

L'ÉTHIQUE ET LES LIMITES DU DROIT^d

par André LACROIX^{**}

SOMMAIRE

1.	Introduction : la nouvelle demande citoyenne	197
2.	La crise du droit : malaise philosophique et constat sociologique	199
2.1.	Le malaise taylorien	200
2.2.	Le constat sociologique de l'individualisme	202
3.	Les limites du renouvellement interne de la théorie normative	204
3.1.	La transformation du droit	206
3.2.	Les fondements épistémologiques du droit	209
3.3.	Le cul-de-sac juridique	212
4.	L'alternative: le jugement pratique citoyen	214
5.	Conclusion	216

*. J'ai beaucoup profité des conversations et critiques de mes collègues Legault et Malherbe pour rédiger ce texte. Leurs commentaires éclairés m'ont amené à revoir certains passages et à clarifier certains énoncés. Bien qu'il y ait tout lieu de croire qu'ils demeurent en désaccord avec moi sur de nombreux points, je tiens tout de même à les remercier pour leurs commentaires pertinents et les échanges toujours stimulants que j'ai avec eux.

**.. Professeur à la Faculté de théologie, éthique et philosophie de l'Université de Sherbrooke.

1. Introduction : la nouvelle demande citoyenne

Malaise ou simple constat? Le recours aux tribunaux est en constante progression depuis le tournant des années quatre-vingt, comme le constate le sociologue Jean-Louis Genard¹, au point de susciter un véritable malaise au sein de nos démocraties occidentales². Dans les faits, cette augmentation des causes entendues par les tribunaux reflète les nouvelles attentes des citoyens à l'égard du droit³. Ces derniers y recourent en effet de plus en plus pour demander aux magistrats de sanctionner des valeurs personnelles que chacun d'eux souhaite voir reconnaître par l'ensemble de la société⁴. De là ce malaise relatif à la capacité même du droit de répondre à cette demande citoyenne relative aux nouveaux types d'arbitrage qui lui sont soumis⁵.

Un tel malaise pourrait bien être lié à notre conception du droit qui, elle-même, renvoie à la question de sa finalité. De fait, il n'existe pas de définition univoque du droit et du même coup plusieurs conceptions s'opposent. À défaut d'une définition qui rallierait tout le monde, il serait éventuellement tentant de prendre le risque de le définir d'une manière très générale comme étant «un discours rendant compte de ce qui est exigible et autorisé dans une collectivité humaine par conformité à une règle précise»⁶. Le droit sera alors considéré comme un ensemble de règles en vigueur au sein d'un regroupement d'individus. À ce titre, il sous-tend une normativité produite par l'autorité qui institutionnalise la vie en société : pouvoirs religieux, civil, étatique, militaire, monarchique selon les pays et les communautés considérés. C'est précisément ce lieu de production de la norme et, par extension, le rapport des citoyens à la

-
1. J.-L. Genard, *Les dérèglements du droit : entre attentes sociales et impuissance morale*, Bruxelles, Labor, 2000.
 2. C. Taylor, *Grandeur et misère de la modernité*, Québec, Éditions Bellarmin, 1992.
 3. J.-L. Genard, *Les pouvoirs de la culture*, Bruxelles, Labor, 2001.
 4. Une demande telle que la reconnaissance du mariage entre personnes du même sexe semble aller dans ce sens (pour ne donner que cet exemple) tandis que la lutte pour la reconnaissance est devenue un enjeu central des combats sociaux en cours. Voir à ce sujet, A. Honneth, *La lutte pour la reconnaissance*, trad. par P. Rusch, Paris, Les Éditions du Cerf, 2000.
 5. G. A. Legault, *Les modes de règlement des différends : vers une autre justice?*, Sherbrooke, Éditions GGC, 2001.
 6. O. Cayla, «Droit» dans M. Canto-Sperber, dir., *Dictionnaire d'éthique et de philosophie morale*, Paris, Presses universitaires de France, 2001 aux pp. 477-484.

norme qui soulèvent d'importantes questions⁷ puisque, selon les lieux de production identifiés, la légitimité de la norme varie et son effectivité s'en trouve affaiblie ou renforcée⁸ selon les cas. Les citoyens ont alors le choix de recourir au droit ou à d'autres formes de discours pour trancher les conflits qui les opposent à d'autres citoyens, à des groupes ou à l'État lui-même. Ce choix offert aux membres de nos sociétés démocratiques révèle bien la difficulté que le droit éprouve à répondre à cette nouvelle demande sociale à l'intérieur de sa propre finalité traditionnelle. C'est ce malaise que nous désirons élucider dans le présent texte.

Notre hypothèse est que le droit ne peut répondre à cette demande en raison de son cadre épistémologique. Il est plutôt appelé, compte tenu de sa spécificité⁹, à partager la tâche avec d'autres formes de discours. L'émergence des nouveaux modes de résolution des différends, tout comme les autres formes de réflexion normative avancées par les éthiciens¹⁰ et les philosophes¹¹, serait là pour nous le rappeler¹².

Au cœur du nouvel humanisme qui se déploie actuellement dans nos sociétés, l'éthique apparaît comme partiellement indépendante du droit; elle se donne même pour une critique du droit à partir de nouvelles normativités¹³ appelées à compléter le discours juridique — sans aucunement prétendre s'y substituer — en prenant en compte précisément les facteurs sociaux, les normes et les valeurs qui fleurissent hors des compétences traditionnelles du droit.

7. J. DeMunck et M. Verhoeven, *Les mutations du rapport à la norme, un changement dans la Modernité?*, Bruxelles, DeBoeck, 1997.

8. G. Rocher, *Études de sociologie du droit et de l'éthique*, Montréal, Éditions Thémis, 1996.

9. L. Bégin, «Les normativités dans les comités d'éthique clinique» dans M.H. Parizeau, dir., *Hôpital et Éthique : Rôles et défis des comités d'éthique clinique*, Ste-Foy, Les Presses de l'Université de Laval, 1995 aux pp. 32-57.

10. *Supra* note 5 et A. Lacroix, «L'éthique appliquée : une nouvelle éthique de société» (2001) 13 *Ethica* 9.

11. A. Cortina, «L'éthique appliquée comme herméneutique critique des activités humaines» dans L. Sosoé, dir., *La vie des normes et l'esprit des lois*, Montréal, Harmattan, 1998 aux pp. 151-168.

