

L'émergence de l'éthique appliquée et les insuffisances du droit

Georges A. Legault*

Comme pour tout phénomène social, il est difficile d'isoler, selon un modèle de causalité linéaire, les raisons qui expliqueraient l'émergence de la demande éthique et son progrès fulgurant à la fin du XX^e siècle. Si la bioéthique a été le lieu privilégié de cette demande, de multiples raisons sont évoquées pour en expliquer l'émergence. Selon André Lacroix, quatre explications historiques différentes sont proposées: l'éthique comme réponse aux «problèmes soulevés par les progrès techniques» dans la mouvance de la bioéthique, l'éthique comme réponse aux grands débats sociaux (avortement, environnement, pluralisme), l'éthique appliquée comme éthique situationnelle en réponse aux insuffisances de la morale traditionnelle, l'éthique appliquée comme bricolage pour répondre aux enjeux de la gestion¹. Au-delà de la différence de datation historique et des débats sociaux particuliers relatifs à chaque période, se trouve un dénominateur commun: le vivre-ensemble et la régulation de l'agir. Dans chacun de ces lieux, l'émergence de l'éthique paraît liée au questionnement sur les insuffisances du droit à assurer, dans les démocraties occidentales, le vivre-ensemble.

* Georges A. Legault détient un Ph.D. (*honoris causa*) en éthique des affaires de l'Université de Sudbury. Docteur en philosophie du droit et licencié en droit, il est professeur titulaire à l'Université de Sherbrooke et directeur du Centre interuniversitaire de recherche en éthique appliquée de la même université.

1. André LACROIX, «L'éthique appliquée: une nouvelle éthique de société», *Ethica*, vol. 13, n° 1 printemps 2001.

L'hypothèse d'arrière-plan se formule ainsi: l'émergence de l'éthique appliquée serait, entre autres facteurs, «déclenchée»² par une recherche de dépassement des insuffisances du droit telles qu'elles se manifestent au cours du XX^e siècle dans sa régulation du monde vécu. Quatre insuffisances nous paraissent être au cœur de l'émergence actuelle de l'éthique appliquée et en définissent la structure actuelle. L'éthique de la recherche est un des legs de la Deuxième Guerre mondiale et des suites du procès de Nuremberg. Or, comme le souligne Chaïm Perelman, le procès de Nuremberg vient souligner les insuffisances du modèle positiviste du droit qui avait marqué la rupture de la morale et du droit dans les sociétés démocratiques. Avec la montée des droits individuels et les différentes chartes adoptées dans les démocraties actuelles, s'amorce un dépassement du positivisme juridique au plan des fondements. Cette insuffisance, qui sera présentée dans la première partie, est celle des fondements moraux qui reviennent interpeller le droit.

Le siècle dernier a aussi été marqué par la montée de l'État providence. Par la suite, on assiste à sa remise en question. Avec l'État providence, les rapports entre l'État et la société civile ont été très imbriqués, ce qui engendra une transformation du droit, notamment le développement du droit social et du droit administratif. Si le droit administratif cherche à combler les insuffisances du modèle non interventionniste face aux problèmes sociaux, le «déficit démocratique»³ de ce droit aura pour effet de «formaliser» le droit administratif, entraînant d'autre part son «déficit pratique». C'est dans ce contexte du droit administratif «rejudiciarisé» que l'éthique appliquée apparaît comme une réponse à l'insuffisance de la déontologie⁴. Dans la deuxième partie, nous montrerons la place accordée à l'auto-régulation dans un contexte hétérorégulé et pourquoi la reconnaissance de la possibilité de «responsabilisation» des personnes, des

2. «Plusieurs auteurs s'entendent cependant pour pointer un certain nombre d'éléments déclencheurs – l'expression «élément déclencheur» était préférable au mot «cause» trop précis.» Guy DURAND, *Introduction générale à la bio-éthique*, Fides, Montréal, 1999, p. 17.

3. Je qualifie de «déficit démocratique» la critique formulée au regard d'un droit qui ne chercherait qu'à assurer l'efficacité et de «déficit pratique» la critique formulée à l'égard du point de vue que le droit et la gouvernance doivent se soumettre à une analyse d'efficacité. J'interprète ainsi les deux critiques adressées au droit et que J. Lenoble et M. Maesschalck veulent dépasser avec la procéduralisation contextuelle du droit dans *Toward a Theory of Governance. The Action of Norms*, Kluwer Law International, Hague, London, New York, 2003.

4. Yves BOISVERT, Magalie JUTRAS, Georges A. LEGAULT, Allison MARCHILDON, *Petit manuel d'éthique appliquée à la gestion publique*, éthique publique, Montréal, Liber, 2003, p. 141.

groupes et des organisations veut répondre aux insuffisances constatées.

Le droit administratif reproduit au niveau de la gouvernance le modèle autoritaire du droit dans une approche spécifique mieux connu sous l'expression «command-and-control». Au plan symbolique, c'est le modèle de l'autorité légitime énonciatrice de la norme qui est généralisée à l'ensemble du droit administratif et sert de fondement des normes et de leur efficacité. Le contrôle permet de limiter l'impact négatif des personnes qui ne respectent pas les normes. La critique de ce modèle au plan de l'efficacité ouvre le débat sur les différents modes de régulation et leur capacité à assurer le vivre-ensemble. Dans la troisième partie, nous montrerons comment l'éthique, comme approche favorisant l'interpellation éthique plutôt que la sanction, cherche à dépasser les insuffisances tant au plan symbolique qu'au plan pratique.

L'État providence se démarque aussi par le fait qu'il met en scène une intervention sociale spécifique axée sur un régime de protection pour les personnes les plus vulnérables. C'est la mise en place de la sécurité sociale, avec ses politiques touchant l'emploi, la santé, l'éducation etc. L'État devient ainsi le premier à définir les valeurs collectives et les stratégies pour les assurer. Le droit administratif devient un levier important dans la création d'un mode de vie particulier. La loi devient l'instrument privilégié de la gestion du social, au lieu de la loi plus générale qui fixe les droits de chacun dans le vivre-ensemble. L'insuffisance du droit à gérer le vivre-ensemble apparaît notamment avec l'émergence des modes alternatifs de résolution des conflits. Dans la quatrième partie, nous montrerons en quoi le développement de la médiation axée sur le vivre-ensemble, notamment la médiation organisationnelle, cherche à dépasser les limites du droit dans la gestion du social. En proposant un mode alternatif pour atteindre la justice, le mouvement de la médiation organisationnelle rejoint les enjeux éthiques.

