

L'obligation déontologique entre l'obligation morale et l'obligation juridique

Daniel GUTMANN

Professeur à l'Université de Picardie Jules Verne

RÉSUMÉ. — L'obligation déontologique ne peut être qualifiée, de façon systématique, d'obligation morale ou juridique. Une approche nuancée s'impose, tenant compte, tant du degré d'élaboration structurelle du système dans lequel elle s'insère, que des objectifs substantiels qu'elle poursuit.

La question du caractère moral ou juridique de l'obligation déontologique n'aurait-elle aucun intérêt ? C'est bien le sentiment que l'on retire d'une enquête réalisée en 1993 pour le Commissariat général au Plan auprès de membres des professions juridiques et judiciaires. Comme le rapportent avec un certain dépit les auteurs de l'étude ¹, la plupart des professionnels, interrogés sur les relations entre déontologie et morale, se sont en effet « désintéressés du problème jugé métaphysique ou en tout cas extrêmement difficile ».

Cette évacuation du débat théorique sur la nature de l'obligation déontologique contraste de façon saisissante avec l'importance toujours croissante de la déontologie dans un grand nombre de professions ², ainsi qu'avec le caractère presque obsessionnel de la question en doctrine. Tout auteur se piquant d'écrire sur les règles déontologiques semble ainsi considérer comme un passage obligé la prise de position sur le caractère moral ou juridique des obligations déontologiques. Il y a donc, mécaniquement, presque autant d'auteurs que de thèses. Pour certains, la déontologie constitue une morale qui échappe au droit ³. Pour d'autres, la déontologie serait une morale transformée en droit ⁴, ou une

¹ H. Croze et E. Joly-Sibuet (dir.), *Professions juridiques et judiciaires : quelle déontologie pour 1993 ?*, Commissariat général au Plan, 1993, n° 10, p. 5.

² Cf. par ex., récemment encore, le souhait émis par le Rapport Nallet sur *Les réseaux pluridisciplinaires et les professions du droit* (La Documentation Française, 1999) que soit créé un Comité national de déontologie des réseaux. Cf. également la création en novembre 1998 de l'Observatoire de la qualité par le Conseil supérieur de l'ordre des experts-comptables, destiné notamment à sensibiliser les directeurs comptables aux questions déontologiques ; le rapport Charon sur la déontologie de l'information remis le 8 juillet 1999 ; le projet de code de déontologie des surveillants de prison (*Le Monde*, 10 juil. 1999, p. 9), etc.

³ G. Mémeteau, « La place des normes éthiques en droit médical », *RRJ* 1988. p. 391 et s., spéc. p. 396.

morale en attente de consécration juridique ⁵, ou encore un infra-droit pouvant accéder à la juridicité à certaines conditions ⁶. Restent les auteurs qui affirment que les règles déontologiques peuvent être à la source d'obligations simultanément morales et juridiques ⁷.

Ces divergences dans l'analyse – qui procèdent plus souvent de l'obscurité de la matière que d'oppositions doctrinales proprement dites – s'expliquent, à n'en pas douter, par le fait que les mots sont ici d'un emploi difficile. Déontologie, droit, morale, sont des notions en reconstruction permanente, dont il est malaisé de délimiter avec précision les contours.

Sommes-nous bien sûr, pour commencer, qu'il existe une frontière entre le droit et la morale ? Comme l'observe justement Riccardo Guastini ⁸, la seule certitude qui existe en la matière est que la distinction est validée par un usage linguistique constant... ce qui n'empêche pas le débat proprement philosophique de demeurer entier sur ce point.

Supposons pourtant le problème tranché au nom de l'usage linguistique : il reste à établir le critère pertinent pour opérer la distinction entre le droit et la morale. Comme tout serait simple si nous disposions d'un tel instrument de pensée ! Il nous suffirait de classer l'obligation déontologique dans une case plutôt que dans l'autre, pour notre plus grand confort intellectuel. Hélas ! Il nous est impossible de procéder ainsi, car le critère est loin de faire l'unanimité : une obligation est-elle juridique ou morale à raison de sa structure ? de son objet ? de sa sanction ? de son insertion dans un certain contexte institutionnel ? Aucune réalité objective ne nous livre de réponse, et chacun peut donc – à la limite – adopter le critère de distinction qu'il préfère pour appréhender l'obligation déontologique.

Tout cela démontre qu'il est impossible de donner une fois pour toutes la qualification de l'obligation déontologique. Au mieux, on peut ambitionner de décrypter les affirmations de ceux qui osent prendre parti pour une qualification, en tentant de comprendre à quel critère de distinction ils font implicitement appel. Ce travail archéologique n'est ni glorieux ni révolutionnaire, mais il est permis de croire en son utilité.

⁴ J.-L. Bergel, « Du concept de déontologie à sa consécration juridique », in *Droit et déontologies professionnelles*, Librairie de l'Univ. d'Aix-en-Provence, 1997, p. 9 et s., spéc. p. 10 ; P. Jouin, *Déontologie du fonctionnaire territorial*, Ed. Hôtel de Ville, 1996, p. 151-52.

⁵ J. Debray, *Le malade et son médecin*, Paris, 1965, p. 166 ; J.-M. Auby, *Traité de droit médical et hospitalier*, Litec, 1988 et 1993, fasc. 12, Ordre des médecins, p. 31.

⁶ H. Croze et E. Joly-Sibuet, *op. cit.*, n° 14, p. 6.

⁷ B. Beignier, « Interrogations sur la déontologie », in *La morale et le droit des affaires*, Monchrestien, 1996, p. 25 et s., spéc. p. 29 ; Ph. Jestaz, « Les frontières du droit et de la morale », *RRJ* 1983. 334 et s., spéc. p. 346-47 ; G. Vedel, « De la nécessité d'une déontologie », *RFC* juin-juill. 1970, cité par A. Lemaignan, *Déontologie de l'expert comptable*, Ed. Comptables Malesherbes, 1987, p. 128.

