

LA MÉDIATION ET L'ÉTHIQUE APPLIQUÉE EN RÉPONSE AUX LIMITES DU DROIT

Georges A. Legault

Volume 33, numéro 1-2, 2002–2003

URI : <https://id.erudit.org/iderudit/1107613ar>

DOI : <https://doi.org/10.17118/11143/12301>

[Aller au sommaire du numéro](#)

Éditeur(s)

Revue de Droit de l'Université de Sherbrooke

ISSN

0317-9656 (imprimé)

2561-7087 (numérique)

[Découvrir la revue](#)

Citer cet article

Legault, G. A. (2002). LA MÉDIATION ET L'ÉTHIQUE APPLIQUÉE EN RÉPONSE AUX LIMITES DU DROIT. *Revue de droit de l'Université de Sherbrooke*, 33(1-2), 153–193. <https://doi.org/10.17118/11143/12301>

LA MÉDIATION ET L'ÉTHIQUE APPLIQUÉE EN RÉPONSE AUX LIMITES DU DROIT*

par Georges A. LEGAULT**

SOMMAIRE

1.	De l'obligation morale à l'éthique appliquée	159
1.1	La structure de l'obligation morale selon le discours fondateur de Platon	159
1.2	L'éthique appliquée et son alternative à l'obligation morale	165
1.2.1	<i>Situation ethics</i> de J. Fletcher	166
1.2.2	La délibération éthique de Legault	169
2.	Le droit autonome	172
2.1	La philosophie morale politique	173
2.2	La science du droit et la psychologie	178
3.	La médiation : un choix normatif en situation	182
3.1	Les composantes structurelles de la médiation	183
i)	La parole aux personnes et non à leurs représentants	184
ii)	La qualification du litige	184
iii)	Le processus de co-élaboration d'une décision collective	186
iv)	L'entente	188
3.2	Médiation et éthique appliquée	189
	Conclusion	191

*, Cette communication fait partie du troisième volet de la recherche CRSH/Commission du droit du Canada portant sur les rapports entre les PRD et l'émergence de l'éthique appliquée. Cette étude a été présentée dans le cadre de l'ACFAS 2001 : Colloque 603, *Les transformations du droit et la théorie normative du droit*, Responsables : Georges A. Legault, Louise Lalonde et André Lacroix.

**, Professeur à la Faculté des lettres et sciences humaines de l'Université de Sherbrooke.

L'émergence de la médiation depuis une vingtaine d'années a suivi une trajectoire qui se reflète dans l'évolution de ses différentes dénominations. La plus connue de toutes est évidemment en anglais : ADR (Alternative Dispute Resolution). En français, on retrouve MARC (modes alternatifs de règlement des conflits) ainsi que REJD (règlement extrajudiciaire des différends). Toutes ces dénominations insistent sur le caractère alternatif de ces modes de règlement. À quoi constituent-ils une alternative? Comme l'expression REJD l'indique, il s'agit bien du judiciaire. La médiation apparaît dès lors comme une réponse aux limites du judiciaire dans l'application du droit pour solutionner les litiges entre les personnes.

Ce caractère alternatif au judiciaire, et même au droit, que l'on peut attribuer à la médiation, est moins identifiable lorsqu'on intègre dans les MARC la négociation et l'arbitrage. En effet, la négociation a, de tout temps, fait partie de la pratique des avocats pour régler des litiges avant procès. L'arbitrage, en tant que décision par un tiers dans un litige, ressemble plus au procès qu'à la médiation. L'intégration dans les MARC de la médiation aux côtés de la négociation et de l'arbitrage a eu pour effet que la médiation est dorénavant considérée comme une négociation assistée. Dans cette perspective, le caractère alternatif s'estompe. Une brochure du ministère de la Justice du Canada affirme :

L'expression «règlement extrajudiciaire des conflits» (REJC), que vous avez peut-être déjà entendue, désigne d'autres façons de régler un conflit sans avoir recours aux tribunaux. Nous emploierons ici le terme «RD» [(règlement de différends)] plutôt que «REJC» pour vous rappeler qu'il existe plus d'une solution pour régler un conflit.

D'autre part, lors d'entrevues réalisées auprès de médiateurs¹, certains d'entre eux, provenant de l'Ontario, proposent de redéfinir ADR par «*Appropriate Dispute Resolution*».

Plusieurs raisons peuvent expliquer ce changement graduel de perspectives. L'hypothèse la plus probante pose que l'émergence de la médiation dans les domaines pénal et familial a d'abord donné le ton au

1. Rapport de recherche déposé à la Commission du droit sur le point de vue des médiateurs.

caractère alternatif. C'est l'arrivée de la médiation civile et commerciale qui a eu pour effet d'atténuer ces différences.

Le fait de considérer que tous les modes, de la négociation au judiciaire, fassent partie des RD, comme le propose le ministère de la Justice, n'est pas sans conséquences sur la représentation du droit comme mode de régulation. Les dénominations des nouveaux modes se réfèrent tantôt aux conflits, tantôt aux différends, mais jamais aux litiges. Si on prend au sérieux les définitions de ces termes telles que proposées par le *Petit Larousse illustré*, nous nous rendons compte que le litige est essentiellement juridique : «Contestation donnant lieu à un procès ou à un arbitrage.» Le différend y est défini comme un terme moins fort que le conflit et plus spécifique que ce dernier : «Désaccord, conflit d'opinion, d'intérêts.» Le conflit, pour sa part, est présenté ainsi : «Antagonisme, conflit de sentiments, d'opinions entre des personnes ou des groupes.» Selon ces définitions, les RD ou les MARC placent l'enjeu sur le plan des oppositions entre les personnes (différend, conflit) plutôt que sur celui du rapport des personnes au droit (litige).

Malgré l'évolution des RD, la médiation conserve un caractère alternatif; si cette vision exacte du caractère alternatif n'est pas unanimement partagée par tous les praticiens, il n'en demeure pas moins que la majorité d'entre eux reconnaissent que la médiation exige de passer par le conflit de sentiments. Ce type d'intervention dénote bien l'importance de la relation interpersonnelle du conflit plutôt que d'une relation au droit. La médiation devient une dimension alternative au droit, ce qui justifie de la situer en regard d'un autre phénomène émergeant durant la même période : l'éthique appliquée.

Depuis la Deuxième Guerre mondiale, les questions éthiques soulevées lors des atrocités des camps de concentration ont généré diverses réponses dont, entre autres, la montée des droits fondamentaux inviolables, les comités d'éthique de la recherche et les comités d'éthique clinique. Durant la même période s'accroissent tous les mouvements de libération des groupes dominés : libération des Noirs, libération des femmes, mais aussi, la libération sexuelle face aux morales sexuelles oppressives. C'est dans ce contexte particulier que les morales traditionnelles catholique et protestante seront soumises à rude épreuve en sol américain. L'éthique appliquée devient alors une réponse aux limites des morales traditionnelles. L'enjeu n'est pas celui de l'énonciation de

la norme morale mais de son application. Comme son nom l'indique, le problème de l'éthique appliquée est justement dans l'application. Comment une norme morale peut-elle être effectivement appliquée dans une situation donnée? L'éthique appliquée peut dès lors être considérée comme un mode alternatif à la casuistique morale traditionnelle.

Est-ce que ces deux phénomènes en émergence possèdent des racines communes plongeant dans les transformations culturelles ou bien s'agit-il davantage d'une coïncidence? N'y a-t-il que des liens superficiels entre les dispositifs de l'éthique appliquée, notamment les comités d'éthique comme lieu de discussion et de résolution des problèmes éthiques, et la médiation dans le domaine juridique? L'éthique appliquée qui propose le dialogue est-elle si différente de la médiation des conflits?

S'il existe une telle convergence enracinée dans la transformation de la culture, il nous faut trouver un fil d'Ariane pour nous aider à la nommer. Ce fil conducteur apparaît dans le fait que les deux phénomènes font face au problème de l'application des normes (morale ou légale) dans des situations concrètes. Le caractère alternatif de ces phénomènes s'enracinerait dans le questionnement de la norme, c'est-à-dire de l'obligation morale ou légale comme référence privilégiée des raisons d'agir. Suivre ce fil nous conduit à traverser ce que plusieurs considèrent comme un labyrinthe : la philosophie, et plus précisément la philosophie du droit. La *Théorie générale du droit*, que Hans Kelsen a élaborée dans les années 1940, se démarque de la philosophie traditionnelle du droit en distinguant le droit de la morale; autrement dit, en séparant l'obligation juridique de son fondement dans l'obligation morale. Le droit «posé», droit positif, devient dès lors un territoire différent du droit «non posé», moral et naturel. En séparant le droit positif des obligations morales, Kelsen ouvrait le questionnement sur l'obligation juridique. Les critiques adressées à Kelsen par Ross démontrent bien que le statut de l'obligation juridique fait problème. Dans sa vision réaliste, Ross propose que le droit est droit parce qu'il est en force dans une société donnée. L'efficience du système global du droit remplace alors le concept d'obligation. Est-ce qu'une des conséquences de détacher le droit de la morale n'apparaît pas alors dans l'impossibilité de poser la question «pourquoi obéir au droit?».

Afin d'évaluer dans quelle mesure l'émergence de la médiation en droit, comme l'arrivée des dispositifs en éthique appliquée s'enracinent conjointement dans leur rapport difficile à la norme, nous analyserons dans un premier temps la notion d'obligation morale, notion centrale de la philosophie morale et de la philosophie du droit avant la rupture «kelsennienne». C'est pourquoi nous procéderons par un retour au *Criton* de Platon afin de situer l'archétype du Devoir dans la pensée occidentale. Nous pourrions par la suite évaluer la distance que prennent deux versions de l'éthique appliquée, celle du fondateur de l'approche dans la pensée américaine, Joseph Fletcher, puis celle que j'ai développée au cours des années dans le contexte québécois. Cette analyse de l'éthique appliquée devrait nous livrer des points de comparaison pour mieux saisir la convergence avec la médiation.

Dans un deuxième temps, nous analyserons la philosophie du droit, et plus spécifiquement, la rupture entre la philosophie morale et la philosophie du droit que propose Hans Kelsen dans sa *Théorie pure du droit*,². Cette première rupture engendrera deux réactions. L'une sera un retour au rapport entre droit et morale, c'est la perspective «habermassienne» et l'autre, celle du réalisme, où la théorie du droit prendra des airs de science du droit devenant une description du droit en force dans une société. C'est avec le réalisme que la théorie du droit transforme le concept d'obligation en concept de validité. Et, dans une étape ultérieure, la validité du droit sera finalement soumise au critère de son efficacité à résoudre les problèmes sociaux.

