Grand âge et handicap
Ethique et droit sont-ils convergents, opposés, conciliables ?

Premier dossier
Préparation des Estivales

Depuis deux ans, la crise ouverte par la pandémie a suscité, dans l'accompagnement des personnes vulnérables, à domicile comme dans les établissements, de multiples situations où la tension entre le droit et l'éthique s'est intensifiée.

A propos, par exemple, du confinement des résidents dans leur chambre et des visites des proches suspendues, des dispositions funéraires motivées par l'urgence sanitaire (deuil et traitement des corps réglementés par décret en avril 2020), à propos du recueil compliqué des consentements pour la vaccination, comme de tant d'autres situations quotidiennes particulières, celles et ceux qui travaillent dans ce secteur, mais aussi les usagers et leurs proches, ont éprouvé plus d'une fois le sentiment de se heurter à des textes réglementaires dont ils ne percevaient pas clairement la cohérence ni la pertinence, et dont la mise en œuvre les questionnait profondément.

Peu à peu, se sont accentuées des attitudes qui, bien sûr, existaient auparavant, mais qui se sont durcies au cours de ces moments difficiles et qui suggèrent une opposition entre l'éthique et le droit, qu'il faut préciser et clarifier, car elle soulève plusieurs questions de fond dont les conséquences pratiques se révèlent cruciales.

Comment décrire, en première approche, cette opposition ?

- **L'éthique est avant tout un état d'esprit, un climat ou une atmosphère, plutôt qu'un système formalisé. Elle n'est pas une norme. Spontanément, elle paraît relever du sentiment intime de chacun, de sa décision personnelle. Dans le domaine de l'éthique, émanant de la conscience individuelle, chacun forgerait ses propres règles et choisirait sa conduite de manière autonome. L'éthique paraît être avant tout subjective.**
- **Le droit se présente au contraire comme un ensemble de règles objectives, formulées et édictées par les institutions, destinées à s'appliquer uniformément à tous. Dans certains cas, l'application de ces règles peut être adaptable selon les cas particuliers, et les juges y contribuent par leur pouvoir d'interprétation. Mais, par définition, sauf exceptions explicitement prévues, le droit est le même pour tous et vaut identiquement pour chacun.**

Face à des consignes élaborées dans l'urgence sanitaire – parfois floues, parfois inadaptées, souvent changeantes, ou dissemblables d'un lieu à un autre - il est arrivé que des professionnels de santé ne sachent plus comment agir et se sentent pris en tenaille entre le droit, qui leur semblait ne plus remplir son rôle de règle protectrice des libertés

individuelles, et leur éthique, qui les portait à inventer d'autres dispositifs, quitte à transgresser…

Ces choix sont évidemment compréhensibles, mais ils sont également risqués, pas seulement pour des enjeux de responsabilité civile ou pénale, mais également pour des raisons de principe. Car ils remettent en cause le caractère universel du droit, dont l'application ne peut dépendre des jugements individuels sans compromettre l'ensemble du fonctionnement social et la légitimité des normes communes à tous. Cette question entre particulièrement en résonnance avec l'analyse des réponses au questionnaire sur la démocratie en santé, qui témoignent d'un rapport au droit à géométrie variable.

Voilà pourquoi ces questions exigent une réflexion de fond, à laquelle nous vous convions à participer.

Au cours de cette année 2022, Partage & Vie axe ainsi sa réflexion éthique sur les relations théoriques et pratiques de l'éthique et du droit dans le domaine de l'accompagnement des personnes fragiles en établissements spécialisés.

Comme les années précédentes, nous souhaitons recueillir le maximum d'avis, de remarques, de récits d'expériences.

Des rencontres seront organisées entre les membres de Partage & Vie et des experts venus de diverses disciplines.

Les Estivales, destinées à devenir une importante manifestation publique, regrouperont en juin les témoignages, débats et propositions issus des travaux préliminaires.

Et l'ensemble des données rassemblées sera publié à l'automne dans le volume 3 de la « Bibliothèque Partage & Vie » aux Presses universitaires de France.