1. Le «déficit moral» du droit: la crise du positivisme juridique⁵

«Pourquoi obéir au droit?» Cette question soulève deux enjeux majeurs interreliés: le premier concerne la légitimité du droit au plan

5. Cette première insuffisance a été développée dans mon article: «La médiation et l'éthique appliquée en réponse aux limites du droit», *Revue de Droit*, Université de Sherbrooke, vol. 33, n^{os} 1-2, 2002-2003.

culturel et le second, la motivation d'agir conformément à la règle au plan individuel. Dans toutes les cultures, il existe soit implicitement, soit explicitement, une source de légitimation du droit qui non seulement fonde symboliquement le système légal mais propose une source de motivation à agir selon les lois. En Occident, nous affirmons souvent avec fierté que nous sommes dans un *État de droit*, ce que l'on présuppose comme supérieur à toute autre forme d'état. Dans la tradition anglo-saxonne, la supériorité de l'État de droit (Rule of Law) se mesure à la distance prise avec le «Rule of men». En effet, quand la loi est celle d'un homme, qu'il soit roi ou tyran, la qualité du vivre-ensemble dépend d'un seul. Quand les lois sont établies par des processus démocratiques, on peut s'attendre à une meilleure qualité du vivre-ensemble.

Dans l'antiquité grecque, Sophocle avait déjà posé le problème de la légitimité de la loi. Dans sa pièce *Antigone*, il pose avec éclat le conflit entre la loi que Créon impose: le frère d'Antigone ne sera pas enterré – châtement énoncé par Créon pour punir sa trahison – et celle des Dieux, plus fondamentale pour Antigone que celle de Créon. Dans la pensée grecque, la loi énoncée par des humains est légitime si, et seulement si, elle est conforme à la loi plus fondamentale qu'est la loi naturelle qui la transcende. Autrement dit, la loi ne peut se légitimer que par une conception plus englobante, une conception morale de la vie humaine. Lorsque la loi s'écarte de la morale, elle perd sa référence symbolique et sa source de motivation. Antigone va enterrer son frère et aller contre la loi de Créon au nom d'une loi plus fondamentale qui la motive: la loi naturelle.

Les plus belles pages écrites qui permettent de voir comment la fonction symbolique est essentielle à la vie des lois sont celles de *Apologie de Socrate* de Platon⁶. Dans ce dialogue platonicien, Socrate est condamné, pour avoir détourné la jeunesse des dieux par la philosophie, à boire la ciguë. Un ami qui vient le visiter lui propose de s'enfuir et d'aller ailleurs refaire sa vie. Socrate lui explique longuement les raisons de ne pas fuir et d'accepter la mort que lui impose la Loi. Au cœur de raisons qu'il développe, Socrate démontre qu'un individu n'est rien s'il se sépare de l'ensemble de la patrie: il en est membre, c'est elle qui lui permet de vivre à travers ses lois. Personne ne peut se placer au-dessus des lois.

Toute la philosophie occidentale a développé par la suite ce thème de la loi naturelle, fondement de la loi morale, qui à son tour

6. Platon, *Apologie de Socrate, Criton*, G.F., Flammarion, 2^e éd., 1997.

fonde la loi humaine. La séparation de la loi humaine de la loi morale s'est faite très graduellement. Dans un premier temps, c'est la séparation entre l'Église et l'État, comme l'a instaurée la Révolution française. Les lois humaines ne sont plus redevables des lois divines. Avec la démocratie, les liens de transcendance sont brisés, les hommes se gouvernent eux-mêmes et font leurs lois. Face aux dieux, les hommes revendiquent une régulation par eux-mêmes plutôt qu'une régulation par la transcendance. Le droit devient dès lors «posé» par les humains, d'où le nom de «droit positif» alors que le droit naturel était vu comme non posé puisque s'imposant comme un fait naturel pour la pensée laïque, ou comme volonté de Dieu pour les croyants.

Le droit positif, comme Hans Kelsen l'a montré dans ses écrits, provoque une scission radicale entre la morale et le droit et annule toute référence symbolique comme fondement du droit. Dans sa description de la *Théorie pure du droit*⁷, Kelsen nous permet de comprendre que le système juridique est un ensemble de normes dont la validité repose sur un fait historique: la création de la constitution. Or un fait ne peut fonder un ordre normatif, c'est pourquoi il doit conclure que le droit positif repose sur une norme supposée valide: la constitution.

Avec la conception du droit positif, le système juridique met en place par la constitution les règles d'exercice du pouvoir: pouvoir de faire les lois, pouvoir de gouverner la chose publique et de faire appliquer l'ensemble des lois. Avec les parlements, c'est la majorité qui décide pour l'ensemble et impose ses vues sur la minorité. Mais jusqu'où une majorité peut-elle faire ce qu'elle veut d'une minorité?

C'est avec le régime hitlérien que le système démocratique démontre son insuffisance due à la rupture entre le droit et la morale. Une majorité élue peut décider d'éliminer une minorité au nom même du droit de la majorité sur la minorité. Le procès de Nuremberg est un procès moral qui reproduit l'essentiel du drame de Sophocle: la loi des hommes ne peut pas violer une loi plus fondamentale: les droits de l'Homme. L'appel aux droits de l'Homme montre, comme l'a souligné Perelman, l'échec du droit positif. Le pouvoir de faire des lois n'est pas absolu, il existe des limites externes qui dépendent de la nature humaine. Toute la montée des droits de l'Homme qui aboutit au Québec dans la *Charte des droits et libertés de la personne* et en 1982 dans la *Charte canadienne des droits et libertés* enchâssée dans la Consti-

7. H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, trad. par H. Thevenaz, Paris, Éditions de la Braconnière-Neuchatel, 1953.

tution canadienne se fonde sur la transcendance de l'être humain face au droit⁸.

Le procès de Nuremberg cristallise le retour de l'interrogation morale face aux atrocités du système nazi. La reconnaissance des droits de l'Homme est une solution morale à l'insuffisance du système démocratique dans la mesure où elle impose une limite à l'exercice du pouvoir. Leur interprétation, notamment en droit canadien, a pour effet d'obliger toute loi de nature criminelle, et par extension symbolique toute loi pénale, à se justifier car elle impose une contrainte à la personne. Dans cette perspective, toute imposition de contrainte sociale sur un individu doit se justifier et c'est aux tribunaux que revient cette fonction⁹. Les droits de l'Homme transcendent ainsi le pouvoir de légiférer et cette nouvelle loi naturelle agit, non pas pour légitimer la place de la loi dans la vie morale comme chez les anciens, mais uniquement pour protéger les personnes contre les abus du pouvoir. En ce sens, la reconnaissance des droits fondamentaux vient répondre à l'insuffisance démocratique du pouvoir de la majorité sur la minorité. Elle limite la remise en question du positivisme juridique à ce seul enjeu. Au plan symbolique nous sommes aux antipodes de la pensée grecque. Pour Socrate, la Patrie était tout et pouvait imposer au nom du bien commun des limites à l'humain et elle n'avait pas besoin de se justifier. Pour nous, la Patrie doit justifier à la pièce toute imposition de contrainte aux individus pour le bien commun en montrant qu'elle respecte les droits fondamentaux de l'individu.

