*« 1- Le système politique de l'État repose sur le principe du pluralisme politique, le pouvoir est exercé démocratiquement via les urnes.
2- Les partis politiques agréés et les rassemblements électoraux contribueront à la vie politique nationale, ils doivent respecter les principes de la souveraineté nationale et de la démocratie... ».*

La Constitution actuelle de la Syrie, pareillement à celle de 1973¹³, affirme le principe de l'égalité, et plus particulièrement au niveau du préambule ainsi qu'en vertu des articles 19, 26 et 33¹⁴.

Ce dernier article fait nettement référence, au sujet du respect de la citoyenneté et affirme l'égalité entre l'ensemble des citoyens au niveau de leurs droits et devoirs sans aucune distinction, y compris celle fondée sur la religion¹⁵.

-
13. La Constitution syrienne de 1973 garantit le principe de l'égalité dans les articles 25 et 26. Ces derniers prévoient clairement l'égalité des citoyens devant la loi (art. 25). L'État assure de même l'égalité des chances de l'ensemble des citoyens, et ceci en vertu de l'article 26, « de participer à la vie politique, économique, sociale et culturelle de la manière réglementée par la loi ».
14. Art. 19 : « La société dans la République Arabe Syrienne s'établit sur la solidarité, l'entraide et le respect de tous les principes de la justice sociale, de la liberté, de l'égalité et de la préservation de la dignité humaine de chaque individu ».
Art. 26 : « 1/ Le service public est une charge et un honneur dont l'objectif est de réaliser l'intérêt public et de servir le peuple.
2/ Les citoyens sont égaux dans l'obtention d'emplois de service public et la loi détermine les conditions d'avoir ces emplois de même que les droits et les devoirs des personnes en charge ».
15. Art. 33 : « 1/ La liberté est un droit sacré. L'État garantit aux citoyens leur liberté personnelle et préserve leur dignité et leur sécurité.
2/ La citoyenneté est un principe essentiel qui implique des droits et des devoirs dont chaque citoyen jouit et les exerce conformément à la loi.

Par conséquent, et en vertu du même article susmentionné, l'État assure l'égalité des chances de tous les citoyens. Cette protection constitutionnelle des individus, et plus spécialement celle des minorités religieuses, était mentionnée à l'article 35 de la Constitution de 1973¹⁶ qui garantissait clairement la liberté de croyance, le respect de la totalité des religions, et l'exercice de la liberté de culte dans les limites de l'ordre public. Ceci a été parfaitement bien rappelé à l'article 3 de la Constitution de 2012.

L'Émirat de Transjordanie, auparavant dirigé par une loi organique qui date du 16 avril 1928, a connu sa première Constitution en 1947, date de son indépendance suite au mandat britannique. Devenu le Royaume hachémite de Jordanie, le pays annexa les territoires arabes de Palestine, dont la Cisjordanie. Par conséquent, une nouvelle Constitution fut adoptée en 1952, mais ce bonheur ne persista pas longtemps vu la gravité de la situation régionale et l'afflux des réfugiés palestiniens suite au conflit israélo-palestinien et l'occupation de Jérusalem et de la Cisjordanie par Israël. La vie politique de l'État n'a été rétablie qu'en 1989, et cela suite à la renonciation officielle jordanienne à la rive occidentale du Jourdain.

La Constitution jordanienne¹⁷ va dans le même sens que son homologue syrienne tout en affirmant à l'article 6, l'égalité entre tous les jordaniens devant la loi, sans aucune sorte de discrimination au niveau de la race, de la langue ou même de la religion. Le même article précise également que l'État assure, l'égalité des chances pour l'ensemble de la population jordanienne¹⁸. L'article 14 exige à son tour la conformité des pratiques religieuses à l'ordre public et ceci comme suit :

« L'État protège le libre exercice de toutes les formes de culte ou de rites religieux, conformément aux coutumes observées dans le Royaume, sauf si elles sont contraires à l'ordre public ou aux bonnes mœurs ».

3/ *Les citoyens sont égaux en droits et en devoirs sans discrimination sexuelle, ethnique, linguistique, religieuse et confessionnelle.*

4/ *L'État garantit le principe de la parité des chances entre tous les citoyens ».*

16. Cette Constitution a été adoptée par *référendum* le 12 mars 1973.
17. Cette Constitution a été proclamée le 8 janvier 1952 et a été soumise ultérieurement à plusieurs modifications.
18. Cette Constitution affirme également à l'ensemble des jordaniens leur droit au travail (art. 23), de plus, leur droit de créer des associations (art. 16), ainsi que leur droit d'accès aux fonctions publiques selon les lois en vigueur (art. 22), tout ceci renforce bien évidemment la participation des citoyens à la vie publique de l'État.

Il est important de signaler que la loi électorale de la Jordanie, préserve des quotas spécifiques aux minorités chrétiennes, afin qu'elles soient représentées de manière proportionnelle¹⁹. Il est bien exceptionnel que cette proportion dépasse le poids démographique des chrétiens en Jordanie, ce qui implique une vraie tolérance envers cette minorité religieuse.

D'autre part, l'invasion américaine du territoire irakien en 2003 a remis en cause la question de la protection des minorités religieuses dans ce pays. Les actes de violence ont touché la totalité de la population, et plus spécialement, les chrétiens.

Historiquement, l'Irak était parfaitement reconnu comme étant le berceau des civilisations au Proche-Orient, et la présence chrétienne dans ce milieu, est aussi ancienne que le christianisme lui-même, puisque l'Irak est l'héritier de la Mésopotamie. Donc cette existence chrétienne sur le territoire irakien était à l'origine de la genèse de multiples œuvres littéraires et d'une riche culture intellectuelle et de nombreux ouvrages philosophiques, poétiques et scientifiques...

Les chrétiens de l'Irak, Assyriens et Chaldéens, devenus minorité du pays, suite à de douloureuses vexations de toutes sortes, envahissaient auparavant d'importantes régions comme Baghdâd, Mossoul, Kirkuk, Bassora etc. ; pour couvrir une large proportion de la citoyenneté irakienne toute entière.

La première Constitution irakienne remonte à 1925, au temps de la monarchie qui régnait paisiblement, tout en ayant une dominance sunnite. L'article 6 de cette Constitution a assuré l'égalité des citoyens devant la loi sans distinction de religion, de nationalité ou même de langue.

D'autre part, l'article 13, a bien consacré à son tour le respect de la liberté religieuse et la liberté de conscience tout en ajoutant ce qui suit :

« L'islam est la religion officielle de l'État, et l'accomplissement des rites des diverses sectes islamiques qui existent en Irak, doit être respecté et ne peut subir aucune entrave. La liberté absolue des croyances est assurée à tous les habitants du pays ainsi que la liberté de pratiquer les cultes conformément à leurs coutumes... ».

19. La loi électorale jordanienne qui date de juillet 2001 a porté le nombre de députés élus de 80 à 104, dont 9 sièges totalement réservés aux chrétiens.

Il est important de signaler également qu'une représentation claire des minorités religieuses était bien consacrée dans la loi électorale et l'article 37 de la Constitution qui disposait que :

« Le système électoral s'appliquant aux députés sera fixé par une loi particulière qui assurera le principe du scrutin secret et qui tiendra compte de la représentation équitable des minorités non musulmanes²⁰ ».

La monarchie irakienne²¹ a persisté jusqu'à juillet 1958 date de l'instauration de la République et de l'adoption d'une nouvelle Constitution. Cette dernière a été modifiée en juillet 1970 date de l'apparition du Baas irakien qui est la principale manifestation du mouvement nationaliste arabe en Irak²², et plus précisément Saddam Hussein qui a fini par détenir le pouvoir avec le Conseil de commandement de la Révolution, considéré comme étant la plus haute instance irakienne jouissant de larges pouvoirs suivant la Constitution²³. Suivant l'article 19 de la Constitution, les citoyens irakiens sont tous égaux devant la loi sans discrimination en raison du sexe, de la langue, de l'origine sociale ou même de religion. Plus encore, l'article 25 a prohibé la discrimination raciale et religieuse:

« La liberté des religions et des croyances et celle de l'exercice des rites religieux est garantie, à condition que cela ne contredise pas les dispositions de la Constitution et des lois, ni ne s'oppose aux bonnes mœurs et à l'ordre public ».

L'Irak consacrait, suivant le décret n° 32 promulgué en 1981, la reconnaissance de plusieurs communautés religieuses dont quatre non musulmanes et qui sont : les chrétiens, les sabéens, les juifs et les yezidis. Il revient donc à chacune de ces communautés d'organiser son propre statut personnel, comme il en est le cas des 18 confessions religieuses au Liban, et d'aménager par conséquent, tout ce qui se rattache par exemple au mariage, au divorce, à l'héritage, etc.

En avril 2003, le Chef de l'État irakien Saddam Hussein fut renversé et le pays s'enfonça dans le chamboulement de la guerre, de l'épuration ethnique et de la fragmentation territoriale sur des bases communautaires et religieuses. La majorité chiite en Irak s'est emparée du pouvoir suite à

20. Les chrétiens disposaient de quatre députés : Province de Baghdâd 1, de Mossoul 2 et de Bassorah 1.

21. Jean-Pierre LUIZARD, *La question irakienne*, Paris, Fayard, 2002, p. 36.

22. *Ibid.*, p. 72.

23. Il s'agit des articles suivants : 37- 46 et 57- 60.

l'intervention américaine et ceci après de longues décennies de marginalisation politique²⁴, et désormais les arabes sunnites de l'Irak craignent à leur tour une marginalisation au sein du pays, parfaitement comme il en est le cas pour la minorité chrétienne à l'heure actuelle²⁵.

À l'énoncé de tout cela, il est bien évident qu'une approche unifiée et consolidée de toutes les minorités religieuses en Irak soit totalement absente, puisque les spécificités ethniques et confessionnelles l'emportent sur l'intérêt national et la sécurité publique.

Ainsi les divergences s'accroissent de plus en plus entre chiites et kurdes, qui constituent à leur tour la permanente méfiance du camp sunnite irakien, alors que les chrétiens se voient à l'heure actuelle une parfaite minorité du pays.

Toutefois, cette protection constitutionnelle s'avère inefficace face à la décentralisation voire la fragmentation et la marginalisation de certaines minorités religieuses.

Paragraphe 2. La décentralisation de fait des minorités religieuses

La majorité des États arabes ont émergé suite au démembrement de l'Empire ottoman en 1918 et la décolonisation des mandats français et britannique par la suite. La mentalité coloniale de la France ou même celle de la Grande-Bretagne consistait à diviser ces nouveaux pays, sur lesquels elles exerçaient un mandat, obtenu de la Société des Nations, pour pouvoir régner. Cette logique a accentué l'ethnicité²⁶ au sein de ces États, qui a engendré à son tour des fractures sociales ou communautaires, surtout que le processus de construction nationale est resté fort inachevé. De ce fait, lorsqu'une communauté s'identifie à un territoire, cela peut provoquer par conséquent une partition du pays ou même une décentralisation communautaire à la faveur parfois d'une rivalité ou encore d'un conflit armé. Le printemps arabe n'a pas facilité la résolution du problème, puisque de nettes tendances à la fragmentation interne dans chaque pays se sont clairement bien dessinées.

24. Jean-Pierre LUIZARD, *La question irakienne*, p. 183.

25. Au Parlement irakien, on compte actuellement 5 chrétiens dont le secrétaire général du Mouvement démocratique assyrien.

26. Selon Max WEBER, l'ethnicité est le sentiment de partager une ascendance commune, que ce soit à cause de la langue, des coutumes, de ressemblances physiques ou de l'histoire vécue (objective ou mythologique).

Le Liban constitue un cas parfaitement exceptionnel, vu la consécration constitutionnelle du communautarisme d'une part, et la présence d'une multiplicité de confessions religieuses, d'autre part, étant chacune d'elles minoritaire²⁷. Ces différentes communautés se trouvant sur un seul et même territoire disposent distinctement d'un statut personnel parfaitement propre et d'un quota spécifique de députés au sein du Parlement libanais. Malgré ceci, le compromis entre les différentes minorités religieuses reste assez fragile au Liban²⁸, puisque l'État même demeure bien faible, vu la sacralité du respect de l'équilibre communautaire qui a totalement asphyxié le pays et paralysé ses différentes institutions.

En effet le Liban est considéré comme étant le premier de la région à avoir connu une sorte de fragmentation de son territoire durant les quinze ans de guerre civile (1975 – 1990) mais qui n'a pas pu aboutir à ses fins²⁹.

Le conflit armé a pris fin et la paix s'est rétablie, mais malheureusement la procédure d'entente nationale entre les différentes minorités reste bien négligée et fort inachevée. Les cicatrices causées par cette guerre civile ne sont toujours pas élucidées et risquent de se rouvrir ou de s'exploser à n'importe quel instant, vu les crises politiques permanentes et la diversification des camps au sein du seul et même territoire³⁰.

Cette problématique de division des minorités religieuses est relativement variable selon chaque pays.

-
27. D'après Youssef COURBAGE, la répartition communautaire du Liban en 2005 serait la suivante : 31,5 % de Chiïtes, 29 % de Sunnites, 5,5 % de Druzes, 19,9 % de Maronites, 5,0 % de Grecs orthodoxes, 4,2 % de Grecs catholiques, 3,6 % d'Arméniens et 13 % d'autres chrétiens. Youssef COURBAGE et Emmanuel TODD, *Le rendez-vous des civilisations*, Paris, Seuil, 2007, p. 83.
28. Le Pacte National de 1943 fait du Liban un État arabe d'inspiration chrétienne. Les accords de Taëf en 1989 mettent fin à la guerre civile et créent un nouvel équilibre entre chrétiens et musulmans.
29. On dit souvent du Liban qu'il est trop petit pour être divisé et trop grand pour être avalé. Fabrice BALANCHE, *Atlas du Proche-Orient arabe*, p. 45.
30. À la suite du retrait syrien, les forces politiques libanaises ont constitué 2 alliances : le 8 mars et le 14 mars. La première appelée pro-syrienne comporte le Hezbollah, Amal et le CPL du général Aoun, la seconde est dominée par le Courant du Futur de Saad Hariri, du PSP de Walid Joumblatt, des chrétiens des Forces Libanaises et Phalangistes, qualifiés d'anti-syriens. Depuis, les alliances ont évolué puisque le 8 mars s'est renforcé avec l'arrivée du PSP de Walid Joumblatt.

La Syrie baathiste ressemble à l'Irak de Saddam Hussein vu les minorités qui détiennent le pouvoir, il s'agit d'une part du camp alaouite syrien et d'autre part du camp chiite qui domine la majorité arabe sunnite en Irak³¹.

Les Tcherkesses³² par exemple ne se considèrent pas comme étant une minorité sur le territoire syrien, puisqu'ils sont parfaitement arabisés et musulmans sunnites. Par conséquent, ils appartiennent à la communauté majoritaire, surtout que l'islam sunnite domine en grande partie le territoire syrien et constitue la religion de presque 90 % des arabes³³. Par contre en Jordanie, ils forment un groupement bien sélectionné dans lequel le roi recrute sa garde présidentielle³⁴. Cette fidélité à la monarchie jordanienne leur octroie de vrais privilèges comme celui d'obtenir deux sièges au sein du Parlement. Il en est de même pour les arméniens présents sur le territoire syrien, puisqu'ils sont la seule communauté religieuse du pays à préserver leur propre langue comme support d'enseignement, de la maternelle au lycée et ceci à la différence du turc et du kurde qui sont deux langues parfaitement interdites.

Il est important de savoir que, le régime syrien n'a pas exercé une épuration ethnique farouche à l'égard des deux minorités kurdes et turques comme il en est le cas en Irak au temps de Saddam Hussein, mais il existe en fait des régions bien spécifiques pour ces minorités qui sont laissées dans un état de sous-développement, ce qui signifie nettement une sorte de marginalisation exercée à leur égard, tout en les considérant citoyens de second degré³⁵.

31. Georges CORM, *l'Europe et l'Orient : De la balkanisation à la libanisation, histoire d'une modernité inaccomplie*, Paris, La Découverte, 2002, p. 321.

32. Ces peuples caucasiens musulmans furent chassés par les Russes au milieu du XIX^e siècle vers l'Empire Ottoman. Ils furent installés sur les marges steppiques pour protéger les terres agricoles des attaques bédouines, comme à Amman en Jordanie. Ils constituaient des recrues de qualité pour les armées des autorités mandataires.

33. Fabrice BALANCHE, *Atlas du Proche-Orient arabe*, p. 22.

34. *Ibid.*, p. 46.

35. La politique d'arabisation lancée dans les années 1950 fut intensifiée par le régime Baathiste en 1963 : création d'une ceinture de villages arabes à la frontière turque, interdiction de l'usage de turc et de kurde, retrait de la nationalité syrienne à une partie de la population kurde : « *le bidoun* » ou « sans papiers ». D'après les annonces officielles du Président Bachar el Assad, prises dans la tourmente de la révolte de 2011, tous les « *bidoun* » de Syrie devraient obtenir la nationalité syrienne cette année.