La médiation apparaît dans le contexte engendré par cette rupture. Pour certains, c'est en réponse à l'inefficacité des tribunaux, alors que pour d'autres, c'est en réponse à l'insuffisance du droit à répondre aux enjeux sociaux. En isolant, dans un troisième temps, les caractéristiques qui font de la médiation une approche alternative au judiciaire, nous pourrions enfin saisir en quoi la médiation et l'éthique appliquée convergent, au-delà de convergences superficielles.

2. H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, trad. par H. Thevenaz, Paris, éditions de la Baconnière-Neuchâtel, 1953.

1. De l'obligation morale à l'éthique appliquée

1.1 La structure de l'obligation morale selon le discours fondateur de Platon

Dans son *Criton*, Platon expose sa conception de «ce qu'il faut faire»³ ou du devoir. Ce dialogue met en scène un Socrate âgé de soixante-dix ans, en prison, condamné à se donner la mort le lendemain du jour où le bateau sacré arriverait de Délos. Criton sait que le bateau arrive et vient voir Socrate pour lui proposer de s'échapper de sa prison. Le dialogue entre Socrate et Criton porte alors sur «ce qu'il faut faire» dans le contexte. Certains passages clés nous permettent d'isoler les principaux éléments de la délibération dialogique que Socrate entame avec Criton. Pour ce dernier, la chose est jugée, il faut profiter de l'occasion de fuir : «Les gens ne croiront jamais en effet que c'est toi qui as refusé de t'échapper d'ici, alors que nous le désirions ardemment»⁴. Au départ, Criton sonde les motifs de Socrate en l'interrogeant sur ses craintes liées aux contre-coups que sa fuite pourrait entraîner sur les amis qui l'ont aidé. «N'est-ce pas le souci de ce qui pourrait nous arriver à moi et à tes autres amis qui t'empêchent de partir?» Plus loin, il parle des effets que la mort de leur père pourrait provoquer sur les propres fils de Socrate et notamment sur leur éducation. Devant la perspective de la mort, Criton précise également que la vie de Socrate à l'étranger serait agréable.

En effet, partout où tu pourras te rendre à l'étranger, on te fera bon accueil. En Thessalie, notamment, si tu veux t'y rendre, j'ai des hôtes qui auront pour toi beaucoup d'égards et qui assureront ta sécurité, en veillant à ce que personne là-bas ne te fasse de tort.⁵

C'est seulement lorsque Criton aborde la question de la «justice» qu'il met en scène la question initiale qui guidera la démarche de Socrate :

3. «Il (le *Criton*) comportait comme premier sous-titre : Sur le devoir (peri praktéou, littéralement «Sur ce qu'il faut faire») probablement parce que son titre était suffisamment explicite, et il était tout naturellement classé sous l'étiquette *éthique*», Notes à la traduction du *Criton*, note 1, Platon, *Apologie de Socrate* Criton, G.F, Flammarion, 2^e édition, 1997 à la p. 229.

4. *Ibid.* à la p. 206.

5. *Ibid.* à la p. 208.

J'estime que ce que tu entreprends de faire n'est même pas conforme à la justice, quand tu te trahis toi-même, alors que tu peux assurer ton salut, et quand tu mets tous tes soins à mettre en œuvre contre toi ce que souhaiteraient tant réaliser et ce qu'ont tant souhaité réaliser ceux qui sont décidés à te perdre.⁶

Criton demande ici : est-ce que ton action est conforme à la justice? Cette formulation sera reprise par Socrate ainsi :

Mon cher Criton, si tes instances s'accordaient avec le devoir, elles mériteraient une grande considération. Si ce n'est pas le cas, elles sont d'autant plus fâcheuses qu'elles sont plus pressantes. Il nous faut donc examiner la question de savoir si nous devons nous conduire ainsi, oui ou non.⁷

Comment savoir quelle règle nous devons suivre en matière de justice? À cette question, Socrate commence par préciser à Criton que les règles qu'il avait adoptées auparavant ne peuvent pas changer parce que son sort s'est modifié. Autrement dit, ce n'est pas parce qu'une situation est devenue défavorable que la règle n'est plus valide.

Non, ces règles n'ont à mes yeux pratiquement pas changé. Et ces règles qu'aujourd'hui je vénère et je respecte, ce sont exactement celles dont l'autorité s'imposait à moi auparavant.

Socrate fait ainsi appel à l'autorité de la règle, autorité qui s'impose à la personne. Pour établir l'autorité de la règle, Socrate procède avec Criton à identifier qui a une parole digne de confiance en matière de justice. Prenant l'exemple de la santé, il fera admettre à Criton que ce sont les médecins et les entraîneurs qui peuvent donner des conseils en cette matière.

Par conséquent, mon cher, il est évident que nous devons prendre en considération non pas ce que diront les gens, mais ce que dira celui qui s'y connaît en fait de justice et d'injustice, lui qui est unique et qui est la vérité elle-même.

6. *Ibid.* à la p. 208.

7. *Ibid.* à la p. 209.

Pour Socrate, le devoir (ce qu'il faut faire) est composé de trois éléments : l'autorité qui la fonde, l'autorité de la personne qui conseille de la suivre et le contenu énoncé. Pour ce qui est du contenu de la règle, Socrate établira au départ le principe suivant : «[...] l'important n'est pas de vivre mais de vivre dans le bien [...] et soutenir que vivre dans le bien, comme il faut et dans la justice, c'est la même chose». Puisque les principes sont établis, le raisonnement proposé par Socrate sera celui de la casuistique :

C'est donc à partir de ces principes sur lesquels nous sommes tombés d'accord qu'il faut examiner la question de savoir s'il est juste ou non que je tente de partir d'ici sans l'autorisation des Athéniens.

Le raisonnement de Socrate part donc du principe qu'il ne faut pas commettre l'injustice et il précise cette règle par «doit-on faire du tort à quelqu'un?». On ne peut donc pas répondre à l'injustice par l'injustice. Il précise davantage la portée de la règle en demandant à Criton : «Lorsqu'on est convenu avec quelqu'un d'une chose, à condition qu'elle soit juste, faut-il la faire ou peut-on le décevoir?» C'est grâce à ces précisions sur la portée du vivre bien par la justice que Socrate peut formuler le problème : «Si nous partons d'ici sans avoir obtenu l'assentiment de la cité, faisons-nous du tort à des gens, et précisément à des gens à qui il faudrait le moins en faire, oui ou non?»⁸

Socrate examine d'abord l'aspect des torts en laissant la parole aux Lois et à l'État qui viendraient l'interpeller lors de sa fuite :

Dis-moi, Socrate, qu'as-tu l'intention de faire? Ce que tu entreprends de faire, est-ce autre chose que de tramer notre perte à nous, les Lois et l'État, autant qu'il en est en ton pouvoir? Crois-tu vraiment qu'un État arrive à subsister et à ne pas chavirer, lorsque les jugements rendus y restent sans force, et que les particuliers se permettent d'en saper l'autorité et d'en tramer la perte?⁹

8. *Ibid.* à la p. 219.

9. *Ibid.* à la p. 219.

On comprend tout de suite le contre-argument : «La cité a commis contre nous une injustice et le jugement qu'elle a posé va contre le bon droit.»¹⁰ À cela les Lois répondent : «Socrate, est-ce là ce qui était convenu entre nous et toi? n'est-ce pas plutôt que tu tiendrais pour valables les jugements de la cité, quel qu'ils fussent?»¹¹ Le point décisif du raisonnement casuistique porte ici sur cet engagement entre Socrate et la cité. Le passage suivant montre toute la force de l'appel à la Patrie comme mère et père de ceux qui y vivent.

Posséderais-tu un savoir qui te ferait oublier que, en regard d'une mère et d'un père et de la totalité des ancêtres, la patrie est chose plus honorable, plus vénérable, plus digne d'une sainte crainte et placée à un rang plus élevé, tant aux yeux des dieux qu'à ceux des hommes sensés; qu'il faut donc vénérer sa patrie, lui obéir et lui donner des marques de soumission plus qu'à un père, en l'amenant à changer d'idée ou en faisant ce qu'elle ordonne et en supportant sans se révolter le traitement qu'elle prescrit de subir, que ce soit d'être frappé, d'être enchaîné, d'aller au combat pour y être blessé ou pour y trouver la mort; oui, cela il faut le faire, car c'est en cela que réside la justice; et on ne doit ni se dérober, ni reculer, ni abandonner son poste, mais il faut au combat, au tribunal, partout, ou bien faire ce qu'ordonne la cité, c'est-à-dire la patrie, ou bien l'amener à changer d'idée en lui montrant en quoi consiste la justice.¹²

Mais comment Socrate a-t-il contracté cet engagement? Par le simple fait d'y vivre, d'y demeurer tant d'années et d'en faire sa cité plutôt que d'aller ailleurs.

Ta prédilection à notre égard était si grande, ton accord pour vivre dans la cité en conformité avec nous était si fort, que, entre autres choses, c'est dans cette cité que tu as fait tes enfants, prouvant par là à quel point cette cité te plaisait.

Que nous révèle la position de Socrate sur la nature de l'obligation morale et sur le contenu du devoir en cause dans la décision de fuir ou de ne pas

10. *Ibid.* à la p. 220.

11. *Ibid.* à la p. 220.

12. *Ibid.* aux pp. 221-222.

fuir la prison? En reprenant l'analogie que Socrate propose à Criton avec le médecin et l'entraîneur, on pourrait dire ici que le philosophe est à la morale ce que le médecin et l'entraîneur sont au corps sain. Le conseil de ces personnes est fondé sur les lois, lois du vivre bien : vie corporelle pour les uns, vie de la cité pour l'autre. L'autorité des règles puise sa force dans la réalité métaphysique, incontournable, de ce qu'est un être humain. C'est seulement à partir de ce point de vue métaphysique que l'on comprend pourquoi les principes s'imposaient à Socrate. L'autorité des lois ne tient ni à leur énonciation, ni aux énonciateurs, mais au fait quelles sont les lois de la patrie. Pour la seule raison que Socrate accepte cette cité comme sa cité, il s'engage effectivement à vivre sous l'autorité des Lois. Les Lois et l'État ne tirent leur légitimité que d'elles-mêmes.

On peut regrouper ainsi les éléments constitutifs de l'obligation morale :

L'obligation morale repose sur une conception «naturelle» du vivre bien incluant la justice

Le philosophe est la personne qui peut conseiller sur le vivre bien, car il a la connaissance du bien

Le raisonnement moral est casusistique et il consiste à

- i) identifier l'obligation morale générale : vivre bien et justice,
- ii) préciser la portée de la norme générale qui est relative au présent cas : ne pas faire de torts à autrui et respecter ses engagements,
- iii) montrer en quoi l'action envisagée respecte ou non les normes plus précises relevant de la situation : fuir est contraire aux engagements de Socrate et cause des torts à la cité.