Le vivre-ensemble, quelle que soit la forme de la communauté, est traversé d'une tension entre le «nous» de la communauté et le «je» de l'individu. Tout appel au «nous» impose au «je» des contraintes pour assurer, grâce à la conformité, la qualité du vivre-ensemble. Toute revendication d'un «je» instaure une distance avec le «nous» de la communauté et cherche à assurer l'individualité des personnes. C'est entre la perte de Soi dans le Nous et la dissolution du Nous dans les Je que se façonnent les divers modes de vivre-ensemble. Dans la pensée grecque, la morale assurait au Nous une légitimité qui justifiait aux yeux de Socrate qu'il boive la ciguë même si, aux yeux de plusieurs, le procès était injuste. Dans la pensée actuelle, la morale des

-
8. Lors de l'adoption de la Charte québécoise, l'enjeu a été soulevé dans un colloque de la Société de philosophie du Québec. Ma contribution s'intitulait: «Législation et droits de l'Homme», *Philosophiques*, vol. 3, n° 2, 1975, p. 342-354.
 9. La constitutionnalisation des droits de la personne a modifié la fonction traditionnelle de juger et a conféré aux juges une fonction que j'ai qualifiée d'éthique: «La fonction éthique des juges de la Cour suprême du Canada», *Ethica*, vol. 1, n° 1, 1989, p. 95-109.

droits de la personne assure aux revendications des «je» une légitimité qui exige du «nous» de justifier son intervention et de limiter celle-ci au minimum.

On ne peut nier, comme le prétendent Lajeunesse et Sosoe¹⁰, que l'éthique appliquée apparaît dans les sociétés démocratiques où les droits de l'individu ont le primat sur le bien collectif. Peu importe ici le jugement qu'ils posent sur l'insuffisance de l'éthique appliquée pour répondre aux enjeux actuels, il n'en demeure pas moins que le renversement symbolique entre l'idéal grec de la société et l'idéal actuel est au cœur de l'émergence de l'éthique appliquée.

Si la reconnaissance des droits fondamentaux est, de fait, la réponse morale la plus spectaculaire aux insuffisances du droit, elle n'est pas la seule. Le premier texte, qu'on qualifierait aujourd'hui de bioéthique est certes le Code de Nuremberg, qui vient fixer les premières balises de l'éthique de la recherche¹¹. L'implication des associations médicales dans les modifications subséquentes de ce code démontre aussi jusqu'à quel point l'éthique professionnelle médicale a été insuffisante pour répondre aux enjeux de la recherche. Depuis Hippocrate, la profession médicale s'inscrit dans la visée de l'auto-régulation de sa pratique. Le serment d'Hippocrate dépend d'un contexte culturel où l'importance de la morale dans la régulation sociale permet de faire appel à l'engagement solennel face à la transcendance et cherche à fonder une communauté entre médecins et apprentis. Nous retrouvons donc les bases de la déontologie professionnelle, entendue ici comme morale d'une communauté où les règles du vivre-ensemble s'imposent d'elles-mêmes. Si l'émergence du droit positif instaure une rupture entre le droit et la morale en ce qui concerne les lois d'une société, elle n'impose pas son modèle à la vie morale des groupes et des associations. La distinction entre État et société civile permet la cohabitation entre deux formes de vie, l'une axée sur les droits, l'autre axée sur la morale sociale.

Le procès de Nuremberg vient également démontrer une autre réalité: l'avancement de la recherche exige un prix humain. Quand un médecin devient chercheur, il fait face à un conflit de rôles qui s'articule autour d'un conflit de valeurs: l'avancement des connaissances et le bien du patient. Dans l'après-guerre, les scandales dévoil-

10. Yvette LAJEUNESSE et Lukas K. SOSOE, *Bioéthique et culture démocratique*, Montréal, Harmattan, 1996.

11. Guy DURAND, *Introduction générale à la bioéthique. Histoire, concepts et outils*, Fides cerf., Montréal, 1999, p. 46.

lés aux États-Unis vont remettre en question la force des morales professionnelles pour assurer la protection des personnes vulnérables. Dans la foulée du procès de Nuremberg, c'est l'insuffisance de l'éthique médicale, en tant qu'éthique professionnelle, qui est mise en cause. Cette redéfinition de l'éthique médicale constitue une dimension importante de la bioéthique et une source importante de la réflexion en éthique appliquée.

Deux conclusions, à première vue contradictoires, semblent découler de ce survol du déficit moral du droit positif. Du point de vue de l'État et de son pouvoir de légiférer, la séparation du droit positif de tout fondement moral (métaphysique ou politique) assure d'une part l'autonomie de la règle de droit de la règle morale et soustrait, d'autre part, le pouvoir législatif à toute forme de justification autre que celle du pouvoir en acte. Le procès de Nuremberg vient rappeler que le pouvoir de légiférer doit se justifier lorsque les lois portent atteinte aux personnes. Si les droits de l'Homme viennent pallier une partie du déficit moral des démocraties positivistes, ils ne peuvent suppléer au déficit symbolique du pouvoir de contraindre. Le « nous » social n'a aucune légitimité symbolique autre que celle du droit en force alors que les droits de l'Homme ont une légitimité fondamentale analogue au droit naturel. Ceci se traduit concrètement au procès de Nuremberg par la reconnaissance qu'un soldat soumis aux ordres de l'autorité légitime du pays devait, en toute conscience, refuser d'obéir aux ordres si ceux-ci violaient les droits fondamentaux. S'ouvre ainsi la demande de légitimité des ordres et des normes qui seule peut fonder, au-delà des faits, la légitimité de la norme.

On pourrait croire que la responsabilité laissée à la société civile, par le biais de ses associations et organismes comme les associations médicales, ne souffre d'aucun déficit moral puisque ces organisations sont fondées sur l'idée de communauté professionnelle inscrite dans leur milieu. Or les scandales en éthique de la recherche démontrent clairement que la régulation morale propre aux associations et aux groupes professionnels est insuffisante pour réguler les membres. Toute la tradition de la déontologie professionnelle axée sur l'appartenance à un groupe responsable de la pratique et de sa régulation ne fait plus le poids devant les transformations du monde.

Ce qui à première vue paraît contradictoire, c'est le fait que le droit souffrirait d'un déficit moral et que la morale elle-même aurait son propre déficit moral. Cette contradiction est apparente dans la mesure où l'on maintiendrait que seule la morale traditionnelle peut combler le déficit moral du droit. La séparation du droit et de la

morale conduit à reconnaître deux formes de régulation: le droit et la morale. Dans chacune se pose l'enjeu de la légitimité liée à la motivation d'obéir aux normes. Le droit positif, en se séparant de la morale, a nié la nécessité de légitimer l'exercice du pouvoir législatif et il a laissé à l'individu le soin de trouver ses motifs d'obéir au droit. C'est à la conscience morale individuelle que renvoie alors la question de la motivation d'obéir au droit. La morale professionnelle quant à elle repose sur trois composantes: les valeurs professionnelles qui constituent l'héritage de la profession, la communauté des praticiens qui a la responsabilité de former et de réguler ses pairs et la conscience morale personnelle. Le déficit moral des déontologies professionnelles semble résulter de la faiblesse de la vie associative comme creuset de formation et de transmission des valeurs professionnelles. En l'absence de participation à un «nous», c'est la dissolution des morales dans la conscience individuelle¹².