Parmi les questions à envisager, en liaison avec l'accompagnement des personnes vulnérables :

- **Faut-il changer les lois ?**
- **Si oui, en quel sens et de quelle manière ?**
- **Doit-on adapter leur mise en œuvre ? Dans quel registre ?**
- **Faut-il donner priorité à l'éthique ? Dans tous les cas ?**
- **Peut-on admettre que « faire ce qu'on peut » remplace systématiquement « faire ce que l'on doit » ?**
- **Comment agir pour que « le droit » ne heurte pas « les droits » des personnes vulnérables ?**
- **Comment préciser mieux encore les droits des personnes vulnérables ?**
- **Comment les faire respecter ?**
- **En particulier en ce qui concerne**
    - **le consentement,**
    - **l'acceptation,**
    - **l'autonomie de décision,**

- **le fonctionnement adéquat des mesures de protection juridiques (tutelle, curatelle, sauvegarde de justice, habilitation familiale judiciaire, mandat de protection future)**
- **plus largement, la question de la juste place de chacun, notamment des proches-aidants, la représentation de la parole pour ceux qui en sont privés.**

- **Sur tous ces points, de quelle manière élaborer des solutions co-construites, concertées et dialoguées ?**
- **Quelles nouvelles dimensions donner à la démocratie participative en santé ?**
- **Faut-il de nouveaux règlements ou de nouvelles attitudes ?**
- **Ou les deux ?**

… et les questions que vous allez ajouter !

Pour entamer la réflexion, les pages qui suivent vous proposent quelques éléments complémentaires, qui ne constituent évidemment ni un cours ni un guide, mais seulement quelques points de départ, destinés à diversifier les points de vue et les réflexions, en rappelant que ces questions ont une profondeur de champ dont il faut aussi tenir compte.

*

Quelques éléments d'information et de réflexion

Ethique et droit, quel sens ? Quelle histoire ? Quels problèmes ?

Ces deux notions, que spontanément l'on a tendance aujourd'hui à opposer, entretiennent, quand on regarde de plus près, des rapports plus subtils et plus complexes qu'on ne le pense à première vue.

Deux notions d'abord très proches…

Une plongée dans l'histoire des mots et des idées montre en effet que le sens premier des notions d'éthique et celui de droit est très proche.

Ethos, en grec ancien, veut dire « comportement » et l'adjectif *éthikè*, d'où provient notre terme « éthique » peut se traduite par « comportemental » (il s'agit de savoir comment se comporter bien).

Dikè, le terme qui désigne en grec ancien la justice, veut d'abord dire « manière d'être ». Etre juste, c'est adopter la manière d'être jugée bonne.

Les deux sens, comme on le voit, sont donc tellement voisins qu'ils semblent presque identiques : dans les deux cas, il s'agit de savoir de quelle manière agir au mieux, se conduire bien.

- ***… et malgré tout distinctes…***

Ce qui différencie éthique et droit est pourtant présent également, depuis toujours, dans la réflexion, même la plus antique.

Car ces deux comportements, et les échelles de valeurs qui leur correspondent, se distinguent clairement par leur source et leur transmission.

L'éthique se rattache au comportement moral, le droit au comportement conforme à l'ensemble des règles posées par le pouvoir législatif et réglementaire qui régissent la vie en société.

Du côté du droit, des règles établies par la société où nous vivons, s'imposant à tous de manière à éviter l'arbitraire, sous peine de sanctions.

Du côté de l'éthique, une conscience intime du souhaitable et un questionnement sur le positionnement le plus juste.

En première approche, comme cela fut souligné au début, on remarque que se distinguent :

du côté de l'éthique : le souci des cas individuels et des situations concrètes, jugés d'après une évaluation personnelle dépendant de notre conscience morale et de son sens interne

- du côté du droit : des règles juridiques édictées par le pouvoir législatif et règlementaire, qui gouvernent la vie des hommes en société de façon générale, même si elles peuvent tenir compte des spécificités liées à certaines populations ou certains contextes

Mais cette distinction n'implique pas nécessairement une opposition radicale entre ces deux notions, ni un conflit insurmontable entre elles.

Toutefois leur caractère conciliable ou inconciliable, et les modalités de leur articulation, a suscité, et suscite encore, de vastes et complexes débats.

- ***…. dont la conciliation a fait couler beaucoup d'encre.***

Rien n'empêche que ce qui est bien éthiquement soit aussi juste légalement.

Dans un monde véritablement idéal, il devrait même n'y avoir entre éthique et droit aucun écart ni aucun conflit : agir selon le droit serait la même chose qu'agir selon l'éthique, et réciproquement, ce qui est légalement prescrit serait toujours moralement légitime !

Dans cette parfaite coïncidence théorique des deux notions, aucune loi ne serait moralement injuste, aucun comportement immoral ne serait légal.

Dans les situations réelles, rien n'est si simple. Des écarts, des tensions se manifestent. Et même des conflits frontaux, quand la loi semble contraire à l'éthique.

Ces situations, devenues fréquentes, sont au cœur de notre réflexion de cette année.

Mais il faut se souvenir qu'il existe de très anciens témoignages de ce type de conflit.

La première mise en scène d'un affrontement de ce genre, et sans doute la plus célèbre, se trouve chez Sophocle, dans Antigone, où l'héroïne refuse d'obéir au décret de Créon, qui interdit d'enterrer les ennemis morts au combat.

