HAL
open science

Le droit et l'éthique du juge.

Emmanuel Jeuland

To cite this version:

Emmanuel Jeuland. Le droit et l'éthique du juge.. dir. M. Wolkowicz. Tensions et défis éthiques dans le monde contemporain, Editions du Rosiers, 2013. hal-02105726

HAL Id: hal-02105726

https://hal.science/hal-02105726

Submitted on 21 Apr 2019

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

Le droit et l'éthique du juge.

Par Emmanuel Jeuland, professeur de droit privé à l'Ecole de droit de la Sorbonne, Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne.

Le droit et l'éthique sont devenus, en un certain sens, des disciplines concurrentes, alors qu'elles devraient rester complémentaires. Il ne semble pas qu'un métalangage soit en mesure de définir clairement leur frontière. Il s'agit de rapports subtils dont on ne peut rendre compte que dans un contexte donné. Je propose, dans un premier temps, de montrer comment les deux champs se sont brouillés puis d'essayer de débrouiller, dans un second temps, les choses non pas théoriquement mais pratiquement en m'intéressant au cœur du droit, à l'office du juge et à son éthique. Il sera possible de montrer que si la question éthique porte sur une action à faire dans l'avenir, le droit procède par l'instauration de rapports symboliques qui peuvent opérer par des boucles rétroactives garantissant la solidité de la relation.

I.- Le brouillage théorique des disciplines.

La question du droit et de l'éthique est fort ancienne. Aristote présentait déjà une philosophie du droit dans son Ethique à Nicomaque. Tout étudiant en droit de première année se voit « infliger » un cours sur la différence entre le droit et la morale. Il apprend docilement que la morale comporte des normes que l'on s'impose à soi-même, en son for intérieur, sans sanction étatique alors que le droit est composé de normes imposées à tous les membres de la société sous peine de sanctions étatiques. Le droit est hétéronome – imposé par un juge ou un Etat à des individus - quand la morale est autonome – une norme que l'on s'impose à soi-même. Il existe des formes de sanction en matière de morale puisque le fauteur de trouble moral se trouve face à sa conscience et peut même être ostracisé et banni d'un groupe. Mais il ne sera pas condamné à une peine de

prison. D. Strauss-Kahn a admis avoir commis une faute morale et non une faute juridique dans l'affaire du Sofitel de New-York. Une faute morale peut cependant devenir une faute juridique comme ce fut le cas et c'est encore le cas dans bien des systèmes juridiques pour l'adultère. La tentation est alors grande de considérer que le droit est une mise en forme officielle de la morale. Les éthiciens cherchant à distinguer entre le bien et le mal pour déterminer ce qu'il convient de faire paraissent souvent retenir cette approche du droit. Les juristes ne se reconnaissent pas dans cette analyse car ils considèrent que le droit a bien d'autres sources que la morale mais aussi parce que le droit ne fait pas que donner une forme à la morale, il consacre une certaine position morale au sein d'un système cohérent de règles. Ripert avait ainsi montré comment les règles morales étaient introduites en droit[1]. Pour Carbonnier cependant ce sont surtout les bonnes mœurs, « les mœurs des bonnes gens » qui pénètrent ainsi le droit. On doit, par exemple, respecter ses engagements, agir avec bonne foi et ne pas abuser les autres. Il ne s'agit pas d'une morale transcendante qui pourrait conduire certains à rendre le bien pour le mal ce qui constituerait une subversion du droit pénal[2]. Les bonnes mœurs ont elles-mêmes évoluées et l'on parle plus volontiers aujourd'hui de dignité et de loyauté. La morale qui s'introduit en droit évolue avec le temps.

L'étudiant n'en est pas encore quitte avec la morale. Elle revient sans cesse au cours de ces études et de sa vie professionnelle. Un jour, on lui parle de moralisation de la vie des affaires, un autre du comité d'éthique en matière de bioéthique ou bien d'éthique du juge. La confusion entre les deux champs est toujours susceptible de renaître. Le débat entre François Terré et Monique Canto-Sperber[3] l'a bien montré[4]. Le juriste reprochait au philosophe de faire une hiérarchie

[1] La règle morale dans les obligations civiles, 1re éd. 1925, 4° éd. 1949.
[2] Introduction, t.1, 1980, PUF, n°3.
[3] L'inquiétude morale et la vue humaine, PUF, 2001.
[4] V. pour les citations qui suivent : F. Terré, Pitié pour les juristes ! RTD civ. 2002, p. 247 s.

