

REFGOV

Reflexive Governance in the Public Interest

Theory of the Norm Unit

**L'éthique appliquée, la médiation et l'insuffisance du droit :
enjeux de gouvernance**

by Georges A. Legault

Working paper series : REFGOV-TNU-6

Georges A. Legault¹

Des études sur la transformation des modes de régulation sociale depuis la fin du XIXe siècle et pendant tout le XXe siècle permettent de cerner des moments-clés de cette transformation. Pour situer la montée de l'éthique dans nos sociétés contemporaines dans le dernier quart du XXe siècle, le sociologue Guy Rocher considère que la modernité se caractérise entre autres par l'hégémonie du droit sur toutes les autres formes de régulation. « L'Occident a vu se développer un État de plus en plus présent, actif et interventionniste; cet État a pris la forme d'un État de droit; le droit est devenu le mode principal d'exercice du pouvoir politique. La société civile elle-même est devenue une société juridicisée; presque tous les actes du citoyen, sans qu'il en soit conscient la plupart du temps, portent une dimension juridique et peuvent entraîner des conséquences juridiques. »² Pour sa part, le philosophe et historien du droit Brian Z. Tamanaha prenant un point de vue plus interne au droit et au fonctionnement de la règle de droit considère que le changement majeur dans cette période est le passage d'une conception normative du droit qu'est la « rule of law » à une conception instrumentale du droit. Dans l'introduction de son livre il précise : « ... The spread of instrumental thinking about law harbors the potential to damage the rule of law. »³ Pour illustrer ses propos, il met face à face deux avocats prônant chacun un de ces idéaux : « Lawyers with a purely instrumental view of law will manipulate legal rules and processes to advance their client's ends; lawyers with a non-instrumental view, in contrast, will accord greater respect for the binding quality of legal rules and will strive to maintain the integrity of the law. »⁴ Au cœur de son étude, nous retrouvons le constat du déclin de la normativité du droit, « the binding quality of legal rules ». Pour sa part, le sociologue Jean-Louis Genard voit la transformation des modes de régulation durant cette période comme étant associée à la fois à une conception de l'État et à celle des droits qu'elle mobilise. Ainsi distingue-t-il l'État libéral avec les droits et libertés « c'est-à-dire l'affirmation de possibilités physiques (la liberté de réunion par exemple) et intellectuelles (liberté d'opinion et de culte) »⁵, l'État social et les droits-créances « ... des droits qu'ont les citoyens d'obliger l'État à leur garantir l'accès à un certain nombre de biens et services leur permettant de vivre dignement. »⁶ et l'État-réseaux et droits-autonomie « Ceux-ci renvoient directement à la fois à un affaiblissement des contraintes normatives qui étaient au centre de la définition de la liberté

¹ Professeur associé à la faculté de droit de l'Université de Sherbrooke, Québec. Cette recherche, financée par le projet REFGOV, fait partie des travaux de la « Theory of the Norm Unit ».

² Guy Rocher, « La bioéthique comme processus de régulation sociale », in Marie-Hélène Parizeau (sous la direction de) *Bioéthique Méthodes et fondements*, Les cahiers scientifiques no. 66, ACFAS, 1989, p. 52.

³ Brian Z. Tamanaha, *Law as a Means to an End Threat to the Rule of Law*, Cambridge University Press, 2006, p. 2.

⁴ *Ibid.*, p. 7.

⁵ Jean-Louis Genard « Capacités et capacitation : une nouvelle orientation des politiques publiques? » in F. Cantelli et Jean-Louis Genard, *Action publique et subjectivité*, LGDJ, Série Politique 46, 2007, p. 50.

⁶ *Ibid.* p. 51.

chez Montesquieu (ce qu'on doit vouloir) et à l'affirmation de capacités entendues cette fois non plus tellement comme 'avoir la possibilité' mais comme 'être capable'. »⁷ Reprenant une idée de Morand, Genard définit l'idée de gouvernance comme le « pilotage non autoritaire des conduites » et l'associe à l'État-réseaux.

C'est dans ce contexte des transformations du droit et de l'État qu'a émergé l'éthique appliquée avec ses divers dispositifs dont font partie des codes d'éthique et les comités d'éthique de toutes sortes. Comme le souligne avec pertinence Guy Rocher, la bioéthique et le développement de l'éthique appliquée depuis plus de vingt ans sont confrontés sur le terrain à une situation souvent paradoxale⁸ : « Or, en tant que normativité et régulation sociale dans le contexte de la modernité, la bioéthique se trouve dans une situation ambiguë. D'une part, elle est apparue et s'est élaborée parce que certains aspects de la modernité l'appelaient et l'interpellaient. Par ailleurs certains autres aspects de la même modernité imposent aux porteurs de la bioéthique de faire face à une rude concurrence pour se faire entendre et se faire accepter. »⁹ Comment pouvons-nous mieux approfondir et comprendre ce qui « appelle et interpelle » pour reprendre les mots de Guy Rocher, l'émergence de la bioéthique comme mode de régulation sociale ? Peut-on poser à titre d'hypothèse que l'éthique appliquée répondrait à des insuffisances du droit ? Dans mon article, « La médiation et l'éthique appliquée en réponse aux limites du droit »¹⁰ j'ai essentiellement développé l'idée que l'on ne pouvait pas comprendre l'émergence de l'éthique appliquée si on ne situait pas celle-ci dans la foulée du crépuscule de devoir et de l'obligation qui marque la culture avec la montée de l'autonomie. Cet article évoquait plus qu'il ne développait systématiquement, l'enjeu que Tamanaha soulève de la « binding force » du droit et comment cette notion était prise en compte dans la philosophie du droit et la philosophie politique. Dans un autre article intitulé « L'émergence de l'éthique appliquée et les insuffisances du droit »¹¹ je suis revenu sur l'idée que la théorie positiviste du droit qui cherche à séparer la morale du droit ne cadre plus avec la montée des droits de la personne d'une part et d'autre part, avec la mise en œuvre des droits sociaux qui obligent le droit à s'immiscer au cœur du monde vécu : le vivre-ensemble à tous les niveaux de l'organisation sociale. L'éthique appliquée apparaît comme réponse aux insuffisances du modèle : commander-contrôler-surveiller et punir qui gouverne l'univers bureaucratique.

Si les intuitions fondatrices de ces articles demeurent très significatives, ces articles déploient une approche d'analyse globale partant de l'émergence de l'éthique appliquée au plan philosophique et un rapprochement a posteriori entre ces causes culturelles et le contexte de la vie du droit de l'autre. Suite aux différentes recherches sur le terrain de la médiation, de

⁷ *Ibid.* p. 53.

⁸ Robert Roy, *L'exercice du jugement éthique en milieu policier Québécois : origine d'un paradoxe*, Université Laval, déposé 2010.

⁹ Guy Rocher, *op.cit.* p. 55

¹⁰ Georges A. Legault, « La médiation et l'éthique appliquée en réponse aux limites du droit », *Revue de Droit de l'Université de Sherbrooke*, vol. 33 no. 1 et 2, 2002-2003, p. 159-193.

¹¹ Georges A. Legault, « L'émergence de l'éthique appliquée et les insuffisances du droit. » *Actes de la XVIe Conférence des juristes de l'État*, Editions Yvon Blais, 2004, p. 279-300.

l'éthique de la recherche et de l'éthique organisationnelle, il me paraît opportun de reprendre les intuitions sur l'émergence de l'éthique appliquée à partir d'une approche terrain afin de remonter, dans un premier temps, des constats de la tension vécue sur le terrain entre la demande d'éthique et du refus de reconnaissance, que soulevait Guy Rocher, à leur interprétation en termes d'insuffisances du droit comme mode de régulation et comme philosophie positiviste du droit. Dans un deuxième temps, je pourrai montrer en quoi une approche de délibération éthique qui guide les travaux de certains comités d'éthique peut répondre aux insuffisances soulevées.

1. Les insuffisances du droit à la lumière de l'éthique de la recherche, de l'éthique organisationnelle et de la médiation.

1.1. L'éthique de la recherche

Depuis le premier code d'éthique de la recherche énoncé à Nuremberg lors du procès des médecins allemands qui avaient pratiqué différentes recherches expérimentales sur les juifs, les dispositifs touchant la déontologie ou l'éthique de la recherche n'ont cessé d'apparaître et de se modifier. Le déplacement de la normativité en éthique de la recherche¹² suit la mouvance déjà constatée par Guy Rocher de la prise en charge par le droit de la normativité morale. Le procès de Nuremberg met en lumière l'insuffisance de la morale conçue comme morale professionnelle individuelle relevant de la conscience du médecin comme mode de régulation en matière de recherche sur l'humain. Un médecin-chercheur occupe deux rôles qui peuvent très bien entrer en conflit dans la vie professionnelle. La gestion du conflit d'intérêt a été au centre des préoccupations morales de la pratique médicale comme en témoigne le Serment d'Hippocrate, mais c'est la capacité des ordres professionnels à assurer par la socialisation secondaire une conscience et un agir moral qui permettait un mode de régulation morale efficace de la profession qui est mise en cause.

Ce que le procès de Nuremberg a montré, comme tous les autres scandales en éthique de la recherche sur l'humain par la suite, c'est une insuffisance de la morale de la conscience individuelle pour assurer l'éthique de la recherche. L'exigence d'un comité d'évaluation de la recherche, par des pairs d'abord et ensuite en intégrant des non-chercheurs, est en premier lieu une exigence visant une meilleure guidance morale que la conscience individuelle dans le contexte d'une pratique professionnelle. N'oublions pas que c'est l'Association médicale mondiale qui occupera en premier le terrain de l'éthique de la recherche et qui continue encore aujourd'hui à soutenir les efforts d'amélioration des pratiques d'éthique de la recherche sur l'humain au plan international.

¹² Georges A. Legault et Johane Patenaude, « Le déplacement de la normativité en éthique de la recherche », in Marc Maesschalck (ÉD.) *Éthique et gouvernance, Les enjeux actuels d'une philosophie des normes*. Georg Olms Verlag, 2009 p. 171-206.

La prise en charge par l'État des enjeux de la recherche sur l'humain s'est opérée sur plusieurs plans : celui des subventions étatiques, le consentement des mineurs et des personnes inaptes (code civil), la responsabilité des services de santé et services sociaux où se font des recherches. Ces initiatives sont différentes réponses à des insuffisances des dispositifs moraux en place pour assurer une certaine protection. La principale lacune de réserver à la morale professionnelle médicale l'éthique de la recherche se résume au fait qu'il n'y a pas que les médecins qui font de la recherche sur l'humain. En protégeant les mineurs et les personnes inaptes face aux expérimentations dans le *Code civil de la Province de Québec*, le législateur québécois s'assurait de l'extension de la protection des personnes. Les préoccupations du législateur canadien d'assurer la bonne gestion des fonds publics en garantissant le caractère éthique de la recherche subventionnée tout comme la garantie pour les institutions de la santé du Québec d'un contrôle de la recherche qui se fait dans leurs murs, inscrivent cette fois l'éthique de la recherche dans une visée de bonne administration de la chose publique. L'étape ultime dans la démarche juridique a été d'ouvrir la recherche à toute recherche avec des sujets humains et ce, peu importe qu'elle soit subventionnée ou non subventionnée.

Ce déplacement de la normativité en éthique de la recherche n'est pas à première vue un remplacement d'une régulation morale par un mode plus juridique de régulation. En effet, lorsqu'on compare ce qui se passe en éthique de la recherche avec la transformation de la morale professionnelle par le *Code des professions au Québec*, on ne peut que conclure à une approche mitigée. Lorsqu'en 1973 le législateur crée le *Code des professions* et la structure juridique des corporations professionnelles (redeviens ordres professionnels plus tard), il met sciemment en place un dispositif juridique de contrôle et surveillance. Les articles du Code sont explicites. « 23. Chaque ordre a pour principale fonction d'assurer la protection du public. Contrôle de l'exercice. À cette fin, il doit notamment contrôler l'exercice de la profession par ses membres. 1973, c. 43, a. 23; 1994, c. 40, a. 18. »¹³. Nos analyses de la transformation de la morale professionnelle par le droit nous ont conduits à établir un lien entre la demande d'éthique professionnelle et la crise d'identité professionnelle qu'ont vécu les professions. « La crise d'identité professionnelle, telle que nous l'avons décrite, atteint le 'sens' des professions et leur inscription sociale. On assiste à la disparition graduelle du sens moral au profit du droit administratif. La dimension morale se réduit dès lors à la protection garantie par des dispositifs de contrôle et surveillance des membres. »¹⁴ Dans la mesure où la volonté de remplacer l'éthique de la recherche sur le mode moral par un dispositif réglementaire analogue au *Code des professions* ne s'est jamais concrétisée, les acteurs vivront, sur le terrain lors des évaluations des protocoles et dans les discussions en comité, une tension entre la visée de protection des personnes (droit) et la visée de pondération des impacts de la recherche et ses bénéfices escomptés (éthique).

¹³http://www2.publicationsduquebec.gouv.qc.ca/dynamicSearch/telecharge.php?type=2&file=/C_26/C26.HTM

¹⁴ Marie-Paule Desaulniers et alii, « Le professionnalisme. Vers un renouvellement de l'identité professionnelle » in G.A. Legault (sous la direction), *Crise d'identité professionnelle et professionnalisme*, PUQ. 2003, p. 183.

Les études terrains ainsi que l'expérience dans divers comités d'éthique permettent aussi de constater une autre forme d'insuffisance des dispositifs en place notamment dans leur façon d'assurer un lien entre l'énonciation normative et les dispositifs d'application. Le déplacement de la normativité en éthique de la recherche fait intervenir de multiples acteurs qui énoncent leurs propres règles d'évaluation éthique de la recherche. Dans cette pluralité d'énonciation et d'énonciateurs on retrouve le niveau très local comme les politiques universitaires en matière d'éthique de la recherche, les énoncés des organismes subventionnaires, les directives ministérielles, le législateur québécois, les ordres professionnels, sans oublier au plan international l'Association médicale mondiale et finalement l'UNESCO avec *la Déclaration universelle sur la bioéthique et les Droits de l'homme* en 2005. Malgré cette diversité d'énonciations, nous retrouvons toutefois le même dispositif d'application : le comité d'éthique de la recherche. C'est donc ce comité local dans une institution universitaire ou dans une institution de santé ou services sociaux au Québec, formé de chercheurs, de personnes représentant la population et assisté d'un juriste et d'une personne versée en éthique, qui doit assumer l'application de l'ensemble de ces énoncés normatifs à l'évaluation d'un protocole précis.