Dans une position comme celle de Socrate, nous ne trouvons pas les distinctions qui apparaîtront essentielles après le démembrement de l'obligation morale à la suite de l'effondrement de la métaphysique. La distinction entre loi posée et loi imposée deviendra nécessaire dès que le droit sera coupé de son fondement moral. La philosophie «kelsennienne» se consacre à théoriser la rupture entre le droit et la morale. En séparant ainsi le droit de la morale, le fondement moral du droit assuré par la métaphysique ne tient plus. L'obligation d'obéir au droit devient ainsi problématique : soit qu'elle se fonde, comme chez

Kelsen, sur la hiérarchie des normes jusqu'à la norme présupposée, celle de la Constitution, soit qu'elle se confonde au simple fait du droit en force dans une société donnée.

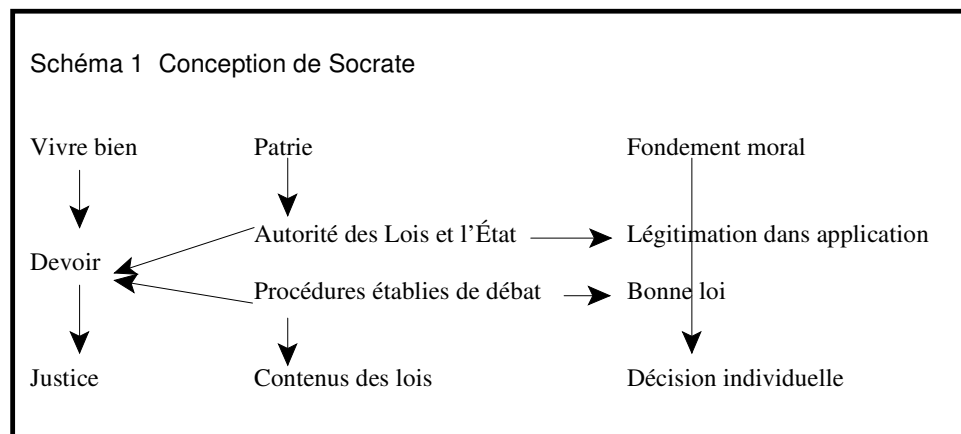
De plus, la distinction entre loi non posée et loi posée (loi positive) conduit à mettre l'accent sur l'énonciation des lois et le processus d'énonciation comme caractéristiques de reconnaissance du juridique dans l'ensemble du système de droit. La distinction entre énonciation et application prendra alors tout son sens dans la mesure où ces deux processus ont été déracinés de la vie des lois. Alors que dans la conception «socratique», la vie de la cité est celle des Lois et de l'État comme unité organique, la vie sociale est représentée dans le modèle positiviste comme un ensemble de phénomènes sociaux parmi lesquels se trouvent les lois, avec leur processus de création, de reconnaissance et d'application.

Enfin, la question de savoir si la loi est juste ou non deviendra une autre question, séparée de celle de son autorité. Le questionnement : «Est-ce une loi juste? Est-ce une bonne loi?» deviendra «Est-ce une loi efficiente? Est-ce que la loi atteint ses buts?» Mais plus profondément encore, le dialogue de Platon nous confronte au fait que même l'injustice d'une loi ne peut être alléguée pour en diminuer l'autorité. La loi tient son autorité du fait qu'elle a été posée dans le cadre d'institutions que Socrate n'a pu influencer. La procédure a été respectée, elle permet de donner un contenu à la loi qui fait autorité. La décision, toute subjective de Socrate de ne pas suivre la sentence ne peut se justifier autrement que par un acte de trahison :

Et toi-même, à supposer que tu te rendes dans l'une des villes les plus proches, Thèbes ou Mégare, deux villes qui ont de bonnes lois, tu y arriveras, Socrate, en ennemi de leur Constitution, et tous ceux qui là-bas ont souci de leur cité te regarderont avec soupçon en te considérant comme un corrupteur des lois.¹³

13. *Ibid.* à la p. 225.

1.2 L'éthique appliquée et son alternative à l'obligation morale



L'éthique appliquée transforme l'approche morale en proposant dans un premier temps de remplacer la logique de l'obligation morale par celle des valeurs. J. Fletcher entreprend le premier ce mouvement (1.2.1 *Situation ethics* de J. Fletcher). Cependant, la pensée de J. Fletcher demeure théologique, car le premier commandement de tous, «Aimez-vous les uns les autres», constitue l'horizon des valeurs chrétiennes. La rupture complète de l'éthique appliquée avec la normativité morale est à la base de mes travaux sur la délibération éthique (1.2.2 La délibération éthique de Legault).

1.2.1 *Situation ethics* de J. Fletcher

L'émergence de l'éthique appliquée est difficile à comprendre du fait qu'elle prend sa source dans la réflexion morale des pasteurs protestants et des prêtres catholiques dans la tourmente des années 1960 et de la révolution sexuelle. Lorsque Joseph Fletcher écrit son livre *Situation Ethics*, qu'il sous-titre *The New Morality*,¹⁴ il propose en réalité une autre lecture de la moralité, axée sur la décision de l'individu. Ce que Fletcher propose, c'est de quitter l'approche du raisonnement moral axée sur l'obligation morale pour l'approche de la prise de décision :

The situationist enters into every decision-making situation fully armed with the ethical maxims of his community and its heritage, and he treats them with respect as illuminators of his problems. Just the same he is prepared in any situation to compromise them or set them aside in the situation if love seems better served by doing so.¹⁵

Le changement de paradigme proposé par l'éthique appliquée n'est pas un simple renversement de l'analyse à partir du point de vue de l'agent moral. Il s'agit d'une transformation de la décision morale dont la légitimité est fondée sur la valeur plutôt que sur le devoir. L'ensemble des critiques qui furent adressées au *Situation Ethics*, et de ce fait à l'éthique appliquée, reflète l'ampleur des transformations suggérées. En premier lieu, c'est le système éthique fondé qui est visé, ce qui ouvre le débat entre «fondationiste» et «antifondationiste» en éthique. Le refus du système éthique implique celui d'une éthique universelle fondée sur la connaissance universelle. Comme le souligne Barry Hoffmaster¹⁶, la différence radicale entre l'éthique philosophique et l'éthique pratique s'enracine dans la connaissance morale. L'attitude «fondationiste» en éthique normative présuppose que les normes générales d'action, ou celles permettant d'évaluer la conduite humaine, sont acceptables moralement pour des raisons rattachées aux connaissances certaines. C'est la

14. J. Fletcher, *Situation Ethics, The New Morality*, Philadelphia, The Westminster Press, 1966.

15. *Ibid.* à la p. 26.

16. B. Hoffmaster, «Philosophical Ethics and Practical Ethics Never the Twain Shall Meet» in B. Hoffmaster, B. Greedmand and G. Fraser, (ed) *Clinical Ethics, Theory and Practice*, Clifton New Jersey, Humana Press, 1989 aux pp. 201-230.

connaissance morale qui assure ainsi la validité des raisons et, de ce fait, la validité du système éthique guidant l'action. Le refus du système éthique comme référence obligatoire de la prise de décision ouvre la porte aux critiques d'«anomisme» et de relativisme moral. Pour répondre à ses critiques, Fletcher avance l'idée d'une forme de relativisme : «It is necessary to insist that situation ethics is willing to make full and respectful use of principles, to be treated as maxims but not as laws or precepts. We might call it 'principled relativism.'»¹⁷ Enfin, à cause de l'importance de la situation dans la prise de décision en éthique appliquée, on la qualifiera d'«éthique de situation». On reproche ainsi à l'éthique appliquée, tout comme Socrate reprochait implicitement à Criton, de changer sa morale selon les circonstances. Toutes ces critiques résultent d'une cause commune : la difficulté de penser la morale autrement que par le «devoir».

Quelles sont les composantes de ce paradigme de la moralité nouvelle que nous propose l'éthique appliquée de Fletcher? Nous avons déjà indiqué que nous passons d'une conception de la raison pratique comme faculté de juger à une conception de la décision et du processus de décision (la délibération). La prise de décision est le fait d'un agent moral qui, dans une situation particulière, est confronté à une prise de décision morale. Influencé par le contexte de la révolution sexuelle, Fletcher reprendra souvent des exemples de manquement au VII commandement : tu ne commettras pas l'adultère.

Women have done it to feed their families, to pay debts, to serve their countries in counterespionage, to honor a man whom they could not marry. Are we not entitled to say that, depending on the situation, those who break the Seventh Commandment of the old law, even whores, could be doing a good thing- if it is for love's sake, for the neighbor's sake?¹⁸

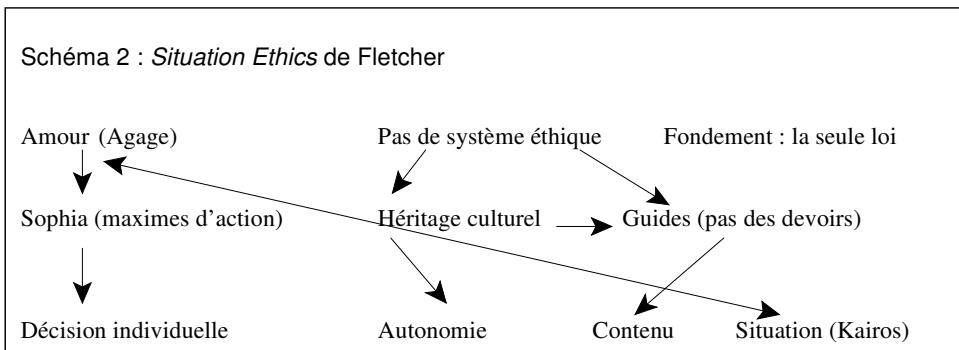
Fletcher ne développe pas très longuement le processus de délibération morale sous-jacent à sa nouvelle moralité. Il se résume en fait au passage suivant :

17. J. Fletcher, *supra* note 14 à lap. 31.

18. *Ibid.* à la p. 146.

