

La valeur juridique et morale du consentement

Mathieu Carpentier

Professeur de droit public à l'Université Toulouse 1 Capitole

Le propos qui va suivre ne va pas porter directement sur la question des mariages forcés, mais plus largement sur la valeur juridique et morale de ce qui fait défaut dans de telles unions, à savoir le *consentement* de l'un et/ou l'autre des futurs époux. La question principale que je souhaiterais développer, dans une perspective de philosophie du droit, est la suivante. Soit une activité quelconque : le consentement de celui qui s'adonne à cette activité fait-il une différence ? ou bien doit-on porter sur cette activité le même jugement, la même évaluation – et doit-on avoir à son égard la même attitude – que si elle avait été contrainte ? De ce point de vue, le cas des mariages forcés est naturellement très aisé à résoudre : le consentement fait bien sûr une différence : un mariage contracté par le commun accord des époux est une chose dotée de valeur morale ; c'est une condition – au demeurant ni nécessaire, ni suffisante – de la vie bonne ; il n'en va pas de même naturellement du mariage forcé. Ici, nous avons affaire à un cas relativement aisé dès lors que le consentement est, pour ainsi dire, incorporé dans la définition même de la chose ou de l'activité que l'on prétend évaluer. Un mariage forcé n'est pas tout à fait un mariage ; de la même manière qu'un viol est une activité d'une nature différente qu'une relation sexuelle consentie. Dans les deux cas, le consentement entre dans la définition même de l'activité, de sorte qu'il paraît légitime (pour ne pas dire logique) que la réponse morale, voire juridique, réserve un traitement différencié à l'hypothèse où elle est consentie et à celle où elle ne l'est pas. On a ici affaire à des questions qui sont moralement relativement aisées, même si naturellement la question de fait, celle de l'établissement du consentement est toujours très délicate.

Il existe par ailleurs de nombreuses activités dont la nature ne semble pas fondamentalement différer selon que ceux qui s'y adonnent sont consentants ou non : la question est alors de savoir quelle est la réponse morale – et le cas échéant juridique – qu'appelle cette activité et si le consentement est une donnée pertinente. Ainsi, on peut partir du principe que le fait de manger son prochain est toujours moralement blâmable (et juridiquement punissable) : si vous consentez à ce que j'exerce sur vous mes pulsions cannibales, cela ne modifie rien à la

manière dont cet acte sera évalué ou jugé. Ceci est illustré par la position de principe du droit pénal dans de nombreuses traditions juridiques qui se refuse à faire du consentement de la victime une cause exonératoire de responsabilité. Mais l'exemple que je viens de donner est encore un cas facile (semble-t-il en tout cas), mais cette fois-ci dans l'autre sens : ici, le consentement ne fait aucune différence.

Bien entendu la plupart des problèmes qui mobilisent les débats éthiques se situent dans un entre-deux, une zone grise, où la question de la pertinence du consentement n'est jamais pleinement établie. Qu'il s'agisse de questions relativement anecdotiques, comme celle relative au « burkini », ou bien de questions infiniment plus importantes (la fin de vie, l'euthanasie, le suicide assisté), ou encore la question de la régulation de la prostitution, la question du consentement se pose toujours.

1. Intervention et consentement

Cette question du consentement est double : comment évalue-t-on moralement la pertinence du consentement ? de quelle manière le droit doit-il traduire cette évaluation ? Certes, ces deux questions sont loin d'être identiques : comme H.L.A. Hart l'a rappelé il y a longtemps¹, de ce qu'une situation, *même consentie*, est moralement blâmable il ne suit pas nécessairement que le droit devrait l'interdire – et, de même de ce qu'une situation, même contrainte, est moralement souhaitable, il ne suit pas nécessairement que le droit devrait chercher à la favoriser. L'intervention du droit a toujours un coût : le droit est lui-même coercitif. C'est pourquoi on peut tout à fait admettre que le consentement ou son absence ne fassent aucune différence aux yeux de la morale et qu'ils devraient en faire une aux yeux du droit. Ainsi, vous verrez beaucoup de monde parmi les théoriciens du nouveau droit naturel² vous dire que l'homosexualité (masculine) consentie est une abomination, mais que le droit ne doit pas criminaliser les relations homosexuelles consenties.

Cependant, pour des raisons que je n'aurai pas le temps d'explicitier ici, je vais ici traiter le droit comme une « intervention », certes pas une intervention parmi d'autres. Vous avez décidé d'avalier une tarentule vivante ; un ami intervient et vous en empêche. Les modes

¹ V. notamment Herbert HART, *Law, Liberty and Morality*, Oxford Univ. Press, 1991 [1963].