Loin d'être une contradiction, le déficit moral du droit positif et celui des morales professionnelles participent d'un même mouvement: la crise des légitimations philosophiques ou religieuses des morales fondatrices. Entre les deux premières guerres mondiales, l'existentialisme avait fait son apparition et contestait la légitimité de la morale comme mode de régulation. En s'opposant à l'essentialisme qui postule une nature humaine transcendante, l'existentialisme ouvrait le débat sur la légitimité des morales traditionnelles. Pas étonnant que l'après-guerre soulève les débats autour de l'existentialisme et son incapacité à fonder une morale. En effet, la rupture de la morale avec la transcendance soulève le problème de l'évaluation des comportements. Si Dieu est mort, est-ce que tout est permis? Comment peut-on, sans une transcendance naturelle, juger de l'acceptabilité des gestes d'autrui?

La crise de légitimité des fondements transcendants des morales conduit à l'inscription de la norme morale dans l'expérience humaine, tout comme la crise de légitimité du discours moral fondant le droit conduit à inscrire le droit dans l'expérience tout humaine de l'exercice du pouvoir. Le droit posé devient ainsi le référent premier de la régulation sociale, parce que la crise des morales entraîne une sérieuse remise en question non seulement des morales professionnelles mais aussi des morales religieuses qui façonnent les conscien-

12. La faiblesse des morales professionnelles se manifeste dans leur crise d'identité. Sous la direction de Georges A. LEGAULT, *Crise d'identité professionnelle et professionnalisme*, Presses de l'Université du Québec, Ste-Foy, 2003, p. 226.

ces morales. C'est dans ce contexte que l'État providence va tenter de répondre aux limites du modèle étatique non interventionniste: en mettant en scène des dispositifs de responsabilité sociale, notamment par le développement du droit administratif.

2. L'État providence et la transformation du droit administratif

Quelle est la fonction de l'État? Établir les règles minimales du vivre-ensemble par le droit criminel, le droit civil et les autres lois statutaires ou intervenir dans le vivre-ensemble afin de protéger ses membres et d'assurer à la population une certaine qualité de vie. Selon une conception non interventionniste, l'État n'a pas à assumer un rôle actif pour assurer la qualité du vivre-ensemble. Au contraire, son rôle est de façonner les règles générales du vivre-ensemble et d'arbitrer les conflits majeurs. Dans une telle société, le souci d'autrui relève des organisations charitables et philanthropiques. Prendre soin des malades, des personnes vulnérables au plan de la santé, des personnes dans le besoin parce que sans travail ou handicapées relève des instances charitables de la société civile, sans oublier la responsabilité énorme qui est dévolue à la famille. La vie économique se règle d'elle-même et la vie sociale tissée des contrecoups de la vie économique doit aussi se régler elle-même. Mais est-ce suffisant? La grande crise économique a montré les insuffisances d'une approche non interventionniste de l'État devant les grandes crises et leur impact sur la qualité de vie des citoyens. Le développement de l'État en État providence est un passage hautement significatif de coresponsabilité de l'État et de la société civile face à la qualité de vie de tous. L'État intervient ainsi dans le monde vécu de la souffrance, des besoins, des crises sociales et cherche à assurer par des lois sociales au moins un minimum d'entraide, grâce au système de taxation et à l'élaboration de programmes d'aide aux personnes: sécurité du revenu, assurance-maladie, gratuité scolaire, etc. La tension entre le «nous» et les «je» se manifeste à travers les structures économiques, les relations de travail, les lois sociales. Elle se manifeste surtout dans l'État providence autour de la question du degré de la prise en charge par l'État de la qualité de vie des citoyens. Plus un État sera communiste, plus la prise en charge de la personne sera complète: de la gestation jusqu'à la mort. Plus un État sera axé sur le «je», sur son autonomie et sa responsabilité, plus il limitera la prise en charge de l'État en fonction de facteurs vraiment incontournables. Dans la vie politique, ces choix de sociétés sont portés par les divers partis politiques. Les uns construisent des systèmes de protection lorsqu'ils sont au pouvoir, les autres les détruisent.

Peu importe l'étendue des protections, celles-ci sont implantées par le droit administratif. Ce nouveau droit est différent du droit traditionnel qui détermine les droits des uns et les devoirs des autres. Le droit administratif est le droit des divers organismes responsables de l'administration des programmes sociaux. Puisque le pouvoir réel d'intervention de l'État dépend de la richesse collective à distribuer en services publics, il faut un système de taxation accepté par les citoyens, bien administré et efficace dans la récupération des sommes dues. De plus, l'administration des services publics exige un système assez souple laissant aux fonctionnaires la discrétion d'interpréter les règlements et de trouver des solutions aux problèmes rencontrés. Des mécanismes de plainte ou de révision se sont développés avec le temps pour s'assurer de limiter les erreurs d'application. L'efficacité du droit administratif dépend essentiellement de sa souplesse, dont dépend sa capacité à répondre aux demandes et à résoudre les problèmes qui peuvent être soulevés en cours d'application. Dans ce contexte, le droit administratif donne aux fonctionnaires des pouvoirs décisionnels importants pour gérer la chose publique.

La crainte d'abus de pouvoir de la part des fonctionnaires dans leurs dossiers va amener les tribunaux à reconnaître, d'une part, le caractère différent du droit administratif face au droit commun, mais exiger, d'autre part, que tout système de révision soit construit sur le principe de justice naturelle¹³ de la règle *audi alteram partem*. Nous assistons ici à l'imposition, au droit administratif, des mêmes règles qu'au droit commun. C'est la création de tribunaux administratifs. En droit administratif, nous retrouvons encore ce passage du «nous» au «je» dans la mesure où l'administration de la chose publique faite par des personnes convaincues de l'importance de l'État providence et qui se dévouent au service public est souvent vécue dans l'idéologie de la fonction publique, notamment avec l'idée de «civil servant» dans la pensée anglo-saxonne. Par contre, la méfiance face au pouvoir discrétionnaire des serviteurs publics manifeste les revendications des «je» face au pouvoir du représentant du «nous».

En inscrivant dans le droit administratif les règles de justice naturelle, les juges ont fait perdre la souplesse au droit administratif, par exemple en favorisant le débat contradictoire du droit dans ce domaine. De plus, cette judiciarisation du droit administratif aura

13. Sur l'impact de la judiciarisation du droit administratif et l'émergence des modes alternatifs de règlement des différends, on peut lire mon article: «Les nouveaux modes de règlement des différends et la transformation de la fonction de juger: vers une justice renouvelée?», *Revue d'éthique publique, Éthique de la magistrature*, vol 3, n° 2, octobre 2001, p. 69-79.

pour effet d'étendre la logique conflictuelle du droit au cœur même du monde vécu. Plus le droit administratif va s'étendre dans le monde vécu pour contrôler les effets nuisibles de quoi que ce soit, plus il va imposer la vision légaliste et son mode de résolution conflictuel.