entre le droit et la morale et de réserver à la seconde le monopole de la réflexion. Le droit y est vu exclusivement comme un « ensemble d'articles et de règles accompagné de sanction », ce qui est une vision très réductrice du droit. Le juriste apparaît, dans le livre de Mme Canto-Sperber, comme un simple technicien de la règle sanctionnée par l'Etat qui ne se mêle pas de réfléchir au contenu des règles qu'il met en œuvre sauf à les mettre en conformité avec les faits, c'est pourquoi, il faut distinguer : «entre d'une part, l'observation des faits et la formulation éventuelle de normes relatives à l'ensemble des faits et, d'autre part, la réflexion sur les normes morales ». Les règles concernant l'avortement ne peuvent ainsi annuler « la gravité d'une telle délibération morale ». François Terré ne le nie pas mais considère que les règles juridiques sont souvent la « résultante d'un faisceau de considérations et de valeurs que tout l'art du droit consiste à assumer, à concilier et à traduire dans l'ordonnancement de la cité ». Pour lui, le droit ne peut être réduit à des normes et à des sanctions sachant d'ailleurs qu'une norme juridique ne se définit pas par sa sanction mais qu'elle est sanctionnée parce qu'il s'agit d'une norme juridique. Le droit est aussi composé de pratiques, de jurisprudence, de recommandations etc. On perçoit dans ce débat l'incompréhension qui peut exister entre le philosophe de la morale et le juriste.

Un point particulièrement intéressant heurte le juriste à la lecture du philosophe quand celle-ci souligne que l'éthique est universelle : « si cela a un sens de parler du droit français ou du droit anglo-saxon, cela n'en a aucun de parler de l'éthique française ou de l'éthique anglo-saxonne ». Or, note François Terré, cette approche prétendument universelle a des conséquences sur le droit. En effet, le droit américain est beaucoup plus poreux que le droit français à la morale si bien que les comités d'éthique, l'éthique des affaires voire la net-étiquette ainsi que le thème de l'éthique du juge sont venus des Etats-Unis. L'éthique est peut-être universelle mais les rapports entre éthique et droit ne le sont pas et la proximité qui existe entre eux deux dans un pays peut

avoir une influence dans un système juridique où la distinction est plus nette.

Pour l'éthicien, le droit est une mise en forme des choix éthiques et une instance interdictrice. Les droits de l'homme sont d'abord des principes éthiques. Pour le juriste, éthique et morale sont synonymes et relèvent d'une contrainte que l'on s'impose à soi-même sans qu'il n'y ait de sanction sociale. Les droits de l'homme proviennent de la philosophie mais sont devenus une partie du droit. Les deux positions sont partiellement contradictoires et fausses. Or, il n'existe pas de métalangage permettant de régler les frontières entre le droit et l'éthique. On est forcément d'un côté ou de l'autre. C'est en tant que juriste que je m'interroge sur leur rapport. L'éthicien aborde les problèmes concrets dans un certain cadre conceptuel et une histoire de la philosophie morale.

Le juriste voit l'éthique comme ce qui peut conduire à des règles de droit quand il est normativiste (au sens de Kelsen voyant le droit comme une pyramide de normes hiérarchisées ; Kelsen qui distinguait très nettement droit et morale), à un jugement lorsqu'il est réaliste (selon l'école réaliste américaine), à un contrôle des règles et des jugements lorsqu'il est naturaliste ou sa version moderne, droit de l'hommiste. En effet, très peu de juristes se revendiquent aujourd'hui du droit naturel (qui comprend lui-même plusieurs écoles antiques ou modernes) notamment car les principes qui pouvaient entrer dans le droit naturel rationnel du XVIII° siècle, la liberté, l'égalité, la propriété sont devenues des droits de l'homme dans le sens positif du terme, c'est-à-dire dans le sens du droit posé aujourd'hui, du droit existant. De même qu'il existe de nombreux courants éthiques, il existe de nombreuses conceptions du droit ce qui rend difficile l'articulation en général entre droit et éthique. Chaque approche de l'éthique peut se combiner avec chaque approche du droit, ce qui revient à poser une équation à deux inconnues. Par exemple, l'approche kantienne de la morale interdit tout mensonge et

l'approche kelsénienne crée une frontière étanche entre droit et morale de telle sorte qu'une personne peut légalement mentir si aucune règle ne l'interdit. En revanche, un juriste réaliste considère que le juge tient compte de sa morale tout autant que des normes pour juger un cas et peut trancher une affaire en défaveur d'une partie qui même sur un point accessoire aura menti etc. De manière plus sensible, le juge peut tenir compte d'un avis du comité d'éthique ou non selon une approche réaliste, normativiste voir jus naturaliste.