⁸ *Distinguendo. Studi di teoria e metateoria del diritto*, Giappichelli « Analisi e Diritto », 1996, p. 97.

Nous ne sommes pourtant qu'au début de nos peines. Qu'est-ce que la déontologie ⁹? Comme pour mieux exorciser la difficulté de la question, le philosophe en appelle fréquemment à l'autorité de Jeremy Bentham, auteur d'un ouvrage posthume intitulé *Deontology, or Science of Morality* ¹⁰, et créateur d'un néologisme fondé sur l'alliance des mots grecs *deon-ontos*, devoir et *logos*, discours... Mais la notion benthamienne de science des devoirs doit être remise dans la perspective de l'utilitarisme de son auteur, et ne peut en aucun cas rendre compte de la pluralité des usages contemporains du mot « déontologie » ¹¹. La philosophie du droit ne considère d'ailleurs presque jamais la déontologie pour elle-même : si l'on évoque le registre déontologique, c'est seulement pour l'opposer au registre ontologique et perpétuer ainsi sous une forme positiviste la distinction humienne de l'être et du devoir-être ¹² : ce que le droit *est* s'opposerait ainsi à ce que le droit *devrait être*.

Abandonnant la philosophie pour l'observation du phénomène social qu'est la déontologie, l'entreprise de définition n'est guère plus aisée. Pendant longtemps, certes, on pouvait sereinement définir la déontologie comme un ensemble des règles de conduite, codifiées ou non, applicables à une catégorie de professionnels libéraux. Mais cette définition semble aujourd'hui céder devant le développement de nouveaux usages du mot : la déontologie de la police, des fonctionnaires territoriaux, des publicitaires, des relations de sous-traitance ou de franchise, pour ne citer que quelques exemples ¹³ empêche désormais le cantonnement de la définition aux seules professions libérales. La déontologie devient au surplus inter-professionnelle en se mettant au service de la régulation de secteurs économiques, ce qui conduit à rejeter l'assimilation nécessaire de la déontologie à un ensemble de règles s'appliquant à une seule profession ¹⁴. Au bout du compte, il semble donc que la déontologie ne désigne plus aujourd'hui qu'un ensemble de règles ayant pour objet de régir une activité professionnelle – l'activité professionnelle s'entendant des actes accomplis dans un but professionnel.

On sent bien, toutefois, que cette définition réglementaire, formaliste, ne suffit pas à rendre compte de la réalité substantielle de la déontologie. Loin de se réduire à une banale réglementation, la déontologie entend garantir la qualité de l'activité professionnelle. Elle est donc porteuse de valeurs et d'objectifs qui en constituent le fondement idéolo-

⁹ Pour une tentative de réponse, cf. F. D'Agostino, « Deontologia ed etica, la prassi ed i valori », *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, Gennaio-Marzo, IV Serie, LXXIII, 1996, n° 1, p. 60 et s.

¹⁰ London, ed. by John Bowring, 2 vol., 1834, trad. Benjamin Laroche, Paris, 1834, 2 vol. Sur l'ouvrage, cf. l'article détaillé et fort critique du *Grand Dictionnaire encyclopédique universel du XIXe siècle*, par P. Larousse, 1870.

¹¹ En ce sens, Ph. Stoffel-Munck, « Déontologie et morale », in J.-L. Bergel (dir.), *Droit et déontologies professionnelles...*, p. 63 et s., spéc. p. 64.

¹² Cf. l'opposition entre ontologie juridique et déontologie juridique, que l'on retrouve par exemple chez B. Oppetit, *Philosophie du droit*, préf. F. Terré, Dalloz, 1999, n° 5, p. 15 ; cf. aussi F. Terré, *Introduction générale au droit*, 4e éd., 1999, n° 131.

¹³ Un auteur relevait en 1997 l'existence de 63 professions dotées d'une déontologie (J. Moret-Bailly, « Les sources des déontologies en droit positif », in J.-L. Bergel (dir.), *Droit et déontologies professionnelles...*, p. 25 et s., spéc. p. 26).

¹⁴ Pour la mutation profonde de la déontologie à l'heure actuelle, cf. Ch. Hannoun, « La déontologie des activités financières : contribution aux recherches actuelles sur le néo-corporatisme », *RTD com.* 1989, p. 417 et s.

gique – certains diront : le fondement éthique. Au demeurant, les codes de déontologie sont toujours formulés en termes de devoirs – et non d'obligations. La différence est sensible : tandis que l'obligation n'est que l'envers théorique du droit d'autrui à exiger une prestation ¹⁵, le terme de devoir se détache de la seule considération de son créancier pour se révéler dans sa valeur intrinsèque, dans son indépendance à l'égard des personnes et des circonstances.

Avons-nous ainsi suffisamment défini la déontologie ? Sans doute pas, mais un constat peut tout de même être dressé à ce stade de la réflexion : pour bien comprendre la réalité de l'obligation déontologique, deux approches complémentaires sont nécessaires : une approche formaliste et une approche substantielle. C'est en respectant cette double approche qu'on tentera d'éclaircir le débat sur le caractère moral ou juridique de l'obligation déontologique.

I. — L'APPROCHE FORMALISTE DE L'OBLIGATION DÉONTOLOGIQUE

Elle est fréquemment privilégiée par la doctrine. Or, il apparaît à l'examen que les fondements traditionnels de l'analyse formaliste mériteraient sans doute d'être reconsidérés au profit d'une analyse formaliste alternative.