Cette conception est aussitôt inversée en Irak puisque le Kurdistan est totalement indépendant à l'égard du gouvernement de Baghdâd et ceci depuis 1991³⁶. De plus, les nouvelles générations n'arrivent même pas à parler l'arabe, puisque le kurde est devenu la langue d'enseignement depuis presque 20 ans. Ainsi le Kurdistan irakien est devenu une entité parfaitement autonome, puisqu'il possède un parlement qui lui est tout à fait propre et un gouvernement régional bien spécifique appelé le KRG (*The Kurdistan Regional Government*).

À la différence du Liban, l'Irak jouit d'un territoire assez grand et divisible. À première vue, le système fédéral apparaît comme le meilleur choix qu'on pourrait adopter pour rétablir la paix et instaurer la démocratie au sein du pays suite à l'inversion du pouvoir à la faveur des chiïtes ; ainsi les persécutés d'hier deviennent les persécuteurs de demain. Le conflit irakien a mis en relief la théorie de la « *bonne gouvernance* » qui préconise la décentralisation dans le but d'unifier le pays et de promouvoir l'équité au sein de la population tout en réduisant la pauvreté et la discrimination³⁷.

Il est à noter que la décentralisation des communautés religieuses en Irak a forcément facilité la multiplication des sources de pouvoir afin que le pays ne soit plus propice au retour de la dictature, ou même l'exploitation des ressources pétrolières qui donnent à certaines régions des moyens financiers excessivement importants.

Ce scénario de régionalisation irakienne des communautés religieuses risque d'être réitéré en Syrie, ce qui signifie pour les chrétiens une émigration massive vers les régions de concentration chrétienne comme Tartous, Lazkieh, et Wadi el Nassara...

Quant aux alaouites et aux druzes, ils envisagent un rempli dans leur territoire refuge, des milliers de familles alaouites de Damas et Homs sont retournés s'installer dans la région côtière craignant pour leur sécurité dans les zones à majorité sunnite.

Si la Syrie suit le modèle irakien, elle risque de se retrouver morcelée par des territoires communautaires dans les périphéries, druze, alaouite et

36. Après la première Guerre du Golfe de 1991, une zone d'exclusion aérienne qui se situe au Nord de l'Irak a permis aux Kurdes de résister aux attaques de l'armée de Saddam Hussein et de construire un embryon d'État.

37. Derick BRINKERHOFF et Johnson RONALD, « La décentralisation de la gouvernance locale dans les États fragiles : les enseignements tirés du cas irakien », *Revue internationale des sciences administratives*, 2009/4, vol. 75, p. 643 et s.

kurde, où pourront se réfugier les membres de ces communautés chassés par la violence intercommunautaire dans les zones arabes sunnites³⁸.

Par contre, le Royaume hachémite apparaît à première vue comme l'État arabe le plus stable de la région. L'avantage principal de la Jordanie est la réunion de la totalité de la population autour de la monarchie sunnite. Cette stabilité règne sur le territoire jordanien malgré la diversité du peuple sur le plan des communautés : plus de 95 % des citoyens sont sunnites, une minorité chrétienne existe toujours n'excédant pas les 3 % de l'ensemble de la population, et une minorité de Tcherkesses de 0.5 % et quelques milliers de Druzes³⁹.

Pourtant, la Jordanie a bien vécu des vexations suite au problème israélo-palestinien⁴⁰. La Cisjordanie était partie intégrante du royaume jusqu'à 1967, date de son occupation par Israël, en septembre 1970 suite au « *Septembre noir* », les organisations de libération de la Palestine, tentent de renverser le roi Hussein, jugé trop timoré à l'égard d'Israël. Une confrontation a eu lieu entre les palestiniens et l'armée jordanienne faisant des milliers de morts. Après deux semaines, les combattants palestiniens perdants quittent la Jordanie pour le Liban⁴¹. Pour cela, la monarchie hachémite se trouve actuellement secouée entre deux problématiques : l'alliance américano-israélienne d'une part et les aspirations pro-palestiniennes de l'autre, surtout qu'une large majorité de la population est de provenance palestinienne.

Mais l'unité religieuse du royaume et le fait d'être un descendant du Prophète donne au roi une légitimité que les islamistes ont du mal à entamer.

En effet, cette décentralisation des territoires laisse une marge de liberté pour les communautés minoritaires. Les exemples du Liban, de la Syrie et de l'Irak posent la question sur le mode de gouvernement le plus approprié dans le but d'éviter une fragmentation des États du Proche-Orient, et ceci

38. « *Voulez-vous connaître un nouvel Afghanistan ou même des dizaines d'Afghanistan ? La Syrie n'hésitera pas à embraser toute la région. Si l'idée est de diviser la Syrie, cela reviendra à diviser toute la région* », in « Bachar al Assad, défi de la communauté internationale », *Le Monde*, 30 octobre 2011.

39. Fabrice BALANCHE, *Atlas du Proche-Orient arabe*, p. 46.

40. *Ibid.*

41. *Ibid.*

sur des bases confessionnelles selon le processus « à la libanaise » identifié par Georges Corm⁴².

Le découpage territorial d'un État est un choix excessivement difficile à prendre et qui ne doit être utilisé qu'en dernier ressort, puisqu'il entraîne une violence et un large déplacement des citoyens vu leur mixtion et leur fusion dans certaines régions. Ce fait a poussé une grande partie des minorités d'aller à la recherche du soutien à l'étranger pour pouvoir s'imposer sur la scène interne du pays. Pour cela, il serait bien nécessaire de ne pas nier la responsabilité des puissances extérieures dans la situation actuelle du Liban ou même celle de la Syrie ou de l'Irak⁴³.

D'où, il serait probablement temps de penser à une nouvelle problématique de résolution de ce grand dilemme. En veillant sur une diversité équilibrée et apaisée, la laïcité apparaît comme le seul moyen qui rende possible une différence censée neutraliser les tendances radicales et parfaitement néfastes pour le « *vivre ensemble* ». L'abolition du confessionnalisme religieux se retrouve donc avec cette laïcité pour fournir un espace de rencontre et d'enrichissement à toutes les minorités religieuses sans pour autant les coincer dans le malheur du changement démographique et les manipulations politiques.

En conclusion, il paraît évident qu'à l'intérieur de la sphère politique du Liban et de plusieurs pays du Proche-Orient, on peut toujours recenser des tensions et des tiraillements qui trahissent la diversité culturelle et religieuse des citoyens. La survivance du confessionnalisme religieux trouve malheureusement sa raison d'être dans de pareils pays, par l'instrumentalisation de la religion à des fins pratiques de dominance et de maîtrise de la puissance⁴⁴. En fonction du jeu de pouvoir, la sphère politique exerce une diplomatie de falsification et de mutation du cadre culturel et religieux des minorités. Puisque suivant les intérêts de la classe politique, l'on accentue ou l'on apaise les divergences radicales entre les deux camps fondamentaux chrétiens et musulmans de chaque société.

42. Georges CORM, *l'Europe et l'Orient : De la balkanisation à la libanisation, histoire d'une modernité inaccomplie*, p. 350.

43. Marie-Joelle ZAHAR, « Les risques du Nation Building sous influence : le cas de l'Irak et du Liban », *Critique Internationale*, 2005/3, n° 28, p. 153-168.

44. Georges CORM, *A history of the Middle East, from Antiquity to the present day*, Garnet Publishing, 2010, p. 210.

L'interrogation sur la diversité culturelle, raciale, politique, et surtout religieuse constitue à l'heure actuelle, l'une des majeures clés d'interprétation de la société contemporaine. Le printemps arabe, les multiples crises et guerres témoignent toujours de l'augmentation des tendances extrêmes et la radicalisation religieuse négative des positions. Cette dimension culturelle de la diversité, dans son enracinement religieux, devrait composer la manifestation positive de l'enrichissement d'un patrimoine arabe unique dans son genre, occupant une place assez particulière dans le monde tout entier.

Pour cela, la politique constitutionnelle de protection des minorités souffre de carence thématique assez grave qui semble malheureusement devoir se solder par un échec époustouflant. C'est l'absence d'une bonne idéologie non confessionnelle et non politisée, qui va finir par livrer ces pays arabes non seulement à la vacuité mais aussi à l'affrontement et à l'exclusion mutuelle.

En conséquence, et dans le but de veiller sur une diversité équilibrée dans cette région, la laïcité et la suppression du confessionnalisme politique rendent possible une différence censée neutraliser l'indifférence ou même les tendances radicales, gravement néfastes pour le vivre ensemble⁴⁵. Ceci permet de percevoir pour le futur, une transformation de la diversité passive à une diversité active qui tolère la divergence dans toutes ses composantes, notamment culturelle et religieuse des multiples minorités.

45. Michel YOUNES, « Gestion de la diversité culturelle et religieuse : une approche fondamentale », p. 41.

BIBLIOGRAPHIE

BALANCHE Fabrice, *Atlas du Proche-Orient arabe*, Presses de l'Université Paris-Sorbonne et RFI, 2012.

CORM Georges, *A history of the Middle East, from Antiquity to the present day*, Garnet Publishing, 2010.

CORM Georges, *L'Europe et l'Orient : De la balkanisation à la libanisation, histoire d'une modernité inaccomplie*, Paris, La Découverte, 2002.

COURBAGE Youssef et TODD Emmanuel, *Le rendez-vous des civilisations*, Paris, Seuil, 2007.

LUIZARD Jean-Pierre, *La question irakienne*, Paris, Fayard, 2002

MOUBARAK Camille, *La question des minorités*, Beirut, Mia Press, 2002.

Establish the development of mediation on a quality approach

Fonder le développement de la médiation sur une démarche qualité

Michèle Guillaume-Hofnung, Professeure des facultés de droit, Directrice du D.U la Médiation de l'Université Paris 2 Panthéon-Assas, Directrice de l'Institut de Médiation Guillaume-Hofnung, Auteure du « Que-sais-je? » La médiation, 7^e édition, P.U.F, 2015

Abstract

Mediation can bring a lot to social life and economy, but it needs a quality approach. So far mediation suffers from a lack of respect. Mediation has a clear and precise definition that shapes its identity within the complex web of Alternative Dispute Resolution mechanisms. For their interventions' efficiency, mediators should also respect specific deontological principles. As goes the popular saying, "You do your job and I'll do mine".

However in European policies mediation is losing its specificity (and consequently its efficiency) because of their terminological failures.

Paper aims at underlining the necessity of policies that tend to respect its clear terminology from its clear terminology, and also the necessity to preserve the fundamental unity of mediation threatened by the proliferation of sector-specific texts.

Les pays méditerranéens ont tendance à faire confiance au modèle européen ou Nord-américain. En matière de médiation ils auraient tort de le faire. A un moment où les politiques publiques affirment vouloir développer la médiation, il est nécessaire de poser les bases d'une démarche de qualité, pour garantir tant la qualité du processus de médiation que la qualité des médiateurs, évitant ainsi de se lancer dans des expériences approximatives et contre-productives. C'est particulièrement utile pour les pays qui, comme le Liban, ont eu la sagesse d'attendre avant de multiplier les textes en matière de médiation. Ils peuvent ainsi tirer les leçons de l'échec de la médiation dans les pays qui se sont prématurément lancés dans l'encadrement de la médiation sans posséder ni les données qualitatives, ni les données quantitatives indispensables. L'échec se concentre principalement dans le domaine de la médiation dite judiciaire. En France le très officiel rapport de l'Inspection Générale des Services Judiciaires d'avril 2015 sur « Le développement des modes amiables de règlement des différends » diagnostique page 16 « *l'insuccès de la médiation judiciaire* » pourtant instituée par la loi du 8 février 1995.

L'échec est encore plus général, il atteint toute l'Union européenne ainsi qu'en témoigne l'étude lancée par le Parlement européen pour évaluer l'impact de la Directive 2008/52/EC sur certains aspects de la médiation civile et commerciale¹. Cinq ans et demi après son adoption la médiation représente moins de 1 % des affaires dans l'Union européenne !

Il serait dommage de faire comme si le modèle occidental était performant et de le copier avec une confiance naïve.

Devant la multiplication des initiatives vibrionnaires et des textes performatifs, affichant le mot médiation mais se coupant de sa nature

1. STUDY 2014 <[www.europa.eu/RegData/etudes/join/2014/493042/IPOL_JURI_ET\(20014\)493042_EN.pdf](http://www.europa.eu/RegData/etudes/join/2014/493042/IPOL_JURI_ET(20014)493042_EN.pdf)>.

profonde, ontologiquement liée aux Droits de l'Homme² et à l'éthique³, l'urgence d'une démarche qualité garantissant que c'est la médiation et non uniquement le mot qui se développe s'impose plus que jamais.

Les caractéristiques que devrait présenter une démarche qualité en matière de médiation (premier paragraphe) et ses piliers s'énoncent simplement :

- Prendre la médiation au mot, c'est-à-dire la définir en tenant compte de son essence avant de la proclamer. Ne pas le faire revient à ne pas savoir ni ce qu'on fait, ni ce qu'on croit développer, ni ce qu'on finance, ni ce que recouvre le diplôme du médiateur auquel on devrait faire confiance. Croire la « définir » comme une variété de la conciliation ou de la négociation revient à ne pas la définir (deuxième paragraphe).
- Prendre la médiation au sérieux, c'est-à-dire ne pas lui infliger un régime juridique contraire à sa nature. La déontologie du médiateur en constitue un élément important, mais les pouvoirs publics ne doivent pas placer le médiateur dans une situation impossible en coulant la médiation dans le sarcophage d'un régime juridique plus proche de la procédure de conciliation ou d'arbitrage que du processus, ou en l'empêchant d'être tiers impartial, indépendant et sans pouvoir (troisième paragraphe).

Paragraphe 1. Les caractéristiques d'une démarche qualité

A. Coordonnée et donc interministérielle

Sans dimension interministérielle, la médiation risque l'atomisation en régimes juridiques incompatibles entre eux. Sans coordination elle encourt le même risque.

-
2. Sur le lien profond entre la médiation et les Droits de l'Homme : « La médiation vecteur de l'éducation aux Droits de l'Homme », contribution de M. GUILLAUME-HOFNUNG au Rapport national du comité de Liaison de l'ONU pour la décennie de l'éducation aux droits de l'Homme, §103 à 106, La documentation française, 2006. V. aussi pour l'Union européenne : actes du séminaire de Créteil, éd. DIV, 2001, p. 13, p. 69 et p. 128, éd. DIV, 2001, < www.ville.gouv.fr >.
V. aussi pour le Conseil de l'Europe G. Nissim, Président du Comité des Droits de l'Homme de la Conférence des OING du Conseil de l'Europe < www.urbansecurity.be/.../La_mediation_rapport_GN_Conference_juin_112.pdf >. G. NISSIM « Savoir vivre ensemble » in *Les Annonces de la Seine*, jeudi 9 juin 2011, p. 9.
 3. La médiation pour une communication éthique UNESCO SHS/EST/06/ CIB/WG-1/3/2006.

- Interministérielle : La médiation dépasse le cadre d'un Ministère aussi prestigieux soit-il. Seule une démarche coordonnée autour du Premier Ministre par soutien logistique du Secrétariat général du Gouvernement⁴ permettra d'embrasser la médiation dans toute l'ampleur de ses fonctions et d'en respecter l'unité fondamentale. Loin d'y gagner en précision, la médiation perd de son sens lorsqu'on lui accole un adjectif. Elle devient l'auxiliaire de l'adjectif. L'adjectif révèle la préoccupation du Ministère qui pilote le dispositif et assigne à la médiation un objectif qui l'instrumentalise et en réduit les possibilités. Par exemple, lorsque la médiation est pensée uniquement comme un mode alternatif de règlement des conflits, elle risque de devenir un produit « *Destop* » ou « *Cilit bang* » pour désengorger les Tribunaux, ou les services clients dans le domaine de la consommation par exemple. La transposition de la Directive 2013/11. UE en offre un exemple consternant.
- Pour le moins coordonnée : En l'absence de démarche nationale authentiquement interministérielle, il est vital que chaque responsable de secteur pense la médiation dans un esprit ouvert aux autres secteurs. La démarche de la cour d'appel se signale par sa capacité à penser la médiation dans toute sa dimension, qu'on en juge par la variété des acteurs réunis par ce colloque. Elle ouvre la voie au dialogue avec les autres secteurs permettant un bref instant de coordination intellectuelle en l'absence de coordination institutionnelle. Pour cela aussi, je salue sa Première Présidente.