Using terms made popular by Tillich and others, we may say that Christian situationism is a method that proceeds, so to speak, from (1) it one and only law, *agape* (love), to (2) the *sophia* (wisdom of the church and culture, containing many “general rules” of more or less reliability, to (3) the *kairos* (moment of decision, the fullness of time) in which the responsible self in the situation decides whether the *sophia* can serve love there, or not. This is situational strategy in capsule form. To legalists it will seem to treat the *sophia* without enough reverence and obedience; to antinomians it will appear befuddled and “inhibited” by the *sophia*.¹⁹

Inspiré de la tradition chrétienne, Fletcher partira d'une seule loi : l'amour. Si le commandement de Dieu : *Aimez-vous les uns les autres* est le fondement même de son approche, la délibération morale ne partant pas de l'obligation mais de sa visée : l'amour ou l'*agape*. C'est l'amour comme valeur visée dans la décision qui prend ainsi la première place. La délibération morale porte sur l'évaluation de l'action envisagée en regard de l'amour. Le schéma suivant traduit la dynamique de la délibération morale chez Fletcher.



Pour prendre une distance avec le raisonnement déontologique, Fletcher qualifie les normes et les lois de maxims d'actions. «To repeat the term used above, principles or maxims or general rules are illuminators. But they are not directors.»²⁰ Fletcher ne renonce pas aux normes, mais il les considère comme des «guides» d'action et non comme des principes obligatoires, d'où son

19. *Ibid.* à la p. 33.

20. *Ibid.* à la p. 31.

«principled relativism». En procédant ainsi, il soumet les maximes d'actions à une évaluation. Dans quelle mesure la maxime d'action permet-elle, dans cette situation, d'atteindre l'amour? Suivre la maxime d'action dans une circonstance précise ne se justifie que dans la mesure où il s'agit du meilleur moyen d'atteindre la visée : l'amour. Autrement dit, c'est la valeur agissante dans la situation qui seule peut justifier la décision finale de suivre ou non la maxime.

1.2.2 La délibération éthique de Legault

Le modèle de délibération éthique, tel que je l'ai développé dans mes travaux en éthique²¹ appliquée, s'inscrit dans le changement de paradigme amorcé par Fletcher dans lequel la valeur prend la place de l'obligation dans la prise de décision. Il est important de spécifier ici que la prise de décision se conçoit comme un processus par lequel l'agent moral exerce son autonomie, c'est-à-dire sa capacité de se donner ses propres règles d'action, et non comme l'exécution d'un raisonnement pratique défini à partir d'une anthropologie philosophique préalable de la rationalité pratique. Contrairement à Fletcher qui pouvait, grâce à la loi de l'amour, fixer cette valeur comme la référence exclusive de l'évaluation éthique, l'approche de la délibération éthique ne peut «fonder» aucune référence unique à la délibération. Si l'action en situation s'évalue à la lumière des valeurs visées, aucune d'entre elles n'a de préséance absolue. La délibération éthique ne porte pas uniquement à établir si l'action envisagée dans une situation permet d'atteindre la valeur visée, mais elle doit aussi justifier le choix de la valeur visée parmi d'autres possibles dans la situation. L'approche de Fletcher conserve un caractère universel dans la mesure où la loi de l'amour est une loi universelle. L'universalité est garantie par la nature de cette loi s'adressant à tout être humain. Mais à partir du moment où le fondement disparaît complètement, aucune valeur visée ne peut prétendre à l'absolu. Comment dès lors ne pas sombrer davantage dans le relativisme? C'est par la différence entre «contexte» et «situation» qu'il est possible de répondre à la critique du relativisme individuel et culturel.

21. Une première formulation de l'approche a été publiée dans L. Racine, G.A. Legault et L. Bégin, *Éthique et ingénierie*, McGraw Hill, Montréal, 1991, la dernière reformulation de l'approche a été publiée dans G.A. Legault, *Professionnalisme et délibération éthique*, Ste-Foy, PUQ, 2000.

Dans *Situation Ethics*, la problématique éthique est de l'ordre de la conscience individuelle. Chacun, dans une décision à prendre, doit ainsi évaluer si c'est en suivant les maximes qu'il actualise davantage l'amour. La situation fixe alors les données de base de la prise de décision. Dans la mesure où la décision tient compte de l'ensemble des éléments de la situation, des conséquences sur les personnes impliquées et des maximes en cause, elle sera la meilleure décision possible dans les circonstances. La situation désigne ainsi le champ concret de la prise de décision, regroupant l'ensemble des variables concrètes de l'espace/temps ainsi que l'enracinement institutionnel et socioculturel. Le contexte de la décision est quelque chose de plus abstrait et de plus global. Toute décision se prend dans un contexte intersubjectif du vivre-ensemble qui seul permet l'interpellation éthique. La portée de l'interpellation éthique permet de comprendre l'importance du contexte dans la délibération éthique.

Qu'est-ce qu' «interpeller»? Voici ce qu'en dit le *Petit Larousse illustré* (1993):

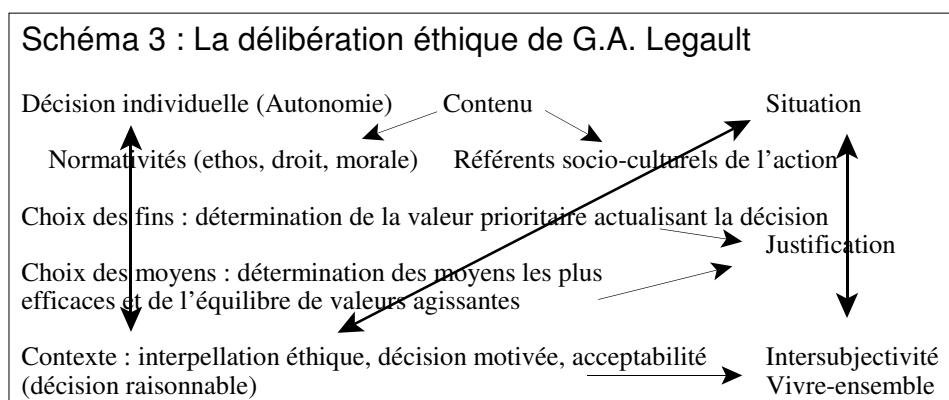
1. Adresser la parole à qqn pour lui demander qqc. *Interpeller un passant.* 2. Sommer qqn de répondre, lui demander de s'expliquer sur un fait; vérifier son identité, l'arrêter. 3. Contraindre qqn à regarder en face une situation, s'imposer à lui. *La misère du monde nous interpelle.*

Selon les sens 1 et 2, l'interpellation est un acte de parole de l'ordre de la «demande». Cette «demande» en est une d'information sur quelque chose. Selon les sens 2 et 3, la demande instaure une forme de contrainte, celle de se situer devant une situation. À la lumière de ces définitions, on pourrait formaliser ainsi l'interpellation éthique : «un acte de parole par lequel le locuteur demande à l'allocutaire de lui fournir les motifs de sa décision d'agir dans une situation particulière où sa décision a des conséquences sur le vivre-ensemble.»

L'interpellation éthique n'a de sens que dans une perspective du tournant linguistique où l'intersubjectivité de la parole est l'expérience privilégiée permettant de comprendre les différentes relations à l'autre à la lumière des actes de parole qui s'échangent. L'interpellation éthique s'enracine dans la

tradition qui reconnaît à la décision motivée une qualité supérieure à la seule décision validée uniquement par l'autorité de celui qui la prend. Cette qualité supérieure s'évalue à partir du critère de l'acceptabilité des motifs. Ainsi, la légitimité d'une décision dépend de l'acceptabilité des motifs qui incitent les personnes à agir conformément à la décision ou à agir de façon conséquente avec cette décision.

En l'absence de fondement, toute décision éthique se fait en deux temps : la première partie consiste à décider des fins, et la seconde, des moyens permettant d'atteindre la finalité visée. Les motifs de la décision devront à la fois tenir compte du choix des fins et du choix des moyens. Les deux aspects de la décision ne peuvent être séparés. Le schéma suivant représente le résultat de la transformation du modèle de Fletcher; il tient compte du fait que la décision pratique porte aussi sur les finalités.



Chacune de ces conceptions de l'agir moral admet une certaine forme de «pluralisme» dans les décisions concrètes. Le modèle du *Devoir* va être confronté au pluralisme des applications que génère tout passage d'une norme générale abstraite aux circonstances particulières de la situation. Le modèle de l'*Amour* comme valeur de référence sera confronté non seulement au pluralisme des applications des maximes servant de guide à la décision, mais aussi à la diversité des réponses possibles des personnes qui n'évaluent pas de la même manière comment la maxime rejoint, dans la situation, l'Amour visé. Le modèle de la *délibération* ouvrira sur le pluralisme des valeurs de référence et du caractère raisonnable des motifs de la décision. Alors que les deux premiers

modèles évitent le «relativisme» des décisions par l'appel à un Devoir ou une Valeur universelle, le dernier modèle évite le «relativisme» dans la mesure où l'interpellation éthique est une invitation à co-constituer la meilleure décision en fonction du vivre-ensemble.

L'émergence de l'éthique appliquée n'est rendue possible que par le recul du concept de devoir ou d'obligation comme facteur clé de la prise de décision. La motivation d'agir évoquée n'est plus celle du devoir, mais celle de la valeur visée comme fin à actualiser par l'action envisagée. Les normes perdent ainsi leur statut d'obligation issue d'une autorité; elles deviennent des guides hérités de l'agir en fonction de valeurs auxquelles elles réfèrent comme instance d'actualisation.

À la lumière de cette transformation de la notion de devoir en fonction des valeurs dans la décision morale, on peut se demander s'il n'existe pas un parallèle à établir avec l'émergence de la médiation dans l'univers du droit. Dans la mesure où la médiation apparaît comme un mode «alternatif» du droit dans le règlement des différends, on peut s'interroger sur le déplacement de la «norme» comme référence dans les différends.

2. Le droit autonome

Dans la conception «platonicienne», les lois sont obligatoires du fait de leur fondement moral. Si Socrate s'enfuit, il devient, en plus d'être corrupteur de la jeunesse, le corrupteur des Lois. Dans la philosophie classique, la réponse à la question «pourquoi obéir au droit?» est essentiellement morale. Si Kelsen est le premier à vouloir affranchir la théorie du droit de la philosophie morale du droit, il sera toutefois critiqué par Alf Ross de maintenir le point de vue interne dans lequel s'exprime la question de l'obligation d'obéir au droit.

It follows again that if the duty to obey the prescriptions of the legal order is to mean something different from the obligations prescribed directly by this order, the difference cannot consist in the **required behavior** – **that** to which you are obliged – but must be **about** exclusively in the way in which you are obliged to behave (...) The duty to obey the law is a moral duty **toward** the legal system, not a legal duty **according** to this system. The duty toward the system

cannot derive from this system itself but must follow from rules or principles outside the system.²²

La séparation du droit de la morale a pour effet de démembrer les différentes dimensions de l'obligation légale. L'obligation morale fondant l'obéissance au système de droit se distingue de l'obligation contenue dans la prescription même de la règle et cette dernière est différente de la motivation des personnes à obéir au droit. À ce démembrement correspondent trois disciplines : la philosophie morale politique, la science du droit et la psychologie.