Lorsqu'on consulte les documents relatifs à l'éthique de la recherche, on constate que l'importance accordée à l'énonciation normative et à son libellé est fondamentale alors qu'il n'y a aucune précision sur les dispositifs d'application (processus, finalité) sauf celles touchant la composition du comité et les expertises nécessaires à l'exécution du mandat. Devant la profusion d'énoncés à appliquer et de visées normatives, le comité aura comme première tâche de préciser clairement sa finalité sociale, de se donner un processus plus structuré d'évaluation éthique des protocoles et d'établir ses règles de dialogue et de prise de décision. Nos études ont démontré qu'à défaut de modalités précises sur les dispositifs d'application, les comités d'éthique de la recherche se définissent globalement en trois groupes, ceux qui suivent la tradition déontologique médicale en évaluation de la recherche, ceux qui s'inscrivent d'emblée dans l'approche du droit administratif du contrôle et de la surveillance et ceux qui cherchent à développer une éthique de la responsabilité des chercheurs dans le contexte de la technoscience¹⁵. Cette situation explique pourquoi ces comités sont soumis non seulement à des critiques sévères de la part de collègues mais à conduire à l'inefficacité des dispositifs avec les problèmes de recrutement, les problèmes d'évaluation de projets de recherche multicentrique, et la remise en question de l'efficacité réelle des dispositifs dans le milieu de la recherche.

La tension entre l'approche juridico-administrative et l'approche éthique de la responsabilisation des chercheurs illustre clairement l'insuffisance du droit à réguler les relations impliquées dans le monde de la recherche. En fait, l'approche juridico-administrative incarne la visée normative du droit comme système de coercition comme l'illustre bien l'expression : commander, surveiller, corriger et punir. Lorsque l'éthique de la recherche est pensée selon cette approche qui, comme nous l'avons mentionné, a été centrale dans la mise en

¹⁵ G.A.Legault et J.Patenaude, « Au-delà des critiques adressées aux Comités d'éthique de la recherche : un choix de gouvernance », *Journal international de bioéthique*, vol. 18 no.4 2007, p. 17-48.

œuvre des lois sociales comme le *Code des professions*, la visée normative est celle de la protection. Tout comme les lois professionnelles visent à protéger le public, la protection des personnes sollicitées pour participer à une recherche devient la visée normative du comité d'éthique. Une telle approche repose donc sur un diagnostic relativement au dysfonctionnement social potentiel de la recherche. Le dysfonctionnement potentiel en recherche est analogue à d'autres diagnostics de dysfonctionnements sociaux dans la mesure où l'État se voit comme ayant un mandat de protéger minimalement les citoyens vulnérables face aux forces du marché. Les liens entre développement de la recherche et développement économique sont devenus de plus en plus évidents dans nos sociétés depuis le développement industriel. Dans l'esprit de l'État providence, il s'agit donc de protéger les personnes les plus vulnérables qui pourraient être abusées en participant à une recherche expérimentale. C'est ce qui explique entre autres l'apparition d'un article protégeant les mineurs et les personnes inaptes dans le *Code civil* québécois face à la recherche expérimentale, les personnes aptes échappant à la portée de l'article. En instaurant un régime de protection des participants à la recherche, l'État considère que les autres enjeux sociaux liés à la recherche sur l'humain ne relèvent pas de sa mission, ou au mieux, relèvent d'une autre instance ayant une autre visée normative.

Dans cette visée, le comité d'éthique de la recherche est le gardien des participants et il doit veiller à ce que la personne soit suffisamment protégée. L'État en étant gardien de la protection suffisante s'assure et assure la population de limiter les effets pervers du jeu du marché. Or il ne s'agit pas d'une visée de maximisation possible de la protection car, dans ce cas, nous serions devant la promotion¹⁶ d'un État idéal qui pourrait avoir comme impact des conséquences négatives sur la recherche. C'est d'ailleurs la principale critique adressée aux comités d'éthique par les bailleurs de fonds qui voient dans ces comités des personnes qui sont contre l'avancement de la recherche parce que de fait ils dissuadent les participants en ayant des exigences de tolérance zéro face aux risques. Pour assurer cette protection suffisante, le comité d'éthique a pour principal mandat de vérifier si les participants sont soumis à des risques, de quel ordre et de quelle gravité. Au Québec, l'acceptation par le comité d'éthique est une certification éthique qui permet aux chercheurs subventionnés d'avoir accès aux fonds publics. Avec le temps, les acteurs gouvernementaux au Québec incitent les comités à se donner des mécanismes de vérification avec des pouvoirs d'enquête auprès des chercheurs afin de s'assurer que la recherche est effectuée selon les normes prévues et les ententes. Comme le montre notre étude sur la perception des chercheurs des comités d'éthique de la recherche, cette dimension policière du droit administratif est considérée aux antipodes de l'éthique¹⁷.

¹⁶ Louise Lalonde, « L'application de la Charte québécoise des droits et libertés de la personne dans le monde vécu, de la protection civiliste à la promotion des droits fondamentaux – Réflexion sur le rapport entre la Charte et le monde vécu » dans A. R. Nadeau (dir.) *La Charte québécoise : origines, enjeux et perspectives*, Montréal, Éditions Yvon Blais, 2006, p. 321-350.

¹⁷ G.A. Legault, Johane Patenaude et Monelle Parent, « *Les comités d'éthique de la recherche sur l'humain : le point de vue des chercheurs* », à paraître dans la Revue de droit de l'Université de Sherbrooke.

Pour certains chercheurs, l'approche juridico-administrative est insultante car ils sont considérés comme des « coupables potentiels » de manquements à l'éthique notamment en voulant abuser des participants pour faire avancer leurs recherches. Ils expriment par ces propos le diagnostic que l'État a tracé en mettant en place le dispositif. Tout chercheur peut manquer d'éthique et abuser des participants, le rôle du comité est de s'assurer de prévenir ces manquements et de punir le cas échéant. Cependant, la réalité de la recherche est toute autre sur le terrain. La recherche universitaire est certes un plan de carrière mais aussi une réalité inscrite dans la compétition pour les subventions et la notoriété, non seulement pour les individus mais pour les universités elles-mêmes. Comme plan de carrière, l'investissement dans la recherche est motivé par plusieurs facteurs qui incluent certes les intérêts monétaires et le prestige personnel mais qui ne sauraient s'y réduire. La contribution de la recherche au bien-être humain n'est pas à négliger comme source de motivation. Les chercheurs savent que leur recherche exige la participation des personnes et que leurs travaux peuvent avoir des impacts potentiels sur les participants. Par contre, si les exigences de protection sont trop élevées visant la tolérance zéro ou encore les démarches pour l'obtention du consentement libre et éclairé irréalistes, ils savent que cela aura un impact sur le nombre de participants à leur recherche. Pour les chercheurs, la vie de la recherche sur le terrain est toujours un problème de pondération entre promotion de la recherche, protection des participants et retombées positives pour les populations. Le comité d'éthique de la recherche, dans ce contexte, a pour fonction de s'assurer du meilleur équilibre possible entre ces exigences. Pour les chercheurs qui partagent cette perception des fonctions d'un comité d'éthique de la recherche, l'approche juridico-administrative est insuffisante dans son approche pour réguler les véritables enjeux de la recherche au quotidien.

Ces différentes perceptions des fonctions du comité d'éthique de la recherche soulèvent un autre enjeu face au droit : celui de définir à qui s'adresse le droit. Cette question débattue en philosophie du droit depuis la critique de la conception de John Austin qui voyait le droit comme s'adressant aux particuliers n'est pas que théorique. Elle est au cœur de la pratique du droit en éthique de la recherche. L'approche juridico-administrative en éthique de la recherche reproduit fidèlement la conception philosophique du droit positif depuis Kelsen et Hart, où le droit est ensemble de règles organisées autour des instances d'application. Autrement dit dans cette approche, l'éthique de la recherche ne s'adresse pas directement aux chercheurs tout comme le *Code criminel* ne s'adresse pas directement aux citoyens, elle s'adresse directement aux comités d'éthique qui sont les instances d'application. Ce n'est qu'indirectement que les chercheurs sont impliqués, comme personnes capables de manquer à l'éthique et pouvant être punies ou encore comme chercheurs qui ne reçoivent pas la certification pour faire leurs recherches. Comme nous l'avons mentionné précédemment, nos études sur l'éthique professionnelle nous ont montré que la distance prise par l'approche disciplinaire du contrôle des professionnels a eu un impact sur leur identité professionnelle et sur la perception individuelle et collective de la relation à l'autre qui est au cœur d'une profession. La question qui se pose dès lors est celle des capacités du droit dans sa forme de régulation qui consiste d'opposer des droits face à d'autres (j'ai le

droit de – tu n’as pas le droit de) à résoudre des problèmes de relation aux autres qui sont au cœur des problématiques sociales de la recherche.

1.2. L'éthique organisationnelle

L'intégration d'une approche éthique dans les organisations autant dans la fonction publique que dans l'entreprise privée est récente : « Selon le rapport de KPMG Canada sur l'éthique et la responsabilité sociale (2002), plus de 75% des grandes organisations canadiennes des secteurs privé et public y ayant participé ont mis en place des mécanismes visant à soutenir l'éthique dans leur organisation. »¹⁸ Selon le sens plus ou moins général donné à l'éthique, on peut certes y retrouver des préoccupations qui ont traversé le temps, d'Hippocrate à aujourd'hui. À défaut d'études sociologiques approfondies sur les causes sociales de l'émergence des différentes préoccupations touchant l'éthique aujourd'hui, nous pouvons recourir à des textes émanant de praticiens et d'organismes qui précisent les enjeux de ces pratiques. Il existe beaucoup plus de documents touchant le développement de l'éthique dans les structures gouvernementales que dans le secteur privé. Plus intéressant encore, les nouveaux enjeux éthiques dans la fonction publique semblent reliés aux nouveaux modes de gestion qui émanent dans le secteur privé.

Tout comme pour l'éthique de la recherche, l'émergence de l'éthique organisationnelle apparaît comme une réponse aux enjeux manifestés par les scandales. Au niveau gouvernemental canadien, les enjeux des conflits d'intérêts ont été au cœur des scandales qui vont conduire à une réponse spécifique à ces enjeux. « Au cours de cette période, des problèmes répétitifs de conflits d'intérêts ont tourmenté le gouvernement du premier ministre Brian Mulroney pendant les années 1985 à 1992. (...) Ensuite, le gouvernement Mulroney a dû faire face non seulement à une longue série d'allégations de conflits d'intérêts visant des membres de son Cabinet, mais également à des accusations de nominations partisans inappropriées(39). Jean Chrétien, qui est devenu premier ministre en 1993, a nommé en 1994 un conseiller en éthique pour le conseiller relativement aux allégations contre des ministres dans les domaines des conflits d'intérêts et du lobbying, enquêter sur des plaintes contre des lobbyistes et administrer le Code régissant la conduite des titulaires de charge publique en ce qui concerne les conflits d'intérêts et l'après-mandat. »¹⁹

Si les conflits d'intérêts occupent l'avant-scène de la première vague d'interrogation éthique dans l'administration de la chose publique, d'autres scandales sensibilisent à d'autres enjeux : « Au cours de cette période, trois scandales impliquant des politiciens et des

¹⁸ Diane Girard, « Pour réussir une intervention en éthique : stratégie et réalisme », in Yves Boisvert (sous la direction de) *L'intervention en éthique organisationnelle : théorie et pratique*. Liber, Montréal, 2007 p. 143.

¹⁹ « Une vocation spéciale : valeurs, éthique et professionnalisme de la fonction publique. 5. Pleins feux sur les valeurs (1985–1996). <http://www.tbs-sct.gc.ca/rp/scv-fra.asp>. (12/4/2010)

fonctionnaires ont soulevé un autre défi notable au chapitre des valeurs et de l'éthique. Le premier de ces scandales — l'affaire Al-Mashat, en 1991 — comportait des allégations selon lesquelles des fonctionnaires fédéraux avaient activé l'attribution du statut d'immigrant admis à Mohammed Al-Mashat, ancien ambassadeur iraquien à Washington et porte-parole de l'Iraq durant la guerre du Golfe. (...)Un deuxième scandale a découlé d'une mission militaire canadienne malheureuse en Somalie en 1993, au cours de laquelle un jeune Somalien fut tué. Une commission d'enquête, créée par le nouveau gouvernement libéral en 1995, s'est plainte dans son rapport(40) que le déshonneur causé par les événements originaux avait été exacerbé par « l'imprécision et la tromperie » dont étaient imprégnés les témoignages de nombreux officiers supérieurs. (...)Le troisième scandale tournait autour d'une commission d'enquête(42), en 1993, sur l'infection de plusieurs milliers de Canadiens par du sang contaminé. »²⁰ Ces scandales mettent en lumière cette fois la fiabilité des fonctionnaires dans l'exercice de leur fonction publique. Il y a certainement toujours eu des malversations dans la fonction publique, mais les années '90 semblent révéler quelque chose de plus profond. Selon Janos Bertok, administrateur principal du service de gestion publique, division gouvernance et rôle de l'État, de l'OCDE : « Les fonctionnaires des pays de l'Organisation pour la coopération et le développement économique (OCDE) sont confrontés à des objectifs et à des conflits d'intérêts d'un type nouveau en raison des réformes du secteur public, telles que la responsabilisation des fonctionnaires et l'accroissement de l'autonomie managériale, les nouvelles relations entre les secteurs public et privé et la confiance accrue dans les mécanismes du marché. »²¹ Les propos suivants recourent cette interprétation de la source du malaise : « Une partie de la réponse du gouvernement à ces incidents a grandement accru l'attention accordée au concept et à la gestion des valeurs de la fonction publique. Cette attention fut également le résultat de développements dans le secteur privé. Le mouvement de la nouvelle gestion publique (NGP), qui met l'accent sur l'application des pratiques et des valeurs commerciales au secteur public, est devenu de plus en plus influent. Cette influence était accentuée par le mouvement de la « culture organisationnelle », animé par des publications commerciales comme *In Search of Excellence*, de Peters et Waterman. Les valeurs étaient présentées comme l'essence de la culture organisationnelle et la clé de la prospérité des entreprises. Les deux mouvements ont eu passablement d'influence sur la fonction publique en l'amenant à accorder une attention plus grande à la planification stratégique, à la responsabilisation à l'égard des résultats et à des valeurs comme le service, l'excellence et l'innovation — qui sont décrites dans la fonction publique du Canada comme des valeurs « professionnelles ». La recherche de ces « nouvelles » valeurs professionnelles s'est accompagnée d'une baisse de la sensibilisation à l'importance des valeurs démocratiques comme la responsabilisation et l'intérêt public. »²²

Tout comme la demande d'éthique en recherche et la demande d'éthique des professionnels, celle de l'éthique organisationnelle dans la fonction publique renvoie à une crise

²⁰ Ibid.