A ces approches classiques et quelque peu opposées, il convient d'ajouter la tendance contemporaine à la concurrence normative qu'il faut rapporter au contexte français. Le comité d'éthique en matière de bioéthique propose des avis qui constituent une véritable source du droit entrant dans ce que l'on nomme la *soft law*, le droit qui s'impose par influence et non pas parce qu'il est obligatoire. Le comité devient donc une instance créatrice de droit en concurrence avec le parlement, le gouvernement et le juge. A vrai dire, dans le contexte français qui privilégie l'approche administrative centralisée, le comité d'éthique comme d'autres comités d'expert est au service du gouvernement et donc de l'exécutif[5]. Il permet de faire partiellement échapper au parlement et à l'autorité judiciaire les questions de bioéthiques et de développement de la science. Or, la politique scientifique relève plutôt du pouvoir exécutif dans les faits. L'éthique n'est donc pas neutre dans le jeu de la séparation des pouvoirs. Dans cette tendance à la concurrence normative, il faut noter également le développement des normes de management (ISO etc.), de communication (annoncer une loi pour régler un problème de société sans la faire ou sans la rendre applicable ou utile) et des normes techniques (pour les produits qui peuvent contraindre les comportements comme l'alarme qui sonne et dont le volume augmente lorsqu'un passager d'une voiture enlève sa ceinture de sécurité). Ainsi, l'éthique devient normative dans certains

[5] D. Memmi, *Les gardiens du corps : Dix ans de magistère bioéthique*, 1996, éd. EHESS.

cas sans une véritable légitimité démocratique, sauf à noter que les membres des comités d'éthique sont nommés par des politiques et qu'ils peuvent avoir une légitimité scientifique, religieuse ou philosophique. Il n'en reste pas moins que les frontières se brouillent et qu'une des positions des juristes consistent à critiquer l'hégémonie des « éthiciens » au sens large et flou. Ainsi, lorsque le principe de loyauté dans la procédure est pris en considération par le juge en particulier dans la recherche des preuves, certains juristes s'inquiètent d'une moralisation de la procédure qui la rend imprévisible. Le juge ne se contente pas de sanctionner des comportements contraires aux règles de procédure, il sanctionne des comportements contraires à la morale. C'est le cas, par exemple, lorsqu'un employeur enregistre les conversations téléphoniques d'un employé sans l'en avertir et afin de le licencier.

Il existe une autre école du droit que j'appelle relationaliste qui considère que le droit n'est pas avant tout constitué de règles de droit ou d'institutions, c'est avant tout des rapports de droit. Il n'existe pas de lien de droit qui soit durable sans qu'il soit juridique à l'exception notable mais qui confirme la règle du lien d'amitié (que l'on peut voir comme un lien juridique archaïque fondé sur le don contre don). Dés lors, le lien social est un ensemble structuré de rapports de droit. Ce qui compte est sa structure et non la recherche vaine d'une éthique commune. Sa structure prendra la forme de l'ordre public comprenant les principes fondamentaux et notamment les droits de l'homme. Ils sont certes discutables au plan éthique – on peut critiquer l'avortement ou l'euthanasie d'un point de vue éthique mais il existe des règles de droit positif qui encadre les rapports juridiques entre des personnes dans ces domaines (rapports médecins/patients notamment) qui ne sont donc pas contestables dans un cadre judiciaire sauf à mener une lutte politique pour changer le droit.

A partir de là et pour essayer d'y voir clair, on ne peut guère compter sur un point de vue en surplomb même si d'autres disciplines

(religions, psychanalyse, philosophie du langage) peuvent aider à préciser les frontières. S'agissant de rapports subtils, il n'est possible de les aborder que dans la finesse d'un cas. La question de l'éthique du juge qui est au cœur du travail judiciaire paraît bien indiquée pour servir de champ de réflexion. On pourra alors tenter de systématiser.