A. — Les critères formels de qualification de l'obligation déontologique sont traditionnellement empruntés à un positivisme étatiste strict, et à défaut, à la théorie du pluralisme juridique.

1. — Selon les tenants du positivisme étatiste, une obligation déontologique n'est juridique que si elle est édictée par l'État ou l'une de ses émanations, et si sa violation est passible de sanctions prononcées par une autorité publique ¹⁶. Cette analyse permet d'exclure le caractère juridique de nombreuses règles de déontologie édictées par les professionnels sans aucune intervention de l'État : c'est le cas, par exemple, des règles émises en destination de leurs adhérents par des syndicats ou des associations professionnels ou interprofessionnels. L'analyse permet en revanche de reconnaître le caractère juridique des règles de déontologie édictées par voie de loi ou de décret, et dont la mise en œuvre est contrôlée *in fine* par le juge étatique. Cette théorie positiviste n'empêche nullement, par ailleurs, de reconnaître le caractère moral de certaines obligations déontologiques, lorsque celles-ci concernent, non seulement les actes, mais aussi la conscience du professionnel.

¹⁵ Cf. la présentation de l'obligation par M. Virally, *La pensée juridique*, LGDJ, 1960, réimp. Ed. Panthou-Assas-LGDJ, 1998, avant-propos P.-M. Dupuy et Ch. Leben, p. 66 et s.

¹⁶ En ce sens, Jean Dabin constatait l'existence de « maintes règles de déontologie professionnelle dépendant de la délicatesse ou des usages » mais estimait qu'on ne pouvait les qualifier de règles juridiques car la règle de droit au sens propre est édictée par la société politique dans son ensemble (*Théorie générale du droit*, Dalloz, 1969, p. 25). La position de l'éminent auteur n'est toutefois pas dépourvue d'ambiguïté : il reconnaît que le droit des groupements est un droit, lequel demeure toutefois subordonné au droit de la société politique dans son ensemble, seul droit véritable au vu de l'usage linguistique du terme de droit.

Quoique logiquement cohérente, une telle analyse de l'obligation déontologique paraît philosophiquement contestable. Elle procède en effet d'une réduction du droit aux règles émises et sanctionnées par l'État, ce qui revient à intégrer dans la définition même du droit le fait historiquement contingent de la prééminence de l'État dans la régulation sociale. On comprend donc le succès des analyses fondées sur l'idée de pluralisme juridique.

2. – Pour certains auteurs, l'essor des codes de déontologie professionnelle illustrerait de façon significative des phénomènes de pluralisme juridique¹⁷. Ce type de position est en germe, par exemple, chez Gurvitch, auquel on peut emprunter l'idée que les ordres ou les associations professionnels secrètent des faits normatifs assimilables à des sources primaires de droit¹⁸. Elle se retrouve également, avec une dimension plus juridique et plus philosophique, dans l'œuvre de Santi Romano, *L'ordre juridique*. Chez ce dernier, l'idée la plus séduisante est qu'il appartiendrait à l'ordre étatique de déterminer la *rilevanza* des autres ordres juridiques, c'est-à-dire notamment les conditions auxquelles ceux-ci peuvent produire un effet¹⁹. Adaptée à l'ordre juridique professionnel, la théorie permet d'expliquer que les obligations déontologiques inventées par les professionnels puissent posséder un caractère juridique tout en voyant leur efficacité modulée par le droit étatique en fonction des impératifs qui sont les siens.

Cette théorie du pluralisme juridique ne paraît cependant pas pleinement satisfaisante en raison d'une insuffisante élucidation du concept de droit. Selon Santi Romano, « le droit, avant d'être norme [...] est organisation, structure, attitude de la société même dans laquelle il est en vigueur et qui par lui s'érige en unité, en un être existant par soi-même »²⁰. Si l'on peut voir dans ces termes une intuition philosophique intéressante, on peine à y déceler une définition précise du droit : Phocion Francescakis en venait d'ailleurs à se demander dans la préface à l'édition française de l'ouvrage si l'on pouvait qualifier d'ordre juridique la file d'attente chez un commerçant²¹... À l'obscurité de cette définition du droit semble s'ajouter une confusion latente entre la manifestation institutionnelle du droit et les finalités de l'ordre juridique. Selon Santi Romano, « le droit ne consacre pas seulement le principe de la coexistence des individus, il se propose avant tout de vaincre l'insuffisance et les limites de leurs forces, de dépasser leur brève existence, de perpétuer certains desseins au-delà de leur vie naturelle, en créant des entités

¹⁷ J.-L. Bergel, « Du concept de déontologie à sa consécration juridique »...p. 19 ; E. Causin, V° Déontologie, *Dictionnaire encyclopédique de théorie et sociologie du droit*, 2e éd., 1993, LGDJ, spéc. n° 5, p. 98 ; N. Decoopman, « Droit et déontologie. Contribution à l'étude des modes de régulation », in CURAPP, *Les usages sociaux du droit*, PUF, 1989, p. 87 et s.

¹⁸ *L'expérience juridique et la philosophie pluraliste du droit*, Pédone, 1935, p. 146 et s. Pour une remise en perspective de l'apport de Gurvitch sur ce point, cf. J. Carbonnier, *Sociologie juridique* (1978), PUF « Quadrige », 1994, p. 356 et s.

¹⁹ *L'ordre juridique*, trad. française de la 2e édition de *L'ordinamento giuridico*, 1945, par L. François et P. Gothot, intro. Ph. Francescakis, Dalloz, 1975. Plus précisément, « pour qu'il y ait *rilevanza* juridique, il faut que l'*esistenza*, le *contenuto* ou l'*efficacità* de l'ordre soit conforme aux conditions mises par un autre ordre : cet ordre ne vaut pour cet autre ordre juridique qu'à un *titolo* défini par ce dernier » (p. 106).

