

REVISITER LA QUESTION DE LA SÉPARATION DE LA MORALE ET DU DROIT

Pierre-Yves QUIVIGER

*Université Nice Sophia Antipolis, membre du Centre de Recherches en Histoire des Idées
(CRHI, EA 4318)*

Abstract: *The paper aims to revisit the separation of Ethics and Law by focusing on the possibility to defend a separatist design (to use Otto Pfersmann's vocabulary) from Ethics and Law without giving up the project of an objective definition of Law which is different from the simple recording of positive Law. One of the collateral effects of such a position is that it allows to refute the criticisms sent to jusnaturalism when these criticisms define this one as the defense of Ethics against the positive Law or as the wish to introduce moral considerations into the juridicity.*

Ma préoccupation est la suivante : faire droit à une conception du droit qui tient fermement à la distinction entre droit et morale mais sans inscrire cette conception dans l'horizon du positivisme juridique¹. Il est difficile de ranger un tel projet ailleurs que dans la boîte démonétisée du « jusnaturalisme » alors même que je partage avec la majorité des positivistes le refus de la confusion entre morale et droit et le refus de l'intégration – ou pis encore de la soumission – du droit à la morale. Je cherche donc à « revisiter » la séparation de la morale et du droit au sens où crois qu'il est possible de défendre une conception *séparatiste* (pour employer l'excellent vocabulaire d'Otto Pfersmann²) de la morale et du droit sans pour autant renoncer au projet d'une définition objective du droit qui soit distincte du simple enregistrement de l'état du droit positif. Un des effets collatéraux d'une telle position est qu'elle permet de réfuter les critiques adressées au jusnaturalisme quand ces critiques définissent celui-ci comme la défense de la morale contre le droit positif ou comme le souhait d'introduire des considérations morales dans la juridicité.

Afin d'explicitier ma position, je vais d'abord présenter dans le contexte de la médecine, en m'intéressant à la question d'un hypothétique « droit de mourir », thématique d'éthique médicale aux confins du droit et de la morale (I). J'élargirai ensuite mon propos à une question morale plus générale (et décisive dans le monde encore largement kantien qui est le nôtre) : celle de la dignité (II).

¹ Je développe cette thèse dans *Le secret du droit naturel ou Après Villey*, Classiques Garnier, 2013.

² O. Pfersmann, « Morale et droit », in D. Alland, S. Rials (eds.), *Dictionnaire de la culture juridique*, PUF/Dalloz, 2003.

I. Droit, morale, médecine : le droit de mourir

Dans la discussion autour de la gestion politique du problème médiatique récurrent de « l'euthanasie », est intéressante la revendication d'un « droit de mourir ». On peut énumérer les affaires Humbert, Sébire, Bonnemaïson, Lambert, etc. Le cas de Nicolas Bonnemaïson est peut-être le plus exemplaire : acquitté en première instance (2014), condamné à deux ans de prison avec sursis en appel (2015) il a été radié de l'ordre des médecins. Urgentiste, il avait été mis en examen en 2011 pour l'empoisonnement de six personnes âgées à l'hôpital de Bayonne, dont aucune n'avait fait une demande d'arrêt de traitement et auxquelles il avait néanmoins administré une dose élevée et sans finalité thérapeutique de curare. Le contraste entre la popularité du médecin (une pétition de soutien avait recueilli des dizaines de milliers de signatures) qui en faisait presque une figure de héros moral, et la dure réalité de la qualification juridique des faits (un acte prémédité d'empoisonnement) doit être souligné. L'agitation médiatique a conduit à populariser l'idée d'un « droit de mourir » dont je vais critiquer le bien-fondé (A) avant de montrer qu'elle constitue une synthèse paradoxale de panjuridisme et de paternalisme médical sous couvert de leur double dénonciation (B)