12. R. Langer, «The Juridification and Technicisation of Alternative Dispute Resolution Practices» (1998) 13 *Can. J. of Law and Society* 169.

13. Nous avons pour notre part qualifié cette approche de nouvelle éthique de la citoyenneté dans la revue *Ethica* : A. Lacroix, *supra* note 10.

Pour soutenir notre point de vue, nous reprendrons les arguments que Genard avance pour soutenir sa propre thèse, thèse selon laquelle les transformations culturelles subies par nos communautés contemporaines ont engendré une transformation radicale du droit¹⁴. Nous exposerons ensuite la thèse de Taylor en guise d'explication de cette transformation culturelle¹⁵. Fort de ces explications, nous soulignerons ensuite l'obligation qu'a le droit de se «ré-éthïciser» afin de répondre à la nouvelle demande sociale. À partir de ces rappels, nous démontrerons enfin que cette «ré-éthïcisation» est logiquement improbable en raison des caractéristiques intrinsèques du paradigme juridique. Mais, par contre, la démarche amorcée par Fletcher¹⁶ et plusieurs autres au cours des années soixante et soixante-dix — démarche visant à développer un cadre conceptuel plus à même de rendre compte de l'éthique contemporaine en actualisant des prises de décisions personnelles et collectives à l'intérieur d'un schéma conceptuel axiologiquement neutre — permettrait de répondre à cette demande sans pour autant dépouiller le droit de sa fonction régulatrice.

2. La crise du droit : malaise philosophique et constat sociologique

La formule est éculée mais pourtant juste : «le droit est en crise». Les spécialistes et les praticiens en conviennent¹⁷. Comme le fait si bien ressortir Genard¹⁸, pour comprendre le contexte et les conséquences de cette crise, il faut la lier aux profondes mutations subies par nos sociétés. À défaut de nous livrer à une analyse détaillée de ce phénomène qui ne servirait d'ailleurs pas directement les fins de notre argumentation, nous l'accepterons pour un fait et rappellerons d'abord que cette crise marque un tournant important de la Modernité comme le souligne Charles Taylor¹⁹.

14. *Supra* note 3.

15. C. Taylor, *Sources of the Self : the Making of modern Identity*, Cambridge, Harvard University Press, 1989 et *La liberté des modernes*, Paris, Presses universitaires de France, 1997.

16. *Supra* note 5.

17. *Supra* note 3.

18. *Ibid.*

19. *Supra* note 2.

2.1. Le malaise taylorien

Selon la thèse défendue par Taylor, le sujet moderne ne penserait guère plus qu'à réfléchir les comportements humains à travers son expérience personnelle, entièrement tourné vers lui-même et entièrement préoccupé par sa propre finitude. Par extension, les rapports sociaux seraient réduits à de simples relations intersubjectives apparaissant et disparaissant selon les caprices de chacun, hors de tout véritable cadre institutionnel. Dès lors, toute interrogation sur le bien et le mal à l'intérieur d'une société donnée ne serait plus qu'une simple réflexion formulée à partir des expériences individuelles en fonction d'une prise de décision se voulant rationnelle. Toute discussion avec l'autre ou toute mise en commun d'expériences avec autrui faisant apparaître les différentes perceptions individuelles du bien et du mal, prendrait des allures de véritables débats d'opinion, voire d'inextricables problèmes sociaux ou d'insoutenables dilemmes éthiques. Le bien et le mal deviendraient ainsi des enjeux de vie en société, non pas quant à la définition d'un bien commun mais quant à la manière de faire cohabiter une multiplicité de conceptions du bien. La «demande d'éthique» — qui est en fait une volonté de réfléchir et mettre en forme ces problèmes — marquerait alors nos rapports à la norme du sceau de cette quête de légitimité morale que le bien commun désormais disparu ne pourrait plus nous fournir. C'est là la conception libérale de la vie en société²⁰, ou à tout le moins, la version dure de cette conception qui pourrait évidemment être nuancée à bien des égards²¹. Nous partirons néanmoins de cette conception pour développer notre argument afin de prêter le maximum de cohérence à la position libérale qui prévaut actuellement dans nos sociétés. Pour bien saisir la portée de cette position dans notre argumentation, nous définirons les notions de «problème» éthique et «demande» éthique, de même que le rôle réservé au bien et au mal dans la résolution des «problèmes» afin de voir en quoi cette position peut influencer le rapport à la norme.

Par «problème éthique», nous entendons une action dont la réalisation soulève des apories qui se traduisent généralement par une question du type

20. A. Berten, P. Da Silveira et H. Pourtois, *Libéraux et communautariens*, Paris, Presses universitaires de France, 1997.

21. Voir aussi le livre de Berten pour une discussion de ces problèmes.

«dois-je agir de telle ou telle manière?» dans une situation donnée. Face à un tel questionnement, le citoyen cherche dans le discours juridique une norme, une loi ou une règle qui l'aide à déterminer la manière d'agir la plus appropriée. Il cherche donc dans le discours juridique non pas un cadre moral mais une simple procédure lui permettant de défendre ses propres valeurs individuelles à l'intérieur d'un choix clairement rationalisé. Mais en raison de la conception qu'il se fait de lui-même, le sujet - citoyen évoqué par Taylor sera toujours plus gourmand dans la requête de droits visant son plein épanouissement personnel par l'élargissement de la palette des comportements qu'il pourra estimer socialement et juridiquement acceptables. Dans ce dernier cas, nous parlerons d'une demande d'éthique informellement adressée à l'État par le biais des tribunaux pour produire de nouveaux droits censés engendrer de nouvelles demandes d'arbitrage sociaux toujours plus complexes. Nous distinguerons toutefois cette quête de droits d'une demande morale puisque le citoyen chercherait simplement une légitimation de ses choix afin de pouvoir les opposer à ceux des autres plutôt que de privilégier une réflexion sur le bien et le mal. La demande d'éthique renverrait par conséquent à une réflexion sur la norme et les valeurs sous-jacentes à la formulation du choix rationalisé.