²⁰ *L'ordre juridique*..., p. 19.

²¹ Introduction, p. VIII.

sociales plus puissantes et plus durables que les individus »²². Cette description livre peut-être une image assez fidèle de la façon dont les groupes professionnels conçoivent les règles déontologiques qui les fédèrent. Elle illustre l'irruption dans le formalisme juridique de l'idée non formaliste que le droit est le reflet d'une communauté éthique dont il exprime les fondations. Mais cette thèse ne fait qu'accuser, semble-t-il, l'imprécision de la définition du droit de l'auteur. Aussi faut-il proposer une analyse formaliste alternative de l'obligation déontologique, dont les linéaments peuvent être trouvés dans les réflexions du philosophe anglais Hart sur le concept de droit.

B. — Pour qui accepte le principe d'une distinction formaliste entre droit et morale, la pensée positiviste de Hart offre des perspectives fécondes. Elle explique en effet le rôle de l'État dans les sociétés occidentales contemporaines sans en faire une composante de la définition du droit. Elle permet par ailleurs de concevoir l'existence de productions juridiques extra-étatiques sans sombrer dans l'imprécision de certaines théories du pluralisme juridique. Après avoir rapidement rappelé le contenu de la théorie de Hart²³, on tentera donc d'en recueillir les fruits pour qualifier l'obligation déontologique, tout en mesurant les objections qui peuvent lui être adressées.

1. — Selon Hart, le droit peut être défini comme un système composé de plusieurs types de règles²⁴. Les premières sont des règles primaires d'obligation qui imposent certains comportements aux sujets de droit. À ces règles primaires s'ajoutent des règles secondaires qui ont pour fonction de remédier aux dysfonctionnements inévitables d'une société qui ne serait régie que par des règles d'obligation. Certaines règles de changement énoncent ainsi selon quelles procédures doivent être modifiées les règles primaires. Des règles de décision confèrent à certaines autorités le pouvoir de trancher les litiges en appliquant les règles primaires. Enfin et surtout, une règle de reconnaissance permet d'identifier quelles sont les règles primaires qui doivent effectivement être appliquées par le groupe social, éventuellement au moyen de la contrainte. L'existence de ces trois types de règles secondaires révèle donc une organisation sociale sophistiquée, capable de prendre suffisamment de recul envers elle-même pour réguler de façon consciente sa propre production normative et sa propre évolution. En cela, une obligation juridique se distingue d'une obligation morale²⁵ : comme y insiste Hart, une règle morale est certes capable d'imposer une obligation de type primaire, mais aucun système moral ne peut prétendre au degré d'élaboration structurel d'un système juridique²⁶. Ceci n'empêche pas, par ailleurs, de définir formellement une règle morale, et Hart propose certains critères à cette fin²⁷ : une obligation est morale si son respect est considéré comme

²² *L'ordre juridique*, p. 31.

²³ On se référera, dans les développements qui suivent, à l'ouvrage fondamental de Hart, *The Concept of Law* (1961), trad. *Le concept de droit*, par M. van de Kerchove, préf. H.L.A. Hart, Fac. universitaires Saint-Louis, Bruxelles, 1976.

²⁴ *Ibid.*, p. 103 et s.

²⁵ Hart consacre un chapitre de son ouvrage au lien entre droit et morale, dont une section intitulée « obligation morale et obligation juridique » (p. 203 et s.).

²⁶ *Ibid.*, p. 205.

²⁷ *Ibid.*, p. 209 et s.

essentiel par les membres de la collectivité et si elle ne peut être modifiée par un simple acte de volonté. En outre, une faute morale ne peut qu'être intentionnelle et sa violation se traduit avant tout par un appel au respect des règles.

Au vu de ces critères, comment qualifier l'obligation déontologique ?

2. – Une règle déontologique constitue sans aucun doute une règle primaire en tant qu'elle prescrit un certain comportement au membre d'une profession. Mais, pour savoir si l'obligation déontologique en cause est juridique ou morale, il faut se demander si elle appartient à un système juridique.

D'où une première question : les règles déontologiques émises par un groupe professionnel constituent-elles un système juridique en tant que tel ? En d'autres termes, peut-on parler d'un système juridique professionnel ? D'emblée, il apparaît impossible de répondre de façon univoque à cette question, pour la simple raison que chaque groupe professionnel est régi par des relations qui lui sont propres et que le degré de structuration des différents groupes est extrêmement inégal. Toutefois, il est clair que les conditions qui permettraient de conclure à l'existence d'un système juridique professionnel autonome sont rarement réunies en pratique. Le plus souvent, en effet, la profession ou l'activité concernée ne dispose pas de règles secondaires : les règles obligatoires sont rarement identifiées comme telles, et moins souvent encore appliquées par un organe habilité à cet effet. En l'absence de règle de reconnaissance et de règles de décision, l'obligation déontologique est donc dépourvue de caractère juridique – ce qui ne l'empêche pas de pouvoir satisfaire aux critères formels de l'obligation morale définis par Hart.

La situation est un peu plus complexe du côté des professions ou des activités mieux structurées. On sait en effet que certaines collectivités privées se sont très tôt dotées de règles disciplinaires formulées par des autorités organisées et pourvues de sanctions contraignantes²⁸. Ces règles disciplinaires témoignent donc de l'existence de règles secondaires de décision autonomes au groupement considéré. Elles révèlent aussi que les membres du groupement ont accepté la compétence de certaines personnes pour fixer leurs obligations et éventuellement les modifier. On peut donc penser que certains groupements ont produit des obligations juridiques au sens où l'entend Hart. Ce caractère juridique des obligations déontologiques ne cesse pas d'exister avec le transfert historiquement attesté de certains pouvoirs normatifs à l'État : ce transfert a seulement pour effet de changer la source de juridicité des règles déontologiques. Il se produit ainsi une mutation de la règle de reconnaissance : la règle édictée par l'État est juridique, non plus en vertu de son édicition par des autorités professionnelles, mais en vertu d'une reconnaissance du pouvoir légitime de l'État de produire des normes obligatoires²⁹.