B. Modeste et lucide

La modestie consiste à ne pas se croire ni médiateur naturel, ni expert naturel en médiation par simple extension de son champ d'expertise originelle. Les éléments de la chaîne législative ou réglementaire, les décideurs nationaux, locaux, les prescripteurs de médiation, les promoteurs de dispositifs de médiation ne détiennent pas une de leur compétence initiale, une compétence innée pour la médiation. Modestie aussi d'un secteur de médiation à l'égard d'un autre secteur d'exercice de la médiation. Un médiateur « judiciaire » serait-il plus médiateur qu'une médiatrice sociale interculturelle⁵, œuvrant au quotidien et sur le terrain, à tisser le

4. Sur la coordination interministérielle et ses difficultés V. R. DRAGO, *Science administrative*, Les cours de droit, Paris, 1977 ; voir aussi Jacques FOURNIER, *Le travail gouvernemental*, Presses de la Fondation nationale des sciences politiques et Dalloz, Paris, 1987.

5. Collectif, *La médiation au cœur de l'interculturel*, Les Cahiers de l'Orient, n° 114, printemps 2014.

vivre ensemble par la médiation de cohésion sociale⁶ ? Tous les médiateurs doivent pouvoir dialoguer pour contribuer à la démarche qualité sans exclure un secteur estimé moins noble. La médiation est un processus d'inclusion qui ne peut fonctionner sur l'exclusion arrogante entre médiateurs.

La lucidité doit accompagner la bonne volonté, car la seule bonne volonté nourrit les pires dérives. Le besoin de médiation est immense, pour autant, toute réponse proposée pour y répondre n'est pas nécessairement de la médiation.

Satisfaire le besoin de régler les litiges sans passer par le Juge n'est pas en soi de la médiation. Cela peut être de la conciliation, on peut même dire qu'en l'état actuel des choses c'est le cas le plus fréquent, malgré l'utilisation trompeuse du mot médiation. La modestie va de pair avec le doute et pourrait conduire à envisager une révision terminologique salubre. Il n'y aurait aucun déshonneur à profiter de la prise de conscience de plus en plus répandue selon laquelle le mot médiation a été mal utilisé pour reconnaître que certains textes ont été adoptés à une période où on se souciait peu de terminologie, où l'affirmation « *peu importe le mot, ce qui compte c'est de faire* » l'emportait dans de milieux professionnels épris de « *pragmatisme* ». Le pragmatisme, lorsqu'il vire au dogme, nourrit l'aveuglement. Le primat de l'urgence pratique sur celui de l'urgence théorique correspond plus à de la négligence qu'à du réalisme. C'est le cas de la loi du 4 janvier 1993 instituant ce qu'il lui a plu d'appeler la médiation pénale⁷. Les « *médiateurs* » que des textes mal informés ont « *paré* » de ce titre sans qu'ils le demandent, alors que ces textes leur confèrent toutes les caractéristiques du conciliateur, auraient tout à gagner à retrouver l'authenticité d'une mission dont Voltaire louait la grandeur. Il y aurait aussi de la lucidité à reconnaître que satisfaire le besoin d'améliorer une relation trop verticale n'est pas en soi de la médiation. En disparaissant, le terme Médiateur de la République, devrait libérer la révision terminologique qu'elle bloquait. De nombreux médiateurs du service public pourraient accéder à leur vraie nature qui tiendrait compte des textes qui les instituent et leur confie une mission de conciliation ou de régulation, mais pas de médiation et du fait qu'ils ne sont ou pas tiers, ou qu'ils ont du pouvoir, alors que le médiateur se définit comme un tiers sans pouvoir.

6. Voir l'audition remarquée de Madame Adolé ANKRAH directrice de Femme Inter Association et Inter Service Migrants FIA-ISM devant la commission MAGENDIE (p. 68).

7. M. GUILLAUME-HOFNUNG, « La médiation pénale, une justice du pauvre ? », *Les annonces de la Seine*, n° 20-1996.

La prise de conscience relative au déficit terminologique qui mine le développement de la médiation est un point majeur et encourageant des dernières années mais peu de responsables en tirent les conséquences.

Déjà le rapport Floch et le rapport Magendie⁸, faisant leurs mon explication de l'échec de la médiation judiciaire, avaient reconnu que la loi du 8 février 1995 pêchait par absence de distinction entre le terme médiation et conciliation. Plus récemment, l'étude du Conseil d'Etat adoptée par l'Assemblée générale plénière du 29 juillet, rompait avec l'approximation terminologique de son étude de 1993 que trahissait sa propre expression « médiation- conciliation⁹ ».

Faute de relais interministériel permettant de profiter de ce constat, le législateur a continué à propager le terme médiation là où le terme conciliation aurait dû s'imposer. Les institutions nationales et européennes ont continué aux antipodes d'une démarche qualité, à ancrer, labelliser des contrefaçons et par un effet boule de neige, à aggraver la défaillance terminologique qui nuit au développement authentique de la médiation.

Puisque pour l'instant les pouvoirs publics ne tirent pas les conséquences de la prise de conscience de plus en plus encourageante du déficit terminologique, il revient aux connaisseurs de la médiation de préconiser un moratoire. Il nous revient d'encourager à ne recourir au terme médiation que lorsque le projet ou la proposition ou le dispositif repose sur une définition qui définit (voir infra II.). Il en irait ainsi par exemple de la plupart des textes de transposition des directives de l'Union Européenne. Les pays de l'Union Européenne vont à la médiation comme un seul homme, avec un bel engouement, mais en réalité avec chacun sa définition de la médiation, le plus souvent synonyme de négociation, de conciliation ou d'arbitrage et donc finalement sans savoir ce qu'est la médiation. Les quelques textes qui semblent la définir manquent de rigueur. L'article 3 de la directive du 21 mai 2008 illustre crûment la faiblesse constitutive de la démarche européenne.

-
8. P. 15 du rapport n° 3696 de la délégation pour l'Union Européenne de l'Assemblée nationale « La médiation, un nouvel espace de justice en Europe » présenté en février 2007 ; le rapport « Célérité et qualité de la justice, la médiation une autre voie » issu du groupe de travail sur la médiation, installé par le Premier Président de la cour d'appel de Paris le 11 février 2008 p. 51 et s. « La médiation judiciaire connaîtrait en France un développement plus lent que celui espéré. Comment l'expliquer » ; et p. 18 et s. « La médiation familiale – deux ou trois choses que je sais d'elle ».
 9. *Régler autrement les conflits*, Les études du Conseil d'État, La Documentation française, 1993, p. 29, 31, 39...

Cet article qui tente de définir la médiation sape lui-même cette ambition par la formule « *quel que soit la dénomination qu'on lui donne* ». Le bon côté des choses c'est que les directives de l'UE ne définissant ni la médiation ni les médiateurs, en nous laissant sans repère terminologique, nous laissent libres de préférer le terme conciliation et conciliateur. Nous pourrions poser une présomption terminologique de conciliation à charge pour les projets de textes qui voudraient utiliser le terme de médiation de prouver la différence de nature par rapport à la conciliation. En utilisant le terme conciliation, la France renouerait avec son génie juridique qui lui a assuré le rayonnement international qu'elle perd en se mettant à la remorque de l'édredon terminologique anglo-saxon.

Scientifique, ne cédant pas à la tentation de normalisation prématurée : La seule urgence en matière de médiation demeure l'observation pour la préserver d'interventions textuelles prématurées ou de mises en place de dispositifs. La création d'un observatoire général de la médiation¹⁰ est la seule urgence en matière de médiation. A condition bien sûr qu'on ne le charge que de rassembler les données indispensables, et qu'on n'en fasse pas une autorité administrative indépendante chargée d'élaborer des normes. Un observatoire ça observe.

L'adoption de textes ou des dispositifs installés sur des bases terminologiquement fragiles crée une illusion d'action. Elle crée du contrôle, sans créer de la garantie. Elle crée du carcan mais pas du cadre. Elle crée de la reconnaissance en trompe-l'œil. Quelle est la valeur d'une liste de médiateurs en l'absence de définition du médiateur, ou ce qui est pareil une « *définition* » qui pourrait tout aussi bien convenir pour désigner un conciliateur ou un expert ? Quelle est la valeur du diplôme national pensé sans fondement interministériel et sans définition de la médiation ni assez précise pour la distinguer de la conciliation ni assez large pour tenir compte des quatre fonctions (fonction de création ou de recréation de la communication, fonction de prévention ou de règlement des conflits), qui, là encore la distinguent des simples MARC. La course aux accréditations sectorielles et aspirant pourtant à l'hégémonie, la course aux démarches normatives prématurées en matière de formation n'augure rien de bon. La formation à la médiation ne peut s'aborder Ministère par Ministère, secteur

10. Dont j'avais demandé la création en 2000, dans ma présentation du pré-projet de recommandation sur la médiation sociale en Europe in actes du séminaire de Créteil, p. 80. Ainsi que lors de mon audition du 13 décembre 2006 devant la Délégation pour l'Union Européenne de l'Assemblée nationale.

par secteur. Toute démarche qualité nous ramène au précepte fondamental : « *bien nommer pour bien faire*¹¹ ».

Paragraphe 2. Prendre la médiation au mot

Il y a une grande ironie à constater que la médiation, qui place le sens des mots au cœur de son processus et accorde aux mots de chaque médié une égale dignité, pâtisse d'une telle désinvolture terminologique dans les politiques publiques. La première étape de la démarche qualité consiste à préciser le sens du mot « médiation » pour que les actions qui s'y réfèrent aient du sens, c'est à dire à la fois une signification et une direction.

A. Définir la médiation

C'est à dire l'identifier grâce à des caractéristiques si spécifiques qu'elles permettent de la reconnaître, (des critères) et donc de la distinguer de termes proches. L'efficacité pratique de la médiation requiert une définition d'autant plus rigoureuse qu'on trouve encore des écrits affirmant que la médiation n'est qu'une variété de la conciliation (ou qu'elle est une négociation assistée), affirmations hélas justifiées par le droit positif de nombreux systèmes. Ce ne sont pas mes collègues qui se trompent en affirmant l'équivalence entre médiation et conciliation, ils prennent strictement acte de ce que les textes affirment. Ces textes gagneraient en cohérence et en précision en utilisant le terme négociation, ou conciliation comme locution principale et en cherchant un adjectif qualificatif traduisant l'équivalent de ce qu'ils entendent exprimer par l'usage du mot médiation.

La définition de la médiation doit traduire son identité, qui elle-même exprime sa nature profonde, son originalité, son A.D.N.

B. Garantir son identité

L'identité de la médiation se perçoit à travers sa généalogie et les raisons de l'émergence de son avatar contemporain dans les années 1980¹². Sa raison d'être spécifique n'était pas la résolution amiable des conflits, sinon la conciliation, ou la négociation, ou même l'arbitrage aurait suffi.

11. F. VERT, « Les sept enseignements de la Commission Magendie », site du Centre de médiation et d'arbitrage de Paris, janvier 2010.

12. J.F. SIX, *Le temps des médiateurs*, Le Seuil, 1990 ; F. Ben Mrad, *Sociologie des pratiques de médiation*, L'Harmattan, 2002 ; F. Ben MRAD, *Penser la médiation*, L'Harmattan, Paris, 2008.

Elle correspond à une poussée démocratique¹³, accompagnant un choc en retour répondant aux empiétements de l'État Providence, dans de nombreux domaines, sur les initiatives et la responsabilité de la société civile.

L'essence démocratique et éthique de la médiation se perçoit à travers le projet proclamé de ses pionniers. L'idée de favoriser une communication authentique, loyale et responsable dans le respect de l'égalité des partenaires a constitué le moteur qui a fait surgir la médiation des acteurs souvent modestes de la société civile.

C. Affermir son autonomie

La construction du statut épistémologique de la médiation passe par la prise de conscience que la médiation est un concept, là où la négociation, la conciliation ou l'arbitrage, ne sont que des notions¹⁴. On mesure ainsi mieux l'impossibilité de ne voir dans la médiation qu'une sous-catégorie de la négociation ou une variété de conciliation. Pour sortir du strict cadre hexagonal, la querelle sur la question de savoir si la médiation appartient au champ du *conflict management* ou du *conflict solving* ne tient pas compte de son autonomie. Le processus de médiation a une finalité ontologique, qui fait partie intégrante de sa définition et en assure la spécificité, c'est un processus de communication éthique. Si elle contribue à gérer ou à résoudre, c'est une heureuse conséquence mais cela ne la définit pas.

D. Garantir son unité fondamentale

Si la médiation changeait de définition en changeant de secteur d'exercice cela équivaldrait à un changement de nature. Elle ne serait plus la médiation. Par cohérence, le changement de nature devrait nécessairement s'accompagner d'un changement d'appellation. Le flottement terminologique incohérent est pourtant ce qui s'opère lorsque chaque secteur cherche à définir la médiation au prisme de ses objectifs sectoriels judiciaires, sociaux, familiaux, médicaux, commerciaux, internationaux. Comme cela a été souligné plus haut, la médiation y perd son autonomie pour devenir un instrument de l'objectif sectoriel et s'assimiler à l'outil dominant dans le secteur. Par exemple la « *médiation judiciaire* » est assimilée à la conciliation,

13. M. GUILLAUME-HOFNUNG « médiation et éthique » in Communication publique, septembre 2009 ; J. Faget, *Médiations, les ateliers silencieux de la démocratie*, Erès, 2010.

14. F.P BENOIT, « Notions et concepts, instruments de connaissance juridique. Les leçons de la philosophie du droit de Hegel », in *Mélanges en l'honneur du professeur Gustave Peiser*, Presses Universitaires de Grenoble, 1995, p. 23-38.

la « *médiation internationale* » est assimilée à la négociation tout en continuant à s'appeler médiation.

L'éventuelle spécificité d'un secteur pose impitoyablement la question de l'éventuel changement de nature si la spécificité dépasse un certain degré. On devrait s'interroger sur l'expression « *médiation judiciaire* » qui accrédite l'idée qu'elle serait de nature différente de la médiation conventionnelle. Croyance qui pourrait conduire à lui donner un régime juridique s'éloignant de plus en plus du régime juridique naturel de la médiation : le régime conventionnel. Comme fort heureusement la médiation « judiciaire » n'est pas obligatoire, elle repose donc sur l'accord de volonté des médiés. Elle est donc conventionnelle. L'expression adaptée serait médiation à aiguillage judiciaire. La question du changement de nature pose de manière non moins impitoyable celle du changement d'appellation. Peut-on continuer à appeler médiation ce qui n'en présente plus tous les critères, et donc n'en a plus la nature ? Compte tenu de tout ce que peut apporter la médiation il serait temps de la prendre au sérieux.

Paragraphe 3. Prendre la médiation au sérieux

Il n'existe guère d'exemple de ce que pourrait être une démarche qualité. On citera les travaux du Conseil National Consultatif de la Médiation Familiale, même si les pouvoirs publics les ont utilisés avec désinvolture, notamment pour la construction du diplôme, et si aujourd'hui ils les perdent de vue en envisageant de rendre la médiation obligatoire¹⁵. L'injonction paradoxale rend fou, l'injonction d'être obligatoirement libre d'aller en médiation la tuerait. La fable de La Fontaine « *L'Ours et le Jardinier* » nous enseigne que des amis bien intentionnés peuvent vous tuer en voulant vous protéger.

A. Lui assurer un régime juridique correspondant à sa nature

Au stade où en est le développement de la médiation contemporaine, c'est à dire à ses débuts, n'est-il pas vital d'initier les décideurs publics et

15. Sous la présidence de Monique Sassier, la démarche du Conseil National Consultatif de la médiation familiale mérite l'attention. Il a consacré ses premières séances à définir la médiation afin de savoir ce qu'il faisait. La définition conditionnait le reste des travaux. Par respect pour l'unité fondamentale de la médiation il a choisi de transposer l'essentiel de la définition de la médiation sociale, adoptée sous ma coordination (actes du séminaire de Créteil), deux ans plus tôt à Créteil. Les Fiches du Conseil National Consultatif de la médiation familiale < www.unaf.fr >.

privés à ce qu'elle est, avant qu'ils ne légifèrent ou tentent de l'instaurer et de l'organiser ? La médiation est fragile car convoitée pour des raisons souvent contradictoires. Les responsables économiques, politiques, nationaux, locaux et européens ont-ils la même médiation en tête lorsqu'ils en parlent ? Pire, est-on sûr que ce ne soit pas en réalité de la conciliation ou de la régulation ou du traitement massif de réclamations ? Chacun s'en fait sa propre idée, mais faute de formation, ils ne perçoivent même pas qu'ils confondent médiation, conciliation et arbitrage. Ils dotent ainsi la médiation d'un régime juridique inadapté et placent les médiateurs dans l'incapacité de mettre en œuvre un authentique processus de médiation, en particulier parce que le plus souvent ils ne les placent pas en position de tiers, vraiment extérieur. C'est pourquoi le Code National de Déontologie des médiateurs prévoit dans son préambule que son contenu concerne non seulement les médiateurs mais tous les partenaires de la filière qualité de la médiation. Le régime juridique respectueux de la médiation est un régime de souplesse et de liberté. La médiation ne saurait être obligatoire, elle ne saurait se prêter aux principes de la procédure. La règle du contradictoire s'oppose à la confidentialité sans laquelle la médiation ne se fera pas. Lorsque les textes abordent la médiation, ils la mettent en procédure comme on la mettrait en bière. Midas figeait tout ce qu'il touchait en or. Prenons garde, nous les juristes, à ne pas transformer la médiation en procédure. Nous risquerions de nous retrouver avec des oreilles d'âne. Prenons garde d'oublier que la médiation a surgi de la société civile bien avant que les juristes ne s'y intéressent. Elle résulte de l'action modeste et patiente d'acteurs faisant acte de citoyenneté pour faire des brèches dans ce qui mine le lien social et établir des passerelles¹⁶. Les premiers médiateurs ont été d'humbles passeurs de compréhension. Prenons garde d'aligner le droit commun sur le régime juridique de l'exception, c'est à dire la médiation judiciaire. Pour information il y a deux fois plus de médiations hors champ judiciaire que de médiations familiales-judiciaires.