2.1 La philosophie morale politique

La philosophie morale politique hérite de la question des rapports entre droit et morale dans nos sociétés modernes. Habermas la précise en ces termes :

Demeure inscrite dans le droit positif, à travers les éléments qui constituent la légitimité de la validité juridique, une référence à la morale. Mais cette référence morale ne doit pas nous conduire à placer la morale au-dessus du droit comme s'il existait une hiérarchie normative. L'idée d'une hiérarchie des lois appartient au monde du droit «pré-moderne». La morale autonome et le droit positif qui demande à être fondé en raison entretiennent bien plutôt une *relation de complémentarité*.²³

Contrairement à Alf Ross, Habermas accepte la question de la légitimité de la validité juridique, question morale qui reçoit une réponse par l'entreprise de «fonder en raison». Le principe D proposé par Habermas est «encore neutre» dans la mesure où il s'applique et aux normes morales et aux normes légales :

D : Sont valides strictement les normes d'action sur lesquelles toutes les personnes susceptibles d'être concernées d'une façon ou d'une

22. A. Ross, *Validity and Conflict between Legal Positivism and Natural Law*, cité dans G. A. Legault, *La structure performative du langage juridique*, PUM, Montréal, 1977 aux pp. 93-94.

23. J. Habermas, *Droit et démocratie. Entre faits et normes*, NRF Essais, Gallimard, Paris, 1997 à la p. 122.

autre pourraient se mettre d'accord en tant que participants à des discussions rationnelles.²⁴

La philosophie morale politique s'intéresse exclusivement aux normes d'action et à leur validité. Toute cette réflexion philosophique demeure dans le champ de la pensée morale du Devoir. La séparation du droit de la morale a eu pour effet d'établir deux lieux complémentaires de normativité dont l'intersection apparaît comme le lieu où la légitimité de la validité des normes juridiques est posée. La question de la légitimité des normes juridiques demeure ainsi centrale à la philosophie morale.

Dans les débats de la philosophie morale politique, la querelle des libéraux et des «communautariens», nous nous retrouvons avec la concaténation de plusieurs controverses. La plus évidente est certes le débat entre deux conceptions de philosophie morale légitimant le droit : le juste et le bien. Mais, comme Charles Taylor l'exprime, il existe aussi un débat ontologique, tout aussi important que le débat sur le bien et le juste et qui n'est pas étranger à ce dernier. Les questions ontologiques renvoient au domaine de l'explication de la réalité sociale où s'opposent les «atomistes et les holistes», tandis que la prise de position entre le bien et le juste renvoie à un point de vue moral.²⁵

Taylor réfère à Sandel comme exemple de la critique des libéraux du point de vue ontologique. Cette remarque se confirme à la lecture du texte de Sandel : *La république procédurale et le moi désengagé*.²⁶ Comme le titre l'indique, Sandel va concentrer sa critique à partir des conceptions de l'agent moral qui sous-tend chacune des théories politiques.²⁷ Will Kymlicka répondra par «Le sujet désengagé»²⁸. Dès que la problématique porte sur l'agent moral, sur la conception des sujets humains et de leur inscription dans la société, nous retrouvons ce que Alf Ross considérerait de l'ordre des attitudes face au droit, et donc de l'ordre de la psychologie.

24. *Ibid.* à la p. 123.

25. C. Taylor «Quiproquos et malentendus : le débat libéraux et communautariens» dans Berten A. De Silveria P et Pourtois H., *Libéraux et communautariens*, PUF. 1997 aux pp. 87-88.

26. M. Sandel «La république procédurale et le moi désengagé» *Ibid.* à la p. 255.

27. *Ibid.* aux pp. 257-258.

28. *Ibid.* à la p. 275.

Le débat moral ne peut faire l'économie des représentations de l'être humain. Ou bien ces représentations prennent la forme métaphysique, universelle et transcendantale, ou bien elles prennent la forme empirique de la psychologie. Le statut de l'agent moral est corrélatif à la question de la légitimité de la validité du droit. Comme l'exemple de Socrate nous l'a montré, c'est devant la possibilité réelle de fuir ou non la prison que se pose avec acuité la question du Devoir pour l'agent moral. Toute théorie morale renvoie ainsi à une psychologie morale qui en assure la condition de possibilité et d'efficience. En effet, le discours de la légitimité n'a de sens que pour un agent moral qui reconnaît cette légitimité comme motivation de son action.

Le débat de prise de position entre le juste et le bien est aussi source de plusieurs malentendus. Le fait de situer le projet du droit dans sa recherche du bien peut être considéré comme le maintien d'une conception «pré-moderne» des liens entre droit et morale, mais il pourrait aussi être vu comme une critique du mode déontologique par celui des valeurs.

Dans la mesure où la théorie de John Rawls est une théorie de la justice s'opposant à la théorie morale perfectionniste, ou à l'utilitarisme, nous sommes encore dans le débat sur l'obligation morale qui devrait permettre la réflexion critique sur le droit. Les liens entre l'obligation juridique et l'obligation morale pourront s'articuler sur l'une ou l'autre des perspectives. Si le perfectionnisme prône qu'une conception particulière de la vie bonne fonde les obligations juridiques, nous retrouvons la philosophie du droit «pré-moderne». Par contre, la critique que fait Mill de la conception perfectionniste, à partir de son point de vue utilitariste, semble conduire à admettre que l'on peut sacrifier un individu pour maximiser le bien global de la société. Cette conséquence paraît inadmissible, si on l'examine sous la perspective de l'égalité et de la valeur de toute personne, comme la pose la théorie de la justice. Tant que le problème de la philosophie politique est énoncé en ces termes, le débat porte sur les raisons de reconnaître une théorie morale plutôt qu'une autre comme système de référence pour assurer la légitimité du droit.

Le débat entre le juste et le bien peut aussi s'interpréter comme un débat entre normes et valeurs. Dans sa critique des «communautariens», Habermas précise la thèse «communautarienne» en ces termes :

Les Communautariens prétendent qu'il existe un lien nécessaire entre un concept de démocratie fondé sur le principe de discussion et la référence à une communauté concrète, fondée sur une intégration éthique. Selon eux, rien d'autre ne permet d'expliquer la possibilité d'une orientation des citoyens vers le bien public.²⁹

Il reprochera dès lors aux «communautariens» de confondre politique et éthique. Cette confusion entre droits fondamentaux et valeurs sera aussi reprochée à la Cour constitutionnelle fédérale dans son interprétation de la *Loi fondamentale de la république allemande*.³⁰ La critique «habermassienne» touche, sans le savoir, la position que j'ai développée dans un article, «La fonction éthique des juges de la Cour suprême du Canada»,³¹ dans lequel je posais le problème de l'interprétation des droits fondamentaux comme résolution du conflit des valeurs entre la liberté individuelle et la qualité du vivre-ensemble. Nous retrouvons au cœur de cette distinction entre norme et valeur, dans le domaine politique, la même opposition qu'entre la morale et l'éthique appliquée dans le débat moral. Toutefois, l'enjeu n'est pas celui de la reconnaissance de la différence entre les deux modes de «raisonnement pratique» sous-jacents à leur pratique discursive, mais l'enjeu de l'utilisation du mode éthique dans le domaine du politique.

Habermas résume en quatre caractéristiques, dites logiques, la différence entre norme et valeur :

Par conséquent, les normes et les valeurs se distinguent, 1° par leur rapport à l'action obligatoire ou à l'action téléologique; 2° par le codage binaire ou le codage graduel de leur prétention à la validité; 3° par leur force d'engagement absolue ou relative; et 4° par les critères auxquels doit satisfaire la cohérence des systèmes de normes ou celle des systèmes de valeurs. Or, dans la mesure où les normes et les valeurs se distinguent en fonction de ces caractéristiques logiques, leur application présente elle aussi d'importantes différences.³²

29. J. Habermas, *supra* note 23 à la p. 304.

30. *Ibid.* aux pp. 276-277.

31. *Éthica*, 1989.

32. J. Habermas, *supra* note 23 aux pp. 278-279.

Ces caractéristiques proposent de fait deux jeux de langage différents concernant les décisions d'action. Celui des normes se structure sur la cohérence du système de norme (4) qui s'impose compte tenu de la force d'engagement absolue (3) qui permet de savoir s'il faut ou pas faire l'action (1) parce que la norme est valide (2). Le jeu des valeurs renvoie à un système dont la cohérence des valeurs n'est pas requise (4), dont la force d'engagement n'est que relative à la décision (3) dont la prétention à la validité n'est que graduelle puisque l'action ne rejoint jamais la totalité de la visée ou de la finalité (1). Il est difficile de ne pas voir, à la lumière de ces caractéristiques des normes, que la perspective déontologique de Habermas se construit toujours autour du paradigme universaliste «platonicien» de l'autorité des Lois et de l'État.

La valeur juridique du verdict a le sens déontologique d'un commandement et non le sens téléologique de ce qui est réalisable dans les conditions données et compte tenu de nos souhaits. Ce qui est chaque fois le mieux pour nous n'équivaut pas par là même à ce qui est également bon pour tous.³³

Dans ces lignes, Habermas maintient que seul le raisonnement casuistique est admissible dans l'application du droit, la validité étant du ressort exclusif du processus d'énonciation de la loi. «Seules les *conditions procédurales présidant à la genèse démocratique des lois* assurent la légitimité du droit édicté [...]»³⁴ Or, cette légitimité du droit n'est pas seulement factuelle, comme le pose le réalisme juridique.

À la différence des questions éthiques, les questions de justice ne renvoient pas par leur nature à une collectivité déterminée et à sa forme de vie. Pour être légitime, le droit politiquement édicté par une communauté juridique concrète doit à tout le moins s'accorder avec des principes moraux qui, par-delà la communauté juridique particulière, peuvent prétendre à une validité universelle.³⁵

33. *Ibid.* à la p. 284.

34. *Ibid.* à la p. 286.

35. *Ibid.* à la p. 306.

La théorie déontologique d'Habermas fait ainsi reposer la légitimité de la validité juridique sur l'autorité morale du «bon pour tous». En procédant ainsi, le discours «habermassien» demeure dans les limites du discours moral fondé sur l'autorité du commandement et la légitimité morale de ce qui est commandé. Certes, l'acte de parole qu'est le commandement est emblématique de l'obligation, car, comme Platon l'a montré, seule l'autorité du commandant fondée sur la dette du commandé peut créer une obligation de faire par la simple énonciation du commandement. Mais est-il suffisant de commander quelque chose de moralement acceptable pour que le commandement soit légitime?