²⁸ Cf. l'étude classique de A. Legal et J. Brèthe de la Gressaye, *Le pouvoir disciplinaire dans les institutions privées*, Sirey, 1938. Adde J. Brèthe de la Gressaye, « La discipline dans les entreprises, les syndicats et les professions organisées », *Arch. phil. droit*, 1953-54, p. 75 et s. Pour une approche plus récente, cf. F. Osman, « Avis, directives, codes de bonne conduite, recommandations, déontologie, éthique, etc. : réflexion sur la dégradation des sources privées du droit », *RTD civ.* 1995. 509 et s.

²⁹ Cette mutation de la règle de reconnaissance entraîne avec elle une nouvelle règle de changement, puisque le transfert à l'État de certaines compétences normatives se traduit par une modification des procédures de réforme des obligations déontologiques.

On le voit, la théorie de Hart permet tout à la fois de dépasser les insuffisances du positivisme étatiste et de rendre compte du rôle de l'État dans l'appréciation du caractère juridique des règles déontologiques. On peut en revanche se demander si la théorie de Hart est apte à rendre compte du caractère juridique d'obligations déontologiques qu'aucune règle ne permet de reconnaître.

3. – Chacun perçoit intuitivement que la déontologie ne peut être tout entière contenue dans un code de déontologie. Or, les analyses qui précèdent permettent difficilement, au premier abord, d'expliquer comment des obligations déontologiques non formalisées peuvent se retrouver investies d'un caractère juridique. Cette objection peut être illustrée au moyen de l'arrêt *Milhaud* rendu par le Conseil d'État le 2 juillet 1993, selon lequel l'interdiction de pratiquer une expérimentation sur un sujet en état de mort cérébrale procède de « principes déontologiques fondamentaux relatifs au respect de la personne humaine » non expressément consacrés par le Code de déontologie médicale, mais dotés d'un effet obligatoire envers les médecins³⁰. En l'occurrence, le Conseil d'État a reconnu une obligation, mais dont aucun critère formel ne permettait de reconnaître le caractère juridique. Personne n'avait concrètement édicté ces principes fondamentaux, de sorte qu'il manquait à la Haute juridiction une règle de reconnaissance, une « règle de pedigree » permettant d'intégrer l'obligation déontologique en question dans le système juridique.

De là, on pourrait conclure que la présentation opérée par Hart serait inapte à décrire correctement notre expérience juridique. C'est d'ailleurs la conclusion retenue par Ronald Dworkin, pour lequel il conviendrait de reconnaître que le droit ne se compose pas seulement de règles, mais aussi de principes dont le caractère juridique ne peut s'expliquer par aucune règle de pedigree³¹. La portée de la critique doit toutefois être évaluée³². S'il est exact que les principes déontologiques ne peuvent être identifiés comme juridiques au moyen d'une règle formelle, il existe néanmoins dans notre système juridique une règle, l'article 4 du code civil, qui reconnaît implicitement au juge le pouvoir de se référer à des principes non écrits pour trancher des litiges³³. Au principe primaire se surajoute donc une règle secondaire de décision permettant au juge d'en exiger l'application. Allant plus loin, on pourrait affirmer que le pouvoir judiciaire de créer des principes constitue par là même une règle de reconnaissance que l'on pourrait formuler de la façon suivante : « un principe est juridique s'il est créé par le juge ». Quant à la règle de changement, elle serait inhérente au pouvoir reconnu au juge d'opérer un revirement de jurisprudence. Au total, il serait donc parfaitement possible d'intégrer les principes dans le système juridique au sens de Hart.

³⁰ *RFDA* 1993. 1002, concl. D. Kessler ; *JCP* 1993. II. 22133, note P. Gonod.

³¹ Cf. notamment *Taking Rights Seriously* (1977), trad. *Prendre les droits au sérieux*, PUF, 1995.

³² Parmi de nombreux auteurs, cf. J. Raz, « Legal Principles and the Limits of Law », *The Yale Law Journal* 81, n° 5, 1972, 842-54, reproduit partiellement avec un postscript in M. Cohen (ed.), *Ronald Dworkin and Contemporary Jurisprudence*, Duckworth, 1983, p. 73 et s.

³³ Hart reconnaît à ce propos que le juge a ici un pouvoir quasi-législatif, ce qui pose le vrai problème, à savoir celui de la discrétion du juge (*judicial discretion*).

Ce sauvetage du positivisme de Hart ne convaincra cependant pas ceux qui estiment que le juge ne *crée* pas les principes, mais les *découvre*. Pour ceux-là, les principes pré-existent à la décision judiciaire, et dans cette mesure sont dépourvus de caractère juridique : point de règle de reconnaissance pour identifier leur caractère obligatoire, sinon le constat sociologique d'une large adhésion de la communauté des professionnels ; point de règle de changement, puisqu'un principe dont le seul fondement serait sociologique ou philosophique ne peut guère être abrogé du jour au lendemain. Pour les anti-positivistes, les principes souffrent ainsi d'une infirmité qui rend leur qualification juridique bien malaisée. Est-ce à dire que, dans cette perspective, les principes fondamentaux de la déontologie seraient moraux ? On peut le penser. C'est du moins ce à quoi paraît conduire une analyse substantielle de l'obligation déontologique.