II.- Le débrouillage pratique des disciplines dans le contexte de l'éthique du juge.

Dans le système de *common law*, le juge considère la règle de droit comme un élément comme un autre de son raisonnement qui peut également intégrer des considérations de morale, d'économie ou de sociologie. Ce qui est central en *common law* ce n'est pas la règle mais le juge et son jugement qui peut constituer un précédent. Dans la tradition des droits civils, ce qui est central est traditionnellement la loi votée par le parlement. Le juge s'il ne peut être réduit à la bouche de la loi come le disait Montesquieu doit néanmoins avant tout appliquer cette règle de droit. Il a une marge de manœuvre à tous les stades de son raisonnement dans l'appréciation des faits, des preuves ou au stade de la qualification, de l'interprétation ou de la sanction. Il n'en reste pas moins celui qui applique la règle de droit. L'article 12 du Code de procédure civile le souligne « le juge tranche le litige conformément aux règles de droit qui lui sont applicables ». Le terme de règles de droit dépasse d'ailleurs de loin la règle législative, puisqu'il peut s'agir d'une règle d'origine réglementaire, d'une pratique ou d'une coutume voire d'un principe général du droit issu de la jurisprudence. On peut trouver la démarche trop formelle. Pourquoi le juge ne pourrait-il pas se fonder sur des considérations morales comme en *common law* ? Un exemple permet d'en mesurer toutes les conséquences. Un homme qui avait tué sa femme et qui avait été condamné pénalement réclamait le bénéfice du régime de la communauté universelle des biens sous lequel il s'était marié. Les

juges du fond ont considéré que cette demande était immorale et l'ont rejetée. La Cour de cassation a cassé cette décision car le juge devait se contenter d'appliquer les règles de droit et ne devait pas juger en équité. On ne comprend pas bien pourquoi, dans le système français le juge ne peut juger en équité. Il faut noter, tout d'abord, qu'il existe une exception lorsque les parties sont d'accord et le lui demande expressément (art. 12 al. 4), ce qui est surtout utilisé en matière d'arbitrage. Il faut surtout noter que l'interdit de juger en équité vise à garantir l'égalité entre les justiciables. L'équité peut en effet varier d'un juge à l'autre selon qu'il est clément ou rigoureux, tandis que la règle en principe est la même pour tout le monde. Certes, il peut exister des divergences dans l'application de la règle mais la Cour de cassation ou le Conseil d'Etat sont justement chargés d'unifier la jurisprudence de telle sorte qu'une règle donnée soit appliquée de la même manière sur tout le territoire. La Cour de justice de l'Union européenne joue ce rôle pour les textes de l'Union européenne.

En revanche, dans l'histoire de la *common law*, des cours dites d'*equity* – proche du pouvoir royal - ont été chargées d'apporter de nouvelles solutions quand les actions portées devant les cours de *common law* devenaient trop étroites. De plus, les juges sont choisis parmi les meilleurs juristes dans leur deuxième partie de carrière, pour donner toute garantie de compétence et d'impartialité. En cas de divergences entre les juges et de controverses les Cours d'appel ou les cours suprêmes (Royaume-Uni ou Etats-Unis) rendent de grands arrêts qui unifient la jurisprudence. Dans ce système, le juge peut avoir plus de distance avec les règles de droit et s'inspiré expressément de principes moraux. L'acculturation de ce système pose en revanche de redoutables difficultés.

Les comités d'éthique en matière de bioéthique se sont développés aux Etats-Unis avant d'être adoptés en France. Leurs