B. S'appuyer sur une formation, préalable, spécifique et continue

La médiation est un art difficile qu'on ne peut exercer ou enseigner sans formation préalable. Pour que la formation constitue une garantie fondamentale, elle doit répondre à des critères essentiels, et pour commencer

16. « Brèche », *Droit de l'Homme et Solidarité (DHS)* 1986, n° 40-42.

à être une formation, de plus elle doit porter sur la médiation et rien que la médiation¹⁷.

- Primordiale : Primordiale, aux deux sens du terme, de première importance et qui doit venir en premier chronologiquement. Elle constitue la première marche de la garantie. La médiation est appelée à jouer un rôle majeur dans les politiques publiques.

Mais cette capacité est conditionnée par le sérieux dont les responsables tant publics que privés, nationaux ou locaux, feront preuve à son égard, en se dégageant tant du syndrome de Monsieur Jourdain qui leur fait penser qu'ils ont toujours fait de la médiation sans le savoir que du syndrome du médiateur naturel qui atteint parfois certains détenteurs de mandats ou de pouvoir. Elle est aussi un signe du sérieux accordé à la médiation et au respect accordé aux médiateurs. On ne devrait pas pouvoir envisager de nommer des médiateurs de quelque niveau que ce soit, sans leur assurer une formation. Il en va de leur légitimité et de la garantie des publics auprès desquels ils vont exercer.

Ce précepte de bon sens ne reçoit pourtant pas une application systématique. Trop souvent encore, tout se passe comme si l'acte de nomination conférait la connaissance infuse pour exercer la fonction de médiateur. Les médiateurs vivent le simple fait de se voir proposer une formation comme une marque de respect d'eux-mêmes, de la fonction et des futurs destinataires de leurs interventions. Ils abordent leur fonction avec une meilleure confiance, or ils sont souvent « *jetés dans la fosse aux lions* » sans préparation.

- La formation des médiateurs doit être une formation : Dans un domaine très proche de la médiation, celui de l'éthique et celui des Droits de l'Homme, le choix entre les termes formation, éducation, enseignement a fait l'objet de réflexions soigneuses. Il conviendrait de ne pas se contenter d'un vernis posé en quelques jours sur une base professionnelle antérieure non décapée pour attribuer le terme formation.
- La formation des médiateurs doit être une formation à la médiation : Cette apparente lapalissade est hélas nécessaire : nombreux sont les programmes présentés comme des programmes de « formations à la médiation » dans lesquels on cherchera en vain le mot médiation¹⁸. Seule la médiation peut fonder l'identité professionnelle du médiateur et la

17. *Les Annonces de la Seine*, 11 mai 2009, p. 12 et s.

18. M. GUILLAUME-HOFNUNG, « La formation des médiateurs », *Informations sociales*, 2013, n° 170.

construction d'un cœur de métier. Médiation et non pas médiations : Une spécialisation ne se conçoit qu'après l'acquisition des bases communes. L'important est de se former à la médiation dans son unité fondamentale. Les spécialisations prématurées ou trop sophistiquées ou trop lourdes font perdre de vue l'essentiel : le sens et l'essence de la médiation. L'expertise primaire revient au galop surtout lorsque le médiateur croit tirer sa légitimité de sa spécialisation antérieure (juriste, expert, médecin). La spécialisation prépare mal à la réalité du terrain, toujours complexe, c'est-à-dire relevant pour partie par exemple d'éléments techniques mais en même temps psychologiques.

Elle doit respecter des principes d'organisation : Il ne s'agit pas de figer la réflexion en présentant un programme idéal indiscutable. Signalons cependant que, lors de ses travaux, le Conseil National Consultatif de la médiation Familiale avait pris comme modèle de tronc commun le diplôme « la médiation » créé en 2001 au Centre de Formation Permanente de l'Université de Paris. Ce programme de 180 heures comporte un socle théorique solide inculquant les principes fondamentaux de la médiation.

Il doit présenter, analyser et justifier la définition de la médiation adoptée comme référence par l'équipe pédagogique. Une formation à la médiation doit former au processus de médiation, qui repose sur l'autonomie et la responsabilité des médiés. Il s'agit essentiellement d'un processus de communication éthique dont la puissance vient du non-pouvoir du médiateur. Le médiateur procède par entretiens confidentiels au cours desquels il met en œuvre son écoute active, reformule et facilite l'émergence de solutions qui respectent la volonté des médiés. Le médiateur apprend à poser le cadre de la médiation, du respect de l'ordre public et de celui des droits fondamentaux. Le médiateur acquiert par la formation la capacité de construire sa posture de tiers et de la préserver tout au long de la médiation. Il apprend à agir sans pouvoir et avec la seule autorité que lui confèrent ceux qui lui font confiance. Il doit apprendre à respecter en toutes circonstances la confidentialité qui justifie la confiance sans laquelle il n'y a pas de médiation. L'assimilation de sa déontologie spécifique fait partie des principes fondamentaux.

Un axe sociologique : Il repose sur une analyse de nos sociétés et des divers secteurs d'implantation de la médiation. Il permet d'évaluer les besoins de médiation, les difficultés auxquelles son développement peut se heurter. Il présente les stratégies d'accueil, ou de confiscation ou de sabotage des divers acteurs privés et publics.

Un axe psychologique : Le médiateur est une figure innovante qui ne peut reproduire les figures des régulateurs traditionnels des sociétés occidentales, africaines orientales, ou asiatiques. Il doit rompre avec les figures d'autorités qu'étaient le curé, l'instituteur, le chef de la palabre, le *qadi*, le *dirwan*, le Juge de paix. Il doit donc apprendre à être et à rester tiers sans pouvoir, il doit apprendre à rechercher l'impartialité. Il doit savoir écouter. Pour tout cela, il doit travailler sur lui-même et posséder quelques rudiments de psychologie afin d'éviter les pièges que consciemment ou inconsciemment les médiés vont lui tendre.

Un axe juridique : Il faut résister à l'hypertrophie de l'enseignement juridique en médiation, mais il ne faut pas éluder le rôle fondamental du droit. Trop de connaissances juridiques rendraient la neutralité difficile et conduiraient à une posture de conseil voire d'expertise. Elles nuiraient à l'écoute. Le futur médiateur doit essentiellement connaître les règles d'ordre public, la hiérarchie des règles de droit, afin de ne pas contribuer à des atteintes aux droits fondamentaux. Il doit aussi connaître quelques grands principes procéduraux pour que les médiés ne laissent pas, à cause de lui, passer les délais pour agir en justice. Le médiateur doit savoir passer le relais aux professionnels du droit dont l'avocat.

Un axe pratique : Un enseignement didactique ne saurait suffire. Il faut trouver un équilibre vivant avec les partages de pratiques sans tomber dans un apprentissage de recettes. Les jeux de rôles dans lesquels les apprentis médiateurs sont placés dans des situations aussi proches que possible des situations vécues par les enseignants qui apportent le cas pratique donnent de bons résultats.

L'avenir de la médiation dépend encore et toujours en grande partie de la formation et de l'information de ceux qui peuvent soit la faire vivre, soit l'atrophier voire la tuer. L'atrophier par des formations sectorielles, à court terme concurrentes (médiation familiale contre médiation sociale par exemple). La tuer par des entraînements se parant du titre de formation, ou par des approches la noyant dans la nébuleuse des MARC. Pour la faire vivre, il faut la respecter, dans son unité fondamentale, dans la plénitude de ses quatre fonctions et dans sa liberté. Il est urgent d'attendre pour ne pas altérer sa nature de liberté publique.

A ce stade il s'agit moins d'innover que de capitaliser, on ne peut prétendre inventer l'eau chaude tous les jours et nourrir une improvisation coupée du travail des prédécesseurs.

BIBLIOGRAPHIE

- BEN MRAD F., *Sociologie des pratiques de médiation*, L'Harmattan, 2002.
- BEN MRAD F., *Penser la médiation*, L'Harmattan, Paris, 2008.
- BENOIT F. P., « Notions et concepts, instruments de connaissance juridique. Les leçons de la philosophie du droit de Hegel », in *Mélanges en l'honneur du professeur Gustave Peiser*, Presses Universitaires de Grenoble, 1995, p. 23-38.
- Collectif, *La médiation au cœur de l'interculturel*, Les Cahiers de l'Orient, n° 114, printemps 2014.
- DRAGO V. R., *Science administrative*, Les cours de droit, Paris, 1977.
- FAGET J., *Médiations, les ateliers silencieux de la démocratie*, Erès, 2010.
- FOURNIER Jacques, *Le travail gouvernemental*, Presses de la Fondation nationale des sciences politiques et Dalloz, Paris, 1987.
- GUILLAUME-HOFNUNG M., « La formation des médiateurs », *Informations sociales*, 2013, n° 170.
- GUILLAUME-HOFNUNG M., « La médiation pénale, une justice du pauvre ? », *Les annonces de la Seime*, n° 20-1996.
- SIX J.F., *Le temps des médiateurs*, Le Seuil, 1990.
- VERT F., « Les sept enseignements de la Commission Magendie », site du Centre de médiation et d'arbitrage de Paris, janvier 2010.

The law in the anarchist schools of thought

Le droit dans les courants anarchistes

*Nicolas Eil Tabet, Chargé de travaux dirigés à la Faculté de Droit de l'USEK,
Doctorant à l'Université Pierre-Mendès France-Grenoble*

Abstract

According to the perception of anarchists, the state is illegitimate because it uses the law in order to dominate, that's why it becomes the direct expression of state power and the symbol of the oppression of individual liberties. However, the legal thought of Pierre-Joseph Proudhon, also known as "*The father of anarchy*" should not be associated with the idea of disorder. Against the state law embodied in the law, Proudhon's vision constitutes a key element to our study in order to propose an understanding of how law enforcement in a stateless society could be legitimate and what the optimal substance of law without the state might be.

Anarchie et anarchisme sont deux termes construits à partir de la notion grecque d'*arkhè* qui veut dire principe premier, dans un sens philosophique, et principe de commandement, dans un sens politique¹.

1. Julien FREUND, « Anarchisme, politique et droit », in *Politique et impolitique*, Paris, Sirey, 1987, p. 211-226.

Précédée d'un « a » privatif, la notion d'anarchie renvoie plutôt à l'absence d'ordre, que celui-ci soit politique ou philosophique. Le terme d'anarchisme désigne quant à lui plutôt une conception politique qui refuse tout principe de commandement et en particulier tout principe de commandement étatique.

On peut ainsi distinguer trois niveaux de sens de l'anarchisme. Il peut y avoir un premier niveau qui est philosophique. Ainsi, Daniel Colson définit l'anarchisme à partir d'une anarchie de l'être en reprenant une citation des philosophes Gilles Deleuze et Félix Guattari : « *l'anarchie, cette étrange unité qui ne se dit que du multiple*² ». Pour notre part, nous pouvons proposer une définition de l'anarchisme impliquant le refus de toute fondation de la connaissance ou de l'ordre social sur un principe premier, que celui-ci soit Dieu ou même la nature. On peut distinguer un second niveau de sens qui est politique : l'anarchisme est le refus de toute organisation sociale hiérarchisée que cette organisation soit politique ou économique. Enfin, un troisième sens peut être qualifié d'éthique : l'anarchisme est un style de vie qui repose sur l'affirmation de sa propre individualité.

L'anarchisme noue une forte alliance à ce qui s'est manifesté comme résistance radicale durant les siècles. Pendant le dix-neuvième siècle, il apparaît surtout comme un mouvement ouvrier sous l'influence prépondérante d'un socialisme utopique. Il finit par disparaître comme véritable mouvement ouvrier pour se métamorphoser dans les années soixante et soixante-dix. Il emprunte alors de nouveaux éléments et s'enrichit à travers les pensées féministe et écologiste. Cependant, il émergea de nouveau, et entra en action sur tout terrain fertile et propice.

C'est à Pierre-Joseph Proudhon (1809-1865) que revient indiscutablement le mérite d'avoir, le premier, posé en théorie et en pratique des concepts anti-autoritaires. Il peut être considéré de ce fait, bien plus que ceux qui l'avaient précédé sur cette voie, comme étant le véritable « père » de l'anarchisme.

Nombreuses sont les critiques à l'égard du courant anarchiste libertaire (que ce soit avec la rigidité de Proudhon, la curiosité de Bakounine ou l'ouverture de Kropotkine).

À partir de Proudhon - c'est-à-dire dès les premiers moments de la pensée anarchiste en France, se manifeste une hostilité certaine d'une partie

2. Daniel COLSON, « Gilles Deleuze et Felix Guattari : Territoires et devenirs », *Revue de philosophie et de sciences humaines*, vol. 20, 2007.

du milieu révolutionnaire envers son expression créatrice. Il s'agit pour l'essentiel du courant collectiviste toujours en compétition et en conflit avec le courant individualiste. Si c'est à Proudhon que Zola sent le besoin de s'en prendre, ce n'est pas par hasard. Car Proudhon nie catégoriquement la validité de l'idée de chef-d'œuvre et prône un art collectif, un art de la communauté dans lequel l'apport individuel pâlit et la fonction sociale domine. Zola prend nettement position contre les vues du philosophe, et déclare en des termes quelque peu brutaux : « *Votre communauté et votre égalité nous écoeuvent, [...] Nous ne sommes au service de personne, et nous refusons d'entrer au votre*³ ».

De plus, Proudhon émit des vues concernant le phénomène de l'État, surtout quant à sa théorie de formation en affirmant avec force et déterminisme constant que :

« *Rousseau n'a rien compris du Contrat social, [...] Ce n'est pas l'accord du citoyen avec le gouvernement mais l'accord de l'homme avec l'homme, accord duquel doit résulter ce que nous appelons la société*⁴ ».

À ce niveau, Bakounine lui prête main forte en affirmant à son tour que « *les conséquences du contrat social sont en effet funestes* » et que « *l'État n'est point un produit immédiat de la nature*⁵ ».

L'anarchisme appelle à la subversion, parce qu'il se concentre sur le changement de l'environnement sociétal existant. En ce sens, il est réformiste mais avec une trame radicale. En effet, la subversion a deux côtés : détrôner la vieille situation et, dans le même temps, créer une situation neuve. Peut-on le faire sans réflexion du rapport au droit ? La réponse serait certes négative car deux autres problématiques s'imposent : quelle serait la perception des normes selon le courant anarchiste ? Serait-il prôneur d'une absence totale de loi ?

Les critiques ne tardent pas à rappeler que Proudhon dénonçait l'arbitraire des lois en protestant « *contre tout ordre qu'il plaira à un pouvoir de prétendue nécessité d'imposer à mon libre arbitre*⁶ ». Une telle assertion

3. Vittorio FRIGERIO, *Emile Zola au pays de l'anarchie*, ELLUG, 2006, p. 10.

4. Pierre-Joseph PROUDHON, *De la justice dans la Révolution et dans l'Église*, Garnier frères, 1858, t.1, p. 56 à 64.

5. Thom HOLTERMAN, *L'Anarchisme c'est réglé*, éditions Atelier de création libertaire, 2013. V. également, *La Revue du Monde Libertaire*, p. 119 et 120.

6. Pierre-Joseph PROUDHON, *Idée générale de la révolution au XIX^e siècle*, Garnier frères, Paris, 1851, p. 149.

confirme évidemment l'opinion de ceux comme Freund et Carbonnier, pour qui l'anarchie parce qu'elle est « *dépourvue de toute contrainte*⁷ », n'est qu'un vide juridique, une « *a-nomie*⁸ ». De ce fait, se pose alors un troisième doute : comment rendre justice dans une société dépourvue de contrainte et baignant dans un vide juridique ?

Dans une école de pensée qui mérite d'être citée à part, et loin de l'imagerie romantique de l'anarchisme violent (Bakoumine, Kropotkine), Proudhon est un théoricien qui dénonce le principe d'autorité au nom de la liberté (individuelle et sociale).