²¹ Janos Bertok, « Des défis à la prévention. Pour un environnement en faveur de l'éthique », *Éthique publique*, vol. 4 no 1, 2002, p. 105.

²² <http://www.tbs-sct.gc.ca/rp/scv06-fra.asp>

de confiance : la confiance de personnes qui sont en relation de dépendance envers d'autres : médecins, chercheurs, avocats, notaires ou fonctionnaires. « Le déclin apparent de la confiance du public dans le gouvernement constitue un important défi politique aussi bien dans les pays développés que pour les pays en développement. »²³ Encore une fois, la demande d'éthique est centrée sur la confiance nécessaire des personnes dans les relations de service, confiance que les personnes feront passer leurs intérêts personnels après ceux du service. Que s'est-il donc passé ? Serait-il vrai que des valeurs professionnelles aient, comme nous venons de le citer, entraîné une baisse de sensibilisation aux valeurs fondatrices de la fonction publique ?

Les dispositifs mis en place nous aident souvent à mieux comprendre le diagnostic de la nécessité d'éthique dans le management public. Dès 1997, « ... le comité de management public de l'OCDE (PUMA) a travaillé sur l'éthique et la prévention de la corruption dans le but de soutenir les pays dans leurs efforts pour améliorer leur système de gouvernance et de gestion du secteur public. Il s'agit d'aider les gouvernements à agir sur l'environnement global du service public de manière à maintenir des cadres d'action efficaces pour promouvoir l'intégrité et prévenir la corruption de fonctionnaires »²⁴ Promouvoir l'intégrité des personnes afin de s'assurer que les fonctionnaires rendent les services attendus dans un pays signifie donc que les balises morales jugées jadis suffisantes pour accomplir la fonction ne le sont plus. Ce diagnostic met en lumière le postulat d'efficacité de tout système de règle : la moralité des acteurs de respecter les règles du jeu en montrant que cette absence de moralité des acteurs rend le jeu inopérant.

Deux grandes approches se dessinent en éthique organisationnelle pour répondre à cette demande de promouvoir l'intégrité des personnes et donc des services publics. « L'une est axée sur le strict respect des procédures descriptives-administratives, les mécanismes de contrôle et les règles détaillées qui définissent ce que les fonctionnaires doivent éviter, ce qu'ils devraient faire et comment ils devraient le faire. Cette approche est appelée 'gestion de la déontologie fondée sur le respect des règles'. L'autre approche, fondée sur les aspirations, consiste à encourager les comportements appropriés par des mesures incitatives plutôt qu'à faire la police et à punir les erreurs et les actes répréhensibles. Elle est connue sous le nom de 'gestion éthique fondée sur l'intégrité. »²⁵ Il semble y avoir quelque chose de paradoxal dans le fait de faire intervenir ces deux approches en même temps dans une organisation. En instaurant un système de contrôle et surveillance axé sur des sanctions, la première approche semble dire que ce recours aux règles punitives est nécessaire pour pallier la déficience morale des acteurs alors que la seconde approche maintient qu'il faut dépasser l'approche policière pour « socialiser » les acteurs. « La socialisation professionnelle permet aux fonctionnaires d'appliquer les valeurs fondamentales dans les circonstances concrètes. Cela implique qu'ils soient formés non seulement aux normes de comportement exigées, mais aussi aux habiletés

²³ Janos Bertok, *op.cit.*, p. 105.

²⁴ Janos Bertok, *op.cit.*, p. 105.

²⁵ *Ibid.*, p. 106; voir aussi Robert Roy, « Actualiser les valeurs partagées » in Yves Boisvert (sous la direction de) *L'intervention en éthique organisationnelle : théorie et pratique*. Liber, Montréal, 2007 p.57-76.

particulières qui leur permettent de résoudre leurs dilemmes éthiques. (...) Un autre objectif consiste à acquérir les compétences nécessaires au raisonnement moral et au jugement éthique. »²⁶

Nous pouvons distinguer deux voies différentes visant à assurer la socialisation des acteurs. La première stratégie correspond à la « remoralisation » des personnes. Cette approche vise à permettre aux acteurs dans une organisation de renouer avec la base morale qui devrait l'animer. Le Groupe de travail sur les valeurs et l'éthique dans la fonction publique a déposé son rapport de 1996 et il continue à être un point de référence pour l'éthique dans la fonction publique canadienne²⁷. L'extrait suivant démontre comment, pour répondre aux enjeux soulevés, le Groupe de travail insiste pour que la fonction publique canadienne renoue avec sa morale traditionnelle : « Dans le rapport, on envisageait un changement de culture dans la fonction publique au profit de la nouvelle culture fondée sur les valeurs « simples, qui ne changent pas » qui ont caractérisé la fonction publique depuis le tout début du siècle. Ces valeurs sont les suivantes : 'servir le Canada et les Canadiens, faire preuve de loyauté envers le gouvernement dûment élu, faire preuve d'honnêteté, d'intégrité et d'impartialité, utiliser à bon escient l'argent des contribuables, respecter fidèlement les principes de l'équité et de l'impartialité, exécuter [ses] fonctions avec professionnalisme et faire montre de respect envers les ministres, les autres parlementaires, le public et les fonctionnaires.'(46) »²⁸ Dans cette perspective de remoralisation il s'agit de renouer avec l'idée de la vocation, notion qui était au cœur des représentations de certaines professions : « Le titre de la présente étude — Une vocation spéciale — est tiré de l'assertion du rapport selon laquelle : ' [l]a fonction publique est une vocation spéciale. Tous n'y sont pas appelés. Ceux qui s'y dévouent y trouvent un sens et une satisfaction qu'il n'est pas possible de retrouver ailleurs. Mais les récompenses ne sont pas matérielles. Elles sont morales et psychologiques, peut-être même spirituelles. Ce sont les récompenses intangibles que procure le sentiment de consacrer sa vie au service du pays, à la conduite des affaires de l'État, à la poursuite d'objectifs publics petits et grands et à l'accomplissement du bien commun'.(51) »²⁹

Dans la foulée du développement de l'éthique appliquée, d'autres formes de socialisation sont proposées qui dépassent la formation très limitée en milieu organisationnel et

²⁶ Janos Bertok, *op.cit.* , p. 110-111.

²⁷ « Les questions de valeurs et d'éthique postérieures à 1985 mentionnées plus haut — et de nombreuses autres — ont été abordées par le Groupe de travail sur les valeurs et l'éthique dans la fonction publique, composé de sous-ministres, qui a débuté ses travaux au printemps 1995 et publié son célèbre rapport(50) en décembre 1996 (généralement appelé le Rapport Tait, du nom de son regretté président John Tait). Une décennie plus tard, les idées, les perspectives et les propositions présentées dans le rapport continuent de faire écho dans la collectivité de l'administration publique du Canada. » <http://www.tbs-sct.gc.ca/rp/scv06-fra.asp.section.5>.

²⁸ *Ibid.*

²⁹ *Ibid.*

qui visent la mise en place de dispositifs éthiques comme des comités d'éthique qui conseillent les différentes instances³⁰ ou encore des approches de direction collégiale³¹.

L'émergence de l'éthique organisationnelle dans la fonction publique canadienne et québécoise nous permet de constater que tout l'appareil d'État mis en place par les diverses lois sociales est dépendant de l'inscription des fonctionnaires à la visée normative de l'État. Autrement dit, la philosophie positiviste du droit a mis en lumière avec Hart comment le droit peut se penser comme la mise en place d'un jeu de règles. Mais tout jeu dépend des joueurs et de leur inscription dans le jeu, c'est-à-dire à reconnaître la visée du jeu, la pertinence des règles en fonction de cette visée et la motivation à suivre les règles. Ce que montre à sa manière l'émergence de l'éthique appliquée, c'est que le droit lui-même, du moins dans ses propres dispositifs d'application, ne peut pas faire l'économie de l'efficacité normative de ses règles. Entendons par efficacité normative d'une règle, cette caractéristique d'une règle qui une fois reconnue par les personnes permet de dire que quelque chose est obligatoire. Par exemple, qu'est-ce qui, dans le fait de jurer au tribunal de dire la vérité, rien que la vérité et toute la vérité, nous lie à la dire ?

Une réponse spontanée à cette question serait évidemment celle qu'avait théorisée John Austin : la crainte des représailles³². Or, comme nous l'avons montré dans les positions de Jonas Bertok, l'approche contrôle et surveillance pour induire la socialisation professionnelle est insuffisante. À elle seule, elle ne peut pas garantir la socialisation nécessaire pour le bon fonctionnement de la fonction publique. C'est pourquoi une approche morale ou éthique s'avère indispensable.

Le développement de l'éthique organisationnelle dans les entreprises privées semble à première vue se poser autrement. Il ne faut toutefois pas oublier que, pour plusieurs, ce sont l'importation des nouveaux modes de gestion, provenant des organisations privées, qui ont produit un choc entre deux cultures : le privé et le public. À quoi correspond l'émergence d'éthique dans les organisations privées ? Dans la perspective de Peters et Waterman qui ont écrit *In search of Excellence*, que plusieurs considèrent la bible de la nouvelle gestion, il s'agit essentiellement de trouver une alternative aux modèles actuels de gestion qui ne sont pas performants. Toute la réflexion sur les modèles de gestion des compagnies s'inscrit dans le contexte plus global de la crise de l'automobile des années '80 et plus spécifiquement, dans la suprématie des voitures japonaises sur les voitures américaines. La remise en question des modèles de gestion met en cause l'approche plus traditionnelle de la bureaucratie par laquelle la définition des tâches et des processus est suffisante pour assurer la productivité. Les propos

³⁰ Georges A. Legault, « L'éthique organisationnelle : intervention ou sensibilisation? » In Yves Boisvert (sous la direction de) *L'intervention en éthique organisationnelle : théorie et pratique*. Liber, Montréal, 2007 p. 33-55.

³¹ Robert Roy, op.cit. , p. 69.

³² « Being liable to evil from you if I comply not with a wish which you signify, I am *bound* or *obligated* by your command, or lie under a *duty* to obey it. » John Austin, *The Province of Jurisprudence Determined*. John Murray, London, 1832 p. 7.

de Peters sont éloquentes : « As Peters explained in 2001: 'Start with Taylorism, add a layer of Druckerism and a dose of McNamaraism, and by the late 1970's you had the great American corporation that was being run by bean counters...' »³³ La nouvelle gestion met l'accent sur l'action et les personnes plutôt que les processus. Voici les huit thèmes principaux de la nouvelle gestion selon Peters et Waterman : « 1. A bias for action, active decision making - 'getting on with it'. 2. Close to the customer - learning from the people served by the business. 3. Autonomy and entrepreneurship - fostering innovation and nurturing 'champions'. 4. Productivity through people - treating rank and file employees as a source of quality. 5. Hands-on, value-driven - management philosophy that guides everyday practice - management showing its commitment. 6. Stick to the knitting - stay with the business that you know. 7. Simple form, lean staff - some of the best companies have minimal HQ staff. 8. Simultaneous loose-tight properties - autonomy in shop-floor activities plus centralised values. »³⁴

De cette nouvelle gestion, certains ont plus interprété les enjeux comme voulant opposer processus et résultats. Certes, l'approche de Peters vise les résultats concrets et performants. Cependant, la condition première pour atteindre ces résultats est de considérer l'ensemble de la gestion comme étant essentiellement un ensemble complexe de relations entre personnes qui œuvrent en principe dans le même sens et ce, pour d'autres personnes. En passant d'une économie axée sur le produit à une économie axée sur le service, les organisations mobilisent des concepts analogues à ceux de l'éthique professionnelle au nom de la qualité du service³⁵. La nouvelle gestion vient poser qu'une organisation doit être vue comme un ensemble organique ayant une finalité commune et qui a pour défi de faire coordonner toutes les actions des acteurs en fonction de la réussite de cette finalité. En adoptant cette approche plus holiste, la nouvelle gestion critique les anciens modes d'avoir pris pour acquis la perspective classique du rapport de force comme composante indépassable de l'organisation du travail. Si une convention collective permet de tracer dans la logique des droits, ceux des patrons et ceux des employés, elle ne peut pas constituer un mode de coordination effectif des acteurs pour assurer la productivité. Toute la réflexion sur les limites de la gestion bureaucratique, de la gestion par contrôle et surveillance et du modèle économiste de motivation des employés conduit à repenser la culture des organisations. De là naîtront les opérations : Mission – Vision – Valeurs qui seront au cœur de l'éthique organisationnelle³⁶.

L'émergence de l'éthique organisationnelle dans les secteurs privés semble correspondre à son origine à une réflexion sur les conditions nécessaires pour assurer la productivité d'une organisation. Parmi ces conditions, le mode de gestion axé sur le modèle bureaucratique de la définition et coordination des processus est remis en question pour un

³³ <http://www.businessballs.com/tompetersinsearchofexcellence.htm>, (12-4-2010)

³⁴ *Ibid.*

³⁵ Marie-Paule Desaulniers et alii, *Le professionnalisme. Vers un renouvellement de l'identité professionnelle* in G.A. Legault (sous la direction), *Crise d'identité professionnelle et professionnalisme*, PUQ. 2003, p. 183 et ss.