Comme l'illustrent les travaux de Dworkins²², Rawls²³ et Lenoble²⁴, cette attitude a pour conséquence une véritable «procéduralisation» du droit. Souhaitant en effet s'incarner dans la volonté de l'État comme lieu d'institutionnalisation de la vie publique et se situer au-delà des questions morales relatives à un bien commun, le droit s'est présenté, au cours du XXe siècle, comme un discours «axiologiquement» neutre régulant la vie en société. En ce sens, nous pourrions parler d'une «déséthicismation» du droit essentiellement due à deux facteurs : l'individualisme exacerbé des citoyens qui amène une instrumentalisation du droit au profit des seules volontés individuelles d'une part et, d'autre part, la technicité de nos sociétés qui ont évacué tout débat sur le juste au profit d'une réflexion sur leur capacité de rendre divers services à la communauté.

22. R. Dworkins, *Taking Rights Seriously*, Londres, Duckworth, 1977.

23. J. Rawls, *Theory of Justice*, Cambridge, Harvard University Press, 1971.

24. J. Lenoble, «La procéduralisation contextuelle du droit» dans *Démocratie et procéduralisation du droit*, Bruxelles, Buylant aux pp. 97-124.

2.2. Le constat sociologique de l'individualisme

Comme la plupart des auteurs le reconnaissent maintenant, nos sociétés sont marquées par le phénomène d'individualisation²⁵, c'est-à-dire par ce repli sur soi propre au sujet moderne qui lie son projet de vie à l'affirmation de sa seule liberté. Selon Charles Taylor, cette liberté serait même devenue, au fil du temps et au gré de l'émancipation humaine, la seule finalité de nos existences. En réalité, c'est essentiellement le projet libéral qui oriente le développement de nos sociétés. C'est donc ce projet qui doit être considéré comme postulat de départ²⁶ pour comprendre tant nos interactions individuelles que notre «vivre ensemble».

En ce sens, l'individualisme exacerbé que nous connaissons a pour principale conséquence de nous couper du monde et de nous renvoyer à une quête de sens presque exclusivement bâtie sur nos perceptions individuelles. Cependant, la critique «communautarienne» a bien montré que cette quête de sens fondée sur les besoins individuels ne peut rester hors de tout cadre communautaire²⁷. Et c'est la raison pour laquelle elle a pris, et continue de prendre, la voie juridique pour se traduire en langage juridique sous la forme de nouvelles normes (codes d'éthique, codes de déontologie, normes du travail, normes de la sécurité routière, normes de consommation d'alcool, normes de tolérance du gras dans la viande, normes concernant la nocivité des médicaments, etc.) ou de nouvelles formes d'interprétation du droit (évolution de la fonction de juger et nouvelles formes de mise en pratique de la norme : médiation, négociation, etc.). Elle prend cette voie parce que depuis le début de la Modernité, les normes juridiques ont presque toujours encadré le «vivre ensemble». L'individualisme actuel de nos sociétés force toutefois ce droit à se redéfinir et provoque la présente crise juridique qui est aussi celle des valeurs. Il convient en effet de tenir compte du paradoxe suivant : vidé de tout contenu éthique afin d'éviter quelque biais moral qui aurait pour conséquence de

25. G. Lipovetsky, *L'ère du vide*, Paris, Gallimard, 1983 et W. Kymlicka, *Contemporary Political Philosophy, an introduction*, Oxford, Clarendon Press, 1990.

26. A. Lacroix, «Une éthique inclusive de la citoyenneté» dans Y. Boisvert, J. Hamel et M. Molgat, *Vivre la citoyenneté : identité, appartenance et participation*, Montréal, Liber, 2000 aux pp. 53-64.

27. *Supra* note 20.

privilégier certaines valeurs au détriment de d'autres, le droit est maintenant sollicité à des fins qui l'obligent à réintroduire l'éthique dans son discours.

Comme le souligne Taylor, la technicité de nos sociétés a ainsi progressivement amené l'Homme à se couper de ses sources et à résoudre ses problèmes²⁸ dans la seule perspective de l'évaluation des coûts et des bénéfices, au détriment de tout questionnement portant sur la finalité de la vie commune. Cette technicité a aussi provoqué une relecture des rapports sociaux au seul profit d'une «procéduralisation» et d'une régulation, voire d'un équilibre social plus ou moins nécessaire à la réalisation des projets individuels. Le droit n'a plus alors pour rôle d'incarner le juste et le bien mais de réguler des échanges selon la logique marchande qui prévaut aujourd'hui. En ce sens, la crise qu'a traversée l'État providence au cours des dernières décennies résulte de l'individualisme et devient davantage un symptôme qu'une conséquence de cet individualisme postmoderne tant décrié par tous. La crise de légitimité de cet État providence nous oblige en fait à redéfinir notre conception du droit comme l'illustrent les travaux du mouvement *Law and Economics* et ceux des théoriciens du choix social qui découlent essentiellement des recherches faites par les économistes depuis le tournant du siècle²⁹.

Ainsi, par-delà les simples progrès techniques qui ont assuré le bien-être de nos communautés et contribué à augmenter de manière significative notre qualité de vie, l'évolution de nos sociétés contemporaines a surtout rendu inéluctable la technicité des rapports interindividuels: nous ne cherchons plus d'abord à donner un sens à nos relations avec les autres mais nous les instrumentalisons en fonction de la fin immédiatement recherchée.

À sa manière, le droit a fait l'objet de cette instrumentalisation au point de l'incarner au quotidien: il s'est «procéduralisé» ou technicisé. Il est devenu un «faire valoir» de l'individualisme contemporain au point de voir éclater complètement son corpus en une incroyable diversité de normes d'une multitude de regroupements paradigmatiques. À sa manière, le pluralisme juridique allait

28. J. Ellul, *Le système technicien*, Paris, Calmann-Lévy, 1977.

29. E. Picavet, *Choix rationnel et vie publique*, Paris, Presses universitaires de France, 1996; M. Rosier, *L'État expérimentateur*, Paris, Seuil, 1994 et J. C. Merle, *Justice et progrès*, Paris, Presses universitaires de France, 1997.

d'ailleurs chercher à rendre compte de cette nouvelle réalité complètement dispersée et tenter de répondre à la crise actuelle que traverse le droit.