² V. par ex. John FINNIS, « Is Natural Law Theory Compatible With Limited Government? », in Robert P. GEORGE (dir.), *Natural Law, Liberalism and Morality*, Oxford Univ. Press, 1996 ; Joseph M. BOYLE, « Positivism, Natural Law and Disestablishment », *Valparaiso University Law Review*, vol. 20, 1985.

d'intervention étatiques sont forcément beaucoup plus efficaces, non pas seulement uniquement au regard de la seule sanction, mais tout simplement parce que le droit – comme d'autres modes d'interventions étatiques – a plus généralement pour objet de créer des coûts et des avantages qui viennent nécessairement orienter votre décision dans un sens ou dans l'autre. Moins vous donnerez moralement du poids au consentement, plus vous accepterez la légitimité *prima facie* de l'intervention des tiers (voire des autorités publiques) au sein des choix des individus. Au contraire, plus vous faites du consentement un élément de l'appréciation morale de l'acte, moins vous serez susceptibles de trouver légitime qu'un tiers tente de fléchir les choix moraux des individus.

Il est ici crucial de noter que la valeur morale que vous accordez au consentement est, en l'absence d'une activité définie partiellement par la présence ou l'absence du consentement (comme vu plus haut : mariage, viol, etc.), distincte de la valeur morale que vous accordez à l'activité elle-même. Vous pouvez tout à fait soutenir que la prostitution est en toutes circonstances moralement blâmable, et affirmer que le consentement de la personne prostituée fait une différence dans l'appréciation morale que vous faites de son activité. Comme le notait Bernard Williams dans un article célèbre³, c'est le propre de la *tolérance* de porter sur des activités que l'on désapprouve⁴. Ainsi si le consentement fait, pour vous, une différence, vous serez davantage porté à tolérer des activités blâmables mais consenties, et par conséquent à vous retenir d'interférer (ou de cautionner l'interférence d'un tiers) dans les choix de ceux qui s'y adonnent. – Notons au passage que mon propos ne vaut pas seulement pour les interventions visant à empêcher X à s'adonner à une activité consentie (empêcher quelqu'un de se marier avec la personne de son choix), mais qu'il vaut également pour celles qui visent à contraindre X à s'adonner à une activité non consentie (contraindre quelqu'un à se marier contre son gré). Certes, ces deux situations ne sont pas tout à fait symétriques, ni totalement équivalentes d'un point de vue moral. Intuitivement, la première situation est moins dommageable que la première : si X a n options, il paraît certes problématique de l'empêcher de réaliser l'option qu'il préfère (étant donné qu'il lui reste $n-1$ options), mais il est bien plus grave de restreindre le champ des options possibles à une seule. Cependant, cette distinction,

³ Bernard WILLIAMS, « Toleration: An Impossible Virtue? », in D. HEYD (dir.), *Toleration. An Elusive Virtue*, Princeton Univ. Press, 1996.

⁴ Il en résulte un certain nombre de paradoxes, comme celui dit du « raciste tolérant » : si la tolérance est une vertu libérale, peut-on dire qu'un raciste qui tolère la présence ou la liberté d'individus appartenant à un groupe ethnique qu'il juge inférieur fait preuve de vertu ? (V. John HORTON, « Three (Apparent) Paradoxes of Toleration », *Synthesis Philosophica*, vol. 9, 1994.)

quelque importante qu'elle soit, ne nous retiendra pas ici et on traitera les deux situations comme globalement identiques.

2. Paternalisme et libertarianisme

On est confronté ici à deux positions extrêmes : si l'on admet que le consentement est toujours pertinent (comme mode d'expression de l'autonomie, du gouvernement que l'on a sur soi-même), alors on doit refuser toute forme d'intervention dès lors que celle-ci a pour objet de rendre illusoire votre liberté de choix. Si l'on admet que le consentement n'est, en tant que tel, pas pertinent, alors on peut admettre qu'en vue de réaliser ce qui est moralement souhaitable, une intervention, éventuellement étatique, soit légitime. C'est l'opposition classique du paternalisme⁵ et du libertarianisme, dont il existe diverses variantes, plus ou moins fortes : un libéral classique admettra par exemple que l'intégrité physique des individus soit protégée contre son gré (paternalisme physique ou welfariste), mais refusera qu'il en aille de même de ses choix moraux (refus du paternalisme moral). On s'en tiendra pour l'instant aux deux positions extrêmes⁶.