recommandations peuvent avoir valeur de loi en France quand aux Etats-Unis le juge se sentira toujours relativement libre. Ainsi, le comité d'éthique a pu être perçu en France comme un législateur non élu, composé d'experts. On a parlé de pouvoir expertal venant remettre en cause la séparation des pouvoirs. Il faut noter de ce point de vue, que la séparation des pouvoirs est beaucoup moins favorable au juge en France qu'aux Etats-Unis. La constitution de 1958 n'a voulu reconnaître au juge qu'une autorité et non un véritable pouvoir. L'explication de nouveau est historique et encore difficile à mesurer. On dit traditionnellement que les parlements ayant été en conflit récurrents avec le roi au cours de l'Ancien régime, les révolutionnaires ont tenu à restreindre les pouvoirs des juges vis-à-vis du pouvoir législatif. Ce qui est curieux est que beaucoup de révolutionnaires étaient des gens de justice issus des parlements et l'on ne comprend pas bien pourquoi ils auraient voulu limiter le pouvoir judiciaire. A vrai dire les parlements de l'Ancien régime détenaient des pouvoirs législatifs, puisqu'ils pouvaient rendre des arrêts de règlement, des jugements qui avaient une portée générale. On peut donc supposer que les révolutionnaires ont surtout cherché à mettre en lumière ce pouvoir législatif vis-à-vis de l'exécutif et du pouvoir judiciaire stricto sensu. Par la suite, le pouvoir exécutif héritier du pouvoir royal a tendu à contenir le pouvoir judiciaire en le cantonnant dans un rôle d'autorité. Néanmoins, il semble bien que ce faisant, le système juridique français n'a fait que retrouver la forte tension qui a toujours existé entre le pouvoir judiciaire et le pouvoir exécutif.

Les difficultés d'acculturation d'une conception américaine du duo droit-éthique au système français doivent être comprises à l'aune de cette histoire. Le comité d'éthique est devenu en France un organe centralisé et puissant quand il était un représentant d'une société pluraliste aux Etats-Unis. On retrouve cette difficulté avec l'acculturation du thème de l'éthique du juge en France. Pour lutter contre la corruption des Codes « *of Judicial Conduct* » ont été rédigés

aux États-Unis en 1924 puis en 1972. Il a été adopté en Tanzanie en 1972 avec des conséquences juridiques en cas de non respect (mise à la retraite etc.) puis en Afrique du sud et dans d'autres pays anglophones d'Afrique. Le thème de l'*ethical judicial* est parvenu en France dans les années 2000, non pas pour lutter contre la corruption mais pour donner des repères aux juges dont certains ont pu avoir des comportements contraires aux bonnes mœurs ou manquant de réserve médiatique par exemple. Une étude a été menée qui s'est directement inspirée des codes éthiques américains. Alors que dans les pays de *common law*, l'éthique du juge peut conduire en cas de non respect à des sanctions disciplinaires, il a été prévu en France que le code d'éthique du juge ne serait pas obligatoire et ne pourrait pas conduire directement à une sanction. Le Conseil supérieur de la magistrature ne voulait pas être lié par ce code et voulait rester la seule autorité légitime pour apprécier le comportement des juges. Le code de déontologie des magistrats n'a donc pas de portée juridique directe en France.

Son étude révèle, par ailleurs, un glissement entre les droits fondamentaux, les règles de comportement moral et les normes de management. Cela confirme de nouveau ce que disait Wittgenstein lorsqu'il affirmait que lorsque l'on parle d'éthique on parle d'autre chose. Derrière le thème de l'éthique du juge apparaît celui de la managérialisation de la justice. On peut le voir clairement sur quelques exemples tirés du Recueil des obligations déontologiques du magistrat de 2010[6].

L'article A.-1 rappelle un droit fondamental : « L'indépendance de l'autorité judiciaire est un droit constitutionnel, reconnu aux citoyens comme aux justiciables, qui garantit l'égalité de tous devant la loi par l'accès à une magistrature impartiale ». L'article A.-4 en tire des conséquences comportementales : « Les magistrats préservent leur indépendance vis-à-vis des pouvoirs exécutif et législatif, en s'abstenant de toute relation inappropriée avec leurs représentants et

[6]Publiés aux éditions Dalloz et accessible sur le site du Conseil supérieur de la magistrature.

en se défendant de toute influence indue de leur part ». L'article A.-15 comporte des normes de management : « La gestion des flux et le traitement des affaires dans un délai raisonnable constituent une exigence légitime pour les magistrats ; ces objectifs ne sauraient les dispenser du respect des règles procédurales et légales, de la qualité des décisions et de l'écoute du justiciable, garanties d'une justice indépendante ». On voit ainsi comment les normes éthiques et les normes de management s'opposent et se combinent.