Face à ces facteurs de fragmentation sociale, la remise en question de la théorie normative du droit s'impose puisque le droit ne semble plus pouvoir gérer à lui seul tout le débat public relatif à la nouvelle demande éthique. Ce droit que nous avons présenté comme un discours ayant trait à ce qui est exigible et autorisé dans une collectivité humaine par conformité à une règle précise³⁰, n'incarnant plus ce qui est exigible sur le plan éthique, connaît désormais un problème de légitimité et d'effectivité. Ce problème, les théoriciens du droit cherchent à le résoudre à l'intérieur du paradigme juridique en tentant d'élaborer une nouvelle théorie normative afin de surmonter la crise et de ménager au droit de nouvelles zones d'influence. Si leur tentative devait échouer, il faudrait alors vraisemblablement chercher une solution hors de l'actuel paradigme juridique. Or, les tentatives de renouvellement interne de la théorie du droit se heurtent précisément à une aporie épistémologique de taille qui semble échapper aux tenants d'une telle entreprise.

3. Les limites du renouvellement interne de la théorie normative

Dans un de ses derniers ouvrages, Jean-Guy Genard affirme que:

...l'imaginaire occidental s'est construit sur des bases individualistes où l'acteur se réfléchit avant tout comme détenteur de droits, et principalement de droits subjectifs, que l'État est appelé à encadrer et à garantir. Dans cette perspective, le droit apparaît clairement comme l'horizon à partir duquel se pensent l'intégrité et la reconnaissance de la personne. (...) Le droit devient également, en même temps que s'affaiblissent les autres formes de régulations sociales, le dispositif régulateur par excellence à la fois des collaborations entre individus (pensons à l'importance de la forme contractuelle) et des conflits opposant l'individu à d'autres individus ou à des êtres collectifs, parmi lesquels l'État lui-même³¹.

30. *Supra* note 6.

31. *Supra* note 1 à la p.10.

Cette affirmation inscrit son auteur dans le courant du positivisme juridique, c'est-à-dire d'une théorie interprétative du droit selon laquelle le droit est généré par l'État et l'étude des normes juridiques doit se pratiquer sur le modèle illustré par les autres sciences. Ce positivisme juridique a toutefois montré ses limites dans l'actuelle crise des fondements que vit le droit³². D'autres courants de pensées envisagent le droit autrement. Ainsi, pour les tenants de la thèse du pluralisme³³, le droit, en tant que construction sociale et phénomène normatif, n'existe en effet qu'à travers la reconnaissance que lui accordent les citoyens. Tandis que pour les tenants du courant naturaliste, le droit n'existe qu'en fonction d'un cadre naturaliste transcendant les appartenances culturelles, religieuses et sociales (pour les tenants du courant naturaliste)³⁴. Dans le premier cas, le droit ne peut prétendre à une transcendance au sens où plusieurs l'entendent³⁵ puisqu'il est immanent aux volontés individuelles. Et dépourvue de cette transcendance, l'institution juridique est de plus en plus perçue et de plus en plus utilisée sur le mode instrumental³⁶ ou procédural pour assurer le simple encadrement des prises de décision que la population voudra les plus équitables. Dans le second cas, c'est l'appel à un nouvel horizon de sens qui sera évoqué, comme le souligne Charles Taylor, puisqu'en provenant des citoyens-sujets, le droit serait coupé de ses traditionnelles sources transcendantales. Pourtant, ces deux voies semblent mener à un cul de sac puisque dans le premier cas, la légitimité sociale des normes considérées représentera un important problème³⁷ tandis que dans le second cas, c'est un retour à l'improbable universalisme des Lumières qui soulève d'importantes difficultés, comme le mentionne également Charles Taylor³⁸. Pour ces raisons, nous devons prendre acte des changements subis par nos sociétés et transposer ces changements au droit afin de mieux comprendre le nouveau rôle qui lui est imparti sans verser dans la nostalgie des théories passées ni dans une invraisemblable fuite vers l'avant. Mais pour mieux

32. *Supra* note 6.

33. A. Lajoie, *Jugements de valeurs*, Paris, Presses universitaires de France, 1997.

34. J.-C. Billier et A. Maryoli, *Histoire de la philosophie du droit*, Paris, Armand Colin, 2001.

35. *Ibid.*

36. *Supra* note 1 à la p.13.

37. R. Treves, *Sociologie du droit*, Paris, Presses universitaires de France, 1995.

38. *Supra* note 2.

comprendre la portée de son discours, il convient de faire apparaître les transformations subies par le droit depuis quelques décennies.

3.1. La transformation du droit

Depuis les années 1950, le rôle du droit a évolué au point où plusieurs remettent maintenant en question sa finalité : est-il d'abord et avant tout un mode de règlement des différends entre personnes, voire entre personnes et institutions? Est-il plutôt une simple procédure visant à encadrer les décisions individuelles et les arbitrages sociaux en respectant la stricte neutralité souhaitée par les penseurs libéraux? Est-il enfin une discipline ayant pour tâche d'objectiver les normes sociales en vigueur afin de faciliter les interactions entre personnes, institutions et collectivités au sens où l'entendent les tenants du courant sociologique³⁹? À moins que nous ne soyons condamnés à reprendre la formule de Bernard Williams⁴⁰ qui attire malicieusement l'attention sur les limites du droit en ce qui a trait à l'éthique? Toutes ces questions soulignent que le droit est en crise selon plusieurs et qu'il ne saurait, comme le rappelle avec justesse Charles Taylor⁴¹, résoudre tous les problèmes éthiques auxquels nos sociétés occidentales sont actuellement confrontées.

L'adoption des Chartes des droits par un grand nombre d'États, tout comme l'avènement de la conciliation (différents modes de règlement des différends) au sein de nos démocraties occidentales - dans les domaines tant civils que criminels⁴² - et des éthiques appliquées résolument centrées sur la personne reflètent d'ailleurs ces nombreux changements entourant le recours à la faculté de juger et sa mise en application. Loin d'incarner l'univocité de l'évolution sociale, ces nouvelles manières d'exercer le jugement pratique sont plutôt des tentatives de refonder l'éthique en marge du droit afin de dépasser

39. *Supra* note 37.

40. B. Williams, *Ethics and the Limits of Philosophy*, Cambridge, Harvard University Press, 1985.

41. *Supra* note 2.

42. A.-M. Boisvert et K. Benyekhlef, «Les modes alternatifs de résolution des litiges en droit criminel : considérations pratiques» (1990) 10 Windsor Y. B. Access Just. 6; J.P. Bonafé Schmitt, «La médiation : une autre justice?» dans J.P. Bonafé Schmitt, *La médiation : une justice douce*, Paris, Syros Alternatives, 1992 à la p. 179 et s.

toute forme de consensus et de privilégier les revendications individuelles. En effet, sur quoi les individus doivent-ils fonder leur prise de décision? Sur quoi doivent-ils faire reposer leur jugement pratique à partir du moment où chacun doit redéfinir son appartenance selon ses propres préférences et sentiments du moment, voire sur sa propre expérience de vie et quête d'authenticité pour reprendre les termes de Charles Taylor?