³⁶ Georges A. Legault, « La place de l'éthique organisationnelle dans la médiation organisationnelle », *Revue de PRD*, vol. 4. No. 2. Printemps 2006, p. 3-21.

mode de gestion axé sur les personnes. Passer de la coordination des processus à la coordination des personnes exige de repenser la place des processus dans l'action efficace et celle des personnes, de leur motivation au travail et à participer à l'organisation. C'est cette mobilisation des personnes dans une activité commune qui, en principe, permettrait une autorégulation et une meilleure productivité axée sur le sens du travail. Est-il étonnant de constater, après trente ans, et une nouvelle crise de l'automobile, que les organisations privées n'ont que timidement avancé dans la transformation des modes de gestion et qu'en matière d'éthique, elles préfèrent l'approche de contrôle et surveillance suivant la voie déontologique³⁷?

L'émergence de l'éthique organisationnelle illustre aussi les limites de penser la régulation comme relevant de deux moments distincts, celui de l'énonciation et celui de l'application. En effet, croire que l'énonciation d'une loi ou d'une règle ou même celle inscrite dans un contrat négocié soit suffisante pour assurer le lien d'obligation ou la « binding force » repose sur l'a priori que nous vivons déjà dans un monde moral qui assure l'efficacité normative. Miser sur des dispositifs d'application visant le contrôle et la surveillance des acteurs et croire qu'ils sont suffisants pour assurer la coordination des acteurs vers une plus grande productivité constituent un autre a priori de l'approche juridique positiviste.

1.3. La médiation

Tout comme l'émergence de l'éthique organisationnelle, celle de la médiation repose sur différents facteurs. Au Québec, la médiation va tout d'abord s'instituer dans le domaine familial avec la médiation familiale. En 1985 est créée l'*Association de médiation familiale du Québec* par des juristes et des intervenants provenant des sciences humaines. Leur actuel site web présente les raisons d'être de son existence en ces termes : « En structurant la profession, en assurant la formation des médiateurs familiaux et en se dotant d'un code de déontologie, elle a joué et continue de jouer un rôle de premier plan pour développer la médiation familiale et la faire reconnaître comme l'alternative de choix aux recours judiciaires. »³⁸ En quoi la médiation familiale serait-elle une alternative de choix au recours judiciaire ? Pourquoi, dans une société de droit, faudrait-il trouver une alternative au procès ? Les réponses à ces questions que nous retrouvons sur le même site sont, malgré le peu de développement, significatives des insuffisances du droit en matière familiale : « Contrairement à ce qui arrive souvent dans le processus judiciaire, la médiation favorise un esprit de collaboration plutôt que de confrontation et comporte maints avantages. Ainsi, la promotion de la communication et de la coopération, la possibilité pour les parties de contrôler les décisions qui influenceront sur la vie de leur famille, les économies par rapport aux procédures judiciaires, le fait d'éviter la divulgation publique des problèmes familiaux et la réduction du stress des enfants par une atténuation des conflits. Les recherches démontrent également que le taux de respect des ententes de médiation est plus

³⁷ Voir étude de l'APEC sur les interventions en éthique organisationnelle, 2010, site APEC canada

³⁸ <http://www.mediationquebec.ca/index.html#historique> (13-4-2010)

élevé que celui des jugements imposés par les tribunaux et que les démarches devant les tribunaux sont moins fréquentes après le divorce. »³⁹

La médiation familiale met en évidence les limites de la revendication de droits dans la sphère des relations aux autres. Dans la logique juridique des années '80, pour divorcer il fallait un coupable. Une des deux parties avait manqué à ses engagements légaux envers l'autre. Cette reconnaissance de la faute avait une répercussion sur la répartition des actifs de la famille, sur la garde des enfants, etc. La logique juridique d'opposer un droit à un autre pour obtenir satisfaction par le pouvoir judiciaire reproduit dans la sphère des relations humaines les concepts du droit de la propriété et des dommages-intérêts. Les intervenants sociaux et les juristes ont voulu limiter l'impact social sur les personnes impliquées dans le divorce, notamment les enfants. La brisure de la relation familiale a déjà en soi des conséquences sur tous les membres d'une famille qui doivent repenser l'après-divorce tant au plan personnel qu'au plan économique et relationnel pour assurer l'éducation et le bien-être des enfants. Si le procès en divorce règle les enjeux de la propriété commune, dont la pension alimentaire et du droit de garde par un jugement, il est impuissant face à l'avenir des relations après le divorce. Les enjeux sociaux du divorce exigent une approche de collaboration et de coopération pour assurer le maximum de chances aux personnes dont l'union est brisée mais qui demeurent encore liées par leurs rapports aux enfants.

Nous retrouvons ici le noyau central de ce qui permet à la médiation de se définir comme une alternative au droit. En effet, la médiation se présente comme un dispositif visant à régler, par la coopération, des conflits entre personnes alors que le droit cherche à régler, par confrontation, les litiges. Dans sa thèse de doctorat, Louise Lalonde a démontré que la comparaison entre la médiation et le droit comme dispositif pour rendre la justice devait être faite tenant compte des 6 variables suivantes : la qualification du comportement injuste, les conséquences du comportement injuste, les acteurs concernés, la finalité du processus, les normativités de référence et les lieux et processus d'exécution.⁴⁰ En effet, la médiation axée sur les conflits dans les relations humaines nécessite une approche différente de la négociation que celle fondée sur le rapport de force. C'est ce que le *Harvard Negotiation Project* va initier en 1981 avec la publication *Getting to Yes, Negotiating Agreement Without Giving In*, de Ury et Fisher⁴¹. Comme le soulignent les auteurs dans la deuxième édition : « This book began as a question : What is the best way for people to deal with their differences? For example, what is the best advice one could give to a husband and wife getting divorced who want to know how to reach a fair and mutually satisfactory agreement without ending out in a bitter fight? Perhaps more difficult, what advice would you give *one* of them who wanted to do the same thing? »⁴² Cette forme de négociation repose d'une part sur la volonté des personnes de régler leurs

³⁹ *Ibid.*

⁴⁰ Louise Lalonde, *Médiation et Idéal de justice : une perspective internormative*, Université Paris 1, 2004.

⁴¹ Roger Fisher and William L. Ury, *Getting to Yes, Negotiating Agreement Without Giving In*, Penguin Group, 1981, pp.200.

⁴² *Ibid.*, 2^{ème} édition, p.4, <http://www.scribd.com/doc/5117690/Fisher-Ury-Getting-To-Yes>.

différends en évitant la guerre, c'est-à-dire le rapport de force entre les parties et d'autre part, sur la recherche conjointe d'une solution équitable et satisfaisante au différend. Nous retrouvons dans les travaux du *Harvard Negotiation Project* le même constat qui était à l'origine de l'éthique organisationnelle : les limites du rapport de force pour régler les différends dans toute organisation humaine. Pas étonnant que la médiation va apparaître dans bien des secteurs autres que la sphère juridique : médiation de quartier, médiation de voisinage, médiation des conflits dans les communautés. Au Québec, l'approche de négociation raisonnée de Ury et Fisher n'a jamais intégré le milieu syndical, car l'idée même de travailler avec le patron pour trouver une entente juste et satisfaisante paraît impensable compte tenu de la perception du monde capitaliste.

Tant que la médiation semble offrir une approche alternative au droit, elle peut être interprétée comme étant réservée à la dimension morale n'ayant aucun rapport avec le droit. Cependant, le droit lui-même va être interpellé par la médiation. L'exemple de la médiation familiale en est un, mais le problème de la surcharge des tribunaux réguliers ou administratifs obligera à repenser les liens entre la médiation et l'application de la justice. Du point de vue de la philosophie positiviste, le judiciaire est le principal dispositif d'application du droit. C'est par lui que la force contraignante du droit peut s'actualiser. N'y a-t-il pas un paradoxe à constater que la voie royale pour assurer la justice est, dans les faits, limitée et conduit dans son application à des injustices ? Au Québec, c'est la juge Otis qui va développer la conciliation judiciaire à la *Cour d'Appel du Québec*, en réponse aux insuffisances du système judiciaire à assurer une meilleure justice. Parmi ces insuffisances, notons les facteurs récurrents dans la littérature : la congestion des tribunaux qui occasionne des délais considérables pour un règlement final, les coûts d'un procès liés à la complexité des dossiers et à la nécessité des expertises sans oublier les coûts d'appel, le coût humain pour ces longues attentes à rendre la justice et à témoigner ou se défendre⁴³. En développant la médiation obligatoire avant procès ou encore la conciliation judiciaire pour remédier à ces insuffisances dans l'administration de la justice, n'est-ce pas reconnaître qu'il faut recourir à une justice informelle de nature privée dans plusieurs situations et laisser aux tribunaux les causes qui méritent l'appel à la dimension publique ?

La nécessité de réduire la pression sur la demande judiciaire pour régler tous les conflits sociaux a donné lieu à une représentation des conflits sociaux sous forme de continuum. Dans la société, tous les conflits sociaux n'ont pas besoin d'aller jusqu'au juge pour trouver leur solution. Les différends peuvent se régler directement par les particuliers, s'ils ne peuvent pas y arriver, un médiateur pourrait être envisagé, l'échec de la médiation conduit alors à d'autres voies plus ou moins judiciairisées comme la médiation-arbitrage ou l'arbitrage. C'est seulement si un conflit ne peut pas être résolu par ces moyens ou que les enjeux sont d'un intérêt public, que le procès judiciaire s'impose. Une telle représentation des conflits et de la place du

⁴³ Georges A. Legault, *Les modes de règlement des différends : vers une autre 'justice'?*, Collection Essais et conférences, document no. 11, Chaire d'Éthique appliquée de l'Université de Sherbrooke. GGC Édition et Université de Sherbrooke, 2001 p. 7 et ss.

judiciaire dans les conflits sociaux vient paradoxalement relativiser l'importance du droit dans la vie sociale.

1.4. Conclusion de la première partie

Les dispositifs d'éthique de la recherche, ceux de l'éthique organisationnelle et ceux de la médiation se sont développés au cours des trente dernières années. La brève synthèse de l'émergence de ces dispositifs met en lumière des liens entre les conditions d'émergence et des limites du droit positif. Quelles conclusions pouvons-nous tirer qui dépasseraient le simple constat d'un air de famille entre ces phénomènes ? Qu'est-ce que ces expériences nous apprennent sur notre univers juridique ? Démontrent-elles des insuffisances du droit ? Et si oui, en quels termes peut-on définir ces insuffisances ?

Mobiliser le concept d'insuffisance, peu importe le domaine, c'est employer un terme évaluatif qui statue sur l'adéquation de la chose et sa finalité en termes de degrés. Parler d'insuffisance cardiaque, c'est dire que le cœur arrive plus ou moins facilement à pomper le sang dans le corps humain. Pour évaluer le droit en termes d'insuffisance, cela suppose l'identification de la finalité du droit et la mesure du niveau d'insuffisance de ses dispositifs pour l'atteindre. La philosophie positiviste du droit, telle qu'elle se développe chez Kelsen et Hart en prenant une distance de la théorie du commandement de John Austin, cherche à rendre compte davantage du droit comme un système complexe qu'on ne saurait réduire à une théorie des ordres adressés aux citoyens et soutenus par la menace de sanctions. Cependant, en prenant cette distance avec la théorie de John Austin, est-ce que ces auteurs refusent de donner toute finalité au système légal ? Les propos de Hans Kelsen sont clairs à ce propos : « Les normes d'un ordre moral au contraire ne prescrivent ni n'autorisent de sanctions à l'égard des comportements humains qualifiés d'immoraux. Les sanctions juridiques au contraire sont des actes d'être humains, prescrits par des normes elles-mêmes créées par des hommes. Elles constituent donc un élément de l'organisation sociale. À ce point de vue le droit apparaît comme un ordre de contrainte, comme un système de normes prescrivant ou permettant des actes de contrainte sous la forme de sanctions socialement organisées.⁴⁴ » Moins explicite que Kelsen, Hart reprend des idées similaires en associant les règles de droit au contrôle social⁴⁵. Or les insuffisances que nous avons relevées ne convergent-elles pas vers cet a priori de concevoir le droit comme un ordre de contraintes et de contrôle social ?

a) Rapport droit – morale

Une première constante qui se retrouve dans l'analyse de ces trois lieux de recherche et d'interventions peut se résumer ainsi : la remise en question de l'a priori du positivisme juridique de la séparation entre le droit positif et la morale. Dans un premier temps, la philosophie positiviste du droit va se séparer de l'approche du droit naturel. Cette dernière conçoit que la légitimité du droit, qui se définit ici comme source de motivation d'agir

⁴⁴ Hans Kelsen, *Théorie pure du droit*, trad. Charles Eisenman, 2^{ème} édition, Paris, Dalloz, 1962 p. 61.

⁴⁵ H.L.A. Hart, *The Concept of Law*, Oxford University Press, 1997, p. 124.

conformément au droit, repose sur l'efficacité normative de la morale naturelle. En prenant ses distances avec le droit naturel, la philosophie de John Austin va substituer à la motivation morale d'obéir au droit celle de la contrainte exercée par la menace de sanction. La distance que prennent les philosophies de Kelsen et Hart face à Austin élimine toute référence à la motivation d'obéir au droit en considérant soit comme Kelsen que celle-ci est implicite dans la reconnaissance de la Constitution d'un pays ou comme Hart en postulant que tout joueur accepte du fait de jouer les règles du jeu. Dans un deuxième temps, le droit positif va se substituer graduellement à la sphère morale qui régule plusieurs activités humaines dans la société. Ainsi, le *Code de professions* au Québec qui va imposer un système de contrôle et surveillance pour protéger le public. Le législateur québécois reprend essentiellement la vision du positivisme juridique en soutenant le gain collectif qu'est l'instauration d'un système juridique à la place d'un système moral. En effet, on ne peut pas contester les insuffisances des systèmes moraux axés sur les consciences individuelles pour assurer la protection des personnes vulnérables. Autrement dit, le constat de la philosophie positiviste du droit comme quoi la morale n'est pas un système de contrainte suffisant pour réguler la société est valide. C'est pourquoi il devient légitime de substituer l'un par l'autre. Par contre, en substituant une approche de contrôle et surveillance à un mode moral d'appartenance à une profession, l'approche juridique a conduit à une crise de l'identité professionnelle et des ordres professionnels dans la société.