De même l'article C.6 met en relation la probité du magistrat et son statut légal : « La probité du magistrat s'entend de l'exigence générale d'honnêteté. Elle implique le respect des dispositions légales propres aux magistrats, à leur statut et à l'organisation judiciaire ». L'article c.10 en tire des conséquences en termes de gestion : « Les magistrats, dans l'exercice de leurs fonctions, respectent les normes et bonnes pratiques en vigueur relatives à l'utilisation des fonds publics et à la gestion rigoureuse du service public de la justice. Ils assurent un fonctionnement optimal de leur juridiction d'affectation en fonction des moyens mis à leur disposition dans le cadre administratif et budgétaire imparti à la mission de justice de l'État ». On est passé de nouveau des droits fondamentaux au management.

Enfin, le management implique une certaine maîtrise de la communication. Selon l'article F.2 « Dans son expression publique, le magistrat fait preuve de mesure, afin de ne pas compromettre l'image d'impartialité de la justice indispensable à la confiance du public ». Ces principes ont des conséquences comportementales prévues par l'article f.8 « Le magistrat respecte la confidentialité des débats judiciaires et des procédures évoquées devant lui ; il ne divulgue pas les informations dont il a eu connaissance, même sous forme anonyme ou anecdotique ». Cela conduit en fin de compte à une maîtrise de la communication institutionnelle prévue par l'article F.10 : « La justice et les juridictions disposent d'outils de communication institutionnels et de possibilités d'expression organisée qui doivent être utilisés. En aucun cas, la communication institutionnelle ne doit être détournée à des fins de promotion personnelle ».

On voit ainsi que sous couvert d'éthique, des normes managériales sont intégrées à la culture judiciaire. On peut s'en réjouir si cela est profitable aux justiciables. Mais il faut noter que dans le même temps, beaucoup de magistrats paraissent souffrir de cette course au rendement et de la distance créée avec les justiciables du fait de la dématérialisation des procédures. Les syndicats de magistrats se font l'écho de ces réticences et on a même pu noter l'organisation de grève contre un logiciel de traitement des procédures. On voit ainsi qu'il ne s'agissait pas tant d'un débat éthique que d'une question d'organisation du travail. L'éthique est d'ailleurs un élément bien connu du management par la qualité et les objectifs depuis l'entre deux guerres.

L'éthique continue de se développer, notamment dans la justice à propos du juge. On peut y voir un avatar de l'économisme si la morale en est une partie ce que rappelle A. Sen[7] ou B. Latour[8]. A. Smith l'inventeur de la très théologique main invisible du marché avait d'abord été un philosophe de la morale qui avait été frappé par la mort violente de son neveu à Paris. L'hégémonie actuelle de l'éthique en droit pourrait donc provenir d'une erreur de catégorie. On lui fait jouer un rôle qu'elle ne devrait pas jouer puisqu'elle sert de cheval de Troie à une normalisation managériale des tribunaux. Cela ne signifie pas que l'organisation des tribunaux ne doit pas évoluer. Les nouvelles technologies l'on d'ailleurs déjà profondément transformée. Il convient cependant de ne pas confondre les champs de connaissance et de pratique. Les nouvelles technologies ne doivent pas remettre en cause les règles de procédure en conduisant notamment à la disparition des rencontres physiques entre le juge, les parties et leurs avocats. Le management ne doit pas conduire les magistrats à faire du chiffre en rognant sur la qualité des jugements sous couvert de bonne gestion des deniers publics.

---

[7] *L'économie est une science morale*, La découverte, Poche, 2004.
[8] *Enquête sur les modes d'existence*, La découverte, 2012.

On fonde sinon sur des principes éthiques une transformation de la justice totalement contraire à une éthique fondée sur le primat d'autrui telle qu'ont pu la développer P. Ricoeur[9] ou E. Lévinas. On exhorte le juge à être délicat et à l'écoute d'autrui mais on lui demande dans le même temps de juger dans un délai très bref en employant des logiciels. Aujourd'hui, dans une procédure devant le tribunal de grande instance, un jugement peut être rendu sans que ni les parties ni le juge ne se soient jamais rencontrées autrement que par des messages électroniques. On réalise ainsi combien il est difficile et nécessaire de maintenir fermement la distinction entre l'éthique et le droit. L'éthique peut sous couvert d'universalité et de bons sentiments envahir le champ juridique en le transformant en une machine totalitaire à partir de modèles étrangers difficiles à acculturer.