Historiquement, le droit a représenté le cadre normatif à l'intérieur duquel ces décisions pratiques pouvaient être formulées. Mais dans le contexte décrit dans la première section, ce cadre normatif révèle ses insuffisances. Nous pouvons certes recourir à une conceptualisation aristotélicienne⁴³ pour refonder notre jugement pratique⁴⁴ en renvoyant à l'animal social naturel si cher à la tradition grecque, mais c'est faire fi de l'évolution et des transformations des conceptions de l'Homme depuis Aristote⁴⁵. Quoi qu'en disent par ailleurs les «communautariens», c'est tricher avec l'histoire et prétendre ancrer les prises de décisions et les règlements des différends dans un cadre anthropologique qui n'est plus celui de nos démocraties occidentales. C'est en quelque sorte revenir au cadre anthropologique des Modernes en enfermant notre réflexion dans un malheureux passéisme si nous ne prenons garde d'adapter ce cadre à notre époque⁴⁶. Nous pouvons aussi recourir à une conceptualisation libérale de l'État et refuser toute compromission de l'État en «surinvestissant» la notion de préférences individuelles qui serait plus ou moins contextualisée⁴⁷. Mais dans ce cas, ce serait nous en remettre à la théorie du choix rationnel qui a démontré ses propres limites dans la foulée des critiques de Elster⁴⁸, Picavet⁴⁹ et bien

43. J. F. Malherbe, *Le nomade polyglotte*, Montréal, Fidès, 2000.

44. G. A. Legault, «L'éthique appliquée : le malaise de la philosophie» (1997) 1 *Ethica* 9.

45. Voir à ce propos J.-P. Vernant, *Les origines de la pensée grecque*, Paris, Presses universitaires de France, 1988.

46. Il ne faut toutefois pas rejeter en bloc le recours aux travaux d'Aristote pour autant. L'utilisation d'une réflexion usant d'un cadre herméneutique qui s'enracine dans le terreau contemporain tout en acceptant de n'être pas la première à penser les problèmes auxquels elle est confrontée nous apparaît évidemment tout indiquer dans bien des cas. Il faut toutefois prendre grand soin de bien camper une telle utilisation de concepts élaborés à d'autres époques.

47. Voir les travaux de Amartya Sen à ce sujet.

48. J. Elster, *Ulysses and the Sirens. Studies in Rationality and Irrationality*, Cambridge, Cambridge University Press, 1979.

49. E. Picavet, *Choix rationnel et vie publique*, Paris, Presses universitaires de France, 1996.

d'autres. Ainsi, alors que nous croyions le triomphe de la démocratie arrivé, et le droit parvenu à son ultime aboutissement avec l'adoption des nombreuses Chartes, il nous faut composer avec un nouveau problème : comment repenser le droit sur la base de l'individualisme ambiant et comment le réfléchir dans le contexte actuel de la crise du droit qui sous-tend celle des valeurs et incarne le malaise de nos démocraties occidentales⁵⁰?

Cette dernière question peut d'abord être réfléchi à l'aide des outils mis à notre disposition à l'intérieur du paradigme juridique. Dans ce cas, nous devons prendre en compte différents types et niveaux de normes afin d'élaborer un discours juridique portant sur «l'internormativité»⁵¹. Selon cette approche, il s'agit soit de poursuivre dans la voie du positivisme juridique, soit de revoir ce positivisme juridique qui a toujours cherché à hiérarchiser entre elles les normes en fonction d'une approche verticale⁵². Nous pourrions alors considérer la norme comme un fait et la replacer dans son contexte afin d'identifier ses principales caractéristiques. Les chercheurs qui préconisent cette solution tablent ainsi tout à la fois sur la subjectivité et l'objectivité de la norme : sa subjectivité puisqu'elle dépend bien sûr de son contexte d'élaboration, de symbolisation et d'interprétation, mais aussi son objectivité puisque nous considérons alors cette norme comme un donné factuel. Le travail des sciences sociales aura alors pour principale tâche de contextualiser les normes, de les discuter et de les classer afin de clarifier la procédure d'application et d'interprétation, laissant au droit le soin de théoriser ces procédures d'interprétation, de hiérarchisation et de classification des normes.

Dans le contexte évoqué ci-dessus, les théoriciens reprendront leurs analyses à l'intérieur d'une approche qui est celle du positivisme juridique pour tenter de «bricoler» une solution *ad hoc* en réponse à une anomalie de la théorie juridique. Cela correspond à ce que Thomas Kuhn aurait appelé, en d'autres temps et d'autres lieux, une crise du paradigme dominant. Comme le rappellent plusieurs, le positivisme juridique semble toutefois avoir épuisé ses ressources et être parvenu au bout de sa course. Il y aurait alors lieu de parler d'une

50. *Supra* note 2.

51. C'est la voie retenue par A. Lajoie, *supra* note 33 et G. Rocher, *supra* note 8 entre autres.

52. H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, 2^e éd., trad. par C. Eisenmann, Paris, Dalloz, 1962.

situation propice à une «révolution» ou un renversement du paradigme prévalant. Pour cette raison, il nous faudrait alors nous tourner vers une autre solution pour prendre en compte le pluralisme social actuel et le réfléchir à l'intérieur de ce qui deviendrait peut-être un nouveau paradigme juridique. Ce discours révisionniste est habituellement celui des juristes qui cherchent à refonder le droit sur de nouvelles bases. Ils cherchent alors à reformuler l'organisation logique du discours juridique pour lui donner une nouvelle cohérence. Ils ne questionnent pas tant les fondements du droit, et sa légitimité, que sa mécanique interne afin de permettre l'avènement de nouvelles approches. À notre sens, la médiation, la conciliation et les nouveaux modes de règlement des différends dans leur ensemble relèvent de cette approche qui vise à repenser le droit de l'intérieur tout en prenant en compte l'évolution sociale qui l'oblige à revoir son rôle. Les tenants de cette démarche seraient toutefois condamnés à se voir constamment demander si cette entreprise est encore bien de nature juridique. Autrement dit, les fondements épistémologiques et politiques de cette approche nous apparaissent encore devoir être précisés.