Ces deux attitudes, paternalisme et libertarianisme, sont tout à fait indépendantes de la position que l'on occupe sur le spectre politique, c'est ce qui les rend intéressantes, et à vrai dire paradoxales. On pourrait envisager le paternalisme comme une attitude essentiellement conservatrice : je sais mieux que toi ce qui est bon pour toi, c'est pourquoi je vais faire en sorte que tu n'aies d'autre choix que de le faire. Mais on a vu paradoxalement apparaître depuis plusieurs années une forme de paternalisme libérateur ou émancipatoire : le consentement est illusoire, ce n'est que le masque d'une servitude volontaire⁷ : ainsi des débats, au sein de la gauche américaine, sur la question de la pornographie. On retrouve ici les mêmes débats au sein de la gauche française au sujet de la prostitution, du voile, etc. Sur le fond, cependant, l'attitude n'est pas très différente de celle du « paternalisme de papa » : l'idée selon laquelle la nature de l'activité, la définition de l'activité ne change guère selon

⁵ V. notamment les travaux de Gerald DWORKIN : « Paternalism », *The Monist*, n° 56, 1972 ; « Moral Paternalism », *Law and Philosophy*, vol. 24, 2005.

⁶ Pour une présentation de certaines positions intermédiaires, v. Christophe BÉAL, « Le paternalisme peut-il être 'doux' ? Paternalisme et justice pénale », *Raisons politiques*, vol. 44, 2011.

⁷ Pour un point de vue ultra-libertarien sur la servitude volontaire, on renvoie à Larry ALEXANDER, « Voluntary Enslavement », in Christian COONS, Michael WEBER (dir.), *Paternalism. Theory and Practice*, Cambridge Univ. Press, 2013. Selon Alexander, un contrat par lequel je m'engagerais à devenir l'esclave d'autrui en échange du paiement des frais médicaux nécessaires à la guérison de ma fille, du gîte et du couvert devrait être valide (ce qui n'est bien sûr pas le cas aux États-Unis, pas plus qu'en France).

qu'on y consent ou pas : ceux et celles qui s'y adonnent sont des victimes, y compris d'elles-mêmes.

Cette attitude est à différencier de ce que Hart appelait le moralisme juridique⁸, à savoir la thèse selon laquelle le blâme moral que l'on impute à certaines activités doit avoir pour conséquence l'interdiction de ces activités, ceux et celles qui s'y adonnent n'étant plus conçues comme des victimes dont les intérêts propres doivent être protégés, le cas échéant contre leur gré, mais comme des coupables qui causent du tort à la société. Ainsi, il y a naturellement une différence entre la législation française qui vise à dissuader le recours à la prostitution et la législation saoudienne qui l'interdit : dans un cas on protège des « victimes » (mêmes consentantes), dans l'autre on châtie des coupables (le consentement du coupable étant, bien entendu, dénué de toute pertinence).

Par contraste avec le paternalisme moral et le moralisme, le libertarianisme⁹ refuse que le bien-être personnel ou l'intérêt moral de l'individu puisse être un motif d'intervention tierce, en particulier étatique, dans ses choix souverains. Comme l'affirme John Stuart Mill dans un passage très célèbre d'*On Liberty* : « *La seule raison légitime que puisse avoir une communauté civilisée d'user de la force contre un de ses membres, contre sa propre volonté, c'est d'empêcher qu'un tort soit causé aux autres. Le fait qu'il soit contraint pour son propre bien, physique ou moral, ne fournit pas une justification suffisante* »¹⁰. Les individus doivent être libres de déterminer par eux-mêmes ce qui constitue une condition de leur bien-être physique ou moral, sans qu'aucune intervention coercitive ne puisse restreindre cette faculté de choix.

Entre ces deux attitudes, paternalisme, libertarianisme, on peut toutefois admettre certains présupposés communs : l'un comme l'autre admettent que dès lors qu'une activité cause du tort aux tiers (eux-mêmes non consentants), elle puisse faire l'objet d'une intervention, parfois elle-même par la coercition ; le libertarien admettra que dans cette hypothèse, le consentement de celui qui commet le tort soit tout à fait dénué de pertinence. Le libertarien refusera qu'on vous interdise de fumer si vous voulez fumer, mais il admettra qu'on interdise la cigarette

⁸ V. Herbert HART, *op. cit.* (n. X), p. 30-33. L'étude de la distinction et des relations entre moralisme et paternalisme a fait l'objet d'importants développements dans l'œuvre de Joel Feinberg. V. Joel FEINBERG, *The Moral Limits of Criminal Law. Vol. 1: Harm to Others*, Oxford Univ. Press, 1984, p. 12-13 et p. 65-70 ; *The Moral Limits of Criminal Law. Vol. 3: Harm to Self*, Oxford Univ. Press, 1986 ; *The Moral Limits of Criminal Law. Vol. 4: Harmless Wrongdoings*, Oxford Univ. Press, 1988, p. 16-17.