Peut-on se risquer pour terminer à préciser davantage la différence entre le droit et l'éthique dans une approche procédurale ? Tout paraît avoir été dit sur cette question, pourtant les risques de confusion ne cessent de ressurgir. La frontière ne peut pas être étanche puisque le droit est composé de règles inspirées de normes éthiques : l'interdit du vol, du meurtre, de toute atteinte ou abus d'autrui, l'obligation de réparer ses fautes, de respecter ses engagements, d'être loyal etc. Il ne faut pas non plus succomber à la moralisation du droit et particulièrement de la procédure car elle laisserait une marge de manœuvre trop grand au juge au risque de porter atteinte au principe d'égalité. Ainsi, un principe de loyauté se développe aujourd'hui en procédure. Selon lui, les parties devraient communiquer les pièces, rechercher les preuves et présenter des arguments de manière loyale tout au long de la procédure. Le risque est de priver les parties et les leurs avocats de toute tactique judiciaire. Il n'est pas toujours bon de livrer toutes ses armes et arguments dés le départ. Le juge ne doit pas se transformer en éducateur du bon comportement des avocats. Où est la limite ? Où se trouve véritablement la frontière entre droit et

[9] *Soi-même comme un autre,* Essais Point, 1996.

morale ? Pour contribuer à répondre à cette question, il est nécessaire de partir d'une définition du droit. Celui-ci n'est pas que lois, ni même que jurisprudence, pratiques ou recommandations. Le droit ne doit pas être réduit aux normes et aux institutions car alors il se trouve mis en concurrence avec d'autres ordres normatifs (religieux, managérial, technique, éthique). Il est, avant tout, rapports de droit entre personnes. Ces rapports ne formalisent pas des rapports de fait qui devraient être fondés sur l'éthique, ils constituent les rapports humains. Cela est difficile à croire pour un non juriste, pratiquement inacceptable, et pourtant ce n'est qu'en précisant ce qu'est le droit que l'on peut fixer des limites aux autres disciplines et au droit lui-même. Il instaure des rapports humains afin de les rendre durables, solides, prévisibles et modifiables selon certaines procédures. C'est ce à quoi sert un contrat, un mariage, une filiation, une nationalité ou une procédure. B. Latour, un sociologue a bien perçu cette capacité de bouclage rétroactif du droit[10]. Il y voit cependant surtout des séries de moyens de droit invoqués devant un tribunal. Mais les rapports de droit existent tout autant en dehors des tribunaux sous forme de contrat et d'institution. Son relationisme est une relation entre des énoncés, des actes, des arguments et des lois avant d'être une relation entre des personnes. Pour nous, le droit est aussi un ensemble d'énoncés qui se relient entre eux depuis des faits jusqu'à des règles de droit mais il est avant cela un rapport de droit entre deux personnes. Il tronque semble-t-il la formule ancienne de Loysel qu'il reprend comme étant « on lie les bœufs par les cornes et l'humain avec des paroles » alors que généralement on la présente comme étant « on lie les bœufs avec des cordes et les hommes par les paroles »[11], le droit crée des rapports avec des paroles et non pas une liaison de l'humain en général. B. Latour est trop abstrait et désincarné. Le droit est concret dans sa manière de rendre durable un rapport. On peut tenter d'aller plus loin, le rapport de droit n'est rien d'autre qu'un rapport

[10] Op. cit., p.357 s.
[11] H. Rolland et L. Boyer, *Adages du droit français*, Litec, 4° éd. 1999, n°298.

symbolique entre personnes et il n'existe pas de rapports humains qui ne soit pas symbolique. Le droit peut alors se définir comme un ensemble de rapports de droit entre personnes tenues à juste distance par des règles de droit. Les règles de droit ne régissent pas des rapports de fait, ils créent et maintiennent des rapports qui sont d'emblée des rapports juridico-symbolique. Cela explique d'ailleurs que le mot symbole ait une origine juridique. Il s'agissait d'un morceau d'argile ou de bois coupé en deux, de telle sorte que chaque partie à un pacte ou à une relation d'hospitalité en ait une partie qui puisse prouver en rejoignant les deux bouts (mis ensemble : sym bolon) sa participation à l'accord. De même, le lien de filiation a longtemps été établi par le rite, pour le père, de prendre l'enfant sur ses genoux. Un rapport sans symbole n'existe pas encore ; un rapport symbolisé est synonyme de droit car il implique une solidité et l'application de tout un ensemble de règles. Les rapports de droit ont eu tendance à se fonder de plus en plus sur des paroles et de moins sur des symboles stricto sensu car ceux-ci représentant un invisible ont tendance à perdre de leur sens et donc de leur efficacité. Le fond du rapport est cependant d'être symbolique car la symbolisation est préverbale et mise en place pour prendre ses distances dans ses premiers liens maternels et paternels. Les mots ne sont jamais que des symboles devenus de plus en plus abstraits et de plus en plus précis.