Dès le premier mémoire, il annonce ainsi qu'en dépit de son attachment à l'ordre, il est « *de toute la force du terme, anarchiste*⁹ ».

L'antinomie entre l'ordre et l'anarchie, dont il s'excuse presque, ne doit pas égarer, car ce n'est pas l'ordre en tant que tel que dénonce l'anarchie, mais uniquement son acception politique imposée par l'État.

Du fait des préjugés liés à l'anarchie, on pourrait s'attendre à ce que, la destruction de l'État se prolongeant dans celle de la loi, Proudhon ne cherche pas à la remplacer par une autre norme, au nom de la liberté individuelle. Il admet pourtant que la société ne peut se passer des règles.

Afin de répondre aux trois problématiques posées ci-dessus, nous développerons nos constats selon le plan suivant : dans un premier paragraphe, nous verrons que si l'anarchie a été lue comme pourfendeuse de normes, l'anarchie proudhonienne est pourfendeuse des normes « *autoritaires* » (paragraphe 1) ; Dans un second paragraphe, nous allons répondre aux critiques de Freund et Carbonnier en démontrant que ce courant libertaire n'est pas un vide juridique dépourvu de toute contrainte. C'est une vision en faveur de l'anarchie mais contre l'anomie (paragraphe 2) ; Enfin, dans un troisième et dernier paragraphe intitulé : Une perspective jusnaturaliste, idéaliste entre Justice et Droit, nous mettrons en lumière les liens qu'entretiennent la justice et le droit au sein même de l'anarchie (paragraphe 3).

7. Julien FREUND, « Anarchie politique et droit », p. 222.

8. Jean CARBONNIER, *Essai sur les lois*, Paris, Defrenois, 1979, p. 289.

9. Pierre-Joseph PROUDHON, *Qu'est-ce que la propriété*, Edition Flammarion, 1840, p. 296 (références renvoyant à l'édition des Œuvres complètes de Marcel Rivière).

Paragraphe 1. L'anarchie Proudhonienne : pourfendeuse des normes «autoritaires »

Pour les juristes, l'ordre juridique, par excellence, est représenté et assuré par l'État. L'anarchie étant, par excellence, la société sans État, les professionnels du droit l'assimilent à une société sans droit confortant ainsi le sens vulgaire du mot¹⁰. Quelques professeurs avisés soulignent qu'il existe pourtant du droit en dehors de tout État ; oui, mais les exemples cités tiennent à l'histoire ancienne, à des minorités ethniques ou des groupes particuliers, de l'anarchie système politique et juridique il est apparemment point question.

A. L'authentique relation entre anarchisme et droit selon Proudhon

Nombreuses sont les critiques similaires, qui déduisent du refus de l'État, une opposition absolue à l'ordre juridique, répréhensible du point de vue moral et accusé de rendre opaques les rapports entre les individus. Cette analyse est justifiée par les liens étroits qui existent entre l'État et le droit, liens accentués par la Révolution et les codifications impériales qui ont imposé une conception moniste du droit, résumé dans la loi expression de la volonté générale.

En effet dans le cadre de l'anarchisme, le droit est surtout compris comme « *droit étatique* », comme des « *lois* » produites par un Parlement. Cela a mené à une vision divergente quant à la relation « *anarchisme et droit* ». Il nous paraît évident que le droit étatique est flagellé par la critique anarchiste.

Proudhon estime que la loi plaque la conception étatique de l'ordre sur la société. L'idée selon laquelle l'État serait la seule source de l'ordre lui semble la conséquence d'une dramatique inversion des valeurs qu'il rétablit dans une sentence ramassée : « *L'ordre, voilà le genre ; le gouvernement, voilà l'espèce*¹¹ ».

Cependant, Rudolph Stammler accuse Proudhon qu'en dénonçant le caractère politique (étatique) de la conception du droit véhiculée par la loi,

10. Pierre BANCE, « La question du droit en anarchie », in *Grand angle libertaire*, 4 octobre 2013, <<http://www.grand-angle-libertaire.net/la-question-du-droit-en-anarchie-pierre-bance/>>, consulté le 1 Mars 2016.

11. Julien FREUND, *Anarchisme, politique et droit*, in *politique et impolitique*, p. 211-226.

d'avoir quitté le terrain du droit. Pour lui, proudhon rejetterait « *tout lien obligatoire imposé par le droit*¹² ».

Mais la réflexion de Proudhon dément ces affirmations. Loin de rejeter toute notion d'ordre juridique, il ne vise que l'ordre imposé par l'État. La critique de la loi ne débouche pas à la destruction de l'ordre juridique.

Son appel à la constitution de normes juridiques dans *De la Justice* en expliquant que :

*« pourqu'il y ait une société entre des créatures raisonnables, il faut qu'il y ait engrenage réciproque : ce qui ne peut se faire qu'à l'aide d'un autre principe, le principe mutualiste du droit »*¹³.

C'est ainsi que dans toute son œuvre, Proudhon s'est attaché à tirer la conséquence normative de son postulat anarchiste.

De plus, il n'a jamais pensé la liberté comme faculté ne connaissant aucune notion de limite. Par contre, il a bien défini celle-ci comme :

*« le criterium de l'ordre social [...] Plus l'individualité est libre, indépendante, initiatrice dans la société, plus la société est bonne ; au contraire, plus l'individualité est subordonnée, absorbée, plus la société est mauvaise »*¹⁴.

Pour autant, si la liberté est la faculté d'agir selon les buts qu'on s'est fixés, elle n'est pas la faculté de faire n'importe quoi. Pour lui, le véritable ennemi de la liberté n'est pas l'Autorité mais la liberté elle-même.

C'est bien à de normes impératives que songe Proudhon, qui distingue les normes sociales des règles appréciatives, des conseils ou des lois scientifiques. Le caractère impératif serait sans doute un gage d'effectivité des normes sociales. Il insiste sur le fait que :

*« la justice, en vertu de la réciprocité qui la fonde et dont le serment nous lie, s'impose, impérative, souvent onéreuse, sans souci de l'intérêt, ne tenant compte que du droit et du devoir, quelque peu profitable que les circonstances aient fait le premier, quelque désastreux qu'elles aient rendu le second »*¹⁵.

12. Rudolf STAMMLER, *Die Theorie der Anarchismus*, 1894, p. 4.

13. Pierre-Joseph PROUDHON, *De la justice dans la Révolution et dans l'Église*, t. 1, p. 56 à 64.

14. Pierre-Joseph PROUDHON, *De la justice dans la Révolution et dans l'Église*, t.1, p. 203 et s.

15. *Ibid.*, p. 299.

B. La contrainte : pierre angulaire de l'ordre public

En réponse à la nécessité d'une contrainte, Proudhon affirme avec transparence que « *si le droit de la force est méconnu, on aura la force sans le droit*¹⁶ ». Cet avertissement paradoxal constitue sans doute la meilleure introduction à la théorie souvent méconnue du droit de la force de Proudhon. Dans *Paix et guerre entre les nations*, Raymond Aron reconnaissait que la référence au philosophe de la justice devait nous servir à rappeler des propositions incontestables au fond mais aisément oubliées. Pour autant, en se focalisant exclusivement sur le droit de la force entre États, Aron n'a pas montré toute la portée juridique et politique dans la pensée de Proudhon. Celui-ci n'envisage jamais la justice comme une simple idée abstraite : elle constitue avant tout une force en prise avec l'histoire¹⁷. C'est d'ailleurs grâce à une généalogie de la justice qu'il en vient à considérer le rôle central de la force dans le droit.

C'est ainsi que dans *Le Droit de la force*, Proudhon affirme que :

*« la justice, au sortir de la communauté négative, appelée par les anciens poètes âge d'or, a commencé par être le droit de la force » [...] « Si la force publique est la sanction de l'ordre public, c'est que la force est impliquée, comme droit spécial et primordial, dans la justice publique, faute de quoi l'ordre public ne serait lui-même que tyrannie publique*¹⁸ ».

L'erreur de la majorité des juristes a été de croire que la force s'opposait au droit, qu'elle n'était qu'un héritage honteux d'une époque primitive. Ils n'avaient donc pas dans leur champ de vision l'idée selon laquelle les droits sans la force finissent par perdre leur substance, leurs assises et toute autre garantie. Sa théorie du droit de la force nous permet de comprendre l'autorégulation de la force par elle-même, gage de la liberté et de l'autonomie.

Il faudrait donc admettre que cette définition de la norme juridique par la contrainte est typique d'une approche anarchiste. De même, la recherche d'un équilibre entre l'autorité et la liberté fonde sa définition de l'ordre, présente dans son *Principe Fédératif* (1863) comme l'équation des deux principes d'autorité et de liberté.

16. PROUDHON parle de son « *paradoxe étourdissant du droit de la force* » (Lettre à Defontaine, 17 juin 1861, *Correspondance*, XI, p. 123).

17. Dans ce sens, Raymond ARON, *Paix et guerre entre les nations*, Calmann-Lévy, 1962.

18. Pierre-Joseph PROUDHON, *Le Droit de la force (manuscrit)*, Bibliothèque municipale de Besançon.

Cependant, dans une société sans État, il est difficile de voir la pierre de base de l'espace juridique car, une fois la négation de l'État opérée, il ne reste plus grand-chose de ce même espace condamné alors à baigner dans le vide absolu.

Paragraphe 2. Une vision en faveur de l'anarchie mais contre l'anomie

Pour certaines personnes, un régime anarchique serait générateur d'une société dans laquelle dominera une situation de désordre social, baignant dans un néant juridique, sans règles et où les différends se régleraient par le maître mot de la loi de la jungle : la violence physique. Elle serait donc significative d'une dissolution radicale des normes sociales, règles, lois et coutumes.

On emploie aussi systématiquement le terme « *anarchie* » pour renvoyer à une situation que les politiciens ne maîtrisent et ne contrôlent pas et où leur pouvoir politique est en difficulté pour ne pas dire complètement inhibé. En réalité dans ce cas là, il ne s'agit point d'anarchie mais « *d'anomie* ».

A. Courant libertaire de l'anarchie ou de l'anomie ?

En réalité, l'anarchie est tout simplement l'absence d'autorité politique alors que l'absence de loi, avec laquelle on la confond souvent, s'appelle l'anomie. En ces termes précis, les libertaires sont pour l'anarchie et contre l'anomie. L'une et l'autre sont d'ailleurs opposées. En effet, c'est bien le respect de la loi qui empêche les uns d'agir abusivement à l'encontre des autres – c'est-à-dire d'avoir de l'autorité – par la contrainte, l'agression (physique ou morale) ou même la tromperie. Cela signifie que toute intrusion d'une personne dans la propriété d'une autre, qui soit basée sur quelque moyen que ce soit, est illégitime.

Cela implique aussi que chacun respecte ses voisins puisque, sans ce respect mutuel et réciproque, l'individu irrespectueux fait preuve d'autorité (on ne se trouve alors plus dans un régime d'anarchie). Des règles ou des lois servent bien évidemment à ce que chacun puisse connaître les limites de sa propriété et de celle des autres et à punir les contrevenants ; mais le respect de la loi peut être assuré sans qu'il n'y ait de pouvoir politique, les services de polices privées peuvent y suffire¹⁹. Gustave de Molinari l'explique d'ailleurs dans sa onzième des *Soirées de la rue Saint-Lazare*.

19. V. dans ce sens, Pierre LEMIEUX, *L'anarcho-capitalisme*, P.U.F, 1988, p. 5.

Revenant à l'anarchie proudhonienne, celle-ci n'est pas la licence, cette utopie des libertaires qui se résume dans l'absence de « *toute action politique ou sociale*²⁰ ». Parce que l'absence de normes ne succède pas à l'éviction de la loi, son anarchie n'est pas une anomie.

Si l'anarchie suppose une société sans *État*, à aucun moment Proudhon ne conçoit une société *sans droit*. Expression normative et institutionnelle de la justice, le droit se présente impérativement comme l'instrument privilégié de l'ordre.

Dans un manuscrit de 1861, période où sa pensée est arrivée à sa pleine maturité, il insiste de plus en plus sur l'évidence du droit, dont « *la conscience rend témoignage sans qu'il soit besoin d'un Logos ni d'un Concile*²¹ ». Le droit est donc synonyme d'ordre dans la société, une fois que ce premier est douteux, le monde serait rejeté dans le chaos.

L'anarchie proudhonienne critique uniquement la prétention de l'État à faire le droit au motif que celui-ci préexiste à l'État, Proudhon et dans son *Premier mémoire* signale que l'autorité de l'État équivaut à la souveraineté de l'homme mise à la place de la souveraineté de la loi (le terme de loi est ici employé comme synonyme de droit), la souveraineté de la volonté mise à la place de la souveraineté de la raison, en un mot les passions à la place du droit.

B. Les alternatives au droit imposé par l'État

Suite à une lecture approfondie de l'anarchisme tel que conçu et initié par Proudhon, ce premier n'œuvre pas au rejet de la loi, mais milite pour la réduction de l'autorité normative de l'État : la loi n'est plus qu'une forme spécifique de l'ordre, une façon parmi d'autres de l'exprimer. Puisqu'elle n'a plus le monopole de la réglementation, elle est donc susceptible d'être remplacée, et Proudhon propose diverses alternatives au droit imposé par l'État. Il prend l'exemple du contrat et de la coutume faisant de ces deux l'archétype de la norme négociée.

Proudhon dépasse l'obéissance contrainte à la loi, pour envisager une norme dont l'obéissance pourrait être qualifiée d'éthique. Pour ce faire, la norme doit être consentie directement par ses destinataires. Aussi substitue-t-il l'obligation contractuelle négociée à l'obligation légale imposée. Dans

20. Pierre-Joseph PROUDHON, *De la justice dans la Révolution et dans l'Église*, t. 1, p. 299.

21. Sophie CHAMBOST, *Proudhon et la norme : Pensée juridique d'un anarchiste*, Presses universitaires de Rennes, 2004, p. 167 et s.

son analyse, le contrat remplit les deux exigences liées selon lui à la notion de règle juridique : un consentement direct et une obéissance en conscience (non contrainte). Le consentement reste donc l'axe de réflexion Proudhonienne sur la norme tant en négatif (critique du caractère fictif de l'accord à la loi), qu'en positif (recherche d'un consentement effectif)²². La matrice réflexive est donc un consentement conscient à la norme qui devrait être négociée et surtout pas imposée.

Cependant, pour dénoncer la prétention de la loi à épuiser le droit, Proudhon précisera la relation entre justice et droit et ce tout en privilégiant la supériorité de la justice vis-à-vis du droit qui devra s'y conformer.

Paragraphe 3. Une perspective jusnaturaliste, idéaliste entre Justice et Droit

Par définition, le droit serait pour les juristes l'ensemble des règles qui régissent les comportements dans la société. Mais par une assimilation de l'exigence morale, le droit peut être mis au service de la justice : en effet si rendre à chacun le sien est d'abord une règle morale, c'est aussi une exigence du bien public qui devrait certes intéresser le droit.

Les commentateurs qualifient parfois de *philosophie du droit* la pensée de Proudhon²³. Ses développements sur la justice s'inscrivent incontestablement dans cette démarche.

A. La justice : « principe et règle de toute transactions²⁴ »

La notion de justice est l'axe de réflexion de Proudhon qui dès son *Premier mémoire* la définit comme « *l'astre central qui gouverne toutes les sociétés, et le pôle sur lequel tourne le monde politique, le principe et la règle de toutes les transactions* ».

Vue la place tellement haute au ciel des notions, elle semble ainsi hors d'atteinte des hommes. La relation entre Justice et Droit est donc inscrite dans une perspective jusnaturaliste et idéaliste, dans laquelle la référence à la Justice sert surtout à dénoncer la prétention de la loi à épuiser le Droit.

22. Sophie CHAMBOST, *Proudhon et la norme : Pensée juridique d'un anarchiste*, Presses universitaires de Rennes, 2004, p. 167 et s.

23. Parmi ceux-ci, Georges GURVITCH.

24. Sophie CHAMBOST, *Proudhon et la norme : Pensée juridique d'un anarchiste*, p. 170.

Toujours à l'époque de son *Premier mémoire*, Proudhon affirme que « *la Justice n'est point l'œuvre de la loi : au contraire, la loi n'est jamais qu'une déclaration et une application du juste* ». On déduit par la suite que la loi est ramenée à de plus justes mesures puisque le droit qu'elle pose n'est jamais que l'expression plus ou moins correcte que les hommes se font de l'idée du juste. Lorsque justice et droit ne sont pas synonymes, la Justice serait dans ce cas non seulement distincte mais supérieure au Droit, qui doit s'y conformer.