A. Un pseudo-droit subjectif

Ce projet ne saurait sortir de l'espace de la pure politique car ce pseudo-droit subjectif est, d'une part, contradictoire et, d'autre part, il suppose la constitution d'obligations symétriques pour le corps médical qui sont difficilement acceptables. Le « droit de mourir » se nourrit de l'idée politiquement respectable que la *liberté* des citoyens ne doit pas être soumise à des choix médicaux indépendants d'eux et qu'il faut libérer ceux-ci de toute forme de paternalisme médical. Cette conception politique devrait conduire logiquement à une évolution législative consacrant la neutralité de l'État pour l'ensemble des arbitrages qu'un individu pourrait rendre concernant sa vie et sa mort, dans la mesure où ces arbitrages ne se feraient pas au détriment d'autrui (on objectera que c'est difficile, dans la mesure où on peut heurter la sensibilité d'autrui, et lui causer un préjudice moral, par des décisions strictement personnelles : si je ne souhaite plus être l'amant de X, X peut en être très triste ; si je souhaite mettre fin à mes jours, mes proches peuvent en être affectés, etc. – on voit bien que la reconnaissance de la liberté d'action de tout sujet suppose qu'on fasse la part des choses entre les effets tolérables et intolérables de chacune de ses décisions...). Ainsi, si je souhaite me suicider, je devrais pouvoir non seulement ne pas être entravé dans cette démarche, mais je devrais pouvoir aussi être entouré de qui m'enchantent et bénéficier de l'*aide* de qui veut bien m'en donner volontairement, dans la mesure où il ne s'agit que d'une aide et que je reste l'*acteur* unique de mon action. On est

ici dans une approche purement politique et morale et ce qu'on peut attendre du droit via la législation est bien plutôt une *abstention*, un *silence*, qu'une action ou un texte. On pourrait ainsi militer pour l'abrogation des articles du Code pénal qui incriminent la provocation au suicide. Curieusement, ce n'est pas une revendication prioritaire des associations de défense de l'euthanasie qui souhaitent plutôt, sans poser le problème de la contradiction entre les deux dispositifs, qu'on inscrive dans la loi un « droit de mourir » opposable qui prendrait la forme d'un accès à la mort provoquée par un tiers, sur demande, dans un contexte médicalisé. Techniquement, cela signifierait devenir tous titulaires d'un droit-créance à l'endroit des médecins, qui seraient obligés de satisfaire notre envie de mourir. Cette perspective semble résolument extra-juridique car elle suppose qu'on fasse d'un homicide un geste médical, qualification juridique pourtant délicate; qu'on considère que le refus de satisfaire ce « droit de mourir » constitue une faute (car s'il y a droit, il faut qu'il y ait obligation symétrique); que l'on considère qu'alors même que je pourrais mettre fin à mes jours soit en me suicidant, soit, si je suis matériellement incapable de le faire, en demandant l'arrêt des traitements (Loi du 22 avril 2005) ou à bénéficier d'une sédation profonde (Loi du 2 février 2016), il conviendrait de m'accorder le droit-créance supplémentaire d'une mort qu'on m'inflige activement de l'extérieur – ce qui signifie qu'il ne s'agit pas simplement d'un « droit de mourir » mais d'un droit au choix du moment et aux conditions de sa mort; qu'enfin, on laisse complètement de côté la question des abus, des risques, des pressions sur des personnes fragiles pour qu'elles consentent, dans l'intérêt d'autrui (la famille qui est fatiguée, l'hôpital qui a besoin des lits, etc.), à « bénéficier » d'une euthanasie, voire qu'elles en « bénéficient » sans consentement. Bref : le débat politique aboutit à des difficultés juridiques certaines et qui témoignent que les enjeux devraient demeurer purement sociaux, moraux et politiques et ne pas pénétrer la sphère du droit : on doit se contenter de maintenir quelques principes simples (tuer quelqu'un volontairement est un crime hors cas de légitime défense; les médecins ont pour fonction de soigner et rien ne justifie qu'ils soient, seuls parmi les citoyens, autorisés à empoisonner d'autres citoyens; le suicide est une question personnelle et est un *acte volontaire*) et, au-delà de ces principes, travailler à diminuer l'importance de la loi plutôt qu'à attendre d'elle qu'elle résolve nos problèmes moraux, politiques, économiques et sociaux.

B. Déflationnisme juridique et anti-paternalisme médical

Ces distinctions et ces principes peuvent être utiles aux soignants car pour certains d'entre eux, il y a une « hypocrisie » à accepter l'arrêt des traitements devenus vains, au nom du refus de l'acharnement thérapeutique, rebaptisé depuis, et à raison, « obstination déraisonnable » (car il n'y avait rien de « thérapeutique » dans ledit acharnement), et à refuser ce qu'on appelle de manière absurde l'*euthanasie*, à