A cette loi, qu'elle juge inique et inhumaine, Antigone refuse de se soumettre, quel que soit le châtiment, parce que cette loi promulguée par le pouvoir s'oppose pour elle aux lois « non écrites », mais universelles, de l'éthique, qui prescrivent que tout cadavre humain mérite une sépulture.

Dans cette tragédie de Sophocle, dont le sens et la portée ne cesseront d'être scrutés et commentés jusqu'à nos jours, et qu'ont de nouveau actualisée, à leur manière, les dispositions funéraires prises en 2020 pendant la pandémie, se combinent plusieurs fils qui se retrouvent diversement dans presque toutes les interrogations sur l'éthique et le droit :

- Pourquoi et comment une loi peut-elle être injuste ?
- Appartient-il à la conscience individuelle de s'opposer à une loi immorale ?
- Sur quoi se fonder pour contester la mauvaise loi ?

*

L'existence de lois immorales ou injustes se situe au point de départ de nombreuses réflexions, mais elle ne saurait disqualifier le droit.

Socrate la met déjà en lumière en dénonçant les lois arbitraires promulguées par les tyrans pour s'enrichir, spolier et n'être pas poursuivis. Ces lois sont parfaitement légales, dans la mesure où elles sont édictées, selon les formes en vigueur, par le pouvoir en place. Elles n'en demeurent pas moins parfaitement, illégitimes, du point de vue éthique, dans la mesure où elles favorisent l'égoïsme et le caprice d'un seul au détriment du bien-être et de la sécurité des autres.

L'existence de lois conformes à l'appareil législatif (édictées et adoptées selon les normes du système) et cependant inacceptables du point de vue éthique est également un fait contemporain. Que l'on songe par exemple aux lois de Nuremberg organisant l'infériorité civique des juifs sous le Troisième Reich (1936), aux lois codifiant la ségrégation raciale dans plusieurs états des Etats-Unis (de 1877 à 1864), à la législation réglementant l'apartheid en Afrique du Sud (de 1948 à 1991), ou encore aux diverses lois suspendant la liberté d'expression et organisant la censure, ou bafouant la liberté de culte, la liberté de circuler, etc.

S'agit-il d'opposer simplement le « mauvais droit », capable du pire, à la « bonne éthique », gardienne des libertés et de la dignité ?

Cette fois encore, rien n'est si simple.

Car ce sont plutôt deux sens du droit qui s'opposent.

En effet, on proclame illégitimes ces lois non éthiques au nom d'une éthique universelle qui repose, en fait, sur une autre conception du droit.

Cette fois, il ne s'agit plus de la seule conformité au dispositif législatif mais d'une conception du droit, ou plutôt « des droits », qui défend les prérogatives et les libertés fondamentales.

Cette conception des droits est celle qui figure dans de nombreux textes, à commencer par la Déclaration universelle des droits de l'Homme (1948).

Ainsi se manifeste une double acception de la norme juridique :

- d'une part, le droit dit « positif » (droit en vigueur) qui désigne l'ensemble des textes législatifs et réglementaires, complété par la jurisprudence (autre source majeure du droit issue des décisions des tribunaux)

- d'autre part le droit dit « naturel », constitué par l'ensemble des prérogatives de chaque individu du fait de son appartenance à l'humanité (liberté, autonomie, dignité…). On parle dès lors « des droits », comme les droits de l'homme, ou des droits humains.

- Ceci explique le recours à l'expression « droits des personnes », et « droits des personnes vulnérables » soignées et accueillies au sein des établissements de la Fondation.

*

Finalement, éthique et droit, sans se confondre, peuvent apparaître moins opposés qu'on ne le croit. En tout cas il n'est pas exclu de les ajuster l'un à l'autre.
Les traits pertinents qui permettent de distinguer droit et éthique sont principalement l'extériorité et la contrainte.

- **Extérieur et intérieur** (« tout droit est externe et non pas interne », C. Thomasius, 18e s.)
    - L'extériorité se réfère aux textes juridiques, qui promulguent les lois, décrets et règlements, lesquels se conservent et se transmettent en dehors des esprits individuels. Elle signifie également que le droit règle les relations entre les personnes et non leur vie intérieure et subjective.
    - L'intériorité, au contraire, définit la vie intime de la conscience personnelle, et ce que je pense en mon for intérieur peut éventuellement concerner l'éthique mais ne concerne pas le droit.
- **Contrainte**

Le droit est lié à l'idée de contrainte (obligation, sanction) et cette contrainte peut suffire à justifier qu'on obéisse à la loi, indépendamment de tout motif moral.