Si Proudhon dénonce dans nombre de ses écrits l'idéalisme des juristes (le droit naturel), sa conception de la justice est aussi idéale dès lors qu'elle ne peut pas être épuisée par le droit positif. Il estime donc que l'essence du droit se trouve dans le mariage de l'idéalisme et du réalisme :

« Toutes les législations distinguant en l'homme des droits différents, si peu que ce soit, c'est le réalisme. Toutes partent du principe d'une loi intérieure ou de conscience...²⁵ ».

C'est précisément pour dénoncer la tendance à réduire le droit aux lois du législateur que sa critique adopte parfois des tonalités jusnaturalistes. C'est ainsi qu'il blâma cette tendance réductrice d'avoir entendu étroitement la justice et de s'imaginer qu'elle n'intervient que dans la confection des codes et qu'elle n'a sa place que dans les assemblées des nations et des tribunaux. Dès 1840, Proudhon admet qu'un certain flou s'attache au concept de justice, dont chaque école propose une définition conforme à ses propres fins.

Notre anarchiste définit le droit et le devoir à partir de la justice ; le droit est « *la faculté d'exiger des autres le respect de la dignité humaine dans sa personne* », le devoir « *l'obligation pour chacun de respecter cette dignité en autrui²⁶* ». Ils ne se distinguent que par leur sujet, le droit au respect de l'un s'objectivant dans le devoir de l'autre et réciproquement. Or la notion de respect réciproque appelle un équilibre entre les individus, que la définition subjective de la justice ne suffit pas à garantir. Pour cela il serait évident qu'un décalage permanent existe entre Justice et Droit.

Georges Sorel explique bien la relation instituée par Proudhon entre la Justice et le Droit :

« La justice est absolue ; elle est l'idée et ne peut se comprendre que des relations de l'homme avec l'homme dans la cité mythique conçue par la raison. Le droit

25. Pierre-Joseph Proudhon, *De la justice dans la Révolution et dans l'Église*, t. 1, p. 423.

26. *Ibid.*

comprend les appréciations légales des forces en conflit, leur délimitation par l'autorité²⁷ ».

À ce terme, Proudhon justifie sa théorie par le principe d'immanence :

« Le droit est inhérent à l'homme comme l'attribut au sujet, indépendamment de toute constitution sociale. La loi ne fait que le déclarer²⁸ ».

La source réelle du droit se trouve donc dans l'idée de justice inscrite dans la conscience des hommes où elle n'attend que d'être découverte.

L'État utilise le droit pour dominer. C'est le droit étatique. Les anarchistes contestent ce droit, parce que ce droit est l'expression du pouvoir de l'État. À côté du droit étatique, il y a aussi le droit non étatique. Souvent, et sans s'en rendre compte, les anarchistes utilisent une telle sorte de droit. On veut réduire ainsi l'autorité normative de l'État : la loi n'est plus qu'une forme spécifique de l'ordre, une façon parmi d'autres de l'exprimer. Puisqu'elle n'a plus le monopole de la réglementation, elle est donc susceptible d'être remplacée, et Proudhon propose diverses alternatives au droit imposé par l'État, mais cette fois-ci à travers une analyse des sources du droit.

B. Un système normatif ayant le consentement comme source unique

La question des sources est au cœur de la réflexion normative proudhonienne. S'il critique la prétention de la loi à faire le droit, renvoyant la source *réelle* à un droit préexistant aux normes qui l'expriment, son propos n'élimine pas les sources *formelles* du droit positif. C'est même sur elles qu'il se concentre dans l'étude des mécanismes d'adoption des normes juridiques (en guise d'élaboration nous citerons : le consentement des citoyens aux règles qui les régissent, les modalités et les conséquences en termes d'obéissance aux prescriptions).

Pour autant, toutes les sources ne valent pas, Proudhon n'en considère que trois avant de présenter son concept de raison collective : la loi, le contrat et la coutume. Entre elles il noue des relations d'opposition et de complémentarité. Mais elles se rejoignent toutes sur un principe essentiel, qui explique à la fois l'attention qu'il leur porte et le sens de ses critiques : le principe du *consentement* à la norme exprimé par ses destinataires. S'il est

27. Georges SOREL, « Essai sur la philosophie de Proudhon », *La revue philosophique de la France et de l'Étranger*, Paris, XXXIII, janvier-juin 1892, p. 47.

28. *Ibid.*

généralement présenté comme l'effet du transfert de la souveraineté, le rôle du consentement dans la réflexion normative de Proudhon est surtout lié à son principe d'*immanence* ; il prolonge ainsi l'analyse *Rousseauiste* selon laquelle, par son consentement, l'individu se donnerait à lui-même ses propres règles²⁹.

Dans la qualification juridique des normes, Proudhon ne dédaignerait d'ailleurs pas de substituer le principe de *consentement* à celui de *sanction*. Or comme pour ce faire, le consentement doit s'exprimer dans une participation effective de tous à l'édiction des normes juridiques, la critique proudhonienne se concentre sur l'étude des mécanismes de l'adoption des normes, et du rôle imparti aux volontés individuelles.

Parce que l'anarchie proudhonienne dénonce l'éviction de la société derrière l'État, ses premières critiques visent naturellement l'expression juridique de cette éviction : la loi définie comme source exclusive du droit³⁰. Proudhon déplore le caractère illusoire du dogme révolutionnaire qui présente la loi comme expression de la volonté générale alors qu'elle est un ordre imposé par l'État. Concentré sur son impératif de consentement, il oppose alors le contrat à la loi, dans l'idée d'un système normatif basé sur le consentement des destinataires des normes³¹.

Il dénonce aussi la mise sous tutelle du droit positif par la politique : le droit exprimé dans la loi n'est qu'un instrument de la domination du pouvoir. La réflexion anti légaliste étant commandée par son indignation antiétatique « *l'émancipation du droit hors de la tutelle de l'Etat se prolonge alors dans la recherche d'un fondement social de normes juridiques*³² ». Cette perspective l'amène finalement au concept de raison collective, point d'équilibre de sa réflexion normative.

In fine, nul ne conteste de l'apparent paradoxe et de la difficulté à envisager les réflexions d'un anarchiste sur le droit. Mais c'est parce qu'au sein même de l'acception proudhonienne, « *l'anarchie contient un principe*

29. Il s'agit donc d'un prolongement rationnel et pratique de l'idée à la base du célèbre *Contrat social* de Rousseau.

30. Sophie CHAMBOST, *Proudhon et la norme : Pensée juridique d'un anarchiste*, p. 182 et s.

31. V. dans ce sens : David GRAEBER, *Pour une anthropologie anarchiste*, éd. Lux, 2006, p. 145-233 et s.

32. David GRAEBER, *Pour une anthropologie anarchiste*, p. 145.

*d'ordre*³³ ». De ce fait, le courant anarchiste n'est pas prôneur d'une absence totale de loi, mais milite pour la réduction de l'autorité normative de l'État.

Proudhon ne rejette pas un législateur dans le monde du non-droit. Une lecture approfondie de l'anarchisme prouve tout à fait le contraire, puisque à partir de la critique de la loi, Proudhon « *élargit le champ des sources formelles du droit*³⁴ ». Pour ce faire, il distingue la discipline imposée par l'État et vécue comme une contrainte, de la discipline consentie par les membres du corps social. Cette discipline devant être assurée par des normes, on l'a vu, l'anarchie proudhonienne n'est pas une anomie car c'est bien à des règles juridiques que songe Proudhon, qui appréhende le droit à travers la justice et la création de règles qui le diffusent dans la société.

BIBLIOGRAPHIE

- ARON Raymond, *Paix et guerre entre les nations*, Calmann-Lévy, 1962.
- CHAMBOST Sophie, *Proudhon et la norme : Pensée juridique d'un anarchiste*, Presses universitaires de Rennes, 2004.
- COLSON Daniel, *Petit lexique philosophique de l'anarchisme*, Paris, Librairie générale française, 2001.
- FRIGERIO Vittorio, *Emile Zola au pays de l'anarchie*, ELLUG, 2006.
- GARCIA Vivien, *L'Anarchisme aujourd'hui*, Upmf, L'Harmattan, 2007.
- GRAEBER David, *Pour une anthropologie anarchiste*, éd. Lux, 2006.
- GURVITCH Georges, *L'idée du droit social*, Paris, Sirey, 1932.
- HOLTERMAN Thom, *L'Anarchisme c'est réglé*, éditions Atelier de création libertaire, 2013.
- JOURDAIN Edouard, *Proudhon : Un socialisme libertaire*, éditions Michalon, 2009.
- KEUCHEYAN Razmig, *Hémisphère Gauche : Une cartographie des nouvelles pensées critiques*, éd. Zones, 2013.

33. Sophie CHAMBOST, *Proudhon et la norme : Pensée juridique d'un anarchiste*, p. 182-183.

34. *Ibid.*

PARAIRE Philippe et Michael, *La révolution libertaire*, les éditions de l'épervier, 2012.

PEREIRA Irène, *L'anarchisme dans les textes*, éditions Textuel, 2010.

Webographie

<http://www.legrandsoir.info/l-anarchisme-c-est-regle-un-expose-anarchiste-sur-le-droit.html>

<http://calenda.org/218640?file=1>

<http://1libertaire.free.fr/Garnier13.html>

<http://www.i-f-a.org/index.php/pt-BR/article-2/364-l-anarchisme-c-est-regle>

The doctrine of the Administration in the elaboration of the law (The example of the ministerial answers)

La doctrine de l'Administration dans l'élaboration du droit (L'exemple des réponses ministérielles)

Wafa Tamzini, Maître de conférences en droit public à l'Université Paris XIII – Sorbonne Paris Cité. Membre du CERAP – EA 16129. Membre associée du CERSA – UMR 7106

Abstract

It is more and more established that the Administration participates upstream as downstream to the lawmaking. The phenomenon of increasing influence of the Administration on the legislative process is real. In our view, the ministerial answers illustrate perfectly this evolution. Simple administrative answers to questions asked by members of Parliament translate a certain doctrine of the Administration on a precise point. Furthermore, they participate in the interpretation of the legislative texts and in this way, assure an educational and explanatory role.

Les parlementaires ont adopté, le 21 juillet dernier, le projet de loi ratifiant l'ordonnance n° 2014-1090 du 26 septembre 2014 relative à la mise en accessibilité des établissements recevant du public, des transports publics, des bâtiments d'habitation et de la voirie pour les personnes handicapées.

Promulguée le 5 août 2015 par le Président de la République, la nouvelle loi n° 2015-988 prend en considération le retard accumulé depuis 2005 dans la mise en conformité des lieux publics. Alors que ceux-ci devaient tous être accessibles au 1^{er} janvier 2015, seuls 40 % d'entre eux l'étaient réellement à la date butoir. Cette nouvelle norme prévoit donc de nouveaux délais pour la mise en accessibilité de ces lieux, imposant aux retardataires de déposer avant la fin de ce mois un agenda d'accessibilité programmée sous peine de sanctions pénales.

Malgré ces avancées, les associations de défense des droits des handicapés, dont le Collectif pour une France accessible fédérant l'ensemble de ces mouvements, regrettent le report de ces obligations, dénonçant un retard inadmissible pris par l'État français au regard des autres pays signataires de la Convention internationale pour les droits des personnes handicapées. Mais un autre point préoccupe depuis plusieurs années certaines de ces associations : celui du refus réitéré par la puissance publique de reconnaître un statut juridique propre aux polyhandicapés.

Bien que sur ce dernier point, les dispositions de la loi de 2005 mentionnent explicitement – et de façon inédite – l'expression de « polyhandicap », de nombreuses voix s'élèvent pour déplorer les difficultés résultant de l'absence de moyens suffisants mis à la disposition de tous les aidants des personnes polyhandicapées et que seule, à leurs yeux, la reconnaissance d'un statut spécifique pourrait permettre de surmonter. Ces voix sont notamment relayées par quelques parlementaires lors de la formulation de leurs questions au gouvernement. Les réponses ministérielles formulées à ces interrogations sont intéressantes à un double point de vue. D'une part, elles témoignent de l'ampleur de l'influence de l'Administration dans l'élaboration du droit par le biais notamment de son interprétation et, ce faisant, de son application *in concreto*. D'autre part, elles nous renseignent quant à la doctrine de l'Administration en matière de polyhandicap et plus précisément nous éclairent quelque peu sur le refus des autorités de reconnaître un statut juridique spécifique aux personnes polyhandicapées.

Paragraphe 1. Le rôle des réponses ministérielles dans l'interprétation du droit

L'Administration est souvent présentée comme étant constitutionnellement subordonnée et soumise au droit, ainsi que le montrent les extraits doctrinaux suivants :

« l'administration se trouve toujours dans une position subordonnée, (...) il y a toujours au-dessus d'elle quelqu'un à qui appartient le pouvoir¹ » ; « l'administration stricto sensu n'est autre chose que l'exercice de la puissance publique par le pouvoir exécutif. Le droit administratif est le corps de règles spéciales applicables à l'activité du pouvoir exécutif en tant qu'il use de la puissance publique² » ; « dans son sens constitutionnel, l'administration doit être définie : l'activité exercée par l'autorité administrative sous l'empire et en exécution des lois³ ».

Ces définitions ne sont pas inexactes mais tendent à faire apparaître l'Administration comme étant dénuée de tout pouvoir propre et ont pour principale conséquence la négation de l'existence même d'une doctrine de l'Administration. Autrement formulé, ces définitions ne prennent pas en considération la place croissante des textes élaborés par l'Administration et dans lesquels elle formule sa propre interprétation des lois et règlements qu'elle est chargée ensuite d'appliquer. Par exemple, le jeudi 15 octobre 2015 est paru le décret relatif à l'application de la transaction pénale, procédure censée rendre plus efficace la sanction de petits délits qui ne relèveront plus des tribunaux (comme la simple consommation de cannabis ou les vols de moins de 300 euros). L'objectif de cette réforme législative est de désengorger les tribunaux surchargés en contraventionnalisant les délits jugés désormais être de petites infractions. Mais la parution de ce décret semble avoir surpris certaines personnes dont notamment le député Dominique Raimbourg (PS, Loire-Atlantique) pourtant rapporteur du projet de loi sur la réforme pénale de 2014 et « auteur de l'amendement parlementaire à l'origine de l'extension de cette pratique de la transaction jusqu'ici réservée aux douaniers et président du comité de suivi de la mise en œuvre de la réforme pénale⁴ ». Ce dernier affirme ne pas avoir été informé de la parution de ce règlement. Surtout, et ce point est saillant, tous les acteurs impliqués dans la mise en œuvre des dispositions dudit décret attendent des instructions ou une circulaire avant d'agir. Il en va ainsi des cadres de la sécurité intérieure qui attendent de recevoir une instruction de leur directeur général⁵, mais également des magistrats qui espèrent quant

-
1. R. DRAGO, *Cours de science administrative*, Paris, Les cours du droit, 1970, p. 1.
 2. G. VEDEL, « Les bases constitutionnelles du droit administratif », *EDCE*, 1954, p. 165.
 3. C. De MALBERG, *Contribution à la théorie générale de l'Etat*, Paris, Sirey, 1920, reproduction CNRS, t. I, 1962, p. 484-485.
 4. L. BORREDON, J-B JACQUIN, « Transaction pénale : confusion sur le sort des délits routiers », *Le Monde*, lundi 19 octobre 2015, p. 14.
 5. *Ibid.*

à eux recevoir très rapidement une circulaire de la Chancellerie destinée à élaborer les orientations générales qui guideront la mise en œuvre de cette nouvelle procédure⁶. Le rôle de l'interprétation par l'Administration des lois et/ou règlements apparaît primordial dans l'application par les agents du droit et, en l'espèce, de la nouvelle procédure que constitue la transaction pénale.

À cet égard, Jean-Marie Woehrling a dressé une typologie des fonctions traditionnelles du droit dans l'Administration. Cette classification a permis de mettre à jour les objets de la règle de droit dans l'action administrative. Ainsi, la règle peut être envisagée comme une norme d'organisation et de fonctionnement de l'Administration⁷, ou bien comme un instrument d'action de l'Administration⁸, ou bien encore comme étant l'objet de l'action administrative, c'est-à-dire comme un instrument de mise en œuvre du droit. Or, et ainsi que le précise Jean-Marie Woehrling, on assiste au développement du rôle de l'Administration « *dans la préparation et la mise en œuvre de ces règles*⁹ », et ce dans tous les domaines et non uniquement dans celui du droit public. Sur ce dernier point, il convient de relever que les réponses ministérielles¹⁰ illustrent ce pouvoir d'intervention que possède l'Administration dans le processus législatif.

Théoriquement, les réponses formulées par l'Administration aux questions posées par les parlementaires ne possèdent pas de valeur juridique et ne lient pas leurs auteurs¹¹, « *malgré leur insertion au Journal*

6. L. BORREDON, J-B JACQUIN, « Transaction pénale : confusion sur le sort des délits routiers », *Le Monde*, lundi 19 octobre 2015, p. 14.