savoir l'injection volontaire d'un produit létal à un patient. Beaucoup de soignants considèrent que dans les deux cas, cela revient à mettre fin à la vie du patient. Il est donc essentiel de démontrer que philosophiquement et juridiquement, et du coup *pratiquement*, on ne peut pas confondre un geste actif et intentionnel de donner la mort, qui est pénalement un homicide, avec préméditation, avec une abstention d'intervention sur un patient qui ne peut plus être guéri. Face à l'état du droit positif en matière médicale, relevant des champs de la déontologie et de l'éthique médicales, il faut être capable de *dé-spécifier* les enjeux médicaux, en les réinscrivant dans des problèmes généraux de droit et de philosophie, d'une part, et, d'autre part, être capable de faire le tri entre problématique juridique, problématique morale et problématique politique. Cela suppose d'adopter une vision *déflationniste* de la juridicité en se méfiant du faux-droit, de la morale déguisée en droit, incapable de produire des effets de droit: il y a un espace pour une éthique médicale qui ne soit pas codifiée dans des normes juridiques et c'est en montrant la parfaite juridicité des lois du 22 avril 2005 et du 2 février 2016 et de leurs décrets d'application qu'on définit, en creux, l'espace laissée à l'action et la réflexion éthique. Cela suppose aussi un refus de la spécificité de l'action médicale au sein des rapports de droit – il convient de « normaliser » l'action médicale, et de rappeler que patients et soignants demeurent des sujets pris dans des situations juridiques organisées par le droit commun, en dépit du régime spécifique, des dérogations, des particularités de l'action médicale. Cette position relève d'un certain anti-paternalisme, qui trouve aussi à s'épanouir dans le domaine du traitement juridique des pratiques sexuelles ou dans l'analyse de la situation spécifique du refus de traitement chez les Témoins de Jehova, qui, au péril de leur vie, ne souhaitent pas être transfusés. Déflationnisme et *anti-paternalisme* doivent déboucher sur la remise en question d'une partie des « droits subjectifs » qu'il conviendrait de déjuridiciser, d'une part, et d'autre part, sur l'encouragement à une meilleure connaissance du droit (ou au moins de ses grands principes) par la totalité des sujets, connaissance qui doit être proportionnée à la fragilité et précarité objective des sujets.

II. Extension du domaine de la confusion

Mais la dangerosité de l'éthique pour le droit ne se limite pas à la sphère médicale: l'utilisation, par le législateur ou le juge, de mots comme « dégradant », « indigne » ou encore « contraire à la dignité », termes vagues (car ils sont *inquantifiables*), pose de graves problèmes de sécurité juridique et de cohérence du système de droit, comme on peut le voir dans le contexte des pratiques sexuelles (A) et dans celui des pratiques ludiques (B).

A. *La dignité et l'indignité sexuelles*

Est emblématique l'évolution de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme entre l'arrêt *Laskey, Jaggard et Brown contre Royaume-Uni* de 1997 et l'arrêt *K. A et A. D. contre Belgique* de 2005, où l'on peut distinguer des arguments qui relèvent du champ des problématiques juridiques (articulation entre autonomie de la volonté, consentement et qualification pénale des actes) et des arguments qui devraient être exclus de ce champ (la référence à des pratiques jugées « normales » en soi ou selon les standards du sadomasochisme ; la qualification d'une pratique comme dégradante alors qu'elle est consentie, demandée, désirée ; la « dignité » d'une pratique sexuelle). Il est intéressant, comme le fait la Cour européenne elle-même dans l'arrêt de 2005 en faisant référence à son propre arrêt *Pretty* de 2002, de mettre en perspective la place de l'autonomie personnelle dans les questions d'euthanasie et de pratiques sexuelles extrêmes car on voit alors que la notion de *dignité* est très incertaine. Pourquoi un certain état dégradé de son propre corps est-il jugé comme « indigne » dans certaines situations, au point de susciter une demande de mort, et un autre état, qui peut être tout aussi dégradé, sera jugé comme « non-indigne » par la personne elle-même ? La réponse est en réalité simple : dans le premier cas, la situation est subie, dans le second cas, la situation est choisie – ce n'est donc pas la quantité d'indignité contenue « objectivement » dans la situation qui est la clef du problème, mais la quantité de volonté et de consentement. Les normes juridiques gagneraient alors à se passer de la qualification de « dégradant » ou de la notion d'atteinte à la dignité car on ajoute alors une extraordinaire confusion juridique en injectant de l'indétermination morale à une situation déjà délicate à analyser. En abandonnant toute référence à un contenu moral, on peut affirmer que la norme qui prohibe l'homicide ne souffre pas d'autre exception que la légitime défense (ou la peine capitale) mais que la règle qui prohibe les coups et blessures volontaires ne s'applique pas en cas de consentement. Le droit positif peut entrer dans le détail des coups et blessures, en isolant le cas des mutilations, qu'on jugera licites ou non s'il y a consentement (sachant qu'un certain nombre de mutilations sont déjà licites – ainsi pour un motif médical).