L'analyse de la situation de l'éthique de la recherche au Québec nous permet de voir que la substitution d'un mode juridique au mode moral de la déontologie médicale se fait graduellement. Cette substitution ne part pas d'un constat des insuffisances de la morale médicale mais provient du fait que l'État en tant que finançant les recherches, en tant que lieux où se font des recherches sur l'humain voit de sa responsabilité de contrôler la recherche. C'est ce qui explique essentiellement la tension entre le positivisme juridique et la tradition morale médicale et l'éthique appliquée. Au Québec, les réformes annoncées en matière d'éthique de la recherche ont pour objectif de consolider l'approche juridique du contrôle social plutôt que l'approche éthique.

Dans le domaine de l'éthique organisationnelle, nous avons aussi retrouvé les enjeux des rapports entre le droit et la morale. Les scandales dans la fonction publique ne font que révéler, comme en éthique de la recherche, la faiblesse de la morale individuelle comme balise pour assurer que le service public passe avant les intérêts individuels. Face à ce constat et pour corriger la situation, l'administration publique met en place un système bicéphale avec une approche contrôle et surveillance et une approche axée sur les valeurs et l'intégrité de l'autre. Dans un premier temps, l'approche juridique vient secourir les insuffisances de la morale comme système de contrainte. Cependant, elle reconnaît toutefois que si un effort n'est pas consenti pour « remoraliser » les fonctionnaires dans leur socialisation au travail, l'approche contrôle et surveillance ne pourra pas assurer la promotion de la qualité des services mais seulement garantir que certains gestes compromettant la qualité des services seront réprimés.

Lorsqu'on approfondit ce qui est proposé pour accompagner le système de contrôle et surveillance, nous retrouvons les deux tendances que sont la remoralisation des acteurs ou celle de la responsabilisation éthique des acteurs. Robert Roy présente ainsi la place de la morale dans l'approche contrôle et surveillance : « La stratégie proposée pour pallier ce problème mise avant tout sur l'adoption de normes visant à encadrer les comportements et de mécanismes organisationnels pour en assurer le respect. Certes on évoque également les valeurs auxquelles croit l'organisation dans une perspective de socialisation des membres. Mais on pratique l'exaltation de certaines vertus simplement pour s'assurer d'une motivation à respecter les normes. »⁴⁶ Il précise le noyau dur des différentes approches éthiques ainsi : « Les approches axées sur les valeurs s'inspirent toutes, elles, plus ou moins explicitement, d'une conception dialogique de l'éthique. L'important n'est pas le respect de certaines règles, mais l'évaluation de l'action qu'il est le plus adéquat d'entreprendre dans les circonstances. »⁴⁷ En mettant en place une approche dialogique, la responsabilisation par l'éthique ne se réduit pas à la conscience individuelle, mais à la capacité d'établir collectivement la meilleure voie à suivre pour tous les acteurs. Nous retrouvons cette dimension de la « binding force » que j'ai nommée l'efficacité normative au sein des dispositifs éthiques.

Nos études⁴⁸ sur l'émergence de la médiation tant dans le domaine familial, civil et commercial que pénal nous ont conduit à élaborer trois hypothèses interprétatives. Selon les différentes sources que nous avons étudiées, l'émergence de la médiation privée et de la conciliation judiciaire au Québec et au Canada relèverait de deux constats d'insuffisance : le premier est celui de l'insuffisance des dispositifs d'application du droit par la forme judiciaire pour assurer la justice formelle selon les règles de droit. En instaurant des mécanismes de médiation privée ou publique par la conciliation judiciaire, on permet la réduction des insuffisances de l'administration de la justice. Toutefois, la médiation des litiges sera effectuée conformément à l'approche contractuelle de la confrontation de deux volontés qui doivent arriver à un compromis.

La seconde est celle de l'insuffisance du droit à régler les différends sociaux qui ont cours dans la vie quotidienne des personnes, des organisations et des groupes de pression dans la société. Lorsque le droit transforme le conflit réel en litige, il doit transposer les problèmes vécus en conflit de droits : le droit de l'un étant la limite du droit de l'autre. Or quelle forme normative peut prendre en compte cette perte substantielle qui relève des relations aux autres dans une société ? En s'adressant directement aux conflits, la médiation fait intervenir d'autres références normatives que le droit pour arriver à une solution. On retrouve en médiation au Canada et au Québec les deux tendances de remoralisation ou de ce que j'ai nommé

⁴⁶ Robert Roy, op.cit., p. 58.

⁴⁷ *Ibid.*, p.63

⁴⁸ Ces études ont été menées suite à une subvention de la Commission du droit du Canada sur la justice transformatrice par l'équipe formée de Louise Lalonde, Louis Marquis et Georges A. Legault. Les trois hypothèses interprétatives ont été formulées dans Georges A. Legault, *Les modes de règlement des différends : vers une autre justice?* (déjà cité)

l'éthicisation du droit. En effet, pour résoudre des conflits on peut mobiliser les acteurs à partir de leur encrage moral commun (communauté, religion, cause commune etc.) mais lorsque ces ressources morales ne sont plus disponibles chez les acteurs, il faut procéder par la responsabilisation des acteurs face à la solution du conflit.

Le leitmotiv qui revient constamment au cours de ces analyses est celui des relations humaines, de la qualité des relations dans toute forme d'activité collective et sociale. La perte substantielle qu'opère le droit face à la morale est double, en réduisant tous les discours normatifs à un ordre de contrainte, elle vide toute référence à un univers de sens partagé comme source de motivation d'action d'une part et d'autre part, en instaurant un système de contrôle et surveillance pour assurer l'efficacité de l'ordre de contrainte, elle vide toute référence à la coopération et la construction du vivre-ensemble dans la finalité du droit. Roderick A. Macdonald et Josh Wilner ont établi une parenté entre mes travaux et les leurs dans leur contribution au *Mélanges Georges A. Legault*, qui marque bien la nécessité de dépasser une conception formelle du droit comme règles de l'État pour tenir compte du vivre-ensemble. « Law re-conceived as 'the endeavour of symbolizing human interaction as being governed by rules' (Macdonald, 2006a, p.393) invites the recollection that "living together" means 'living law', and that the 'living law' is the law of 'living together'. »⁴⁹

b) Contrôle social et gouvernance.

L'analyse des trois lieux de pratique nous révèle aussi un autre foyer de convergence permettant de juger de l'insuffisance du droit : celui de la coordination des actions des différents acteurs impliqués dans une situation conflictuelle dans une société. Dans le domaine de l'éthique de la recherche, le conflit potentiel est défini, par l'approche du contrôle social comme étant essentiellement l'abus de pouvoir que les chercheurs peuvent exercer sur les participants à la recherche. Le *Code des professions* du Québec reproduit explicitement cette vision du conflit en voulant protéger le public par le contrôle des membres. Cependant, pour les chercheurs qui s'inspirent davantage de l'approche éthique en recherche, le conflit social se définit essentiellement comme celui entre le développement de la recherche, tant d'un point de vue personnel qu'institutionnel, la protection des personnes impliquées en recherche et aussi la prise en compte de tous les impacts sociaux de la recherche. Autoriser une recherche dans une institution vient à juger que le protocole de recherche et les mesures prises envers les participants et la société assurent le meilleur équilibre possible dans la résolution du conflit. En visant la pondération de tous les éléments en présence dans un conflit impliquant des personnes et des institutions, la démarche de l'éthique de la recherche vise à assurer de fait la meilleure coordination entre tous les acteurs de la recherche : chercheurs, professionnels de

⁴⁹ Roderick A. Macdonald and Josh Wilner, « Living Together, Living Law », Louise Lalonde, France Jutras, André Lacroix et Johane Patenaude (sous la direction de) *Mélanges Georges A. Legault*, Éditions de la Revue de Droit de l'Université de Sherbrooke, 2008, p. 147.

recherche, personnes participantes à la recherche, institutions de financement, institutions de réalisation de la recherche, bénéficiaires éventuels de la recherche.

L'enjeu de la coordination des acteurs est central dans l'émergence de l'éthique organisationnelle. Cette problématique apparaît en tout premier lieu dans la mise en place de nouveaux modèles de gestion qui cherchent à remplacer l'approche bureaucratique de la coordination des acteurs par une approche plus sensible aux relations réelles entre les acteurs dans une organisation. L'insuffisance du modèle bureaucratique, axé sur l'idée de processus à suivre déterminé par des règles, se concrétise dans la plus faible productivité de l'ensemble. La réduction des processus pour laisser place à l'autonomie, la créativité, le leadership autrement dit une marge de manœuvre des acteurs ouvre donc la voie à des abus potentiels. Rappelons-nous comment les fonctions publiques canadienne et québécoise ont vu, dans ce nouveau mode de gestion, la cause de la diminution de l'idéal moral du fonctionnaire. Le constat est simple, la productivité de l'ensemble d'une organisation dépend de la capacité et de la motivation qu'ont les personnes de coordonner leurs actions pour atteindre la finalité de l'ensemble. Le modèle bureaucratique axé sur les processus et le contrat de travail, comme l'équilibre entre forces marchandes, génère une coordination des acteurs moins productive que d'autres modèles de coordination des acteurs.

Les nouveaux modèles de gestion qui proposent des alternatives aux insuffisances du modèle bureaucratique obligent les organisations à inscrire toutes les actions en fonction de la finalité de l'entreprise et de l'organisation. Un processus mis en place ne peut être évalué qu'en fonction de la finalité visée pour l'ensemble de l'organisation. En instaurant la dimension téléologique des actions individuelles et les choix institutionnels dans une organisation, les nouveaux modes soumettent l'évaluation de la règle en fonction de son efficacité réelle. Comme nous l'avons souligné, ce déplacement de la règle vers l'autonomie ne veut pas se réaliser sans que la visée téléologique soit précisée et qu'elle possède la capacité de mobiliser l'ensemble des acteurs. L'opération mission, vision, valeurs était un moyen pour la nouvelle gestion de donner aux acteurs un cadre de référence symbolique et normatif commun pour interpellier les conduites en fonction de l'atteinte des finalités. Dans beaucoup d'organisations se vit un tiraillement constant entre la gestion bureaucratique traditionnelle et la nouvelle gestion axée sur les acteurs plutôt que les règles.

L'émergence de médiation met en lumière une tension entre deux visions des conflits sociaux. La première définit les conflits sociaux comme conflit d'intérêts, suivant en cela la conception de l'homo oeconomicus dont la finalité et la motivation sont de maximiser ses intérêts. La seule limite à cette maximisation est celle de l'autre qui cherche la même finalité. L'équilibre des intérêts réels permet la résolution du conflit dans un contexte : c'est le compromis. La médiation des litiges suit cette logique des conflits sociaux et elle est axée sur le compromis, les concessions et le réalisme des prétentions des parties. En adressant le conflit de relations entre les personnes dans le contexte qui est la source première du litige, la médiation axée sur les relations brisées par le conflit cherche à rapprocher suffisamment les parties pour

qu'elles puissent résoudre leur conflit en regardant l'avenir. L'exemple de la médiation familiale en est l'exemple type. Un conflit n'implique pas seulement les personnes immédiatement impliquées mais aussi des institutions dans lesquelles ces conflits apparaissent : les conflits familiaux, les conflits de voisinage, les conflits de quartier, les conflits de travail, etc. La médiation sur les relations met en avant-scène le conflit au cœur des difficultés de la coordination des actions. C'est en ce sens que la négociation raisonnée dans les relations de travail se définissait comme une négociation continue visant à résoudre les conflits au fur et à mesure pour assurer une meilleure coordination des actions.

Guy Rocher dans son article cité en introduction voulait montrer comment l'émergence de la bioéthique faisait face à un défi énorme pour se faire reconnaître. « J'ai essayé de montrer que, dans la mesure où elle (la bioéthique) répond à un désir de clarification des valeurs et des normes de la pratique médicale d'aujourd'hui, elle rencontre la concurrence d'autres valeurs et d'autres normes déjà établies et qui bénéficient de diverses conditions qui leur sont plus favorables qu'à la bioéthique. Ces conditions me paraissent particulièrement reliées à certains traits de la modernité. »⁵⁰ Parmi ces traits nous retrouvons, le droit dominant, la rationalité économique et la bureaucratisation. L'analyse de l'émergence de l'éthique appliquée en recherche et dans les organisations tout comme celle d'une médiation axée sur les relations entre personnes nous a montré l'ampleur de cette lutte pour la reconnaissance. De plus cette analyse recoupe l'enjeu majeur soulevé par Brian Z. Tamanaha concernant l'instrumentalisation du droit. L'idée du droit comme « rule of law » au lieu du « rule of men » se déconstruit avec l'instrumentalisation du droit par tous les acteurs sociaux. L'impossibilité pour la majorité des personnes de pouvoir se payer les frais d'un avocat et d'un procès qui a de bonnes chances de s'éterniser surtout lorsque la partie adverse a sa propre équipe de juristes alors que le particulier n'a que des ressources limitées. Que dire de ces droits, jugés fondamentaux, qui se font et qui se défont selon les parties au pouvoir ? L'absence de sens qui permettrait de donner des bonnes raisons d'agir conformément au droit, ce que Tamanaha appelle la « binding force » enlève au droit son efficacité normative.