La philosophie morale politique tente ainsi de colmater la brèche ouverte par Hans Kelsen entre la philosophie du droit et la théorie générale du droit. Certes, il ne s'agit pas de revenir à une théorie «pré-moderne», mais à construire autour de la démocratie les exigences morales qui pourraient légitimer l'énonciation des lois.

2.2 La science du droit et la psychologie

La séparation de la philosophie morale de la théorie générale du droit a eu pour effet d'ouvrir le débat sur la science du droit. Ainsi que nous l'avons indiqué, la science du droit telle que la prône Alf Ross, devient possible dès l'instant où elle est délestée de la question «internaliste» : «pourquoi obéir au droit», question morale par excellence, au profit de la question «externaliste» : «qu'est-ce que le droit?» Que devient la science du droit une fois affranchie de préoccupations morales?

La science du droit calque ainsi sur projet scientifique de la nature l'idéal de description. Pas étonnant dès lors que la science du droit inaugurée avec le réalisme scandinave se résume à décrire le droit «en force» dans une société. La validité devient aussitôt une question empirique à deux volets, l'efficacité et la motivation :

The one refers to the actual effectiveness of the rule which can be established by outside observation. The other refers to the way in which the rule is felt to be motivating, that is socially binding.³⁶

Le réalisme juridique est l'aboutissement de la séparation entre les questions morale et symbolique de la validité que Kelsen avait amorcée. Ce réalisme permet, dans un premier temps, d'analyser le droit du point de vue de son efficacité. Dans quelle mesure, par exemple, telle ou telle mesure législative permet-elle de réduire le nombre d'actes de criminalité ou de limiter les effets sociaux qu'elle veut combattre? L'analyse de la validité en termes d'efficacité permet d'évaluer le droit comme «système de régulation». L'analyse de l'efficacité reprend le schéma classique de la finalité selon le modèle technique : moyen $\Rightarrow$ objectif. Les études sociales devraient ainsi permettre de faire l'évaluation de l'efficacité réelle d'une loi donnée dans un système social.

Le deuxième volet de la validité — celui de la motivation — renvoie la question morale à une question de psychologie sociale. Comment les personnes vivent-elles les lois comme source de motivation d'agir? Si les personnes ne sont pas motivées d'obéir aux lois, alors ces dernières ne pourront jamais être «en force». Dans le domaine institutionnel, par exemple, l'implantation des codes de conduite, souvent confondus avec les codes de déontologie et les codes d'éthique, démontre clairement comment l'approche du réalisme scandinave est intériorisée dans le système actuel de gestion des entreprises.

Au départ, certains comportements sont vus comme étant nuisibles, soit à l'entreprise (utilisation des biens, perte de temps, etc.), soit à la clientèle (conflits d'intérêts, qualité du service, etc.). Dans certaines situations, des comportements s'inscriront sous la consigne de la tolérance zéro. Afin d'atteindre ces objectifs de saine gestion, plusieurs entreprises vont se doter d'un code de conduite, c'est-à-dire d'un règlement précisant que ces comportements ne sont pas acceptés dans l'entreprise. Ces codes de conduite deviennent, parce qu'ils précisent les attentes de l'employeur, partie prenante de la définition des tâches. En principe, les manquements à ces codes pourraient servir de motifs à une cessation d'emploi. Les codes visent ainsi à atteindre des résultats

36. A. Ross, *Law and Justice*, Berkeley and Los Angeles, University of California Press, 1959 à la p. 15.

spécifiques : la diminution des comportements contre-productifs. Mais est-ce que ces règlements sont efficaces? Diminuent-ils réellement le nombre de cas de mauvaise conduite?

Dans ce domaine de l'éthique des affaires, le problème se pose souvent en termes de «*compliance*». Comment fait-on pour inciter les personnes à «suivre» la règle? Le problème se pose effectivement à partir du moment où l'énonciation de la règle n'est plus à elle seule source de motivation pour suivre la règle. La question du «pourquoi obéir à la règle?» se pose dès lors comme une question psychologique de motivation personnelle face à la règle. Dans une certaine mesure, la crainte de la sanction a souvent été perçue comme une source de motivation d'agir conformément à la règle. Ainsi, une personne protégerait ses intérêts personnels en évitant les sanctions pouvant résulter de tout manquement aux règles. Mais est-ce suffisant? Des campagnes publicitaires importantes sont financées par nos gouvernements afin de «sensibiliser» les personnes à l'importance de certaines lois comme celles sur le tabac, sur le code de la route, etc. Évidemment, plus ces lois sont associées directement aux effets nuisibles pour les personnes elles-mêmes, plus les campagnes arrivent à sensibiliser les personnes à suivre la loi en fonction de leurs «intérêts personnels».

Le réalisme juridique fait reposer sur la psychologie toute la question de la «validité». Selon Alf Ross, le cognitivisme moral ne serait en fait que le résultat d'une fausse interprétation de cette expérience psychologique³⁷. La motivation, selon l'auteur, varie en fonction de la nature des énoncés. Dans les situations impersonnelles, Ross distingue trois types d'énoncés : loi et convention, règles du jeu et principes moraux. À ces énoncés se rattache la dimension de la motivation : peur des sanctions et respect de l'autorité impersonnelle, accord mutuel et accord individuel.³⁸ Selon cette perspective, la motivation à suivre la règle repose sur les «intérêts personnels» ou le «respect de l'autorité». Lorsque l'intérêt personnel n'est pas en cause, on retrouve donc

37. A. Ross, *Directives and Norms*, Londres, Routledge and Kegan Paul, 1968 à la p. 64. Pour un résumé de la position de A. Ross, vous pouvez consulter G.A. Legault, *La structure performative du langage juridique*, P.U.M., Montréal, 1977.

38. Pour le tableau de Ross et la nature d'énoncés : G. A. Legault, *ibid.* à la p. 151

chez Ross le concept d'autorité qui pose la loi dans la perspective du commandement.

Lorsque les normes juridiques sont analysées du point de vue de la motivation de la personne, elles évoquent ainsi deux sources de motivation. Mais une personne pourrait aussi suivre la loi en fonction d'autres sources. En effet, dans la mesure où les lois sont vécues comme des règles du jeu social, elles éveilleront l'importance de l'accord mutuel. D'un autre côté, si une personne fonde le respect de la loi sur une motivation morale, elle s'appuiera sur son engagement individuel à ses principes comme source d'action.

La science du droit accomplit ainsi la rupture complète avec le modèle «platonicien». Toute la sphère symbolique qu'assuraient la Patrie et le Devoir comme source de légitimation du droit dans ce modèle est dévolue à la dimension psychologique des personnes. La science du droit permet ainsi deux types d'analyse : celle de l'efficacité du droit, au sens où il devient possible d'analyser comment une loi peut participer effectivement à la résolution des problèmes sociaux, et celle des conditions psychologiques nécessaires pour obtempérer à la loi.

3. La médiation : un choix normatif en situation

L'émergence de la médiation et son importance grandissante dans le développement des modes de prévention et de règlement des différends apparaissent, à maints égards, comme une réponse à l'«inefficience» du droit. La littérature sur le sujet est confirmée par le discours des praticiens³⁹ : ils mentionnent l'«inefficience» des tribunaux à rendre justice parce que le nombre de causes est trop considérable, les délais trop longs et, surtout, les coûts exorbitants. De même, dans le domaine pénal, le fait que la procédure actuelle ne tienne pas compte des victimes, tant des personnes que de la communauté, est souvent relaté comme la principale lacune à combler par la médiation pénale.

39. Rapport d'entrevues sur la médiation soumis à la Commission du droit du Canada, septembre 2001.

Trois hypothèses se confrontent dans l'interprétation des transformations sociales auxquelles nous assistons avec l'émergence de la médiation⁴⁰. La première voit la montée de la médiation comme une réponse à l'«inefficience» du droit, car elle mise sur les choix individuels et l'inviduation des conflits. Il y aurait dans l'accord mutuel, central à la médiation, la clé de la solution. La seconde se comprend à la lumière des insuffisances du droit pénal. Dans ce domaine, plusieurs auteurs constatent que la justice traditionnelle, essentiellement punitive, vise à «compenser» la perte par le biais de la sanction. Cette forme de justice a pour effet de sortir la relation criminelle du monde vécu et des relations communautaires pour ne la considérer que dans l'abstraction de la justice étatique. La médiation pénale demande de considérer l'infraction dans sa dimension sociale de relations interpersonnelles perturbées. C'est à partir de la dimension communautaire, de l'ethos de la communauté, qu'il faut considérer l'infraction et la sanction. La relation «morale» devient dès lors la référence à partir de laquelle la situation de l'infraction pénale est évaluée. La troisième hypothèse interprétative s'inscrit dans la foulée de la seconde hypothèse dans la mesure où la médiation, quelle soit civile ou pénale, renvoie au statut des relations interpersonnelles qui composent le tissu intersubjectif des accords privés, des relations institutionnelles et de la vie en société. Selon cette troisième hypothèse, la médiation apparaît davantage comme un lieu de co-construction de relations intersubjectives dans lesquelles s'inscrit la résolution des litiges plutôt qu'un ethos construit, source de la solution au litige. L'«éthicismation» du droit se distingue ici de la (re)moralisation du droit essentiellement par l'accent mis sur la volonté des participants à co-construire des relations intersubjectives à la lumière desquelles leurs conflits ou leurs litiges pourront être évalués.

Chacune de ces hypothèses éclaire les différentes perceptions de la solution à apporter à l'«inefficience» du droit dans divers champs de pratique, et ce, à partir d'une même forme d'intervention : la médiation. Est-il possible de dégager, dans l'approche de la médiation, des composantes structurales qui permettent de saisir en quoi la médiation propose une forme alternative au règlement du différend juridique? Puisque la médiation semble renvoyer à la

40. G. A. Legault, *Les modes de règlement des différends : vers une autre justice?*, Chaire d'éthique appliquée, Collection Essais et conférences, document n° 11, Université de Sherbrooke et GGC éditions, 2001.

dimension morale ou éthique, selon les hypothèses, est-il possible de saisir en quoi la médiation peut s'associer à l'émergence de l'éthique appliquée?