3.2. Les fondements épistémologiques du droit

Si nous faisons porter notre analyse sur les fondements épistémologiques du droit justement, cela nous oblige à repenser le droit en amont et en aval, comme l'évoque Guy Rocher dans son livre *Études de sociologie du droit et de l'éthique*⁵³. En amont d'abord puisque le droit a évolué selon notre propre conception des rapports humains, de telle sorte que ses fondements ne sont peut-être plus les mêmes. En aval ensuite puisque la finalité du droit pourrait bien avoir également changé, de même que les conséquences et la manière de formuler les jugements⁵⁴. Il serait évidemment présomptueux de vouloir considérer ces deux pôles de recherche à l'intérieur du présent texte même si cela nous permettait de mieux comprendre les difficultés intrinsèques du droit à réfléchir la dimension éthique des problèmes qui lui sont soumis. Sans nous livrer à cette analyse exhaustive, nous insisterons toutefois sur les principaux éléments présents en amont et en aval de la théorie du droit. Cela, afin de faire

53. *Supra* note 8.

54. *Supra* note 33.

apparaître le «carcan épistémologique» à l'intérieur duquel le droit devrait se développer.

D'une conception transcendentale du droit, nous sommes progressivement passés à une conception constructiviste qui fait du droit une pure construction symbolique de la justice conçue comme une justice, non plus réparatrice mais correctrice au sens où elle est maintenant chargée de corriger les situations en assurant une rétribution aux personnes lésées. Une telle évolution du droit en a amené plus d'un à considérer ce dernier comme une simple procédure de règlement des différends. La finalité du droit n'est plus tant de rendre la justice que d'assurer des relations équitables entre les citoyens d'une même communauté juridique. Et cette équité n'a par ailleurs aucune existence en soi puisqu'elle dépend essentiellement du type de valeurs privilégiées par l'État. En ce sens, le droit se «procéduralise» et devient bien plus qu'un ensemble de normes à interpréter. Il est plutôt le cadre même d'interprétation. Il est l'ensemble des procédures visant à assurer une interprétation contextuelle des normes devant être considérées pour réguler la vie en société. Et ces normes sont quant à elles considérées et traitées comme des faits objectifs dans le contexte du positivisme juridique. L'épistémologie du droit reposerait ainsi sur un postulat d'objectivité de la norme qui est considérée comme un «fait objectif» que le spécialiste du droit doit interpréter. Et comme le veut le courant libéral⁵⁵, le droit, en tant que discours, devient une simple interprétation qui a pour fonction de contextualiser les normes à la faveur d'une mise en forme procédurale du jugement pratique

Ce discours encourage ainsi l'émergence d'une «procéduralisation» cognitive comme l'appelle Jacques Lenoble, c'est-à-dire une «mise en place des mécanismes permettant de générer au plan collectif des processus d'apprentissage pour gérer l'indétermination liée à des contextes de rationalité limitée»⁵⁶. Une telle procéduralisation évacue toutefois complètement la dimension éthique au seul profit d'une efficacité et d'une légitimité du processus décisionnel. En ce sens, le droit reste incapable de formuler une réponse qui

55. J. Rawls, *supra* note 23; R. Dworkin, *A Matter of Principle*, Cambridge, Cambridge University Press, 1985.

56. J. Lenoble, «Idéal de la raison et raison procédurale» dans J. Ayoub *et al.*, dir., *L'amour des lois*, Montréal, L'Harmattan, 1996 à la p. 285.

possède une quelconque dimension éthique. Cette incapacité a amené le droit à adopter deux types d'action : 1) les spécialistes du droit ont cherché à transformer le droit de l'intérieur en développant de nouveaux modes d'interaction qui prendraient en compte les différents niveaux de normes; 2) ces mêmes spécialistes ont cherché à revoir la finalité même du droit.

Dans le premier cas, c'est tout le positivisme juridique qui se trouve remis en question puisque le droit ne peut plus être considéré comme un donné empirique à traiter mais plutôt comme une construction sociale devant être continuellement «réinterprétée» et recréée en fonction des valeurs sociales du moment. Les approches visant à réfléchir ces transformations restent toutefois essentiellement juridiques puisqu'elles sont réfléchies à l'intérieur du paradigme juridique déjà existant. Les tenants de ces approches prendront en compte différents types de normes, en soutenant «l'internormativité» du droit mais cette «internormativité» reste essentiellement juridique et a peu à voir avec une «internormativité» sociale: elle cherche à tenir compte des différents niveaux de normes afin de les intégrer plus adéquatement dans une prise de décision sans jamais déborder le cadre juridique.

Dans le second cas, dès lors que nous touchons la finalité du droit, nous le détachons de la finalité de l'État afin d'en faire, non pas une morale publique, mais une morale collective mise au service des droits individuels. Cette dernière transformation aura pour conséquence de constitutionnaliser le droit qui aura pour principale fonction de contrôler la production des normes défendues par le législateur, de réorganiser la fonction de juger – les juges devenant les nouveaux sages et interprètes de la morale publique-, et de formaliser les modes de règlement⁵⁷. Plutôt que d'incarner et de réfléchir l'éthique, le droit devient le lieu de contrôle et de sanction de cette éthique, ce qui le situe à l'extérieur du cadre éthique, à l'extérieur d'une éthique de société... et à l'extérieur de toute réflexion éthique. Il ne questionne pas la norme, ni son bien fondé, il en assure plutôt la formalisation et l'interprétation selon une procédure dûment précisée par le législateur et les spécialistes. Le droit incarne alors le lieu de régulation, non pas des comportements, mais des normes.

57. *Ibid.* aux pp. 286-288.

Ce que Jacques Lenoble appelle l'émergence d'un troisième paradigme du droit est à notre avis l'illustration des limites éthiques du droit. Ce dernier ne peut plus rendre compte d'une morale publique mais doit désormais se limiter à encadrer une prise de décision en assurant la bonne procédure, en assurant, non pas de fonder la morale, mais de donner un fondement à une prise de décision à l'intérieur du cadre institutionnel duquel dépend le droit. Si nous avons raison et que l'évolution subie par le droit l'a amené à devoir assumer une autre mission, il reste à examiner les raisons pour lesquelles cette nouvelle mission l'empêcherait de répondre à la nouvelle demande d'éthique.