Tant que nous demeurons sur le terrain du droit comme mode de régulation sociale défini essentiellement comme ordre de contrainte, la reconnaissance d'autres formes de normativité sera difficile, à la limite elles seront instrumentalisées pour consolider les défaillances du droit comme système de contrôle et surveillance. Les enjeux actuels de la mondialisation résultant à la fois du moteur économique et de la technoscience remettent en question la capacité des États de gouverner selon le modèle traditionnel du contrôle et surveillance. Selon J.L.Genard, l'État passerait donc à une autre approche, celle d'État-réseaux : « Aux monopoles institutionnels caractéristiques des sociétés fordistes et de l'État social s'est substitué, dans chacun des champs sociaux, un pluralisme institutionnel dont l'État se donne désormais pour tâche d'assumer la coordination tout en assurant la liberté de choix des citoyens. »⁵¹ Pour

⁵⁰ Guy Rocher, *op.cit.*, p. 61

⁵¹ J.L.Genard, *op.cit.* p. 55.

qu'advienne un tel État coordinateur des acteurs sociaux, il faudrait que le droit, pensé selon l'État sécuritaire de protection par le contrôle et la surveillance soit envisagé comme un mode de gouvernance. En théorisant le droit comme mode de gouvernance, dont l'approche du contrôle et surveillance constitue une modalité, on peut dès lors comparer le droit avec la morale et l'éthique appliquée, chacun étant un mode de gouvernance ayant ses propres caractéristiques. Pour caractériser un mode de gouvernance, il faut adopter une vision holiste qui comprend à la fois la dimension symbolique qui donne sens à l'énoncé normatif, la qualification de l'énoncé normatif, son autorité, les dispositifs permettant son efficacité réelle ainsi que les modalités prévues pour l'engagement des acteurs⁵². Seule cette vision permet de dépasser les insuffisances du droit positiviste en renouant avec les acteurs sociaux et leur motivation à suivre les règles. Autrement dit, l'efficacité normative est prise en compte comme condition d'application de la norme. De plus, une approche de gouvernance permet de mieux cerner les insuffisances du modèle de contrôle et surveillance notamment celle de la séparation entre l'énonciation et l'application avec une surévaluation de l'énonciation sur la définition des conditions d'efficacité des dispositifs d'application et celle de la réduction des interactions des acteurs sociaux aux conflits d'intérêts que l'État seul a pour responsabilité d'arbitrer au nom de la protection. Pour dépasser ces insuffisances, la théorie et la pratique du droit doivent se repenser comme mode de gouvernance plutôt que comme ordre de contrainte.

Partie 2 : Le dialogue comme processus dans les dispositifs éthiques

Les dispositifs éthiques les plus connus sont les comités d'éthique : comité d'éthique de la recherche, comité d'éthique clinique, comité d'éthique organisationnel, comité d'éthique aviseur du gouvernement sur des questions particulières comme au Québec, la *Commission de l'éthique de la science et de la technologie*. La difficulté de faire reconnaître une gouvernance éthique, telle que nous l'avons précisée, dans nos institutions actuelles a pour conséquence que plusieurs des comités en place revendiquent le dialogue sans toutefois en faire un processus clairement défini comme l'exigerait une approche holiste de la gouvernance. En plus des problèmes stratégiques issus de la tension entre les approches du droit (contrôle et surveillance) et celle de l'éthique appliquée, la mise en place d'un processus dialogique éveille souvent des doutes sur son opérationnalisation. Ceux-ci portent sur le processus dialogique lui-même, qu'il soit utilisé dans les comités d'éthique ou en médiation. Quelles règles du dialogue peut-on instaurer et qu'est-ce qui justifie aux participants qu'en suivant ce processus on atteindra de façon consensuelle un résultat ? Dans la mesure où le dialogue en éthique vise à résoudre les conflits qui rendent la coordination des acteurs improductive, comment le dialogue peut-il réellement favoriser la résolution des conflits ? Enfin, puisque la résolution des conflits ne peut s'effectuer que par l'engagement des acteurs, comment le dialogue permet-il d'atteindre un résultat ayant une efficacité normative ? Les doutes soulevés face à une approche dialogique en

⁵² Pour plus de détails sur la caractérisation des modes de gouvernance, on peut consulter l'article suivant : Georges A. Legault et Johane Patenaude, *Au-delà des critiques adressées aux comités d'éthique de la recherche : un choix de gouvernance*, op.cit.

éthique sont fondés essentiellement sur les expériences de communication en comité. Nos institutions mettent en place différentes formes de comités et d'assemblées qui devraient en principe, participer à la gestion globale d'une organisation. Ces comités habituellement regroupent des personnes directement impliquées par le mandat et fonctionnent à partir de la supposition que celles-ci, en communiquant normalement entre elles, vont pouvoir arriver à des conclusions et des recommandations. Or, nous avons tous vécu les limites de cette approche, limites que l'on peut formuler en termes de doutes, comme nous l'avons fait, sur les capacités présumées de participants au dialogue, sur l'efficacité réelle du processus en lui-même pour atteindre un résultat et sur l'efficacité sociale à résoudre le conflit affectant la coordination des acteurs.

Pour mieux répondre à ces doutes adressés au dialogue en éthique appliquée, je vais utiliser le modèle de délibération éthique que j'ai développé et qui est utilisé déjà dans plusieurs institutions et programmes universitaires en éthique professionnelle⁵³. Ce modèle a été développé en tant qu'approche pédagogique pour favoriser le développement des compétences éthiques des professionnels, notamment leur capacité de pratique réflexive, de délibération éthique et de dialogue.

2.1. Le dialogue comme processus de co-construction de la résolution d'un conflit.

Le dialogue éthique est une activité communicationnelle très structurée. Plusieurs règles sont constitutives de cette activité. Au départ, le dialogue est une activité collective téléologique : résoudre ensemble la situation problématique et conflictuelle. Cette règle fondamentale du dialogue a deux composantes essentielles. Elle exige en premier que tous les participants au dialogue se voient comme partie d'un processus collectif. L'activité communicationnelle est déjà au départ un engagement à une entreprise de coordination des acteurs en vue d'un résultat. Évidemment, ce n'est pas parce que les participants s'engagent à la coordination de leurs actions que cela va se produire. Cependant, cet engagement permet aux participants d'interpeller tout autre participant qui quitterait son engagement de co-construire quelque chose en voulant imposer son point de vue. La deuxième partie de cette règle impose une finalité précise à la résolution d'un conflit. Le dialogue se construit autour de la recherche de la meilleure solution possible à un problème. Il mobilise donc l'approche de résolution d'un problème qui est centrale à une approche pragmatiste en philosophie depuis Dewey.

L'adoption d'un cadre pragmatiste a plusieurs effets structurants sur l'activité communicationnelle et nous permet de comprendre les limites d'une approche qui miserait sur le seul échange des paroles de tous les participants. Dans nos pratiques discursives en comité, il

⁵³ Georges A. Legault, *Professionnalisme et délibération éthique*, PUQ. , Québec, 2001. Pour une explicitation des exigences communicationnelles du dialogue éthique, il faut consulter la thèse de doctorat de Johane Patenaude : *Le dialogue comme compétence éthique*, Université Laval, 1996.

Il y a une forte tendance à faire un tour de table et à demander à chacun son point de vue sur la question. Chaque personne est ainsi invitée à présenter sa position sur le sujet. L'assemblée peut donc réaliser une mesure d'écart entre les participants. Si une majorité semble se dégager, alors on aura déjà la conviction qu'un consensus se dégage conformément à la norme implicite que la majorité l'emporte. Si l'écart est plus grand, on assistera à des discussions voire même des débats pour faire modifier le point de vue des uns ou des autres afin d'obtenir la majorité souhaitée. On suppose ainsi que la discussion donnera aux participants une occasion de changer de point de vue. Évidemment, plus l'objet de la discussion porte sur une proposition précise, plus simple est le processus. Mais lorsque le mandat est large et qu'un comité doit, par exemple, faire un diagnostic sur un état de la pratique, les échanges peuvent devenir interminables. La conception implicite de l'activité communicationnelle et de la résolution de problème dans cette approche pourrait s'expliquer ainsi : en premier chaque participant représente une position sur un sujet; ensuite le problème du conflit entre les positions peut se régler par la voie de la majorité et si une majorité ne se dessine pas, par l'argumentation visant à faire changer les positions. À défaut, on doit attendre qu'une majorité se dessine pour le faire. Nous retrouvons ici l'essentiel du débat de position. Sur un sujet donné, chaque personne a sa position construite à partir de ses analyses. La discussion consiste à faire valoir que sa position est la meilleure dans le contexte. On se fie alors à l'argumentation pour favoriser l'adhésion à une position. Cette approche communicationnelle est implicite à nos pratiques de débat parlementaire et permet, quand un gouvernement est majoritaire, de procéder sur les dossiers. Devant les tribunaux, la communication suit la même conception implicite, sauf qu'ici, le juge a pour responsabilité de dire le droit, c'est-à-dire quelle position est la meilleure en droit. L'activité communicationnelle des avocats est dirigée vers le juge car c'est lui qu'il faut convaincre du bien-fondé juridique de sa position. Contrairement au débat parlementaire où il n'existe aucun arbitre de la rationalité des propositions soumises et controversées, le débat judiciaire est présidé par un arbitre garant de la validité du raisonnement juridique en la matière. Tout défaut de raisonnement juridique de la part d'un juge pourra être soumis en appel. La structure communicationnelle de l'activité judiciaire permet grâce à un expert en droit de trancher entre les arguments présentés et décider selon le meilleur argument juridique.

Une approche pragmatique postule que les participants au dialogue ont des points de vue différents qu'ils apportent en dialogue mais qu'ils n'ont pas de position à défendre. Ce qui est demandé à chacun c'est leur contribution pour trouver ensemble la meilleure solution au problème. Autrement dit, ce qui dans la position constitue une unité logique et argumentée que l'on doit défendre devient fragmenté dans la perspective pragmatique entre les composantes suivantes : l'identification d'un problème, l'évaluation d'un problème, la décision du problème et la justification rationnelle. Il n'y a pas d'expert qui puisse trancher sur la meilleure position argumentée à partir d'une forme de rationalité de l'action. C'est l'activité de coordination des actions (paroles des acteurs) en vue d'établir le problème commun et la solution commune qui fera le travail de statuer sur la justesse des propos retenus.

De la règle de base constitutive du dialogue comme activité communicationnelle on peut dériver une règle d'inclusion ou d'exclusion au dialogue. En effet, l'approche pragmatiste de résolution de problème est fondée sur deux principes épistémologiques : l'incapacité de l'être humain d'atteindre une réalité transcendante qui viendrait arbitrer entre les positions et le renversement du primat de la connaissance sur l'action. L'image platonicienne du mythe de la caverne illustre bien la différence entre une épistémologie fondée sur la capacité des humains de sortir de la caverne, de connaître la Vérité et de retourner dans la caverne pour convaincre les habitants d'y sortir à leur tour. Reconnaisant l'impossibilité de fonder rationnellement une épistémologie de la vérité-copie d'une réalité transcendante, le pragmatiste ne sort pas de la caverne et il œuvre avec les habitants pour y construire un monde. Le deuxième principe du pragmatisme renverse le rapport que la philosophie fait traditionnellement entre la théorie et l'action. Dans le domaine de l'agir, une approche non-pragmatiste considère que la légitimation du choix d'une action est le résultat d'une déduction faite à partir de nos connaissances c'est-à-dire nos représentations de l'humain, des évaluations dérivées de celles-ci sur ce qui est bon ou mauvais pour l'humain et les faits de la situation. Les débats philosophiques, par exemple, sur les développements technologiques comme les produits issus d'organismes génétiquement modifiés et maintenant les produits contenant des nanoparticules focalisent souvent autour d'arguments moraux qui interdisent le développement technologique au nom du respect de l'humain alors que d'autres au nom d'arguments moraux fondés sur une autre conception de l'humain justifieront le développement technologique. Mais quelle est la Vraie conception de l'humain ? En l'absence de réponse sur la véracité d'une conception de l'humain, le pragmatiste fait remarquer que l'extension de la conception de l'humain, qui était très restreint chez les grecs aux propriétaires terriens, s'est effectuée par la reconnaissance et l'inscription des autres dans le genre humain et ce, à travers différentes. En effet, c'est avec l'abolition de l'esclavage que les noirs ont été intégrés dans la famille humaine. L'élargissement de la conception de l'humain est un travail conceptuel qui se fait dans le cadre de l'élaboration d'une pratique sociale. Conséquemment à cette double exigence du pragmatisme, nul ne peut sincèrement entrer en dialogue s'il vient défendre une position fondée sur une Vérité indiscutable. Ainsi toute position absolutiste s'exclut d'elle-même du dialogue éthique tel que défini.

En instaurant l'approche collective de solution de problème au cœur de l'activité communicationnelle du dialogue, des règles relatives à la pertinence de propos pourront en dériver. Ainsi, les participants ne parleront que s'ils ont quelque chose de pertinent à dire en fonction de la résolution du problème. Autrement dit, si quelqu'un a déjà apporté un élément avec lequel je suis d'accord, je n'ai nul besoin de le signifier ou de faire semblant d'y ajouter quelque chose pour que Ma voix soit entendue. Même si une personne représente un groupe social ou une catégorie de personnes impliquée dans le conflit à résoudre, son rôle est d'apporter son point de vue à la construction du problème et de sa solution. D'autre part, si une personne a de la difficulté à énoncer clairement ce qui fait qu'elle éprouve un malaise sur tel ou tel point, qui empêche de donner son accord, alors l'engagement des participants à la co-construction va se traduire dans l'exigence d'aider ce participant à clarifier le point de vue en question.

2.2. L'efficacité sociale du dialogue : quelle solution pour quel conflit ?

La finalité du dialogue est la résolution du problème c'est-à-dire du conflit relevant de l'éthique et se manifestant dans la société. Nous avons vu que pour un comité d'éthique de la recherche le conflit portait sur l'acceptabilité éthique d'un protocole de recherche. Dans des comités d'éthique clinique le conflit porte sur la meilleure pratique clinique en contexte. Tout comme un comité avisé comme la *Commission d'éthique de la science et de la technologie du Québec* se prononce sur l'acceptabilité sociale de certaines pratiques du développement technologique. Au niveau social, un conflit éthique apparaît dès lors comme un désaccord, réel ou potentiel, entre les personnes sur une action à entreprendre ou des actions à entreprendre. Le conflit à résoudre est donc le désaccord lui-même entre divers acteurs sur la meilleure voie d'action à entreprendre dans un contexte donné.

La démarche de la délibération éthique est donc essentiellement axée sur la prise de décision face à une action à entreprendre qui ne fait pas consensus. Les raisons de l'absence d'accord peuvent être nombreuses, c'est pourquoi la démarche dialogique se construit autour de cinq moments : l'accord sur la situation et les éléments problématiques, l'accord sur l'évaluation des conséquences de l'action, l'accord sur la priorité à accorder à une valeur sur d'autres qui sont en conflit, l'accord sur la détermination des moyens d'action conforme à l'évaluation éthique et l'accord sur la justification de la solution adoptée. Dans un premier temps, nous montrerons en quoi le passage obligé par les cinq moments est efficace pour réduire les impasses des échanges sur position et dans un deuxième temps, en quoi le dialogue même partiellement réussi a une efficacité dans la résolution sociale du conflit.