3.1 Les composantes structurelles de la médiation

La médiation se présente comme un mode alternatif de résolution du différend, notamment par rapport au mode judiciaire. Comme le précise le ministère de la Justice,

L'expression «règlement extrajudiciaire des conflits» (REJC), que vous avez peut-être déjà entendue, désigne d'autres façons de régler un conflit sans avoir recours aux tribunaux. Nous emploierons ici le terme «RD» [(règlement de différends)] plutôt que «REJC» pour vous rappeler qu'il existe plus d'une solution pour régler un conflit.⁴¹

Nous pouvons isoler quatre principales composantes structurantes de la médiation qui permettent d'en saisir le caractère alternatif : i) la parole aux personnes et non à leurs représentants, ii) la qualification du litige, iii) le processus de co-élaboration d'une décision collective (l'expression de son «point de vue» - l'expérience du conflit - la recherche active d'une solution «acceptable») et iv) l'accord.

i) La parole aux personnes et non à leurs représentants

Dans la médiation, les personnes concernées sont convoquées à prendre la parole afin de trouver ensemble une solution acceptable au différend. Lors de médiations civiles et commerciales, les personnes sont souvent accompagnées de leurs représentants légaux, car la cause est déjà devant le judiciaire. Certains médiateurs nous ont confié que leur première tâche était d'expliquer clairement, au départ, cette règle du jeu : la parole est avant tout aux personnes. Certes, les représentants pourront parler et développer certains points, mais l'initiative doit être celle des personnes. Avec cette première exigence, la médiation impose de bien distinguer le «conseiller juridique» du «représentant juridique». En effet, devant le tribunal, c'est l'avocat qui «représente» le client au sens fort du terme :

41. Ministère de la Justice, *Les choix qui s'offrent à vous pour régler des différends*, Gouvernement du Canada, 1998 à la p. 2.

rendre présent devant le tribunal. Le représentant prend ici lieu et place de l'autre.

Dans toute «représentation», il y a une forme d'aliénation de soi. C'est pourquoi, dans la littérature sur la médiation, les auteurs reviennent constamment sur l'«empowerment», c'est-à-dire cette manière de favoriser la «prise de pouvoir sur sa vie». Cette prise en charge de soi se manifestera concrètement dans le processus de la médiation. La médiation devient ainsi un processus de «prise en charge de soi» dans l'élaboration d'une solution acceptable du conflit.

ii) La qualification du litige

Lorsque deux parties s'affrontent devant un tribunal, leur problème est qualifié de «litige». Ce litige est constitué principalement de revendications contradictoires concernant l'interprétation de la loi d'une part, et d'autre part, de son application à la situation des parties. Selon ces prétentions, chaque partie est fondée en «raison» de sa position, s'appuyant notamment sur les interprétations judiciaires antérieures qui concernent des situations analogues et sur la démonstration des faits qui sont établis à partir des documents et des témoignages. Le litige est fondamentalement un conflit visant la reconnaissance de l'état de droit dans la situation.

La médiation n'a pas pour objet d'apporter une solution à un litige mais à un conflit. La citation suivante de la brochure du ministère de la Justice est révélatrice de la perception de la médiation par rapport au droit dans la résolution des conflits.

Les conflits sont une réalité de la vie. Nous faisons constamment face à des problèmes et à des désaccords : à la maison, au travail et dans notre quartier. Les conflits ne sont pas tous graves et nous pouvons parfois choisir de les ignorer sans que cela ait de conséquences. Toutefois, certains conflits sont plus graves et ne peuvent être ignorés. Si nous ne nous en occupons pas, ils risquent de s'aggraver et il faudra peut-être beaucoup de temps et d'argent pour les régler.

Avoir recours aux tribunaux est une façon de régler un différend. Toutefois, cette méthode peut être coûteuse et demander beaucoup de temps. De plus, elle n'est pas toujours source de satisfaction pour les parties en cause et pourrait par conséquent ne pas permettre de résoudre vraiment le conflit. Les gens cherchent de plus en plus à éviter les tribunaux et à trouver des façons plus rapides et peut-être moins coûteuses de régler leurs différends.⁴²

Nous retrouvons ici la notion de conflit au cœur de nos activités quotidiennes. Le conflit est intersubjectif et met en cause des «tensions» ou des «antagonismes» avec d'autres au cours de nos activités. Confrontée aux conflits, chaque personne trouve une façon de les gérer. Si certains tombent dans l'oubli et que d'autres sont négligés, un bon nombre doivent être réglés, compte tenu de leurs conséquences sur les relations et la vie quotidienne. Avec la notion de conflit, les antagonistes qualifient leur problème avant tout dans l'ordre interpersonnel. Le conflit met en présence des relations dysfonctionnelles. Comment régler ces relations? Le droit apporte-t-il la meilleure solution? Dans cette perspective, le droit apparaît comme un mode de règlement parmi d'autres.

Toujours selon la brochure du Ministère, la médiation semble correspondre davantage aux personnes qui désirent économiser temps et argent, mais aussi aux personnes qui voient que la nature de leur conflit ne peut pas être résolu par le judiciaire, ou encore qui ne seraient pas satisfaites de l'imposition d'une décision par un tiers. Par contre, le document précise aussi que, lorsque les parties en présence sont déséquilibrées, soit au plan du pouvoir financier, soit au plan du pouvoir engendré par les conceptions culturelles, le recours au tribunal devrait être considéré.⁴³ Tous les conflits ne trouvent donc pas leur solution optimale par le biais du processus judiciaire.

iii) Le processus de co-élaboration d'une décision collective

Avec la dimension de «prise en charge de soi» pour trouver des solutions aux conflits interpersonnels, la médiation ne peut qu'être un processus de co-élaboration d'une décision collective. Tous les médiateurs rencontrés ont affirmé

42. *Ibid.* à la p. 2.

43. *Ibid.* à la p. 3.

l'importance de ce processus comme caractéristique spécifique de la médiation. Toute médiation est, selon certains, toujours réussie, car mettre les personnes antagonistes en présence, dans cet espace de parole propre à la médiation, est déjà un gain dans la démarche de prise en charge de soi en vue de la résolution des conflits. Que le processus aboutisse ou non à une entente importe peu ici. La médiation permet d'abord aux personnes de donner leur version de ce qui arrive. Autrement dit, l'expression de sa perspective directement à l'autre, de son point de vue sur le conflit, ouvre ainsi la porte à toute la «charge émotive» inhérente à tous rapports antagonistes. Les peines, les souffrances, les frustrations, les déceptions, etc., ont droit de cité dans la qualification du conflit. Il ne s'agit donc pas de défendre les raisons juridiques de sa prétention, mais d'exposer son point de vue personnel et aussi de faire comprendre à l'autre partie l'expérience même du conflit telle qu'elle est vécue. Qu'il s'agisse de relations matrimoniales, d'entreprises, d'affaires, de travail et de milieu communautaire ou sociétales, le conflit demeure une expérience de relation dysfonctionnelle à résoudre.

Définir une qualification commune au conflit apparaît donc comme la première étape de co-élaboration nécessaire à l'établissement d'un accord final. Tant que les parties ne se reconnaissent pas dans la qualification de ce qui est en conflit, toute démarche pour trouver des solutions apparaîtra improductive.

Évidemment, la qualification elle-même de ce qui est en conflit dans la relation interpersonnelle fera apparaître les différences d'évaluations. Le conflit se pose-t-il en termes de conflits d'intérêts personnels de chacun, faisant en sorte qu'il devient un conflit de besoins? Le conflit est-il davantage ancré dans l'exigence d'une compensation pour bris de parole ou d'engagement? Le conflit concerne-t-il davantage l'avenir des relations entre les parties concernées? C'est dans cette opération de qualification du conflit que les enjeux éthiques ou moraux feront leur apparition.

En même temps que le consensus s'articule autour de la qualification du problème, la recherche de solutions acceptables prend forme. Si la détermination de la qualification du conflit précède la solution acceptable, cette antériorité est logique et non pratique, car il arrive souvent que la discussion sur des options de solution provoque une réflexion sur la nature même du conflit. La recherche active de solutions présuppose que les parties en présence ont accepté

récioproquement de considérer leur conflit comme un problème de relation à résoudre ensemble au bénéfice des deux parties. C'est là où l'expression de «gagnant-gagnant» prend tout son sens. Les parties reconnaissent ainsi la valeur de la position de l'autre et elles cherchent à trouver la solution la plus «acceptable» possible pour chacune.

Cet effort de coopération visant à trouver la solution commune devient impossible lorsque les parties ne reconnaissent pas la qualification du conflit proposée par l'autre. Puisque chaque solution renvoie à la qualification du conflit, l'entente devient impossible. L'entente dépasse ainsi le simple document signé par les parties; elle témoigne du processus de co-construction duquel chacune des parties est responsable.

Le processus de la médiation tranche ici avec la négociation traditionnelle dans laquelle les personnes qualifient leur conflit en termes de besoins personnels à satisfaire ou d'intérêts personnels. Il se démarque aussi de la solution à un litige juridique, car la solution globale à laquelle les parties peuvent arriver pourrait être très nettement en deçà de ce qu'une des parties aurait pu obtenir dans un jugement. Dans ces situations, la solution peut aussi comprendre des excuses ou la reconnaissance officielle de quelque chose. Autrement dit, la solution ne peut pas se mesurer exclusivement en termes de «compensation» comme lors d'un litige.

iv) L'entente

Qu'est-ce qui garantit que l'entente issue de la médiation sera suivie? Pourquoi serait-elle plus respectée en matière civile et commerciale que le premier contrat à l'origine du conflit? L'entente finale est le résultat d'une démarche commune. Seul l'engagement des personnes dans la démarche permet d'assurer la viabilité de la solution. Autrement dit, le processus permet à chacune des parties de confirmer l'acceptabilité de la solution, c'est-à-dire sa «validité» du point de vue de la motivation d'agir. Les conditions psychologiques nécessaires à la réussite de l'entente se préparent lors de la médiation.

Les parties sont habituellement très satisfaites du processus et même celles qui n'arrivent pas à une entente finale. Elles reconnaissent l'importance

d'avoir au moins pu exprimer leur point de vue et d'avoir compris la position de l'autre. De plus, le processus de médiation, même s'il n'aboutit pas à une entente, permet quelquefois d'accélérer l'entente hors-cour avant le début du procès.

La motivation à respecter l'entente est différente de la motivation à obéir à un simple contrat et à la parole donnée. Très souvent, un contrat, ou toute autre entente, est objet de litige parce que son application pose problème. Lors d'une médiation, ce n'est pas une simple parole donnée qui est en jeu, mais la création d'une solution collective. La médiation, tout comme le jugement, vise à corriger une situation conflictuelle, et c'est cette correction qui apparaît juste et pertinente aux parties.