7. « *Ce sont les règles qui déterminent les obligations auxquelles l'administration doit se soumettre pour agir légalement* », J-M WOEHRLING, « L'évolution du rôle du droit dans l'action administrative », *RFAP*, n° 26, 1983, p.135 ; ce qui correspond en fait au principe de légalité.

8. « *Ce sont les règles qui consacrent les pouvoirs de l'Administration et qui lui donnent les moyens d'agir* ». Ici sont visés plutôt les moyens dont dispose l'Administration pour mettre en œuvre son monopole de la contrainte (ou *violence physique légitime* comme l'écrivait WEBER) ainsi que pour assurer ses privilèges comme le caractère exorbitant de ses modes d'interventions.

9. J-M WOEHRLING, « L'évolution du rôle du droit dans l'action administrative », p. 135.

10. Qui, contrairement aux questions orales (régies à l'article 48-2 de la Constitution de 1958), ne sont définies que par le règlement des assemblées.

11. Sauf en matière fiscale.

*Officiel*¹² ». Elles s'analysent en un instrument de contrôle parlementaire qui permet aux députés ou sénateurs « d'exercer leur droit de regard sur l'action gouvernementale¹³ ». De plus, le juge ne leur reconnaît pas de valeur juridique et les requérants ne sont pas fondés à les invoquer. Par exemple, dans l'arrêt *M. et Mme José D*¹⁴ une réponse ministérielle avait été invoquée par les requérants. La Cour avait décidé que ces derniers ne pouvaient pas utilement s'en prévaloir dans la mesure où « cette réponse ne présentait pas un caractère réglementaire¹⁵ ». Mais la pratique a quelque peu détourné cet instrument de sa finalité initiale.

Les réponses ministérielles sont devenues le moyen pour le parlementaire d'obtenir de l'Administration une indication ou une interprétation à propos d'un problème précis¹⁶. Elles permettent l'expression d'une doctrine de l'Administration. Il arrive même qu'une réponse ministérielle se transforme purement et simplement en instruction, donc qu'une interprétation administrative formulée à l'occasion d'une réponse adressée à un parlementaire se mue en ordre hiérarchique. C'est ainsi que la réponse ministérielle publiée au Journal Officiel de l'Assemblée Nationale du 11 novembre 2002¹⁷ est intégralement reprise par une instruction 5F-16-03 n° 168 (BOI du 22 octobre 2003) assortie de « *commentaires assez redondants, car ils reproduisent quasiment mot à mot les principaux éléments de la réponse ministérielle*¹⁸ ».

Plus encore, les réponses ministérielles offrent parfois à l'Administration la possibilité de faire prévaloir sa doctrine au détriment de l'interprétation officielle, c'est-à-dire législative. Lorsque le parlement ne se contente pas d'être une chambre d'enregistrement et procède à des modifications du texte par des amendements, nous pouvons observer dans certains cas, « *l'intention délibérée de l'Administration de faire prévaloir le projet initial en imposant une*

12. B. OPPETIT, « Les réponses ministérielles aux questions écrites des parlementaires et l'interprétation des lois », *D.*, chron., 1974, p. 107.

13. *Ibid.*

14. CAA Versailles, 17 février 2005, *M. et Mme José D*, *AJDA*, 25 avril 2005, p. 897.

15. *Ibid.*

16. Elles constituent très souvent le moyen « pour les élus, d'obtenir des consultations gratuites au bénéfice de leurs électeurs, de la part des services ministériels », J. GEORGEL, « Gouvernement », *JCA*, fasc. 101, p. 15.

17. p. 4179.

18. S. VERCLYTTE, conclusions sur : CE, sous-sections réunies, 6 mars 2006, « Syndicat national des enseignants et artistes », *RDF*, n° 42, 19 octobre 2006, p. 1792-1796.

*interprétation du texte définitivement voté contraire à sa lettre et à son esprit*¹⁹ ». De plus, l'Administration peut considérer qu'il faut modifier le texte pour une meilleure application future de celui-ci, c'est-à-dire quand elle considère que la loi « *se révèle à l'usage défectueuse ou insuffisante*²⁰ ».

En résumé, si l'Administration l'estime nécessaire, des changements plus ou moins importants sont apportés au texte initialement adopté par le parlement. Ce qui est nécessaire c'est ce dont on a absolument besoin pour que quelque chose soit obtenue, c'est ce qui est indispensable. Affirmer qu'il est nécessaire d'adopter telle mesure c'est affirmer que c'est la meilleure solution possible. Cela revient donc à adopter une certaine posture critique par rapport au texte analysé. Comme l'a écrit un auteur,

*« L'utilisation de la procédure des questions écrites pour provoquer une interprétation ministérielle d'un texte législatif offre une illustration particulièrement remarquable de l'emprise croissante de l'Administration sur l'élaboration des règles de droit »*²¹.

Emprise d'autant plus importante que ces réponses ne sont pas considérées par le Conseil d'État comme constituant des actes administratifs, considérant qu' « *est irrecevable le recours pour excès de pouvoir dirigé contre une réponse ministérielle à une question écrite d'un parlementaire insérée au Journal Officiel*²² ». Situation jusqu'alors paradoxale dans la mesure où la Haute Juridiction se déclare compétente, donc ne considère pas ces réponses comme des actes de gouvernement mais se refuse à les traiter comme les autres vecteurs de la doctrine, c'est-à-dire comme des instructions, circulaires... etc. Ce paradoxe confine parfois à la « *schizophrénie jurisprudentielle*²³ » dans la mesure où le Conseil d'État ne reste pas « *insensible à la nature administrative*²⁴ » de ces réponses.

19. B. OPPETIT, « Les réponses ministérielles aux questions écrites des parlementaires et l'interprétation des lois », p. 108.

20. *Ibid.*

21. *Ibid.*, p. 110.

22. CE, 12 juin 1936, sec., *Hitzel, Recueil*, 1936, p. 641.

23. L'expression est de M. BENARD, « Réponse ministérielle, beaucoup de bruit pour rien ? », *RJF*, 1er mars 2006, p. 187.

24. *Ibid.*: « *C'est ainsi que, faisant prévaloir l'homogénéité matérielle de la doctrine sur un strict parallélisme des formes, il admet qu'une réponse ministérielle puisse être tacitement abrogée par une instruction administrative portant interprétation contraire, ou inversement, sous réserve que la seconde fasse l'objet d'une publicité au moins équivalente* ».

Une évolution a eu lieu cependant, puisque dans un arrêt, après avoir rappelé le principe selon lequel « *les réponses faites par les ministres aux questions écrites des parlementaires ne constituent pas des actes susceptibles de faire l'objet d'un recours contentieux*²⁵ », le Conseil d'État a introduit une exception en jugeant qu'il en va différemment « *lorsque la réponse comporte une interprétation par l'administration de la loi fiscale pouvant lui être opposée par un contribuable sur le fondement des dispositions de l'article L 80 A du LPF*²⁶ ». Nous ne pouvons donc pas affirmer que la doctrine de l'Administration, à la différence de la doctrine universitaire, « *n'a pas vocation à critiquer les textes qu'elle met en œuvre à travers la doctrine administrative*²⁷ ». Sa fonction pratique ne permet pas de la distinguer fondamentalement de la doctrine en général.

Ainsi, au stade de l'élaboration de la loi, l'Administration parvient parfois à imposer ses opinions et, au stade de son application, elle réussit également, dans certains cas, à faire prévaloir son interprétation. Cette évolution correspond à celle de ses finalités : l'Administration n'est plus simplement l'automate chargée d'appliquer les textes en vigueur (en supposant qu'elle ne l'ait jamais été) mais apparaît désormais sur la scène publique comme un interlocuteur qui, au contact du politique et du citoyen, se doit de défendre son action, de légitimer ses interprétations et de convaincre du bien-fondé de ces dernières²⁸.

25. CE, 16 décembre 2005, sec., Société Friadent France, *AJDA*, 3 avril 2006, note M. COLLET, p. 721-724.

26. CE, 16 décembre 2005, sec., *Société Friadent France*. Cette évolution est somme toute relative puisque l'exception ne concerne que les réponses à des questions écrites portant sur un texte fiscal (excluant les réponses aux questions orales et celles portant sur un texte autre que fiscal), nécessite comme condition de recevabilité du recours que la réponse revêt un caractère opposable (restreignant de la sorte sensiblement les catégories de réponses ministérielles susceptibles de recours), enfin, et comme le rappelle M. BENARD, « *c'est seulement dans le cas des réponses ministérielles qui prescrivent une interprétation plus favorable que le texte fiscal que l'annulation est possible. Or, ces réponses ne font pas grief à leurs bénéficiaires, qui n'ont pas intérêt à en demander l'annulation. (...) la dérogation ouverte par la décision Friadent France trouvera à s'appliquer dans le seul cas, somme tout exceptionnel, dans lequel un contribuable entend contester une réponse ministérielle qui favorise indûment d'autres contribuables appartenant au même cercle d'intérêt* », M. BENARD, « Réponse ministérielle, beaucoup de bruit pour rien ? », p. 191.

27. L. VAPAILLE, *La doctrine administrative fiscale*, Paris, L'Harmattan, collection Finances publiques, 1999, p. 15-16.

28. La création du ministère de la culture est un bel exemple d'adaptation de l'Administration à son environnement *lato sensu* (politique, social ou comme ici culturel). Créée en 1959, cette administration « *relativement jeune même si son noyau d'origine était constitué de services parfois anciens* », chargée initialement de la mission traditionnelle de l'État

Paragraphe 2. Le rôle des réponses ministérielles dans l'explication du droit

Le rôle pédagogique de la doctrine de l'Administration apparaît dans les réponses formulées aux parlementaires qui interrogent les membres du gouvernement sur la question du statut du polyhandicapé. Si l'on étudie l'ensemble des réponses formulées aux questions parlementaires²⁹ adressées au gouvernement depuis la dernière législature sur ce sujet – soit [jusque ce jour] 30 questions écrites – une certaine doctrine se dessine en marge des réponses formatées et souvent purement et simplement répétées. Il existe 19 réponses ministérielles formulées sur les 30 questions parlementaires posées. La question du statut du polyhandicapé est au centre de multiples réponses ministérielles.

Il en va ainsi par exemple de la réponse ministérielle adressée par l'Administration à la question écrite n° 165 de Stéphane Demilly (Union des démocrates et indépendants – Somme) publiée au journal officiel du 3 juillet 2012. Ce dernier, s'adressant à Mme la ministre déléguée auprès des affaires sociales et de la santé et chargée des personnes handicapées et de la lutte contre l'exclusion, attire l'attention de l'Administration sur « *le souhait de plusieurs associations qu'un statut propre aux personnes polyhandicapées soit créé*³⁰ ». Précisant la situation des personnes polyhandicapées, le parlementaire rappelle que « *celles-ci sont complètement dépendantes et doivent avoir un accompagnement permanent*³¹ » et qu'il « *leur est impossible de communiquer sans intermédiaires*³² ». C'est la raison pour laquelle Stéphane Demilly souhaiterait

de soutien aux beaux-arts, s'est d'emblée émancipée de ce cadre pour embrasser une ambition bien plus vaste : « *celle de dépasser l'objectif de la simple protection patrimoniale et de l'encouragement des arts pour incarner une « véritable mission culturelle de la collectivité »* », B. Beaulieu, M. DARDY, *Histoire administrative du ministère de la culture, 1959-2002*, Paris, La Documentation Française, 2002, p. 13-14. C'est ainsi que depuis sa création, ce ministère s'est imposé au sein de l'État, auprès de ses partenaires territoriaux et a développé ses champs d'intervention et « *implanté ses représentants dans vingt-six régions* » tout en faisant reconnaître ses compétences dans des domaines nouveaux. Or les missions initialement énumérées dans le décret n° 59-889 du 24 juillet 1959 sont restées inchangées jusqu'en 1982 (décret n° 82-394 du 10 mai 1982 modifié relatif à l'organisation du ministère de la culture).

29. La présente étude ne porte que sur les réponses ministérielles aux questions posées par les députés.
30. Question écrite 165, Journal officiel du 3 juillet 2012.
31. *Ibid.*
32. *Ibid.*

que soit instauré un statut du polyhandicapé « *qui permettrait d'instituer un cadre particulier aux aides qui doivent leur être apportées et conduirait ainsi à une meilleure prise en considération de ces personnes*³³ ».

Un mois plus tard, c'est un autre parlementaire, François Sauvadet (Union des démocrates et indépendants – Côte d'Or) qui reformule la même interrogation dans une question écrite n° 2651 publiée au Journal officiel du 7 août 2012 s'adressant à la même ministre. Le texte de la question est relativement plus court que celui de Stéphane Demilly mais comporte la même préoccupation relative à l'élaboration d'un statut propre aux personnes polyhandicapées :

*« M. François Sauvadet appelle l'attention de Mme la ministre déléguée auprès de la ministre des affaires sociales et de la santé, chargée des personnes handicapées et de la lutte contre l'exclusion, sur la création d'un statut propre aux personnes polyhandicapées, souhaité par plusieurs associations. Il lui demande s'il est envisagé d'instaurer un statut spécifique du polyhandicap qui permettrait d'instituer un cadre particulier aux aides qui doivent leur être apportées et conduirait ainsi à une meilleure prise en considération de ces personnes*³⁴ ».

Ces deux questions parlementaires ont reçu la même réponse ministérielle. L'Administration débute par rappeler les dispositions de la loi du 11 février 2005 pour l'égalité des droits et des chances, la participation et la citoyenneté des personnes handicapées dont l'article 2 mentionne expressément le polyhandicap. Par conséquent, selon l'Administration,

*« les personnes polyhandicapées bénéficient du droit à la prévention, aux soins, à l'éducation, à la participation sociale comme l'ensemble des personnes handicapées. La spécificité de l'accompagnement qu'elles doivent recevoir est appréhendée à travers le programme de création de places en établissements et services médico-sociaux et la publication d'un décret déterminant leurs obligations vis-à-vis des personnes handicapées adultes qu'elles accueillent et qui sont en grand déficit d'autonomie*³⁵ ».

S'ensuit ensuite un long paragraphe décrivant les actions entreprises par les pouvoirs publics – et se présentant comme répondant « *quantitativement*

33. Question écrite 165, Journal officiel du 3 juillet 2012.

34. *Ibid.*

35. Réponse ministérielle aux questions écrites n° 2651 publiée au Journal officiel du 16 octobre 2012 et n° 165 publiée au Journal officiel du 6 novembre 2012.

et qualitativement aux besoins d'accompagnement des personnes les plus lourdement handicapées³⁶ » - pour enfin conclure que la création d'un statut juridique propre aux personnes polyhandicapées contribuerait à les stigmatiser :

« La politique mise en œuvre vise donc à reconnaître pleinement les spécificités induites par le polyhandicap et à y apporter les réponses quantitativement et qualitativement adaptées, sans pour autant enfermer les personnes concernées dans un « statut » qui pourrait s'avérer stigmatisant ».

La réponse de l'Administration traduit une certaine doctrine qui consiste à considérer que la reconnaissance d'un statut spécifique aux personnes polyhandicapées participerait d'une stigmatisation de ces mêmes personnes. Les associations de défense des droits des personnes polyhandicapées militant pour une telle reconnaissance depuis de nombreuses années n'ont dès lors que peu de chances de voir aboutir positivement leur revendication.