II. — L'APPROCHE SUBSTANTIELLE

Elle fait en effet apparaître la convergence entre le contenu des obligations déontologiques et le contenu d'un certain nombre de théories morales. Mais l'approche substantielle de l'obligation déontologique révèle aussi les limites de la cohérence et de la spécificité des règles déontologiques. Au rebours de tout systématisme, la déontologie applique aux activités professionnelles une sorte de syncrétisme moral (A) qui explique la nature de ses liens avec le contenu du droit commun applicable à la société globale (B).

A. — Le syncrétisme moral inhérent aux obligations déontologiques peut être analysé à la lumière de la distinction établie par Lon L. Fuller entre une morale de l'aspiration (*Morality of Aspiration*) et une morale du devoir (*Morality of Duty*)³⁴. Très sommairement, la morale de l'aspiration renvoie à la morale de la philosophie grecque, c'est-à-dire à un ensemble de comportements vertueux qui portent l'homme vers sa perfection. Par opposition, la morale du devoir désignerait plutôt un ensemble de règles propres à assurer la survie et le maintien de l'ordre d'une société.

En apparence, l'obligation déontologique s'alimente indiscutablement à la morale de l'aspiration. On attend du professionnel qu'il soit modeste et modéré, probe, délicat, patient, discret, bref qu'il soit honnête homme³⁵. L'obligation déontologique serait donc morale, sous l'angle substantiel, en ce qu'elle viserait à réaliser la perfection de l'homme dans le travail³⁶, par le travail... et au-delà du travail. Car la vertu ne s'arrête

³⁴ *The Morality of Law*, Yale University Press, New Haven - Londres, 2e éd., 1969, p. 5 et s.

³⁵ Cf. Ph. Stoffel-Munck, « Déontologie et morale »..., p. 67, note 2.

³⁶ On relèvera avec intérêt que certains codes de déontologie affirment eux-mêmes la nature morale des impératifs qu'ils entendent faire respecter : cf. par ex. l'art. 1er du Code de déontologie vétérinaire issu du décret n° 92-157 du 19 février 1992. Cf. également le Code élaboré par le conseil de l'Association américaine pour l'étude de l'opinion publique relatif aux sondages d'opinion du 16 juin 1960, intitulé « code de morale et de pratique professionnelles ». Sur ce texte, cf. J. Stoetzel, « Les sondages d'opinion. La déontologie des sondages », *Encyclopaedia Universalis*, Supplément II, Les enjeux, 1985, p. 758 et s.

[p. 115-127]

D. GUTMANN

Arch. phil. droit 44 (2000)

pas au seuil du domaine intime : elle doit être sans faille et sans frontière, le comportement privé devant être aussi irréprochable que le comportement public.

Un examen plus attentif dévoile cependant toute l'ambiguïté de ce type de fondement moral. Si le code de déontologie des chirurgiens-dentistes, par exemple, exige une certaine qualité de comportement en dehors de l'exercice de la profession, c'est parce que le professionnel doit s'abstenir de tout acte de nature à déconsidérer celle-ci³⁷. La morale de l'aspiration se double donc d'une morale du devoir, qui impose le respect de certaines règles afin de préserver la collectivité.

À cette ambiguïté des fins de la morale professionnelle s'ajoute un curieux mélange des genres philosophiques auxquelles celle-ci emprunte. Les règles déontologiques procèdent en effet de théories morales totalement différentes, parfois contradictoires, que l'on peut rapporter à deux sources fondamentales : la source kantienne et la source utilitariste³⁸. L'inspiration kantienne des règles déontologiques est très souvent évidente. Le code de déontologie des sages-femmes énonce que celles-ci exercent leur mission « dans le respect de la vie et de la personne humaine »³⁹, et le code de déontologie médicale ajoute qu'il convient de respecter la « dignité »⁴⁰, concept kantien s'il en est. Plus généralement, la coloration kantienne se retrouve dans la prétention des règles déontologiques à mettre en pratique, sous une forme laïque, les préceptes du Décalogue. Certains affirment ainsi que la déontologie des médias transpose à la communication sociale la plupart des dix commandements reçus par Moïse⁴¹, tandis que d'autres insistent sur la dépendance entre ces mêmes commandements et la vie des affaires⁴² : prohibition du parjure, de la violence, du mensonge, de l'escroquerie derrière la convoitise, obligation au respect des biens d'autrui, etc. Tout ceci témoigne de la force de commandements perçus comme obligatoires en raison de leur caractère universel, et devant être respectés pour eux-mêmes, éventuellement au prix d'un coût en termes d'utilité. Cet universalisme moral explique d'ailleurs les ressemblances frappantes entre tous les codes de déontologies et, plus généralement, entre tous les discours sur la déontologie : l'exigence de loyauté, d'honnêteté, de respect et d'aide d'autrui, est reconnue dans toutes les professions, sorte de morale ultime partagée par tous les acteurs de la vie professionnelle.

Pourtant, force est de constater que l'orthodoxie philosophique n'est pas le caractère premier de ces morales professionnelles. Kant se retournerait dans sa tombe s'il lisait que l'article 35 du Code de déontologie médicale énonce que « dans l'intérêt du malade et pour des raisons légitimes que le praticien apprécie en conscience, un malade peut être tenu dans l'ignorance d'un diagnostic ou d'un pronostic grave »⁴³. Il y verrait une inacceptable concession aux considérations concrètes, la déchéance de l'impératif catégorique

³⁷ Art. 3.

³⁸ Que ces deux inspirations puissent être rapportées à la morale du devoir peut être très largement discuté, mais tel n'est pas l'objet du présent article.

³⁹ Art. 2.

⁴⁰ Art. 2, al. 1er.

⁴¹ Cl.-J. Bertrand, *La déontologie des médias*, PUF, 1997, p. 37.