Comme nous l'avons souligné, l'extension du droit administratif dans l'État providence correspond à la perception de la nécessité de l'intervention de l'État, comme force publique, dans des domaines spécifiques pour assurer la protection des uns et la qualité de vie de tous. Il ne faut pas oublier que la faillite des morales professionnelles, religieuses et laïques pour assurer la qualité du vivre-ensemble favorise l'extension du droit administratif dans bien des domaines. Or, à chaque fois que l'on présume que le milieu ne peut pas s'autoréguler parce qu'il n'a pas l'intérêt de le faire, notamment dans les milieux d'affaires, on assiste à une demande de réglementation sociale¹⁴. L'extension du droit administratif semble être provoquée, en partie, par la faillite des morales comme mode d'autorégulation. L'exemple de la création du système professionnel québécois en 1973 est éloquent à ce chapitre. L'insuffisance des morales professionnelles exige de repenser les ordres professionnels dans un système global de gestion des professions¹⁵.

Encore une fois nous sommes devant une contradiction apparente. L'État providence veut répondre de sa responsabilité sociale, idéal moral de tout premier plan marqué par le souci de l'autre, grâce au droit administratif. Ce droit plus souple que le droit commun semble adapté à cette fonction de «gérer le bien public». Au plan de la relation d'aide, l'État providence exerce une fonction morale qui était dévolue aux instances de la société civile. Mais au plan structurel et symbolique, cette responsabilité sociale est à contenus variables

14. Dans leur recherche sur l'éthique des affaires et la déréglementation, des chercheurs québécois ont analysé quatre secteurs: industrie du camionnage, écoles de conduite, industrie du tabac, violence à la télévision afin de voir les enjeux face à la déréglementation. Dans leur livre sous la direction de Yves BOISVERT et Francis MOREAULT, avec la collaboration de Karine Prémont et Louise Campeau, *Le jeu de transfert de régulation*, Québec, P.U.L., 2003, les auteurs se butent, lors des entrevues, au scepticisme de plusieurs face à la capacité d'autorégulation qu'implique l'éthique des affaires: «Les propriétaires cherchent d'abord le profit, puis la sécurité ensuite.» Ils étaient donc sceptiques quant à la possibilité même que les propriétaires d'écoles de conduite «puissent assumer des responsabilités sociales», p. 132. Pour plusieurs la question se pose: «Autrement dit, est-ce que la logique de la libre entreprise ne vide pas le concept d'éthique des affaires de son sens?», p. 205.

15. Ces enjeux ont été traités dans le livre précité sur la crise d'identité professionnelle et, sous la direction de Georges A. LEGAULT, dans *Enjeux de l'éthique professionnelle Tome 2: L'expérience québécoise*, P.U.Q., Collection éthique.

selon les partis politiques au pouvoir. La légitimité de l'État providence n'est pas établie dans la sphère symbolique, à moins d'être dans un État communiste ou religieux. C'est à chacune des élections que le débat doit se refaire et les structures changeront en conséquence. Même si l'État exerce un souci d'autrui à travers les politiques sociales, celles-ci ne sont pas légitimées au plan moral, mais uniquement au plan politique. L'inscription du souci d'autrui dans le droit varie alors selon le climat électoral. La contradiction est apparente car le droit administratif joue certes un rôle moral, mais l'approche demeure celle du droit positif. Les règles sont édictées par l'autorité légitime et sont présumées valides du seul fait de leur énonciation.

De plus, la judiciarisation du droit administratif aura pour effet de généraliser aux problèmes du monde vécu le modèle juridique axé sur le rapport conflictuel des droits et sur l'affrontement des prétentions comme mode de résolution des différends. Le mode de pensée du monde juridique est-il le plus pertinent pour gérer les relations humaines dans le monde vécu au quotidien? Nous traiterons dans la quatrième partie de l'émergence des modes alternatifs de règlement des différends comme réponse à l'insuffisance du droit administratif en ces domaines. Limitons-nous à souligner ici comment la logique du droit positif est insuffisante pour répondre aux problèmes du monde vécu au plan symbolique et au plan de la motivation qui l'accompagne.

Dans plusieurs milieux organisationnels, l'éthique est le nom donné à un certain type de règlements qui imposent des devoirs aux personnes impliquées dans l'organisation. La récente politique d'éthique en matière gouvernementale est un exemple¹⁶. L'éthique apparaît ainsi dans la logique d'extension du droit administratif pour contrôler les comportements. Qu'il s'agisse des codes d'éthique des établissements de santé et des établissements sociaux que le législateur a imposés lors de la réforme des services de santé axée sur les citoyens, ou encore de la politique d'intégrité dans la recherche, nous assistons selon certains au raffinement du droit administratif dans le contrôle du vivre-ensemble¹⁷. En admettant la véracité de cette hypo-

16. *L'Éthique dans la fonction publique québécoise*, Gouvernement du Québec, 2003.

17. Sur ce thème on peut consulter deux articles qui approfondissent cette dichotomie d'interprétation: Yves BOISVERT, «L'éthique comme suppléance politique: une approche postmoderniste» et Yvan PERRIER, «Régulation et codes d'éthique dans le réseau de la santé et des services sociaux» dans Guy GIROUX, «La pratique sociale de l'éthique», *Recherches* n° 34, Montréal, Bellarmin, 1997.

thèse, que pourrions-nous conclure de l'insuffisance du droit administratif, sinon que le droit administratif essaie de combler ses insuffisances en raffinant son approche au quotidien? Mais alors qu'advient-il de la fonction symbolique et de la motivation d'obéir aux normes qui lui sont associées? Comment l'énonciation d'une norme pourrait-elle, à elle seule, motiver à son obéissance compte tenu de l'absence de légitimité de la norme en cause? Le problème rencontré face au droit commun se reproduit avec plus de véhémence dans le domaine du monde vécu. En l'absence de partage du sens et de la légitimité de la norme, que le droit positif confine au niveau individuel, il ne reste plus pour les individus que la crainte des sanctions. Comment assurer la qualité du vivre-ensemble quand le seul motif pour se conformer à la norme est la crainte des sanctions?

C'est pourquoi, contrairement à l'hypothèse de l'extension du droit, celle du retrait du droit de certains domaines semble correspondre à l'émergence de l'éthique appliquée. En effet, selon cette hypothèse, c'est l'insuffisance du droit administratif dans la gestion du monde vécu qui conduit à vouloir recréer une zone faisant appel à la responsabilité individuelle dans l'autorégulation du vivre-ensemble. Dans la première hypothèse on fait appel à la déontologie et à la sanction des comportements déviants. Nous assistons alors à l'extension du «nous» sur la vie des «je». Dans la seconde hypothèse, on fait appel à la délibération éthique, au choix des valeurs et à la légitimité de décisions personnelles en fonction des valeurs de la pratique. On fait alors appel aux «je» pour rétablir des ponts avec les autres et recréer une forme plus souple de «nous»¹⁸.