3.3. Le cul-de-sac juridique

Face à la très grande complexité de la prise de décision citoyenne, les tenants du libéralisme ont défendu l'idée que le droit garantit à cette décision un cadre «axiologiquement» neutre afin de laisser subsister un espace suffisant pour l'affirmation des libertés individuelles. Selon cette approche, le droit doit alors faire place à de nouveaux types de délibération, à moins d'accepter de se redéfinir en se vidant de sa charge éthique au profit d'une simple «procéduralisation», comme nous venons de l'évoquer. Pour Guy Bourgeault,

...l'éthique est appelée à se faire désormais plus interrogative qu'impérative, et le droit doit se soucier moins des lois et des normes devant régir les conduites «justes» et davantage des procédures requises ou appropriées pour que les décisions et les choix qui seront faits aient les meilleures chances d'y mener⁵⁸.

Par sa nature même, et en raison du type de sociétés qui sont maintenant les nôtres, le rôle du droit est progressivement restreint à la définition du cadre procédural de la prise de décision. Comme Bruce Ackerman l'a rappelé au début des années 1980⁵⁹, l'État de droit libéral qui est celui de nos démocraties occidentales se veut le plus neutre possible à l'égard des libertés individuelles. En ce sens, en réponse à la crise de l'État providence que nous évoquions un peu

58. G. Bourgeault, *L'éthique et le droit face aux nouvelles technologies biomédicales*, Montréal, Presses de l'université de Montréal, 1990 à la p. 240.

59. B. Ackerman, *Social Justice in the Liberal State*, New Haven (Connecticut), Yale University Press, 1980.

plus tôt, l'État ne se reconnaît plus, ou de moins en moins, le rôle de super décideur et préfère plutôt se cantonner dans un rôle d'arbitre impartial des rapports interindividuels comme le préconisent les tenants de la pensée libérale. Pour cette raison, le droit a eu souvent pour fonction de traduire la morale publique à travers la normativité étatique. Il a toutefois désormais pour tâche de garantir l'affirmation et le respect des libertés individuelles sans devoir, ni pouvoir, interférer avec la finalité de ces libertés. Se retranchant derrière cette neutralité toute libérale, l'État, ou le législateur — comme incarnation des volontés étatique et politique —, multiplie ainsi l'adoption de normes visant à encadrer les comportements sans jamais prétendre intervenir sur le fond. C'est dans ce contexte que l'on assiste, d'une manière assez paradoxale, à la multiplication des normes (ce que certains ont appelé «l'hypernormativité» étatique) et des règlements visant à encadrer et, à la limite, à restreindre les comportements et choix individuels au sein de nos démocraties occidentales. C'est l'incarnation même de l'approche déontologique et c'est en réalité tout le paradoxe de la pensée unique : en même temps que nos États reconnaissent à chacun la capacité de penser librement ses comportements et de les argumenter en fonction de ses valeurs individuelles, ce même État multiplie les moyens de les encadrer afin de protéger les autres contre d'éventuels dérapages. Cet «État» cherche, en d'autres termes, à encadrer le processus de prise de décisions afin de limiter au maximum l'indétermination du choix rationnel qui pose tant de problèmes à chacun. Mais plutôt que d'aller dans le sens d'une plus grande liberté accordée au jugement pratique, on tend alors à réintroduire une certaine détermination de la décision qui a pour effet de restreindre la liberté reconnue à chacun au sein de nos démocraties occidentales. Et cette liberté, le droit en est également devenu le principal instigateur en étant vidé de tout contenu éthique au profit d'une exacerbation de son caractère «procéduraliste». Dans ce contexte, les limites du droit apparaissent assez rapidement en ce qui a trait à ses fondements éthiques: il peut encadrer mais non pas justifier les choix éthiques, sinon au niveau de la simple procédure d'argumentation et de prise de décisions. Et encore là, il pourra le faire à l'intérieur de la seule normativité juridique qui est celle de l'État. Mais qu'en est-il lorsqu'il doit encadrer des délibérations qui émergent en marge de cette vie politique étatisée et légitimée qui n'en sont pas moins des modes d'expression de la vie citoyenne, comme l'illustrent tous les nouveaux mouvements de résistance citoyenne dans la plupart des grands forums politiques internationaux? Sur ce plan, les limites du droit en tant que normativité étatique apparaissent assez clairement puisqu'il a cessé d'incarner

une morale au profit d'une simple procédure. Le droit se vidant de sa substance, il n'est guère étonnant de voir d'autres formes de modes de régulation émerger. Le droit a payé le prix de sa neutralité axiologique en devant renoncer à sa dimension éthique que l'on voudrait maintenant réintroduire en limitant l'indétermination du choix rationnel.

Face à cette situation, nous pourrions être tentés de choisir la voie de la «rééthicismation». Le rappel des limites du droit comme normativité étatique pourrait en effet se voir opposer une nouvelle formulation du droit. Ce serait la voie qu'emprunteraient les différents modes de règlements des différends et les nouvelles interprétations de la fonction de juger qui tendent à émerger depuis quelques années. Toutefois, si ces travaux sont, par leur nature même, fort intéressants et efficaces pour résoudre des divergences entre citoyens, ils n'en demeurent pas moins porteurs d'un discours qui n'est pas intrinsèquement juridique et qui doit encore être fondé. Mais pour que de telles pratiques soient fondées, il leur faut nécessairement œuvrer à la «rééthicismation» du droit, comme le mentionne Legault dans ces plus récents travaux. Une telle «rééthicismation» demande au droit de réintroduire ce qu'il a évacué de son discours et revoir à rebours tout son travail de théorisation. Pour les raisons évoquées plus tôt, une telle avenue nous apparaît difficilement possible. Est-ce pour autant une mise à mort des nouvelles formes de règlement des différends défendus par plusieurs? Il nous semble que non. Sauf que les défenseurs de telles approches devront se résoudre à accepter le caractère «hybride» de leurs travaux et tirer les conclusions qui s'imposent : les fondements épistémologiques de ces approches sont à chercher hors du traditionnel paradigme juridique, là où le jugement pratique citoyen est en passe de se reformuler et de définir de nouvelles règles du jeu démocratique.