⁴² Cf. H. de La Bruslerie, « Introduction générale », in *Éthique, déontologie et gestion de l'entreprise*, Economica, 1992, p. 7 et s., spéc. p. 15-16.

⁴³ L'article 35 réserve cependant les cas où l'affection dont le patient est atteint expose les tiers à un risque de contamination.

en impératif hypothétique, bref une forme d'utilitariste incompatible à ses yeux avec un acte authentiquement moral.

Or, il est clair que les déontologies professionnelles sont très largement inspirées par des considérations d'utilité. La réglementation parfois extraordinairement précise des conditions d'exercice professionnel, la mise en place d'un réseau serré d'obligations entre membres de la profession, vise avant tout à assurer la cohérence et l'ordre intérieur de la collectivité. Il est d'ailleurs significatif à cet égard que de nombreuses règles déontologiques soient issues d'usages apparus spontanément et ayant fait la preuve de leur utilité collective⁴⁴. En outre, il est bien connu que même les obligations de type kantien sont très souvent proclamées dans un but de communication externe, afin de donner au public une image respectable de la profession, quand il ne s'agit pas de faire de la promotion commerciale par des moyens éthiques.

Faut-il conclure que les obligations déontologiques ne sont en réalité que le produit d'une philosophie purement utilitariste visant à maximiser l'intérêt d'une collectivité donnée ? Certains le pensent. Il est affirmé, par exemple, que le développement de la déontologie boursière n'aurait qu'une seule fin, rétablir la confiance des épargnants dans un climat de compétition internationale⁴⁵. De même, il est clair que les codes de conduite privés adoptés au niveau international ont autant pour but de rassurer l'opinion internationale que de dissuader les États d'intervenir de façon contraignante⁴⁶... Il est ainsi facile de dénoncer ironiquement ce que Gilles Lipovetsky appelle « les noces de l'éthique et du business »⁴⁷, et de prétendre dissiper les voiles de vertu ou de kantisme qui masquent un utilitarisme féroce.

Une telle approche des obligations déontologiques paraît cependant trop brutale. Elle fait abstraction, tout d'abord, de la différence qui sépare nécessairement les règles déontologiques applicables à des secteurs économiques et celles qui appréhendent des professions fondées sur les relations humaines. Mais surtout, le soupçon systématique jeté sur la qualité morale des obligations déontologiques ne tient pas compte d'une réalité psychologique à la fois simple et complexe : les professionnels considèrent les obligations déontologiques à la fois comme dotées de valeur intrinsèque, et comme poursuivant leur

⁴⁴ En ce sens, R. Martin constate que « la déontologie de l'avocat [...] fut longtemps coutumière et ce trait la rapprochait de la morale » (*Déontologie de l'avocat*, avec le concours du bâtonnier A. Caille, 3e éd., Litec, 1998, n° 2, p. VII). Cf. également, à propos de la déontologie médicale, M.-H. Douchez, « La déontologie médicale », in M. Hecquard-Theron (dir.), *Déontologie et droit*, P.IEP Toulouse, 1994, p. 7 et s., spéc. p. 11 ; à propos de la déontologie de l'expert-comptable, A. Lemaignan, *Déontologie de l'expert comptable...*, p. 188 ; à propos de la déontologie des chirurgiens-dentistes, l'article 7 du code qui rappelle les principes « traditionnels dans la pratique de l'art dentaire ». Les codes de déontologie de certaines entreprises illustrent également ce mécanisme. Le code établi par Paribas, par exemple, rappelle à ses employés « les règles du milieu » (cité par F. Seidel, « La référence aux droits de l'homme dans les codes d'éthique des entreprises », in M. Borghi et P. Meyer-Bisch (ed.), *Éthique économique et droits de l'homme, La responsabilité commune*, Ed. univ. Fribourg, Suisse, 1998, p. 83 et s., spéc. p. 90).

⁴⁵ Ch. Hannoun, « La déontologie des activités financières... », n° 7, p. 421.

⁴⁶ Cf. G. Farjat, « Réflexions sur les codes de conduite privés », in *Le droit des relations économiques internationales, Études offertes à B. Goldman*, Litec, 1987 p. 47 et s., spéc. p. 51 et s.

⁴⁷ *Le crépuscule du devoir, l'éthique indolore des nouveaux temps démocratiques*, Gallimard, NRF « Essais », 1992, p. 252 et s.

intérêt bien compris. On ne peut donc appréhender l'obligation déontologique dans sa réalité qu'en adoptant le point de vue interne au groupement professionnel⁴⁸, et ce point de vue interne est moins univoque qu'un scepticisme externe peut le laisser croire. Car le syncrétisme moral qui fonde l'obligation déontologique révèle que celle-ci n'est autre qu'un *bricolage moral* que chaque profession réalise en pondérant selon sa spécificité les apports des principales théories morales existantes. Cette notion de bricolage moral n'a rien de gratuit lorsqu'on sait que l'explosion du marché du bricolage matériel est solidaire d'un renouveau de l'individualisme dans nos sociétés occidentales, que le bricolage répond au besoin de l'individu de créer tout en consommant, de dépasser la passivité du statut de consommateur pour construire comme acteur son identité⁴⁹. Il en va de même dans l'ordre moral : les obligations déontologiques traduisent le besoin des professions de se raccrocher à des valeurs universelles, en même temps que le souci de construire une morale professionnelle spécifique, bref une identité professionnelle unique. C'est cette dimension dualiste de l'obligation déontologique, au carrefour de l'universel et du particulier, qui explique les rapports qu'elle entretient avec le droit de source étatique.

B. — Les rapports entre régulation déontologique et régulation de la société globale révèlent tout autant le particularisme des obligations déontologiques que leur communauté d'inspiration avec le droit commun.