2.2.1. L'efficacité du processus dialogique pour atteindre un consensus

Dans plusieurs comités qui doivent prendre des décisions sur un plan d'action ou une intervention, la discussion débute souvent par une proposition d'action : on devrait faire X alors que d'autres proposent qu'on devrait faire Y. Lorsque la discussion prend comme point de départ une proposition d'action et que le groupe cherche à décider si ce plan est meilleur qu'un autre, elle a de fortes chances de ne pas aboutir à une conclusion qui fasse consensus et si une majorité ne se dessine pas, alors ce sera l'impasse. Les difficultés rencontrées peuvent s'élucider aisément à la lumière des présupposés de toute décision d'action. Toute action est téléologique, elle vise donc la production d'effets particuliers dans un contexte qui amélioreront la situation problématique. Lorsque la discussion porte sur le moyen d'action et sa justification, elle laisse souvent dans l'ombre l'identification du problème en contexte, l'analyse des conséquences de l'action, l'évaluation des conséquences, la priorité à accorder à certaines conséquences au

détriment d'autres conséquences. Ce que la personne présente au groupe, c'est le choix des moyens d'actions laissant hors discussions ce qui les fonde.

En proposant une démarche systématique de dialogue sur chacun de ces moments, la démarche de délibération éthique met en place une procédure qui oblige les participants à mettre en tension leur position spontanée et le problème commun à résoudre. En premier lieu, les participants doivent se mettre d'accord sur ce qui en contexte induit à prendre une décision. Dans une situation de décision clinique, par exemple, les divers professionnels peuvent avoir des informations privilégiées sur la situation (informations médicales, informations sur le milieu de vie, information sur la personnalité et les interactions du bénéficiaire, etc.). En mettant en commun toutes les informations sur le contexte, il est alors possible d'identifier quels sont les différents dilemmes qui se présentent aux intervenants. Le dilemme le plus fondamental à toute action peut se formuler simplement : Est-ce qu'on intervient ou bien est-ce qu'on n'intervient pas ? Tant que nous ne sommes pas d'accord si la meilleure décision est d'intervenir ou non, il est difficile de préciser la finalité de l'intervention (on intervient sur quoi au juste) et les moyens d'action (comment on intervient). Dans plusieurs situations, le dialogue commence donc par ce dilemme d'action : Est-ce qu'on intervient ou non ? C'est au cours du processus de discussion que la diversité des finalités d'intervention va se préciser.

Puisque toute intervention est téléologique, l'analyse du dilemme d'action en situation nous conduit à identifier les impacts de l'intervention ou de la non-intervention sur toutes les personnes qui pourraient être touchées directement ou indirectement par la décision. Comme le montrent les exemples d'analyse toxicologique des OGM ou des nanoproduits, l'analyse d'impacts repose sur l'identification d'un lien de causalité entre le produit et ses effets et un degré de probabilité que l'impact survienne. Ces analyses reposent sur des bases disciplinaires en toxicologie et sur des méthodes éprouvées. Même avec toutes ces données scientifiques, les résultats se traduiront essentiellement en probabilités. Nous sommes ici au cœur de l'incertitude qui caractérise toute décision humaine. Nos analyses toxicologiques peuvent nous indiquer qu'avec les méthodes reconnues actuellement nous ne pouvons pas démontrer un lien de causalité entre le produit x et son impact sur la santé humaine. Cela ne veut pas dire qu'un tel impact est impossible, mais seulement que nous ne pouvons pas l'établir. « Mais si... », diront certains, formulant ici ce que plusieurs qualifient de « risques hypothétiques ». Dans ce dialogue sur les impacts, nous mobilisons ce que nous savons sur la causalité tant dans le monde physique que social et culturel. Identifier les impacts de notre décision et se mettre d'accord sur un niveau de probabilité de l'événement exigent de dépasser la prise de position pour inventorier ce que nous pouvons savoir et ne pas savoir sur un phénomène. C'est la partie du dialogue qui mobilise nos connaissances scientifiques dans tous les domaines avec évidemment leurs forces et leurs limites.

Le travail d'objectivation qu'exige le dialogue à cette étape est important. En effet, comme l'avaient perçu Aristote et Saint Augustin, une personne « peut ne pas vouloir savoir ». Autrement dit, on peut occulter des faits, ne pas les voir ou les reconnaître parce qu'une telle

reconnaissance aurait un impact sur sa position globale. La discussion rationnelle sert alors uniquement d'écran pour ne pas changer de position. Accepter de soumettre à la discussion nos analyses d'impacts nous inscrit dans une posture d'objectivation rationnelle d'une part et d'autre part dans une posture critique face au degré de certitude scientifique.

Nos actions s'inscrivent non seulement dans le champ de la causalité et des impacts mais aussi dans un environnement socioculturel régulé. Autrement dit, nos actions peuvent avoir des conséquences qui pourraient être évaluées comme étant non-conformes au droit ou à la morale. L'analyse des normativités qui pourraient dicter la meilleure décision possible s'impose. Par le biais de cette analyse, on objective encore les jugements tels : ce n'est pas légal, ou c'est immoral. En effet, l'analyse des liens entre les faits de l'action envisagée et la contrainte normative doit être exécutée avec la même rigueur que l'analyse causale. Dire que quelque chose est légal ou non dépend de plusieurs facteurs. Quelle est la nature du lien entre notre action et les lois et règlements ? Est-ce que la loi ou le règlement impose clairement une voie à suivre ? Est-ce que l'interprétation donnée serait éventuellement retenue par un juge ? Évoquer un lien entre l'action à prendre et un principe moral, exige la même rigueur d'analyse logique du lien avec le principe moral et son interprétation. Encore une fois, l'objectivation exigée ici est de reconnaître qu'une des sources du conflit à résoudre réside peut-être dans le fait qu'une personne mobilise un principe moral alors que les autres n'en voient pas la pertinence. Le processus oblige les participants à distinguer la démarche cognitive qui consiste à savoir si l'action envisagée peut oui ou non tomber sous le coup de l'obligation juridique ou morale, de la démarche décisionnelle qui consisterait à soutenir qu'il faut résoudre ce problème en obéissant au droit ou à la morale dans le cas précis. Le processus permet d'éviter que la charge émotive rattachée à la conformité à la loi (juridique ou morale) ne vienne biaiser la démarche cognitive.

Tant que les participants n'ont pas une vision commune de ce qui interpelle à agir dans le contexte, des impacts possibles de leur décision sur l'ensemble des parties impliquées et des impacts normatifs de leur décision, il est impossible de passer à l'évaluation des impacts et des normativités. Comment et pourquoi évaluer les impacts d'une décision ? Dans une approche délibérative, on postule que l'être humain, par sa capacité de décider, détermine s'il agit ou non en fonction de la finalité envisagée par son action qui est évaluée supérieure à d'autres finalités que pourrait prendre son action en contexte. Autrement dit, les conséquences sont pondérées entre elles et des valeurs leur sont attribuées en fonction de l'idéal du monde humain que l'on fait advenir par la décision. Il existe différentes conceptions de la valeur et de leur rôle dans les décisions. Pour les personnes qui s'inscrivent dans une analyse causale du comportement humain, les valeurs sont des causes de nos actions. On agit conformément à nos valeurs, selon une approche psycho-sociale. Dans une approche délibérative, la valeur n'est pas une cause matérielle qui nous pousse à agir, mais une cause finale vers laquelle on tend (éthique aspirationnelle). La valeur doit être pensée dans la logique téléologique comme ce qui nous permet d'évaluer les impacts de l'action. La valeur vient attribuer à un impact ce qui justifie sa raison d'advenir au monde. Prenons l'exemple de la cigarette, les études démontrent un lien de

causalité entre le fait de fumer et le cancer. Les études démontrent aussi l'addiction à la nicotine qui a pour effet de créer et maintenir la demande de fumer. Par contre, le fumeur, malgré la connaissance de ces faits, dira souvent le bien qu'il éprouve en fumant et le plaisir qu'il y prend. Ces conséquences étant établies, on peut se demander pourquoi quelqu'un arrêterait de fumer ? Qu'est-ce qui fait que certaines conséquences sont jugées supérieures à d'autres ? Évidemment, on voit tout de suite comment la santé est une valeur qui vient attribuer à l'absence de cancer et de maladie le facteur de désirabilité et préfigure un idéal de vie : être en santé. D'autres maintiendront que fumer a un impact positif sur leur satisfaction. La satisfaction ou la jouissance sera la valeur à partir de laquelle ils accorderont une importance à cette conséquence. Encore une fois, reconnaître que les différentes conséquences peuvent être évaluées différemment est une étape que l'on ne doit pas confondre avec le choix. En attribuant des valeurs aux diverses conséquences impliquées dans la décision d'intervenir ou de ne pas intervenir, cela permet de tracer le tableau des différentes évaluations des conséquences et de voir les conflits de valeurs qui devront être résolus dans la décision. Choisir, c'est accorder une priorité à certaines conséquences sur d'autres suite à l'évaluation effectuée. Mais choisir, c'est reconnaître qu'il est impossible d'actualiser pleinement les deux valeurs en conflit. Qu'est-ce qui justifie que l'on accorde une priorité à la santé ou à la jouissance ? N'oublions pas que l'attribution de valeurs s'applique aussi, dans ce processus, aux normes juridiques et aux normes morales. En effet, interdire quelque chose ou imposer quelque chose par une norme présuppose une évaluation des conséquences qui en fonde l'interdiction. En identifiant les valeurs fondatrices de l'évaluation implicite des normes, il est possible d'avoir une vue plus complète de toutes les valeurs en conflit dans la prise de décision.

Si, dans le domaine des choix et des valeurs, on n'en reste qu'au choix individuel, ne revient-on pas au problème du relativisme des valeurs. L'évaluation est certes un acte personnel et relatif aux différentes sensibilités. Cependant, il ne faut pas oublier que la démarche de la délibération éthique est une entreprise de coopération visant la décision sur la meilleure pratique, en contexte, dans une organisation. Ainsi, l'évaluation des conséquences fait intervenir dans la confrontation des valeurs en conflit, la dimension transcendante de l'inscription de cette pratique dans une organisation sociale. Le dialogue sur les évaluations ouvrira sur les raisons qui justifient que collectivement, comme pratique sociale de l'enseignement, de la médecine, de la recherche par exemple, on devrait accorder une priorité à actualiser par l'action telle valeur en priorité. C'est le sens même d'une pratique collective qui se dessine à travers les choix concrets d'accorder une priorité à certaines valeurs sur d'autres. C'est ainsi que les choix de pratique actualisent des valeurs et en accordant une priorité à certaines sur d'autres, ils font naître la forme de vie dans laquelle nous voulons habiter. Le récit qui permet de comprendre en quoi cette décision est raisonnable nous donne accès aux représentations les plus ultimes de l'humain qui sont immanentes à la forme de vie visée.

Le dialogue sur les moyens ne peut donc commencer qu'une fois que la décision d'intervenir ou non a été prise et avec elle, l'identification de la valeur à laquelle on donne une priorité. Ce moment de dialogue sur les moyens concrets de l'intervention ou de la non-

intervention porte essentiellement sur l'identification et l'évaluation des moyens. La délibération éthique impose deux critères : l'efficacité des moyens d'une part et leur justesse de l'autre. Choisir des moyens pour atteindre une fin exige un réalisme quant à l'efficacité des moyens mis en place pour atteindre la fin. Cette évaluation du moyen fera appel à des discussions sur le lien de causalité entre le moyen et la fin et le degré de probabilité que la conséquence arrive. Dans un raisonnement stratégique, le dialogue sur l'efficacité du moyen est le seul élément retenu, au risque qu'on soulève la question : est-ce que la fin justifie les moyens ? C'est pourquoi l'évaluation des moyens doit aussi tenir compte de la justesse des moyens que l'on prend en fonction de l'ensemble des valeurs qui sont en tension dans la décision. La délibération éthique accorde une priorité à une valeur sur une autre, elle ne tranche pas entre des valeurs. Le choix des moyens doit donc viser l'efficacité dans l'atteinte des conséquences identifiées par le choix de la valeur prioritaire, mais il doit aussi minimiser l'impact sur la valeur secondaire. Trouver les moyens qui nous permettent d'actualiser au maximum les valeurs en conflit est la situation idéale. Mais les solutions idéales ne sont pas toujours possibles.

La logique dialogique impliquée dans le processus de la délibération éthique en tant que démarche structurée offre la possibilité de quitter le débat sur position en décentrant le positionnement dans la perspective de la co-construction d'une réponse à un problème commun. Mais ce type de dialogue est-il effectivement possible ?