4. L'alternative: le jugement pratique citoyen

Le droit ayant perdu tout repère politique et abandonné toute prétention à incarner une éthique publique pour se rabattre essentiellement sur un nouveau paradigme procédural, il reste à «réinventer» une nouvelle éthique publique ou à tout le moins à repenser notre rapport à la norme d'une manière fondamentale. Deux pistes s'offrent à nous : ou nous procédons à une «éthicismation» du droit, comme l'évoque Georges Legault, ou nous acceptons le droit pour ce qu'il

est devenu: une simple procédure aidant à réguler les comportements. Dans ce dernier cas, il nous faut alors imaginer une nouvelle éthique sociale qui consisterait à revaloriser la mise en forme du jugement pratique des citoyens. Comme nous venons de souligner la difficulté de «ré-éthiquer» le droit en raison de l'évolution subie par nos sociétés, il nous apparaît tout naturel de nous tourner vers de nouvelles formes de régulation déjà identifiées par Guy Rocher et plusieurs autres⁶⁰.

Face aux incohérences actuelles du droit, plusieurs formes de réflexion ont en effet émergé au cours des dernières années et l'une d'entre elles prend racine dans les pratiques réflexives développées dans le cadre de l'éthique «situationnelle» mise de l'avant par les chercheurs américains et reprise au Québec par des penseurs tels Legault et Racine⁶¹. En fonction de cette approche, le jugement pratique est conceptualisé à partir de la situation vécue par les protagonistes afin de contextualiser la prise de décisions, eu égard aux dimensions de la conscience, des institutions et de la société. Ces travaux sont maintenant repris par plusieurs et les modèles produits sont présentement étudiés par l'équipe de recherche Boisvert, Lacroix et Létourneau⁶² de l'Université de Sherbrooke.

Nous pouvons être tentés de voir dans l'émergence de l'éthique appliquée une forme de réponse improvisée et inachevée. Nous n'aurions sans doute pas tort puisque ces réponses viennent combler un vide, une absence de cadre normatif satisfaisant pour répondre à la nouvelle demande éthique. Plutôt que d'être un champ disciplinaire planifié et structuré, il répond à une demande formulée par les citoyens qui ne parviennent plus à trouver dans le droit un mode de règlement satisfaisant : trop procédural, trop associé à la norme sociale incarnée par l'État de droit précisément. À défaut de pouvoir fonder les prises de décisions individuelles et de contribuer à redonner un sens à la vie en

60. *Supra* note 8.

61. L. Racine, G. A. Legault et L. Bégin, *Éthique et ingénierie*, Montréal, McGraw-Hill, 1991.

62. L'équipe de recherche Boisvert, Lacroix et Létourneau cherche actuellement à fonder les différents types de modélisation développés à partir du cadre de l'éthique situationnelle qui est essentiellement pragmatique, utilitariste et libéral dans ses fondements. Une note de recherche faisant état de ces travaux doit paraître au cours de l'année 2002.

communauté, le droit s'est rabattu sur une morale publique étatique qui, hélas, n'incarne même plus les désirs de ses membres.

En marge du droit et de l'État, l'individu contemporain s'affirme et souhaite voir prendre en compte des valeurs, des normes, des règles, des lois et des identités culturelles, religieuses et linguistiques qui ne sont pas celles du groupe dominant et, par extension, pas celles de l'État. Pour cette raison, ces balises normatives ne peuvent être conceptualisées ni discutées à la faveur d'un cadre conceptuel qui ne peut leur reconnaître la place qui leur revient. Autrement dit, il apparaît que l'espace public ne peut plus être réduit au seul État. Cet espace s'esquisse à partir des réalités individuelles, des valeurs qui sont mises de l'avant par chacun, indépendamment du cadre juridique.

5. Conclusion

En guise de conclusion, nous proposons de considérer le droit pour ce qu'il est : une normativité instituée par l'État qui est essentiellement l'expression de la volonté collective. Nous proposons en revanche de considérer l'éthique dite appliquée comme l'expression d'une réflexion individuelle sur des enjeux tant individuels que sociaux. En ce sens, l'éthique appliquée pourrait tout simplement incarner cette nouvelle éthique de la postmodernité qui passe par l'expression des volontés individuelles plutôt que de reposer sur une normativité plus ou moins étatique (mais à tout le moins institutionnalisée par l'État) comme le fait le droit. En réalité, compte tenu de l'individualisme ambiant et du fondement libéral - au sens philosophique du terme - de nos démocraties occidentales, toute réponse à la demande d'éthique doit partir d'une normativité issue des individus plutôt que de l'État, et la seule véritable réponse possible reste, à mon sens, celle qu'illustrent les travaux des chercheurs qui réfléchissent ce rapport à la norme à l'extérieur des systèmes normatifs pour le faire émerger là où la réflexivité s'articule : dans le jugement pratique du citoyen.

Certes, la solution proposée par les tenants d'une approche «procéduraliste» du droit nous apparaît intéressante en ce sens qu'elle constitue une réponse interne au discours juridique, mais elle nous apparaît davantage une mise en forme des limites du droit qu'un véritable redéploiement de la réflexion au profit de la nouvelle demande citoyenne. Le droit reste une normativité qui

est extérieure et étrangère au sujet, une norme que ce dernier doit accepter sans jamais pouvoir l'intégrer totalement dans son jugement pratique au point de la faire sienne. En ce sens, elle est imposée au citoyen et peut, au mieux, être assumée et légitimée en fonction de la définition kantienne de la conscience morale. Pourtant, les questions éthiques ne peuvent être réglées par la seule obligation vécue comme respect de la norme mais par le dialogue comme l'exige toute vie démocratique. L'éthique étant essentiellement réflexive, le droit doit aussi accepter une certaine dose de modestie et voir certaines questions lui échapper: tout n'est pas juridique, contrairement à ce que l'on entend souvent et tout ne peut non plus être réglé par le droit comme le rappelait le juge Jean-Louis Baudouin dans plusieurs de ses interventions sur l'euthanasie et la bioéthique. D'où la nécessité de repenser notre rapport à la norme hors du seul champ juridique pour donner sa pleine mesure au jugement pratique qui sera alors sollicité pour ce qu'il est, un «jugement prudentiel» au sens aristotélicien plutôt que pour ce que l'on voudrait qu'il soit, c'est-à-dire un algorithme de prise de décisions conçu sur un mode scientifique encore trop souvent défendu par plusieurs.