36. L'Administration précise ainsi dans cette même réponse que *« le plan pluriannuel de création de places a prévu de répondre quantitativement et qualitativement aux besoins d'accompagnement des personnes les plus lourdement handicapées. La création de 500 places de SESSAD et 700 places en établissements spécialisés pour les enfants ainsi que de 2 600 places de MAS et de FAM pour les adultes polyhandicapés ou présentant une situation complexe de handicap a ainsi été prévue. Par ailleurs, l'article L. 344-1-1 du code de l'action sociale et des familles dispose que les établissements et services accueillant ou accompagnant les personnes handicapées adultes qui n'ont pu acquérir un minimum d'autonomie doivent leur assurer un soutien médico-social et éducatif permettant le développement de leurs potentialités et des acquisitions nouvelles, ainsi qu'un milieu de vie favorisant leur épanouissement personnel et social. Enfin, le décret n° 2009-322 du 20 mars 2009, pris en application de la loi de 2005, vise à garantir la qualité de l'accompagnement des personnes adultes n'ayant pu acquérir un minimum d'autonomie, notamment des personnes polyhandicapées. Il insiste sur cinq points : la communication, l'éducation, la vie sociale et affective de la personne, la santé et le milieu de vie. Le texte précise également l'organisation et le fonctionnement des établissements et services lorsqu'ils accueillent cette catégorie de public. Les personnes polyhandicapées, en raison de la complexité et de la multiplicité de leurs handicaps, nécessitent d'une part, l'intervention de plusieurs professionnels qui ne sont pas toujours coordonnés et d'autre part, un accompagnement adapté à leurs besoins spécifiques. Pour garantir l'accompagnement individualisé ainsi que sa cohérence et sa continuité, le décret a donc prévu des dispositions normatives sur le projet d'établissement ou de service, le règlement de fonctionnement, des dispositions relatives à la coordination et à la coopération entre les différents professionnels qui participent à la prise en charge de ces personnes et renforce le temps de présence des personnels auprès de la personne handicapée. Des dispositions mettent également l'accent sur la nécessité d'assurer une continuité dans la prise en charge, notamment lors des périodes éventuelles de fermeture de l'établissement ou du service ainsi qu'en cas de changement d'établissement de la personne. Les établissements et services concernés par ces mesures ont jusqu'au 26 mars 2014 pour se conformer à cette réglementation ».*

Les réponses ministérielles assument dès lors un rôle pédagogique puisque celles-ci expliquent les raisons pour lesquelles un tel statut ne doit pas être créé. Mais cette fonction d'explication ne contente pas systématiquement les usagers. Et pour cause, en l'espèce, dans la réponse ministérielle considérée, l'Administration n'explique pas vraiment les raisons du refus opposé par la puissance publique à la reconnaissance d'un tel statut. Elle précise uniquement et en fin de réponse que la création d'un tel statut juridique conduirait à la stigmatisation des personnes visées, c'est-à-dire les personnes polyhandicapées. Ainsi, Gérard Sebaoun (Socialiste, républicain et citoyen – Val d'Oise), interroge de nouveau l'administration dans une question écrite publiée au Journal officiel le 19 mars 2013³⁷ quant à la nécessité de créer un statut propre aux personnes polyhandicapées et ce, en dépit de la réponse ministérielle formulée en octobre et novembre 2012.

Pour éviter d'accueillir une réponse ministérielle similaire à celle reçue par ses collègues, il semblerait que le parlementaire ait tenté une autre approche, en débutant sa question par un rappel de la définition de la personne polyhandicapée telle qu'elle a été énoncée dans le décret n° 89-798. Ce texte réglementaire précise, rappelle Gérard Sebaoun, que :

« Le terme polyhandicapés désigne des « enfants ou adolescents présentant un handicap grave à expression multiple associant déficience motrice et déficience mentale sévère ou profonde et entraînant une restriction extrême de l'autonomie et des possibilités de perception, d'expression et de relation³⁸ ».

Interpellé par la Fédération nationale des associations de familles de personnes polyhandicapées, le parlementaire demande au Gouvernement d'envisager la création d'un tel statut, insistant sur le fait que le

« Polyhandicap, éventuellement aggravé d'autres déficiences ou troubles, nécessite le recours à des techniques spécialisées pour le suivi médical, l'apprentissage des moyens de relation et de communication, le développement des capacités d'éveil sensori-moteur et intellectuelles concourant à l'exercice d'une autonomie optimale³⁹ ».

Cette question parlementaire n'a reçu à ce jour encore aucune réponse de la part de l'Administration. Tout comme la question parlementaire formulée une semaine plus tard par Marianne Dubois (Les Républicains

37. N° 21231.

38. Question parlementaire n° 21231, Journal officiel du 19 mars 2013.

39. *Ibid.*

– Loiret) à l’attention de la ministre déléguée auprès de la ministre des affaires sociales et de la santé, chargée des personnes handicapées et de la lutte contre l’exclusion et réitérant la même demande de façon plus concise mais tout aussi précise⁴⁰. Dans le même sens, un mois plus tard, Pascale Got (Socialiste, républicain et citoyen – Gironde) a sollicité à nouveau la ministre déléguée auprès de la ministre des affaires sociales et de la santé, chargée des personnes handicapées et de la lutte contre l’exclusion, sur la question du statut des personnes polyhandicapées⁴¹. Là encore, la parlementaire tente un nouvel argumentaire en soulignant que les dispositions de la loi n° 2005-102 du 11 février 2015 pour l’égalité des droits et des chances, la participation et la citoyenneté des personnes handicapées ont certes constitué une avancée en matière de reconnaissance de la situation des polyhandicapés, mais il manque encore selon elle la mise en place d’un « véritable statut garantissant à ces personnes des droits spécifiques et leur permettant d’avoir toute leur place au sein de la communauté nationale⁴² ». Elle conclue sa question en soulignant le fait que cette demande est formulée « depuis de nombreuses années par les associations et les parents concernés⁴³ ».

Le silence de l’Administration à la répétition de ces questions parlementaires est tout aussi significatif que les rares réponses formulées et précisant qu’elle considère que la création d’un tel statut propre à la personne polyhandicapée serait stigmatisant pour ces personnes en question. Ce qui n’empêche pas les parlementaires de continuer de questionner le même ministère à propos de la même préoccupation relative à la mise en place d’un statut du polyhandicapé. Il en est ainsi de Marie-Hélène Fabre (Socialiste, républicain et citoyen – Aude) dans sa question n° 24860 publiée au journal officiel du 23 avril 2013⁴⁴, de Jean-Luc Drapeau (Socialiste, républicain et

40. « Elle souhaiterait donc obtenir des précisions et si elle envisage d’instaurer un statut spécifique du polyhandicap, afin qu’un cadre juridique permettant une meilleure prise en considération de ces personnes soit institué », Question parlementaire n° 21977, Journal officiel du 26 mars 2013, p. 3229.

41. Question parlementaire n° 24859, Journal officiel du 23 avril 2013, p. 4366.

42. *Ibid.*

43. *Ibid.*

44. *Ibid.*, « Mme Marie-Hélène Fabre attire l’attention de Mme la ministre déléguée auprès de la ministre des affaires sociales et de la santé, chargée des personnes handicapées et de la lutte contre l’exclusion, sur la situation des personnes polyhandicapées. Elle lui rappelle que les polyhandicapés sont des personnes présentant un handicap grave à expression multiple associant déficience motrice et déficience mentale sévère ou profonde et entraînant une restriction extrême de l’autonomie et des possibilités de perception, d’expression et de relation. Une telle situation entraîne des

citoyen – Deux-Sèvres) dans sa question n° 25581 publiée au Journal officiel du 30 avril 2013⁴⁵, de Damien Abad (Les Républicains – Ain) dans sa question n° 26803 publiée au Journal officiel du 21 mai 2013⁴⁶, de Rémi Delatte (Les Républicains – Côte d'Or) dans sa question n° 42204 publiée au Journal officiel du 12 novembre 2013⁴⁷, de Sandrine Doucet (Socialiste, républicain et citoyen – Gironde) dans sa question n° 48273 publiée au Journal officiel

conséquences notables concernant la prise en charge médicale, sans même mentionner celle de la vie quotidienne. Aussi elle lui demande si elle envisage de créer un statut spécifique pour les personnes polyhandicapées afin faciliter la prise en compte de la spécificité de leurs besoins ».

45. Question parlementaire n° 24859, Journal officiel du 23 avril 2013, p. 4682 : « M. Jean-Luc Drapeau interroge Mme la ministre déléguée auprès de la ministre des affaires sociales et de la santé, chargée des personnes handicapées et de la lutte contre l'exclusion, sur la situation des personnes polyhandicapées. La loi n° 2005-102 du 11 février 2005 pour l'égalité des droits et des chances, la participation et la citoyenneté des personnes handicapées a certes constitué un progrès quant à la reconnaissance du polyhandicap. Elle a cependant été une occasion manquée pour la création d'un véritable statut garantissant à ces personnes des droits spécifiques et leur permettant d'avoir toute leur place au sein de la communauté nationale. Il souhaiterait donc connaître ses intentions quant à l'instauration d'un statut spécifique du polyhandicap demandée depuis de nombreuses années par les associations et les parents concernés ».
46. *Ibid.*, p. 5247 : « M. Damien Abad attire l'attention de Mme la ministre déléguée auprès de la ministre des affaires sociales et de la santé, chargée des personnes handicapées et de la lutte contre l'exclusion, sur la nécessité de mettre en place un statut particulier pour la personne polyhandicapée. La personne polyhandicapée est porteuse de spécificités qui la distingue de l'ensemble des autres personnes handicapées. Fondée sur une atteinte mentale et motrice maximale, cette distinction s'affirme par une caractéristique essentielle qui, dans l'état de nos connaissances, est l'impossibilité de communiquer avec le plus grand nombre. Cet état de sujétion absolue qui en découle impose à la société de la considérer dans son unicité et donc de l'intégrer autrement que dans le corps général des personnes handicapées. Aujourd'hui, par idéologie unificatrice, le législateur la confond avec les personnes porteuses d'autres handicaps. Ce faisant, il condamne la personne polyhandicapée à vivre dans un cadre qui n'est pas le sien. Un statut propre à la personne polyhandicapée permettrait à celle-ci de trouver le cadre juridique dans lequel sa spécificité serait reconnue. Par conséquent, il lui demande de bien vouloir lui indiquer si elle compte mettre en place un tel dispositif ».
47. Question parlementaire n° 42204, Journal officiel du 12 novembre 2013, p. 11776 : « M. Rémi Delatte attire l'attention de Mme la ministre déléguée auprès de la ministre des affaires sociales et de la santé, chargée des personnes handicapées et de la lutte contre l'exclusion, sur la nécessité de reconnaître la spécificité du polyhandicap. Le groupe Polyhandicap France (GPF) regroupe des familles, des professionnels et des associations ayant pour préoccupation les personnes polyhandicapées. Le conseil d'administration du GPF a validé en janvier 2012 un plan d'actions polyhandicap proposant des interventions aux différentes étapes du parcours de vie du polyhandicapé. Depuis cette date, le GPF attend les orientations du Gouvernement en faveur des personnes polyhandicapées. Il souhaite connaître la suite que le Gouvernement entend donner aux recommandations du plan proposé par le groupe Polyhandicap France ».

du 28 janvier 2014⁴⁸, de Jean-Paul Dupré (Socialiste, républicain et citoyen – Aude) dans sa question n° 81096 publiée au Journal officiel du 9 juin 2015⁴⁹. Toutes ces questions parlementaires sont restées sans réponse de la part de l'Administration.

Est-ce à dire que l'Administration ne dispose plus d'opinion sur cette question ? Ou bien estime-t-elle peut-être qu'elle a déjà répondu et que ses précédentes réponses suffisent ? Il semblerait plutôt que l'absence de réponse traduise un retard de l'action administrative plutôt qu'une carence doctrinale sur ce sujet. Les questions parlementaires qui ont reçu des réponses ministérielles n'ont pas immédiatement été traitées par l'Administration. Le délai qui s'écoule entre la formulation de l'interrogation et celle de sa réponse est en moyenne situé entre une année et une année et demie. De plus, la position de l'Administration sur la nécessité de reconnaître ou non

48. Question parlementaire n° 48273, Journal officiel du 28 janvier 2014, p. 794 : « *Mme Sandrine Doucet attire l'attention de Mme la ministre déléguée auprès de la ministre des affaires sociales et de la santé, chargée des personnes handicapées et de la lutte contre l'exclusion, au sujet de la situation des personnes en situation de polyhandicap. Les personnes en situation de polyhandicap souffrent, aujourd'hui, de nombreuses difficultés. La vie quotidienne est, en effet, particulièrement difficile à mener, dans des infrastructures urbaines ou rurales, qui sont souvent déficientes en termes d'accès. Mais au-delà des problèmes matériels, c'est aussi une reconnaissance sociale qui fait défaut. Le Président Hollande s'était engagé à inclure, dans chaque loi, un volet handicap, afin de prendre en compte et de répondre au mieux aux attentes des personnes en situation de polyhandicap, ce dont nous ne pouvons que nous réjouir. Mais, au regard des grandes difficultés auxquelles font face les personnes en situation de polyhandicap, la question de la création d'un statut légal, reconnaissant les particularités de cette situation doit être posée. Elle souhaiterait ainsi savoir comment le ministère compte s'emparer de cette question. Elle la prie de bien vouloir la tenir informée des suites données à ce dossier.* »

49. Question parlementaire n° 81096, Journal officiel du 9 juin 2015, p. 4266 : « *M. Jean-Paul Dupré souhaite attirer l'attention de Mme la secrétaire d'État, auprès de la ministre des affaires sociales, de la santé et des droits des femmes, chargée des personnes handicapées et de la lutte contre l'exclusion sur la problématique du polyhandicap et sur l'intérêt qui s'attacherait à la réalisation d'une étude dans l'optique de la mise en œuvre d'un Plan national polyhandicap. Le polyhandicap est une atteinte très sévère qui affecte la motricité, la sensibilité et l'intellect. Le polyhandicapé se caractérise en outre par l'absence d'une communication perceptible et interprétable par tous. L'ensemble de ces caractéristiques font de lui une personne totalement dépendante, un être unique, non assimilable à d'autres catégories de personnes en situation de handicap. La prise en charge est donc totalement différente. Aujourd'hui, de plus en plus de voix s'élèvent pour refuser que les adultes polyhandicapés soient inclus en force dans une organisation qui ne prendrait pas en compte leur exceptionnalité et pour réclamer le lancement d'une étude visant à déboucher sur la mise en œuvre d'un Plan national polyhandicap comme il en existe notamment pour l'autisme ou les maladies rares. Il lui demande de bien vouloir se pencher sur ce dossier et de lui faire part de ses intentions en la matière.* »

un statut juridique spécifique aux personnes polyhandicapées est d'ores et déjà connue : la création d'un tel cadre reviendrait selon elle à stigmatiser ces citoyens. La doctrine que l'Administration élabore ici lors des réponses qu'elle formule aux demandes des parlementaires et donc indirectement des citoyens traduit une certaine image⁵⁰ de son action qu'elle entend renvoyer sur la scène publique. Sur ce point, la définition proposée par Geneviève Koubi peut utilement être rapportée : pour cette auteure, la doctrine administrative, « *tout en facilitant l'action administrative, [a pour but] de présenter une vue d'ensemble des pratiques et de leurs rapports avec le droit et, surtout, de produire une représentation cohérente de l'activité administrative*⁵¹ ». Force est de constater que les réponses formulées en matière de polyhandicap contribuent à élaborer une doctrine sur ce point : la loi n° 2005-102 du 11 février 2005 pour l'égalité des droits et des chances, la participation et la citoyenneté des personnes handicapées constitue une avancée suffisante puisqu'elle vise expressément et ce pour la première fois les personnes polyhandicapées dans son article 2. Partant, celles-ci jouissent des mêmes droits que les personnes handicapées et les politiques mises en œuvre veillent à atteindre ces objectifs. De plus, toujours selon cette doctrine, les autorités publiques refusent d'enfermer ces personnes polyhandicapées dans un statut spécifique qui serait potentiellement « stigmatisant » à leur encontre. Sur ce sujet comme sur bien d'autres questions qui lui sont soumises, l'Administration apparaît comme un

« appareil à produire des textes [...] une fabricante, une émettrice de règles juridiques qu'elle intègre au corps de doctrine qui constitue sa « pensée » et qu'elle véhicule à travers un formalisme opératoire scientifique⁵² ».

-
50. « (...) pièce maîtresse de l'Etat, l'administration est appelée à jouer un rôle important dans l'élaboration et le développement des valeurs qui contribuent à constituer la moralité du corps social », R. CATHERINE et G. THUILLIER, « D'une morale de l'État à la morale de l'administrateur », in *Mélanges Stassinopoulos*, Paris, LGDJ, 1974, p. 579.
51. G. KOUBI, *Les circulaires administratives*, Paris, Economica, Corpus Essai, 2003, p. 44.
52. R. CATHERINE, G. THUILLIER, *Introduction à une philosophie de l'administration*, Armand Colin, Collection « U », Série « Science administrative », 1969, p. 156.

BIBLIOGRAPHIE

- BENARD M., « Réponse ministérielle, beaucoup de bruit pour rien ? », *RJF*, 1^{er} mars 2006, p. 187.
- BORREDON L., JACQUIN J-B, « Transaction pénale : confusion sur le sort des délits routiers », *Le Monde*, lundi 19 octobre 2015, p. 14.
- CATHERINE R., THUILLIER G. , *Introduction à une philosophie de l'administration*, Armand Colin, Collection « U », Série « Science administrative », 1969.
- DE MALBERG C., *Contribution à la théorie générale de l'État*, Paris, Sirey, 1920, reproduction CNRS, t. I, 1962.
- DRAGO R., *Cours de science administrative*, Paris, Les cours du droit, 1970.
- KOUBI G., *Les circulaires administratives*, Paris, Économica, Corpus Essai, 2003.
- OPPETIT B., « Les réponses ministérielles aux questions écrites des parlementaires et l'interprétation des lois », *D.*, chron., 1974, p. 107.
- VAPAILLE L., *La doctrine administrative fiscale*, Paris, L'Harmattan, collection Finances publiques, 1999.
- VEDEL G., « Les bases constitutionnelles du droit administratif », *EDCE*, 1954, p. 165.