Le particularisme des obligations déontologiques résulte naturellement de la spécificité des principes moraux qui prévalent dans une activité professionnelle. C'est cela qui justifie, par exemple, que la validité d'un contrat selon le droit civil ne soit pas forcément affectée par sa nullité selon les règles déontologiques⁵⁰. C'est aussi ce qui devrait justifier que la faute civile ne soit pas alignée sur la faute déontologique. Sur ce point, la position de la Cour de cassation est d'ailleurs ambiguë. Si un arrêt du 29 avril 1997 paraissait considérer que toute faute déontologique devait mécaniquement être qualifiée de faute civile⁵¹, un arrêt plus récent, du 13 octobre 1998, a affirmé que l'appréciation par les autorités professionnelles de la gravité d'un manquement déontologique ne liait pas les juges civils⁵². Cet arrêt semble ainsi confirmer la prééminence d'une conception souple des liens entre obligation déontologique et obligation civile, et il est permis de s'en réjouir : les critères qui conduisent le juge civil à évaluer un comportement s'inspirent de principes de justice applicables à l'échelle de la société globale, et peuvent ne pas converger avec ceux qui guident l'aménagement d'un ordre particulier. Ils ne convergent

⁴⁸ Sur l'importance du point de vue interne, par opposition au point de vue externe, cf. déjà H.L.A. Hart, *Le concept de droit*, p. 78 et s., dont nous transposons un peu librement – mais non légèrement – la distinction à notre matière.

⁴⁹ G. Lipovetsky, *L'ère du vide, Essais sur l'individualisme contemporain*, Gallimard, 1983, p. 157-58.

⁵⁰ Cass. 1re civ., 5 nov. 1991, *D.* 1991. IR 292 ; *JCP E* 1992. II. 255, obs. A. Viandier ; *RTD civ.* 1992. 383, obs. J. Mestre. Le fait que la violation des règles déontologiques soit sanctionnée par des sanctions disciplinaires n'est donc pas l'argument pertinent pour aboutir à ce résultat, malgré ce que laisse entendre l'arrêt.

⁵¹ *D.* 1998. 459, note Y. Serra ; *JCP* 1997. I. 4068, n° 1 et s., obs. G. Viney ; *Bull. civ.* IV, n° 111 ; *Juris-Data* n° 001824.

⁵² *D.* 1999. 197, note C. Jamin ; *JCP* 1999. II. 10133, note N. Rzepecki ; *D.* 1999. somm. 115, obs. Ph. Delebecque.

que lorsque le droit étatique intègre lui-même dans ses critères d'appréciation ceux de la profession ou admet la pertinence de ces derniers ⁵³.

La souplesse ne doit en revanche être rejetée que lorsque le droit commun, cessant d'être en quelque sorte supplétif, repose sur des valeurs fondamentales auxquelles aucun particularisme ne saurait déroger. Ainsi, le respect de la dignité humaine, de la loyauté ou de la bonne foi est naturellement consacré par le droit étatique *et* par les règles déontologiques. De même, le respect des droits de l'homme ne peut être écarté par une autorité professionnelle statuant en matière disciplinaire ⁵⁴. Plus généralement, il appartient donc aux juges d'apprécier, lorsque le problème leur est soumis, dans quelle mesure les règles déontologiques dont on revendique devant eux l'application participent d'une morale « universelle » ou d'une morale particulière. Il n'existe ainsi aucune indépendance de principe entre déontologie et droit civil, mais seulement un recoupement proportionnel au degré d'universalité substantielle du principe de justice sous-jacent à la règle considérée.

C'est dans cette tension entre l'universel et le particulier qu'on trouve le cœur de l'obligation déontologique ⁵⁵ : plus, sans doute, que dans l'opposition obscure du droit et de la morale.

28 rue Miollis
75015 Paris

⁵³ Pour un exemple classique de recoupement, cf. le célèbre arrêt *Branly* (Cass. 1re civ. 27 févr. 1951, *D.* 1951. 321, note Desbois ; *JCP* 1951. II. 6193, note Mihura, et la chronique non moins célèbre de J. Carbonnier, « Le silence et la gloire », *D.* 1951. chron. 119 et s.), dans lequel la Cour de cassation énonce que constitue une faute civile le fait pour un historien de ne pas s'être comporté « comme un écrivain ou un historien prudent, avisé et conscient des devoirs d'objectivité qui lui incombent ». L'arrêt montre bien que des règles de déontologie professionnelle peuvent être fondées sur des considérations qui intéressent, outre la corporation des historiens, la société dans son ensemble.

⁵⁴ D'où l'application de l'art. 6 § 1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales à la procédure disciplinaire devant le conseil de l'ordre d'un barreau : Cass. 1re civ. 31 mars 1998 et 28 avril 1998, *JCP* 1999. II. 10102, note J. Pralus-Dupuy. Dans le même sens, cf. Cass. 1re civ. 7 avril 1999, *D.* 22 avril 1999, actualité.

⁵⁵ Pour un exemple très significatif de cette dialectique, cf. le code de déontologie des avocats de la Communauté européenne, dont l'article 1.2.2. énonce que chaque barreau a ses propres traditions, qui ne doivent pas être niées, mais que « les règles particulières de chaque barreau se réfèrent néanmoins aux mêmes valeurs et révèlent le plus souvent une base commune ». En doctrine, on notera la distinction opérée par Ph. Le Tourneau entre une morale générale des affaires et des morales spéciales, comme il existe un droit pénal général et un droit pénal spécial (« Existe-t-il une morale des affaires ? », in *La morale et le droit des affaires*, Montchrestien, 1996, p. 7 et s., spéc. n° 8, p. 10).