B. *La dignité et l'indignité ludiques*

La situation la plus problématique est celle dans laquelle on oppose au consentement de la personne, qui agit dans le cadre du droit et en connaissant ses droits, une définition externe de la dignité, d'essence *morale*, qui restreint ses droits. L'exemple paradigmatique de cette configuration se trouve dans l'arrêt du Conseil d'État *Commune de Morsang sur Orge* du 27 octobre 1995. Il est difficile de voir autre chose que du paternalisme dans la justification par le Conseil d'État, « au nom de la dignité de la personne humaine », d'une interdiction faite à un citoyen français

d'exercer le métier qu'il a choisi et qui, dans le contexte général de discrimination à l'endroit des personnes handicapées qui est le nôtre, était un des rares qu'il avait trouvés. Que le droit puisse prendre la forme d'une diminution *supplémentaire* des possibles professionnels pour une catégorie de la population frappée quotidiennement par une diminution de ses possibles professionnels au nom de la *dignité* de cette même population est inouï. On pourrait d'ailleurs envisager, au nom de la même dignité, d'interdire les métiers de comédiens ou d'humoristes aux personnes de petite taille, afin de leur éviter les situations où elles se ridiculisent et font rire à leur dépens (la lecture intégrale des conclusions de Patrick Frydman, commissaire du gouvernement dans l'affaire *Morsang sur Orge* permet de découvrir que la comédienne Mimie Mathy s'était prononcée pour l'interdiction du spectacle). Ou encore se demander si initier à l'athlétisme des adolescents d'origine antillaise ou africaine n'est pas prendre le risque de renforcer les préjugés racistes véhiculés par un leader d'extrême-droite désormais retraité qui voulait que « les noirs courent plus vite que les blancs ». Quand le droit fait de la morale, il peut *in fine* véhiculer une morale effrayante, qui loin de produire une vision d'inspiration égalitaire de l'ensemble des individus, renforce bien au contraire les discriminations et les préjugés et les minéralise dans une forme d'évidence incontestable. En jugeant « indigne » chez un sujet (parce qu'il est de petite taille) un comportement qu'on trouverait amusant ou simplement stupide chez un autre sujet (parce qu'il est de taille normale), loin de combattre les *a priori* sociaux contre les personnes handicapées, on les ratifie et on les consolide au moyen de l'autorité symbolique du droit. Ainsi, la règle qui impose de mesurer plus d'1m54 pour être militaire devrait faire l'objet de plus de réflexions sur le statut juridique d'une personne de petite taille que de savoir en quoi leur participation à un spectacle idiot dans une discothèque est « digne » ou « indigne », débat purement moral et qui, même sur le plan éthique, n'est pas facile à trancher. L'indignité est peut-être tout autant du côté d'une interdiction faite à quelqu'un de se moquer de lui-même, de jouer de ses particularités physiques dès lors qu'il ne serait pas *normal*, par une ironique *discrimination au carré* sous couvert de pratique respectueuse.

La délimitation d'une sphère spécifique de la juridicité ne se résume pas à la construction d'une partition stricte entre droit, politique et morale ; celle-ci passe aussi, au-delà de cette approche *statique*, par une analyse *dynamique* des liens entre droit, politique et morale – il y a un moment propre au droit dans la série des phénomènes qui gouvernent la vie sociale. Il ne faut confondre le droit ni avec ce qui peut le précéder et l'inspirer (une volonté politique, une préoccupation morale, une inquiétude religieuse, une évolution des mœurs) ni avec ce qu'il peut susciter ou induire volontairement ou involontairement (des pratiques, des discours, des envies). Il convient de ne pas confondre les motifs qui ont présidé à l'adoption d'un texte, le texte lui-même (et ses décrets d'application) et l'usage que les sujets et les juges font de ce texte : la juridicité n'apparaissant véritablement que dans ce

dernier temps. Certains secteurs du droit rendent délicates ces distinctions - ainsi du droit pénal. D'où les dangers d'une trop grande place accordée au droit pénal dans le droit contemporain, en particulier dans le domaine politique. Comme l'avait souligné Olivier Beaud³ à propos de l'affaire du sang contaminé, on aboutit à rendre illisible la notion de responsabilité politique – ce qui affaiblit la chose politique comme la chose juridique, chacune ayant pourtant besoin d'être fermement distinguée de l'autre pour subsister pleinement et s'accomplir. Il en est de même pour morale et droit.

³ O. Beaud, *Le sang contaminé. Essai critique sur la criminalisation de la responsabilité des gouvernants*, PUF, 1999.