L'insuffisance du modèle juridique qui traverse l'approche déontologique en droit administratif se manifeste aussi dans la structure profonde de la gestion de l'agir humain que reproduit le droit: commander, surveiller et punir.

3. Commander, surveiller et punir: conformité ou responsabilité?

Le problème de la motivation au travail a été au cœur de la remise en cause des modes traditionnels de gestion dans nos bureaucraties. Que l'on pense à l'époque où on allait chercher des «motivateurs» en industrie ou à la vague ISO qui l'a remplacée, il s'agit toujours des problèmes de «productivité» et de «qualité du produit».

18. C'est cette approche que nous avons développée dans *Le Petit manuel d'éthique appliquée à la gestion publique*.

Pour faire plus avec moins, comme le disaient les slogans favoris de la compression budgétaire, il faut que les personnes travaillent, sinon plus, au moins mieux. Nous le savons tous, une personne motivée ne compte pas son temps et ne regarde pas toujours la convention collective pour accepter un mandat supplémentaire. Mais une personne démotivée, même si elle est physiquement présente, ne fournira pas la même productivité ni la même qualité que les autres plus motivées. Qu'est-ce qui, dans la gestion bureaucratique, constitue un frein à la motivation au travail?

Le mode de gestion dans les organisations privées ou publiques a repris essentiellement le mode inspiré par le droit pénal: commander, surveiller et punir. Nous retrouvons en arrière-plan du modèle bureaucratique la structure du commandement: l'autorité légitime qui énonce la règle, le commandement: l'obligation de faire et la vérification de l'exécution. En ce qui concerne l'autorité légitime, la bureaucratie repose sur la pyramide hiérarchique où chaque gestionnaire reçoit, par délégation, une partie de l'autorité. L'ensemble des tâches est défini par différents règlements, avis, directives, etc. Des modes de contrôle sous forme de rapport de productivité ou d'évaluation de services permettent de vérifier le bon fonctionnement de l'ensemble. En cas de manquement aux normes prévues, il y a des mesures prises au plan de la gestion pour corriger la situation et, advenant un échec, des mesures disciplinaires.

Avec l'organisation du travail, nous sommes au cœur du monde vécu. Pas étonnant que nous trouvions là le cumul des insuffisances du droit commun et du droit administratif. En premier plan vient le déficit symbolique. Pourquoi obéir à l'ensemble des normes, des règlements et des procédures qui structure les tâches dans l'organisation? Ou bien l'autorité dans l'organisation est perçue, selon un modèle paternaliste, comme bienveillante, comme le montre la publicité de certaines compagnies, ou encore cette autorité est collégiale, comme le veulent les modèles participants, ou bien encore cette autorité s'impose de fait, tout simplement parce que c'est l'autorité. Dans les deux premiers cas, l'appartenance à des représentations significatives communes permet de légitimer la structure d'autorité¹⁹, dans le dernier cas l'autorité de fait s'impose et la fonction symbolique est inopérante dans la motivation.

19. Sur le rôle de la fonction symbolique, l'analyse de Yves Boisvert et Magalie Jutras de la fonction des Appellations d'Origine Contrôlée en France met clairement en scène la différence dans les modes de régulations autorégulatoire et hétérorégulatoire. «L'éthique comme mode de contrôle volontaire des Appellations d'Origine Contrôlée», *Éthica*, vol. 14, n° 1, 2002.

Les bureaucraties administratives héritent aussi du déficit pratique du droit administratif. Ceci est particulièrement manifeste sur le plan disciplinaire. La judiciarisation du droit administratif conduit inévitablement à l'accroissement des griefs et des contestations d'application des conventions collectives par exemple, ou des différents règlements d'une organisation qui sont susceptibles de mesures disciplinaires. C'est l'enjeu de l'interprétation, de la preuve, de la jurisprudence plutôt qu'un enjeu de relations entre personnes. Avait-on le droit de faire ceci? Peut-on prouver le manquement? Que dit la jurisprudence à ce chapitre? Nous assistons donc à la formalisation des problèmes de vivre-ensemble à une défense abstraite des droits et à une inefficience des règlements en cause. N'oublions pas ici les coûts de système qu'engendre cette judiciarisation du droit administratif et du monde vécu.

On ne peut sous-estimer l'importance de la montée du syndicalisme pour répondre aux insuffisances du libre marché qui ne protégeait aucunement la classe ouvrière. La différence de pouvoir entre les patrons et les employés pris individuellement devenait un facteur de négociation à la baisse compte tenu de la nécessité de survie des personnes prises isolément. Tout comme l'État providence, le mouvement syndical a exigé des compagnies une plus grande responsabilité sociale. Mais pour atteindre ces résultats, le mouvement syndical a dû démontrer, comme Marx l'avait fait au plan théorique, que le discours moral des patrons n'était qu'un masque idéologique pour conserver le pouvoir. La méfiance entre les patrons et les employés est fondée sur la notion de rapport de force qui seul définit leur dynamique interrelationnelle. Le droit apparaît comme seul dispositif social pouvant assurer la protection des personnes dans leurs relations de travail. Dans ce contexte, toute politique, toute directive et toute consigne deviennent objet du droit du travail et de mesures disciplinaires. Le rapport de force syndical prend alors la forme de «guérilla juridique». Combien coûte cette lutte legaliste entre patrons et employés dans une organisation? Ajoutons aussi que cette lutte est possible dans les milieux où les dossiers sont portés par le syndicat ou autre forme de collectivité, mais lorsque les dossiers sont personnels, à qui profitent les coûts de système et les menaces de poursuites?

L'approche commander/exécuter et contrôler/punir est très efficace dans un groupe où la notion d'autorité et de commandement est au cœur de la dynamique culturelle. Par exemple, le Québec des années 30 vivait dans une communauté religieuse et politique qui se définissait par le rapport aux autorités et aux commandements. Après la révolution tranquille qui conteste les autorités et toutes les

formes de paternalisme, que reste-t-il aujourd'hui au plan symbolique de la notion d'autorité? À quelle motivation profonde renvoient aujourd'hui les notions de «devoir» et d'«obligation»? Toute la symbolique de la «dette» envers la transcendance et de l'autorité légitime, qui est au cœur du discours de Socrate qui accepte son sort, n'a plus cours aujourd'hui. À titre d'exemple, à quel âge aujourd'hui les enfants cessent-ils d'accepter l'autorité des parents? Jusqu'à quel âge le commandement d'un parent est-il de fait accepté comme légitime sans être remis en question? Dans un univers culturel où l'autorité n'est plus une référence significative, comment peut-on penser que la seule énonciation d'une règle est suffisante pour en assurer l'exécution? Pourtant c'est ce que suppose la structure de base du commandement.