Même s'il est plus facile de montrer les quatre caractéristiques de la médiation à partir de la médiation en matières familiale, civile et commerciale, il n'en demeure pas moins qu'elles se retrouvent également en matière pénale. Les parties en présence sont les victimes, les personnes et la communauté, ainsi que celui qui a commis l'infraction. Le premier travail est de qualifier de part et d'autre la nature du conflit. Que reproche-t-on à l'autre? S'agit-il du manquement à la loi, des conséquences de son geste sur les personnes et la communauté? C'est cette qualification du conflit engendré par l'infraction qui permettra de trouver une solution. Cette solution remplace évidemment la sanction traditionnelle et elle sera «réparatrice» des relations dans la mesure où le processus aura été accompli par toutes les personnes en cause. L'entente finale ne peut donc que soutenir la motivation de toutes les parties à préserver les relations futures de tous dans la communauté.

3.2 Médiation et éthique appliquée

La médiation peut être considérée comme une réponse aux insatisfactions engendrées par l'importance du judiciaire comme mode quasi unique de règlement des différends dans la société. Nous retrouvons ici le caractère extrajudiciaire que nous avons noté au début comme étant une caractéristique de la médiation. Chez les auteurs, cette distinction entre la médiation et le judiciaire est représentée dans des formules comme «gagnant/gagnant» et «gagnant/perdant» ou encore «jugement négocié» et «jugement imposé».

Comment est-il possible, dans une société que l'on estime gouvernée par la règle de droit, que la solution judiciaire puisse être considérée comme insatisfaisante pour les parties puisqu'elle tranche de façon autoritaire, certes, mais dans le respect de la protection de règles procédurales? Le jugement imposé est ainsi évalué négativement parce qu'il est source d'insatisfactions pour les parties concernées. Certes, une des personnes ne gagnera pas, mais n'est-ce pas le sort réservé à tout litige? Les deux prétentions contradictoires quant au droit ne peuvent pas être valides conjointement. Puisque le juge a l'autorité de trancher, pourquoi son jugement serait-il ignoré de la partie qui n'a pu défendre sa cause? Tout comme Socrate à l'issue de son jugement, chaque partie est confrontée à la fois à son propre désir lié à ses intérêts personnels et à la valeur du jugement dans l'économie du droit.

L'appel à l'autorité du jugement n'apparaît plus aujourd'hui suffisamment significatif pour favoriser son respect. On retrouve ainsi, au cœur de l'enjeu de la médiation, la «crise de l'autorité» de l'énonciation des commandements, qui sont régulateurs d'action. Cette crise est centrale dans l'émergence de l'éthique appliquée. En effet, la casuistique juridique est analogue à la casuistique morale dans la mesure où l'application d'une norme à une situation soulève le double enjeu : d'abord, l'enjeu de l'identification de la norme à appliquer aux faits de la situation, puis l'enjeu de son application aux mêmes faits.

C'est en mettant en évidence que les normes sont uniquement des guides dans la prise de décision, puisqu'elles sont des moyens de concrétiser des valeurs, que l'éthique appliquée a modifié la perspective en faisant passer l'enjeu de la motivation de la perspective du «respect de l'autorité» à celle de la valeur visée par la décision. En ce sens, il existe un parallèle intéressant entre l'émergence de la médiation et celle de l'éthique appliquée. Dans les deux cas, la qualification usuelle de la situation en termes de «respect de l'obligation», juridique pour l'un, morale pour l'autre, est rejetée. La médiation cherche à résoudre un conflit entre des personnes tout comme l'éthique, pour laquelle, malgré la décision individuelle, l'enjeu est toujours les relations aux autres. Puisque la référence normative ne s'impose pas dès le départ, le processus de médiation, tout comme le processus de délibération, exige d'identifier selon quel cadre normatif le conflit sera posé et résolu. Le conflit peut être posé comme un conflit de besoins, de valeurs ou de normes et chaque définition du conflit

engendre ses options de résolution. Dans la médiation, les parties doivent s'entendre sur la qualification et la résolution. Dans la délibération éthique, la décision doit identifier le conflit de valeurs et son mode de résolution. De plus, l'entente en médiation est nécessairement soumise à l'exercice du dialogue entre les parties. La décision éthique, de son côté, semble à première vue être solitaire, mais la véritable solution éthique se vit dans le contexte intersubjectif et renvoie toujours à l'interpellation éthique. Enfin, alors que la médiation ne génère pas toujours une entente, la solution éthique proposée aux parties intéressées peut ne pas être acceptée. Le dialogue peut alors conduire à la révision de la décision ou statuer qu'il est impossible d'aboutir à une entente finale.

La médiation et l'éthique appliquée entretiennent donc des similitudes dans la mesure où les dispositifs proposés mettent l'accent sur le vivre-ensemble, c'est-à-dire sur l'ensemble des relations interpersonnelles qui tissent la vie sociale. Or, ce déplacement, qui oblige à considérer la norme, non pas sous le registre symbolique de l'autorité, mais de son efficacité à résoudre le cas, ouvre la voie au choix des références normatives pour régler un conflit, autrement dit, au choix de la valeur visée par la norme.

Conclusion

Notre démarche à travers l'émergence de l'éthique appliquée et la transformation de la théorie du droit à la suite de la rupture «kelsennienne» nous a-t-elle permis de répondre à notre question initiale : «N'y a-t-il que des liens superficiels entre les dispositifs de l'éthique appliquée, que sont notamment les comités d'éthique comme lieu de discussion et de résolution des problèmes éthiques, et la médiation dans le domaine juridique?»

Sans être exhaustive, la traversée philosophique démontre que l'émergence de la médiation, tout comme celle de l'éthique appliquée, s'enracinent dans la transformation profonde de la culture occidentale dans son rapport au devoir. Gilles Lipovetsky avait déjà démontré, dans une perspective sociologique, que nous assistons aujourd'hui au *Crépuscule du devoir*.⁴⁴ Un tel

44. G. Lipovetsky, *Le crépuscule du devoir : l'éthique indolore des nouveaux temps démocratiques*, Gallimard, Paris, 1992.

crépuscule n'est possible que si, du point de vue des représentations symboliques dans une culture, la notion même de devoir se transforme. Dans le champ philosophique du droit et de la morale, l'acte de parole fondatrice de l'obligation est le commandement. Qu'il s'agisse du commandement de Dieu ou du commandement du souverain (roi ou peuple), la première règle de ce performatif repose sur la relation d'autorité entre le commandant et le commandé, autrement dit, sur le rapport de subordination entre les deux. Depuis Platon, les variations philosophiques dont nous avons esquissé quelques traits conservent le même leitmotiv puisque l'autorité métaphysique passe à l'autorité supposée chez Kelsen et, chez Ross, au respect de l'autorité dans sa version psychologique.

Le modèle du devoir, qui repose sur l'autorité du commandement, nous induit à penser l'obligation selon les deux composantes de cet acte de discours : l'énonciation du commandement et l'application de ce qui est commandé. La distinction «énonciation» et «application», si importante en droit et qui correspond à nos institutions parlementaire et judiciaire, n'est pas uniquement pratique mais symbolique. Tant que reste l'imaginaire du commandement, ne suffit-il pas qu'une loi soit énoncée pour que le problème soit réglé?

Contrairement à la philosophie morale qui s'interroge sur la légitimité de l'énonciation, l'éthique appliquée, tout comme la médiation, s'interroge sur l'application. L'enjeu est le raisonnement pratique à l'œuvre dans l'application. En morale comme en droit, c'est le raisonnement casuistique qui est conséquent à la distinction entre énonciation et application. Dans le raisonnement casuistique, comme l'illustrent les argumentaires lors d'un procès, il peut exister un premier débat sur l'identification de la norme applicable dans la situation. Ensuite, le second porte sur la manière d'appliquer la norme générale au cas particulier. En éthique appliquée, le raisonnement ne porte pas sur l'application de la norme, mais sur la décision. C'est la délibération d'agir qui est le cœur du raisonnement pratique. Certes, il se peut que les normes soient évoquées dans la délibération; elles ne seront toutefois pas abordées à titre d'obligation, comme l'avait indiqué Fletcher, mais en tant que guides pour actualiser les valeurs. Du point de vue de l'éthique appliquée, tout raisonnement déontologique est une délibération éthique portant sur des valeurs.

D'une certaine manière, la médiation ouvre la voie à un mode de raisonnement pratique analogue à celui de l'éthique appliquée. Pas de médiation si la norme ou la règle gère le cas. Les normes peuvent certes servir de guides pour clarifier la décision, mais elles n'imposent pas une solution. Les médiateurs refusent systématiquement le piège de la discussion sur l'application des normes dans leurs rencontres. Il faut éviter la prise de position qu'impose le raisonnement casuistique. Dans la littérature sur la médiation, on évoque souvent, la notion de conflit à résoudre et ce, en fonction des besoins des personnes. Ce déplacement du litige au conflit et du droit au besoin démontre comment la délibération collective de la médiation visant à trouver une solution commune à un problème interpersonnel doit interroger les besoins et, souvent, les valeurs visées par les personnes : la sécurité, la paix, l'harmonie, etc.

En substituant le raisonnement en fonction des valeurs au raisonnement par le droit (obligation), la médiation et l'éthique appliquée inscrivent leur démarche dans le monde vécu des conflits interpersonnels et institutionnels. Le problème et la solution au problème appartiennent au domaine des relations et exigent une approche différente que celle de la défense. Dans le monde vécu, les conflits ne peuvent se comprendre et se résoudre qu'en faisant appel à une mise en situation plus vaste que celle des droits. En procédant ainsi, la solution acceptée sera toujours, suivant la logique des valeurs esquissée par Habermas, la meilleure dans les circonstances et pour les personnes concernées. Le monde vécu est aux antipodes du principe de l'universalisation formelle : la même solution pour tous les cas analogues.

Qu'il s'agisse du droit, de la morale, de la médiation ou de l'éthique appliquée, il y a un dominateur commun au-delà des apparences : la régulation de l'agir humain. Comment les personnes peuvent-elles vivre ensemble en société, comment peuvent-elles être productives dans des entreprises, comment peuvent-elles être heureuses en famille si l'ensemble de leurs actions sont traversées par des conflits insolubles? Résoudre des conflits à l'amiable, c'est ouvrir vers la paix et non vers la guerre. D'ailleurs, quelques auteurs, comme William Ury, soutiennent que la transformation des conflits à tous les niveaux

s'inscrit dans une approche plus globale : *Getting to Peace*.⁴⁵ Encore une fois, nous constatons que les racines profondes de ces approches nous renvoient au monde vécu, à redéployer nos énergies dans une visée commune : la coopération.

Now the old hierarchies are tumbling down; the father, the boss, the chief, the king cannot simply give orders anymore. Increasingly, we cannot compel others to do what we want; we depend more and more on their voluntary cooperation. We have little choice but to learn how to make our decisions jointly.⁴⁶

45. W. Ury, *Getting to Peace. Transforming Conflict at Home, at Work, and in the World*. Viking, New York, 1999.

46. *Ibid.* à la p. XV.