Comment dans ce cadre comprendre la relation entre droit et éthique ? E Morin voit justement dans l'éthique ce qui assure la reliance et donc les liens sociaux[12]. Il conçoit la reliance de manière large en y incluant la pensée complexe qui elle-même relie des champs différents de connaissance. Pour nous, il n'y a pas de lien social qui ne soit pas juridique sinon il ne s'agit pas d'un rapport humain mais d'un simple contact[13]. L'amitié même a pour origine étymologique un rapport

[12] *Ethique, La méthode* 6, Seuil, 2004, p.221 s.
[13] V. notre ouvrage, *La fable du ricochet*, Mare et Martin, 2009.

juridique[14] et souvent pour origine concrète un rapport de droit (rencontre à l'école, dans l'entreprise etc.). L'éthique n'est donc justement pas ce qui assure la solidité des rapports humains. C'est confondre les champs juridiques et éthiques que de l'affirmer. Il ne nous appartient pas, en tant que juriste, de dire ce qu'est l'éthique mais seulement ce qu'elle n'est pas, si elle se confond avec le droit. L'éthique ne constitue pas un bouclage rétroactif et symbolique du rapport humain comme l'assure le droit, elle est portée vers l'avenir des rapports et sur les bonnes actions à mener. Elle gagne en profondeur et intériorité ce que le droit gagne en solidité et rétroactivité. Par exemple, le juge doit être à l'écoute des parties d'un point de vue éthique et dans la perspective de restaurer un rapport de droit mais on ne peut l'y forcer ; en revanche, s'il omet de répondre à un moyen, sa procédure peut être annulée rétroactivement. On sent tout ce que notre distinction a de vague et d'incertain. Elle est difficilement opérante. Elle permet cependant au cas par cas de poser quelques jalons. Ainsi faut-il reconnaître un principe général de loyauté dans la procédure ? On risque de fragiliser le rapport procédural qui a vocation à servir d'attelle au rapport substantiel le temps de régler un litige car à tout moment le juge peut fixer de nouvelles règles de comportement. En revanche, l'absence de loyauté des parties qui invoquent des arguments qui se contredisent ou qui sont obtenus par ruse peut également fragiliser le rapport procédural. Il convient donc de prévoir des sous principes tels que le principe de loyauté dans la communication des pièces ou dans la recherche des preuves mais non un principe général risquant de conduire à une moralisation excessive de la procédure. Une norme (comme moule de comportement au sens étymologique) ne doit devenir juridique que si elle solidifie le rapport.

[14] Le rapport d'hospitalité v. E. Benveniste, *Le vocabulaire des institutions indo-européennes*, T1, éd. Minuit, 1969, p. 335 s.

Ethique et droit sont imbriqués mais ne doivent pas être superposés. Les considérations éthiques sont sous jacentes aux lois, aux jugements et aux organisations des institutions mais le débat doit s'inscrire dans l'histoire et la cohérence du droit. Un juge qui ne jurerait que par l'éthique et l'équité risquerait de dépasser les lignes et d'excéder son pouvoir, tandis qu'un juge qui se contenterait d'appliquer la norme mécaniquement ne serait plus qu'une machine (la justice par ordinateur existe pour les simples contraventions, le circuit de condamnation et de paiement est entièrement automatisé sauf en cas de contestation). L'éthique doit aussi permettre de garder ses distances avec le droit. Comme l'affirmait E. Lévinas : « La relation interpersonnelle que j'établis avec autrui, je dois l'établir aussi avec les autres hommes ; il y a donc nécessité de modérer ce privilège d'autrui ; d'où la justice. Celle-ci, exercée par les institutions, qui sont inévitables, doit toujours être contrôlée par la relation interpersonnelle initiale »[15].

[15]Emmanuel Levinas, *Ethique et infini*, éd. Le Livre de poche, 1982, p. 84.