Pour corriger ce déficit motivationnel des réglementations actuelles, on fait appel à l'éthique dans plusieurs organisations. Cette éthique est axée sur des valeurs partagées, communes à l'organisation ou au groupe de référence. L'approche des valeurs cherche à combler à la fois le déficit symbolique, le déficit pratique et le déficit motivationnel. Au plan symbolique, les valeurs sont des valeurs partagées par tous et reconnues comme structurantes de l'activité. Elles ne s'imposent pas de l'extérieur, mais de l'intérieur, de la pratique. La reconnaissance des valeurs partagées est une dimension fondamentale pour assurer la coresponsabilité dans la mise en application de celles-ci. L'actualisation²⁰ des valeurs partagées ne dépend pas uniquement des gestionnaires mais de tous ceux qui sont impliqués dans le service ou l'organisation. Les valeurs, contrairement aux normes et aux règles de conduite, laissent un espace à la décision autonome dans l'actualisation des valeurs dans une situation complexe. Contrairement au droit, il n'y a pas de comportement permis ni de comportement défendu au plan éthique. L'évaluation éthique est une question de plus ou de moins, jamais une question d'avoir le droit ou de ne pas avoir le droit. Est-ce à dire que tout est permis au royaume des valeurs? Non, car ici c'est l'interpellation éthique entre les personnes qui sert de guide de réflexion quant à la portée éthique de nos

20. Il y a une différence fondamentale entre «respecter une valeur» et «actualiser une valeur». Les personnes qui ont tendance à parler de respecter une valeur utilisent souvent celle-ci comme fondement à la règle ou la norme qu'ils édictent au nom de la valeur. Les personnes qui parlent d'actualiser une valeur considèrent qu'une valeur est un idéal à rendre concret à chacune des décisions. La justice ne peut devenir actuelle que dans les décisions concrètes. Toute décision actualise des valeurs mais doit aussi trancher lesquelles seront plus actualisées que d'autres.

décisions sur le vivre-ensemble et sur notre propre capacité individuelle à assumer nos décisions difficiles.

4. Insuffisance du droit dans la gouvernance du vivre-ensemble

À différentes reprises, le Gouvernement du Canada s'est posé la question des limites du droit criminel comme instrument à privilégier pour assurer la qualité de la vie sociale. En 1983, la Commission Fraser lançait ses travaux sur la pornographie et la prostitution au Canada. Dans un document de présentation²¹, il pose clairement la question de la décriminalisation dans le domaine. Avec la pornographie et la prostitution nous touchons un domaine très débattu au plan moral. Le sexe peut-il être objet de commerce? L'exploitation du sexe peut-elle engendrer des torts importants dans la société? L'exploitation du sexe ne crée-t-elle pas des problèmes sanitaires pour les prostituées d'abord et les clients ensuite? Dans le document de travail, les auteurs se demandent si le droit pénal peut imposer dans nos sociétés démocratiques actuelles un point de vue moral. Est-ce la morale qui légitime une norme criminelle en matière de pornographie et de prostitution? Sinon, qu'est-ce qui légitime une telle norme?

La prostitution apparaît, pour plusieurs, comme un des plus vieux métiers du monde. Cela signifie que sa présence à travers les âges démontre que l'on n'a pas pu l'éradiquer. La pornographie et la prostitution font partie d'une manière de vivre des personnes, dans la culture et dans la société. De ce point de vue, on peut la considérer comme phénomène social, un enjeu du vivre-ensemble. On pourrait en dire autant de plusieurs phénomènes: la drogue, la pédophilie, la violence conjugale, etc. La question des limites du droit criminel à gérer les problèmes sociaux se pose ici avec acuité.

Il en est de même en matière de droit pénal au niveau des organisations. En effet, celles-ci, à la suite d'un arrêt des tribunaux, ont été déclarées responsables de la mise en place de dispositifs devant assurer un cadre organisationnel qui favorise le respect des personnes. Les politiques pour contrer le harcèlement sexuel et d'autres formes de harcèlement ont vu le jour. Dans un tel domaine, on a recours à la réglementation pénale, judiciarisée comme l'est le droit adminis-

21. Comité spécial d'étude de la pornographie et de la prostitution, *Pornographie et prostitution*, Document de travail, ministère des Approvisionnement et Services Canada, 1983.

tratif, pour solutionner le problème de vivre-ensemble qu'est le harcèlement.

Ces exemples nous permettent de voir l'ampleur de la question de l'insuffisance du droit pénal pour assurer la qualité du vivre-ensemble. Que révèle le harcèlement sexuel comme problématique de vivre-ensemble? D'abord, nous assistons à des relations hommes/femmes qui sont surdéterminées par la composante sexuelle. Dans tout rapport homme/femme, il existe une dimension sexuée. Lorsque, dans le rapport à l'autre, cette dimension devient en avant-scène et que cet état n'est pas partagé, alors le rejet risque d'entraîner des relations tendues. Au plan individuel, une des deux personnes, habituellement l'homme, ne peut pas gérer le rejet en question. À ce niveau c'est un problème individuel enraciné dans le vécu de la personne. L'expression de cet enjeu personnel dans les relations de travail peut être encouragée ou découragée selon les milieux. Au niveau organisationnel, le harcèlement sexuel prend davantage racine dans un milieu où la complicité entre les pairs va engendrer un effet de banalisation du phénomène. Nous sommes alors en présence de représentations partagées dans un groupe relativement à la place de la détermination sexuée dans les rapports. Dans le pire des cas, ce qui est normal pour les uns est une blessure profonde pour les autres. Cependant, le harcèlement n'est pas seulement un enjeu entre deux personnes: il a une influence sur l'ensemble du climat de travail, ce qui en bout de piste se manifesterà en termes de bien-être des personnes et de rendement global de l'entreprise.

Comment une politique pour contrer le harcèlement peut-elle améliorer la qualité du vivre-ensemble? Comment peut-elle participer à résoudre ces multiples relations brisées? Toute réglementation pénale comme le droit criminel vise à compenser symboliquement la personne blessée par la sanction imposée. C'est la vengeance symbolique qui permet, à certaines personnes, de renouer avec autre chose puisque justice est rendue. Lorsqu'on regarde l'importance du mouvement de la justice réparatrice qui, selon un certain courant, insiste sur la rencontre des victimes et des agresseurs afin de permettre aux premiers d'exprimer leur colère sans fin et aux autres les regrets par suite de leur prise de conscience, on ne peut que conclure que la vengeance symbolique ne permet pas la réconciliation avec les autres. Ces drames au plan individuel touchent aussi les nations. Les programmes de réconciliation nationale et de pardon ont cours pour amorcer la cicatrisation des relations brisées.