En prolongeant cette idée, on a même envisagé, dans la société contemporaine, que le droit puisse aujourd'hui se substituer à l'éthique, en raisonnant ainsi : dans la société actuelle, le respect des valeurs se révèle de plus en plus en déclin, les systèmes de valeurs éthiques se montrant multiples et parfois incompatibles, c'est à la loi et à elle seule qu'il revient de formuler et de faire respecter les principes régissant les relations interpersonnelles et la vie commune.

*

Des questions complémentaires traversent les débats des philosophes sur les relations entre droit et éthique.

Par exemple :

- La moralité trouve-t-elle sa source dans la raison ou dans le sentiment ? Pour les certains, c'est l'universalité de la raison qui fonde à la fois l'éthique et le droit, la loi morale et la loi civile (Platon, Kant). Pour d'autres, au contraire, ce qui commande de manière universelle est d'ordre affectif, et passe par la voie du cœur, la spontanéité intime et le sentiment d'humanité (Rousseau, le chinois Mencius)

- **Quel rôle joue l'affectivité naturelle dans le lien immédiat de solidarité qui nous fait éprouver la détresse des autres ?** Sous des noms différents (la pitié chez Rousseau, qui en fait le fondement de la morale, théorie que Schopenhauer reprend et développe, la sympathie chez Adam Smith, l'empathie chez les auteurs contemporains), une idée assez proche se retrouve chez plusieurs auteurs différents qui font du lien humain affectif et spontané le point de départ de toutes les formes d'éthique.
- **Comment trouver la juste distance et les bons ajustements entre le strict respect des lois et la prise en compte des situations individuelles et des cas particuliers ?** Parmi les auteurs fournissant d'intéressantes indications se trouvent Aristote, qui développe la théorie de l'équité comme adaptation de la loi générale aux situations particulières et Paul Ricoeur, qui réfléchit sur la bonne distance à trouver pour permettre le respect de l'autonomie de chacun.
- **La nécessité de sortir de la pensée binaire.** Au lieu de réfléchir en termes d'opposition et d'exclusion (ou bien le droit, ou bien l'éthique ; ou bien l'application de la loi, ou bien sa transgression), s'impose de plus en plus le projet de préférer les expériences, les essais et les combinaisons de perspectives multiples.
- L'éthique contemporaine insiste souvent sur le fait que **la démarche éthique constitue une construction de solutions nouvelles à partir des cas singuliers, et non pas l'application de théories préexistantes.** En ce sens, parler « d'éthique appliquée » serait à éviter, car il s'agit justement de ne pas appliquer quoi que ce soit, mais d'inventer des solutions inédites et, si l'on peut dire, sur mesures.

*

Quelques citations pouvant servir de points de repère

- **La justice se définit par la « *volonté constante et perpétuelle d'attribuer à chacun son droit* »** (Ulpien, juriste romain, 3e siècle de notre ère)
- **Le droit naturel est « *ce qui est commun à toutes les nations* »** (Isidore de Séville, 7e siècle de notre ère)
- **« *Le mot droit* (jus) *est pris de plusieurs façons : principalement, pour la loi ou pour l'attribut d'une personne* »** (C. Thomasius, 18e siècle)
- **L'équité selon Aristote (*Ethique à Nicomaque*, Livre V)**

  On trouve chez Aristote une très intéressante analyse de l'ajustement de la légalité aux cas particuliers. Cette analyse s'applique aussi bien aux décisions des magistrats qu'aux actes des particuliers et mérite d'être reprise et réactualisée.

  « Telle est précisément la nature de l'équité : elle est un ajustement de la loi, dans la mesure où celle-ci est négligente en raison de sa généralité. En effet si tout n'est pas compris dans la loi, la raison en est qu'il est impossible, dans certains cas, d'établir une loi ; de sorte qu'il faut un décret de l'assemblée du peuple. Car, de ce qui est indéterminé, la règle aussi est indéterminée, comme la règle de plomb des architectes de Lesbos qui ne reste pas rigide, mais épouse les formes de la pierre (…) On voit par là ce qu'est l'homme équitable, celui dont les décisions et les actions sont équitables : non pas l'homme d'une justice tatillonne et portée au pire, mais celui qui sait minimiser sa cause, bien qu'il ait la loi pour lui. »

*

A vous de poursuivre….

Ces premiers éléments, simplement indicatifs, c'est à vous de les reprendre et de les confronter aux situations spécifiques rencontrées dans l'accompagnement des personnes vulnérables.

Pour avancer, nous avons besoin de vos remarques, de vos récits de situations concrètes, de vos témoignages, de votre expérience et de vos analyses.

N'hésitez pas à nous les transmettre !

Merci d'avance.