2.2.2 L'efficacité sociale du dialogue

L'efficacité sociale du dialogue dans la résolution du conflit ne se mesure pas uniquement au consensus à chacun des moments de la délibération éthique. Il se peut que les participants n'arrivent pas à un consensus, lors du premier moment du processus portant sur l'identification des conséquences de la décision. Les désaccords peuvent porter sur la crédibilité du lien de causalité entre l'action et la conséquence identifiée ou sur le degré de probabilité que la conséquence survienne. Lorsqu'un tel désaccord se produit, les participants doivent discuter pour identifier les raisons de ce désaccord. Par exemple, est-ce que le désaccord porte sur la non reconnaissance de valeur de telle ou telle étude ou sur une controverse scientifique. L'expérience d'animation d'un groupe de chercheurs, à partir de la grille de délibération éthique, sur le dilemme que pose la recherche portant sur les animaux transgéniques⁵⁴, m'a permis de constater la force du métalangage dans la résolution des conflits. En effet, si on ne peut pas faire consensus sur une question, on doit à tout le moins faire consensus sur les raisons du « dissensus ». Cet effort d'objectivation des raisons du conflit oblige encore chaque participant à identifier les véritables raisons du refus du consensus sur un point. Dans nos discussions sur les animaux transgéniques, plusieurs chercheurs en sciences humaines soutenaient que la création d'animaux transgéniques avait un impact sur nos représentations de

⁵⁴ Georges A. Legault (sous la direction de) et Thérèse Leroux et Marc-André Sirard (co-directeurs), *Le défi transgénique, Une démarche réflexive*, Presses de l'Université Laval, L'Harmattan, 2001.

l'humain, de l'animal, de la Nature d'une part et d'autre part que ces impacts sur les représentations pouvaient avoir des impacts dérivés sur notre façon d'interagir avec les animaux, les humains et la Nature. Le débat évidemment a porté dans un premier temps sur la validité d'un tel lien causal et donc de la crédibilité des sciences humaines. Grâce au métalangage sur le « dissensus », il a été possible de constater que des participants voyaient la démarche scientifique en sciences pures comme la seule valable pour établir un lien causal. Tant que les résultats avancés par les sciences humaines sont interprétés comme relevant de l'opinion ou la croyance, alors le dialogue rationnel ne peut pas s'effectuer sur l'identification des impacts. Ce constat a amené le groupe de participants à réaliser l'ampleur de l'écart dans la formation des chercheurs en sciences de la nature et les chercheurs en sciences humaines et que cet enjeu expliquait non seulement la difficulté pour les participants de dialoguer mais aussi les difficultés de collaboration et d'interdisciplinarité dans les institutions universitaires. De plus, cette même exigence d'objectivation a permis aux chercheurs en sciences humaines de réaliser que plusieurs de leurs affirmations sur des liens causaux étaient appuyées sur très peu d'études. De tels constats ont un impact qui dépasse le dialogue en permettant de mieux comprendre les pratiques sociales des sciences et la nécessité de trouver des solutions à ces enjeux sociaux. C'est ce qui explique la volonté des membres du groupe de mettre en place un meilleur dialogue entre sciences de la nature et sciences humaines dans les différentes universités.

Dans bien des situations, le constat des participants qu'ils ne peuvent pas s'entendre sur la détermination de certains impacts faute de preuve scientifique fiable conduit à une suspension du dialogue tant que les informations ne sont pas disponibles. L'accord sur le désaccord va fonder la recommandation d'exiger que des études soient entreprises et financées prioritairement sur ces questions. Évidemment, le dialogue peut continuer sur d'autres aspects en attendant les résultats escomptés. Les principaux désaccords à cette étape de la délibération se manifesteront autour de la crédibilité des sources qui fondent les liens de causalité et de probabilité.

Le travail d'objectivation demandé dans l'évaluation des impacts de la décision peut être long compte tenu de la charge affective et existentielle impliquée dans les jugements de valeur. Mais ici, en dialoguant sur la clarification des valeurs d'une pratique à mettre en place, il est possible de dépasser le positionnement individuel. La plus grande difficulté face au consensus apparaît à l'étape d'accorder une priorité à une valeur sur une autre. Dans certains cas, le sens de la pratique à mettre en place ne fait pas l'unanimité. La position que prennent des médecins et des associations de médecins sur l'euthanasie, par exemple, en disant que le médecin est là pour guérir et non pour donner la mort porte sur cet idéal de pratique qui devrait guider la priorité des valeurs. Or, cette conception du médecin voué à la guérison a été contestée comme idéal de pratique puisqu'elle justifiait l'acharnement thérapeutique. Un débat sur la pratique de l'euthanasie par les médecins soulève clairement la question : quelle pratique voulons-nous faire dans la société : guérir, soigner, accompagner ? En posant la question d'établir un accord sur le désaccord, il y a un travail de justification qui oblige à dépasser la simple affirmation que cet idéal de pratique est celui à promouvoir dans notre société. Encore une fois, la

reconnaissance des raisons de l'absence de consensus se traduit souvent par la recherche de moyens pour en comprendre l'ampleur sociale et si possible réduire les causes du « dissensus ».

Il arrive souvent dans la délibération éthique, que même si les participants n'arrivent pas à un consensus sur la priorité d'une valeur sur l'autre, ils s'entendent sur les moyens à prendre pour résoudre le problème. Cela est possible lorsque les moyens permettent à tous les participants de réaliser que les valeurs en conflit dans la situation sont suffisamment actualisées pour donner leur accord. Plus les moyens s'efforceront de tenir compte de toutes les valeurs en présence, ce que nous avons nommé la justesse des moyens, plus le consensus se réalisera. L'absence de consensus à un moment où l'autre de la délibération éthique ne menace en rien l'efficacité sociale du dialogue. La recherche d'un consensus sur les raisons de cette absence d'accord offre aux acteurs la possibilité de réviser leur position à la lumière d'une démarche réflexive. De même la réflexivité sur les raisons du désaccord aura un impact sur l'ensemble de l'organisation soit en incitant les acteurs à travailler sur les causes qui induisent un désaccord systémique soit en cherchant à coordonner l'action de tous compte tenu du désaccord.

2.3. Les capacités requises : Qui peut dialoguer ?

Comme toute pratique gouvernée par des règles, le dialogue impose certaines conditions préalables pour y participer. Cette pratique étant gouvernée par une approche pragmatique de résolution de problème, de mobilisation des connaissances pour résoudre un problème, et de l'impossibilité d'atteindre par la connaissance une seule vérité qui permettrait de résoudre le problème, certaines personnes s'excluront d'elles-mêmes du processus. Ainsi, les personnes qui croient avoir la Vérité à partir de laquelle résoudre tous les problèmes, ne pourront pas s'engager dans le processus dialogique. En plus de cette condition d'accepter les règles du processus, le dialogue exige des participants des capacités réflexives, des capacités d'apprentissage et des capacités linguistiques.

Il ne faut pas confondre les capacités réflexives exigées dans le processus dialogique avec les capacités exigées par la philosophie de la conscience. Les philosophies de la conscience s'articulent essentiellement autour de trois moments : prendre conscience de quelque chose (qui était inconscient), changer sa façon de voir à partir de cette prise de conscience et agir conformément à la nouvelle vision des choses. La philosophie de la conscience postule que la parole est centrale dans le fait de faire advenir la conscience de quelque chose. La différence essentielle entre la philosophie de la conscience et l'approche réflexive peut se résumer à distinguer le couple conscient/inconscient du couple implicite/explicite. Développer une capacité réflexive, c'est développer la capacité de rendre explicite ce qui est mobilisé implicitement dans l'action. Les travaux de Schon et Argyris ont développé cette idée de praticien réflexif justement pour réduire l'écart entre ce qui est mobilisé comme théorie dans l'action du praticien et ce que le praticien déclare mobiliser dans son action. Lorsqu'on demande à un praticien ce qu'il fait dans sa pratique, habituellement il va recourir au savoir

théorique qu'il a appris et auquel il pense se référer dans sa pratique. Lorsqu'il s'agit d'une nouvelle pratique, inspirée souvent par l'insatisfaction face à une pratique enseignée, le professionnel n'a pas les mots pour nommer sa pratique. La capacité réflexive se manifeste par celle de mettre des mots sur une pratique. Il s'agit d'abord de rendre compte de ce qui se fait dans la pratique, des choix opérés dans le processus, des méthodes d'intervention (premier niveau de langage) mais ensuite, il s'agit de rendre compte des raisons de ces choix dans la pratique (deuxième niveau de langage). C'est en procédant ainsi qu'il est possible de rendre explicites aux autres les théories mobilisées dans une pratique.

Les capacités réflexives ne dépendent pas d'une faculté de l'esprit comme la philosophie de la conscience, elles sont possibles parce que nos capacités linguistiques nous permettent non seulement de tenir un langage de premier niveau, mais aussi un langage sur le premier niveau : le métalangage. Toute l'approche dialogique, comme activité communicationnelle, repose sur ces capacités réflexives au cœur des capacités linguistiques : le pouvoir de tenir un métalangage sur le langage premier. Ainsi, si j'affirme que telle action aura pour conséquence un impact x, je me soumetts à l'ensemble des règles de l'énoncé descriptif et je dois répondre à la personne qui me demande sur quoi se fonde cette affirmation ou encore si je suis sincère en affirmant ceci.

Les personnes n'ont pas toutes des capacités linguistiques et elles ne possèdent certainement pas toutes les mêmes capacités linguistiques. Si les premières sont, de par leur situation, incapables de participer minimalement au dialogue, les secondes pourraient y participer. Le conditionnel s'explique ainsi. D'une part, des personnes ayant moins de capacités linguistiques que d'autres ne se sentent pas véritablement à leur place dans cette structure et ont tendance à laisser parler ceux qu'ils considèrent comme les experts. Mais une personne qui reconnaît les différences de capacités linguistiques et qui ne se sent pas menacée dans le processus participerait donc à part entière. D'autre part, le processus dialogique est essentiellement un processus d'apprentissage collectif. Autrement dit, le développement des capacités réflexives fait partie du processus qui vise, comme nous l'avons vu, une objectivation face à nos positions et face à nos énoncés.

La médiation sur les relations est un excellent exemple pour comprendre comment le processus dialogique est un apprentissage collectif. Dans un processus de médiation sur les relations nous retrouvons la même approche de processus dialogique de co-construction d'une solution à un problème commun. Dans les étapes de la médiation sur les relations, la première opération est d'identifier le problème commun, la seconde de formuler des options de solution au problème commun, la troisième d'évaluer les options et la dernière de choisir parmi les options. Certains médiateurs, qui sortent des programmes d'enseignement qui favorisent la médiation sur les relations, croient qu'il suffit d'expliquer aux parties ce qu'est la médiation et son processus pour que les participants soient capables de suivre les règles du jeu. Ces jeunes médiateurs sont surpris de voir que les participants reviennent à la négociation sur position. Il en est de même pour les personnes qui participent au dialogue tel que je l'ai développé. Elles peuvent bien saisir les règles du jeu dialogique et être d'accord à jouer le jeu, mais cet

engagement à jouer le jeu ne garantit pas qu'elles soient capables effectivement de suivre ces règles. Tout comme le médiateur revient constamment pour aider les participants à respecter les règles de la médiation, la personne responsable du processus dialogique dans un groupe doit constamment aider et se faire aider par d'autres participants pour que les personnes développent les capacités réflexives, mais aussi qu'elles deviennent capables d'abandonner l'approche spontanée de défendre sa position et donc de s'ouvrir au changement.

Dans le processus dialogique, la première condition de possibilité du changement est de voir l'insuffisance de quelque chose. Par exemple, on peut penser que sa position était fondée sur la science récente, mais on se rend compte que sa position ne tient plus la route compte tenu des connaissances actuelles. De même, on peut réaliser qu'on ne voyait qu'une partie du problème global, celle évidemment qui correspond le plus avec sa position. La deuxième condition de possibilité du changement est, une fois l'insuffisance reconnue, que le participant doit entamer une démarche de trouver ce qui comblerait le mieux l'insuffisance constatée. L'apprentissage collectif permet ici de développer les capacités réflexives sur l'une ou l'autre des dimensions de la solution de problème et d'intégrer, par le consensus, ces nouveaux apprentissages.

L'apprentissage collectif ne repose pas seulement sur les capacités réflexives mais aussi sur les capacités dialogiques. Le dialogue est une entreprise de coordination des acteurs en vue de construire une solution collective au problème commun. Les activités communicationnelles ne sont pas toutes structurées en fonction de la coordination des acteurs. Les jeux de langage persuasifs (rhétorique, propagande, publicité) n'ont comme visée que l'impact direct de la pensée sur receveur par le message. Avec l'activité communicationnelle axée sur le meilleur argument disponible en contexte, les discours des acteurs sont perçus comme exprimant des positions concurrentes. L'objectif de l'activité communicationnelle est de départager par le meilleur argument quelle est la position à retenir. Apprendre à dialoguer, c'est apprendre à utiliser la parole publique pour apporter quelque chose afin de faire avancer la discussion en cours. C'est apprendre une discipline de la parole qui est aux antipodes de la valorisation de soi. C'est aussi vérifier si le point de vue apporté par un participant est bien compris, par soi et par tous, afin que cet élément puisse bien entrer dans l'analyse en cours, de même que de favoriser l'échange sur le constat des écarts entre les participants sur une question et ouvrir la discussion sur les raisons de ce désaccord. Cet apprentissage collectif du dialogue comme coordination des actions langagières des acteurs est en même temps un apprentissage de dispositions face à l'autre : respect des personnes, respect de la parole émise. La parole ne devant pas être utilisée pour ridiculiser l'autre personne, pour juger de la force ou faiblesse de son intelligence ou encore de l'exclure parce qu'elle est trop émotive.

Le comité d'éthique comme dispositif d'application de l'éthique et la médiation sur les relations se structurent tous deux selon le processus dialogique tel que nous venons de le développer. Par l'approche dialogique, ils peuvent répondre aux insuffisances des comités disciplinaires et la médiation sur intérêts que nous avons identifiées. Ces dispositifs proposent

un processus de coordination des actions à la place de dispositifs axés sur le rapport de force dans la négociation ou dans l'approche paternaliste d'assurer la protection suffisante des personnes vulnérables. En proposant aux acteurs un processus de coordination de leurs actions pour résoudre les conflits décisionnels dans les pratiques, ces dispositifs accordent une place importante à la co-construction d'un monde que l'on veut habiter. En proposant une démarche systématique de résolution de dilemme d'action, les dispositifs favorisent un apprentissage collectif de pratique réflexive et de résolution de problèmes. Cet apprentissage permet de s'éloigner du débat sur position axée essentiellement sur la force réelle d'imposer sa position aux autres ou de la force argumentative de l'énoncé de l'expert. En proposant un processus d'évaluation des conséquences que l'on veut faire advenir par nos décisions et une démarche consensuelle, l'approche dialogique permet à chacun des participants de donner force et sens à la normativité éthique qui justifie la priorisation des valeurs. L'accord (partiel ou total) établit la normativité de référence et assure son efficacité normative. Est-il étonnant de constater, comme l'affirme le site de l'Association de médiation familiale du Québec, que « l(L)es recherches démontrent également que le taux de respect des ententes de médiation est plus élevé que celui des jugements imposés par les tribunaux et que les démarches devant les tribunaux sont moins fréquentes après le divorce. »⁵⁵.

⁵⁵ <http://www.mediationquebec.ca/index.html#historique> (13-4-2010)