Le mouvement de la justice réparatrice n'est qu'un exemple de la montée des modes alternatifs de règlement des différends dans plusieurs domaines. Dans le domaine du travail, c'est la négociation raisonnée qui voit le jour pour répondre aux insuffisances de la négociation axée sur les positions à défendre et le rapport de force. L'enjeu cette fois se pose sur le plan des relations de travail. Lorsque tous les rapports entre les patrons et les employés sont basés sur le rapport de force et la méfiance d'exploitation pour l'un et la méfiance de non-productivité pour l'autre, nous assistons à une paralysie dans l'entreprise tant au niveau de la motivation au travail qu'à celui du climat de travail. L'effet sur la productivité et la survie de l'entreprise n'est pas négligeable, sans oublier celui sur les profits. L'effet sur la qualité de vie de tous au travail n'est pas à négliger non plus. La négociation raisonnée en matière de relation de travail déplace la question de la négociation des seuls intérêts à maximiser, pour tenir compte de l'ensemble. La qualité des relations de travail occupe la première place dans l'approche qui oblige ainsi les parties à dépasser leur point de vue particulier pour tenir compte de l'ensemble. La négociation d'une convention collective est un moment de redéfinition des relations et non pas un affrontement entre deux pouvoirs.

Il est difficile de ne pas voir, dans la négociation raisonnée, les éléments de base de toute éthique: limiter le pouvoir sur autrui par le souci de l'autre. En relation de travail, comme en relation professionnelle, il y a toujours un rapport de pouvoir. Comment limiter les abus de pouvoir sur autrui? L'éthique répond par le souci de l'autre. Pas étonnant que les modes alternatifs de règlement des différends rejoignent, par l'importance accordée à la qualité des relations actuelles ou futures, toute la quête de sens portée par l'éthique appliquée dans le domaine des professions, des affaires, de l'environnement, etc.

En quoi le recours à l'éthique appliquée peut-il répondre à l'insuffisance du droit pour assurer le vivre-ensemble? Tout dispositif de nature pénale reprend la logique du contrôle des comportements en surveillant et en punissant. Dans la vie de l'organisation, toute enquête de nature pénale vient ajouter à la tension déjà existante dans le milieu. Le premier problème rencontré est celui de la preuve, des témoignages. Pour faire un tel procès, il faut se ranger dans un camp ou l'autre. Plusieurs des procédures du genre n'aboutissent pas en un dossier solide. Quel est donc le message dans l'organisation? Comment la présumée victime pourra-t-elle retravailler avec celui qu'elle a accusé? Et, dans le cas contraire, si elle gagne, quelle sera la qualité des relations dans le travail? L'approche pénale compense une perte qu'est la violation d'un droit par de l'argent (dommages-

intérêts), par une vengeance symbolique (l'autre a été puni pour avoir fait cela) ou par un retour au plein exercice de son droit. À l'opposé, les dispositifs éthiques cherchent à résoudre les problèmes de relation à l'autre en favorisant une approche de résolution de problème. Ils instaurent un espace de discussion et de résolution collective des problèmes qui invitent à la prise en charge de soi dans ses relations aux autres au travail. Ils cherchent à modifier le milieu et à transformer graduellement les rapports pour assurer un meilleur vivre-ensemble. Par ses dispositifs, l'éthique appliquée est préventive dans la mesure où elle permet cet espace de discussion qui permet à toutes et à tous de réfléchir aux difficultés du vivre-ensemble et de trouver des solutions avant ou en cours de route. Lorsque les décisions prises par certaines personnes n'actualisent pas les valeurs partagées dans l'organisation, les personnes seront écoutées afin de bien comprendre les raisons de leur action. Cette démarche réflexive est nécessaire à la prise en charge de soi. Il ne faut pas croire que les dispositifs éthiques remplacent tout le droit, mais ils exigent que le droit limite son intervention aux cas qui ne peuvent se résoudre que par la sanction. L'éthique appliquée suppose aussi que l'autorégulation non seulement est possible, mais souhaitable.

Conclusion

Pour éclairer la question de l'émergence de l'éthique appliquée, ce que d'autres comme Toulmin²² nomment la «redécouverte de la philosophie pratique», nous avons pris, comme cadre d'interprétation, l'approche des insuffisances des modes de régulation. L'éthique, comme le droit, la morale, la religion et certaines idéologies, propose, à travers son discours, l'encadrement social de l'agir humain. Cet encadrement est nécessaire car le vivre-ensemble est de fait problématique. La tension entre le «je» et les «nous» que sont les formes collectives est constante. Comment concilier individualité et appartenance? Est-ce que toute appartenance n'est pas une perte de son individualité? Cette tension dans le vivre-ensemble est accentuée par deux autres facteurs: la rareté des ressources et la dépendance qui peuvent être considérées comme deux sources des relations de pouvoir en société. Chaque forme de régulation de l'agir a des forces et des limites.

Comme le souligne le sociologue Guy Rocher, «Le deuxième trait de la modernité concerne une autre hégémonie, celle du droit. [...] Le

22. Joseph TOULMIN, «The Recovery of Practical Philosophy», dans *American Scholar*, vol. 57 (3), 1988.

droit positif, celui édicté par l'État et les organismes de l'État, les tribunaux notamment, occupe toute la place. La morale elle-même recule devant le juridique»²³. L'hégémonie du droit face à la morale et aux religions a pour effet de le faire devenir le seul discours normatif visant à assurer la qualité du vivre-ensemble. L'émergence de l'éthique appliquée apparaît comme une volonté de répondre aux insuffisances engendrées par cette hégémonie du droit dans la régulation sociale. Nous avons isolé quatre principales insuffisances du droit. D'abord, l'insuffisance au plan symbolique engendrée par la séparation de la morale et du droit positif, qui produit ainsi une rupture entre la légitimité du pouvoir politique et l'application des dispositifs formels. Ensuite, l'insuffisance du droit administratif à la suite de sa juridicisation, qui impose la logique des droits à la gouvernance de la chose publique. Troisièmement, l'insuffisance du modèle pénal hérité du droit criminel comme mode privilégié de contrôle des comportements sociaux dans la gestion de la chose publique. Et finalement, l'insuffisance de la dynamique conflictuelle du droit pour assurer la qualité des relations ou la réparation de relations brisées.

Pour répondre à ces insuffisances, l'éthique appliquée propose de recadrer les rapports humains, ni exclusivement en rapport de force, ni exclusivement en défense de droits ou encore en matière de protection des plus vulnérables, mais surtout en problème de vivre-ensemble. C'est en invitant les personnes concernées à prendre en charge leur difficulté de vivre-ensemble au niveau professionnel, au niveau organisationnel et au niveau social, puis à trouver des solutions partagées que l'éthique cherche à répondre aux insuffisances du droit. Cependant, pour que l'éthique puisse exister, il faut que le droit n'occupe pas toute la place dans la régulation des groupes. Tant que le diagnostic de l'insuffisance du droit, notamment du droit pénal, ne sera pas partagé, il y a peu de chances que la «thérapeutique» éthique puisse être acceptée.

23. Guy ROCHER, «La bioéthique comme processus de régulation sociale» sous la direction de Marie-Hélène PARIZEAU, *Bioéthique, Méthodes et fondements*, ACFAS, Les cahiers scientifiques, n° 66, 1989, p. 52.