⁹ On trouve une défense assez radicale de cette position dans les travaux de Ruwen Ogien. V. not. Ruwen OGIEN, *La Panique morale*, Grasset, 2004.

¹⁰ John Stuart MILL, *On Liberty*, Yale Univ. Press, 2003, p. 80.

dans les lieux publics où votre tabagisme pourrait causer du tort à autrui. Pour le paternaliste, le fait que soit fait ou non du tort à autrui ne fait aucune différence, le paternaliste, à la différence du moraliste, cherchant avant tout à protéger les individus contre eux-mêmes. Mais il admettra qu'*a fortiori*, le tort causé à autrui constitue un motif légitime d'intervention.

Ensuite le libertarien peut admettre une présomption selon laquelle, de manière générale, nous recherchons notre bien-être physique. Il pourra admettre que, dans le cas où je suis confronté à un danger de mort, ou d'atteinte grave à mon intégrité physique, votre intervention soit légitime. C'est l'exemple célèbre du pont endommagé de Mill : si vous voyez quelqu'un s'engager sur un pont que vous savez être endommagé, mais que vous n'avez pas le temps de l'avertir verbalement du danger, vous êtes fondé à l'en empêcher, y compris par la force¹¹. En revanche, dans les formes les plus extrêmes du libertarianisme, on doit admettre que si je consens à cette atteinte à mon intégrité physique, la présomption est renversée, et vous devez me laisser procéder.

3. Trois problèmes

Tout ceci ne nous donne aucun indice véritablement probant de la manière de régler le problème de la légitimité de l'intervention : doit-on véritablement laisser les gens faire ce qu'ils veulent, même lorsque c'est contre leur intérêt, ou ce que nous percevons de cet intérêt ? Ou bien devons-nous orienter leur choix de manière à ce qu'ils soient mieux lotis grâce à notre intervention ? Ici il faut distinguer trois problèmes :

1/ D'une part l'expertise de l'intervenant, qui soulève deux interrogations : a) selon quel critère établira-t-on que celui qui intervient dans les choix des autres sait mieux qu'eux ce qui est dans leur meilleur intérêt ? Lorsqu'il est question de paternalisme physique, une telle question est souvent relativement aisée à établir (les médecins, les autorités sanitaires) ; l'expertise morale est en revanche bien plus sujette à débats, pour ne pas dire à suspicion¹². b) Même à supposer que vous soyez un tel expert, votre expertise vous donne-t-elle par elle-même autorité sur moi ? N'y a-t-il pas lieu de mettre en balance d'une part l'intérêt que vous souhaitez protéger (mon bien-être physique, ma rectitude morale, etc.) et l'intérêt que

¹¹ John Stuart MILL, *op. cit.* (n. X), p. 158.

¹² C'est un sujet de débat dans la philosophie morale contemporaine. Un bon point de départ est David McNAUGHTON, *Moral Vision*, Blackwell, 1988, p. 4-10 et p. 203-205. Sur les enjeux politiques de la question de l'expertise morale, v. Emmanuel PICAUVET, « Sur l'expertise éthique institutionnalisée et la quête de repères communs », *Zénon*, vol. 2, 2004.

représente pour moi mon autonomie, ma capacité à faire mes choix pour moi-même, et, éventuellement, me tromper ? Où va-t-on tracer la ligne à partir de laquelle l'importance de l'intérêt que l'intervenant veut protéger excède le poids qu'il convient d'accorder à l'autonomie ? Il est difficile de répondre abstraitement à cette question.

2/ D'autre part la question de l'*acrasie*, la faiblesse morale¹³, qui peut aller jusqu'au renoncement au bien-être : je renonce à rechercher ce qui est dans mon propre intérêt, sous l'effet de la paresse ou des passions¹⁴. Je fais des choses que je sais contraires à mon intérêt : je me drogue, je me mutile, je triche aux examens (par ordre croissant de gravité). Pouvez-vous me forcer à rechercher ce qui est dans mon intérêt (une fois le premier problème, celui de l'expertise, résolu en ses deux branches) ? De manière générale, l'*acrasie* montre qu'il ne suffit pas aux êtres humains de savoir ce qui est bon, ni même de le vouloir, pour agir effectivement en vue de sa réalisation : l'*acrasie*, qui est une forme d'irrationalité, implique une perte effective d'autonomie de l'agent. La question qui se pose alors est de savoir jusqu'à où il est possible d'intervenir dans les choix de celui qui a renoncé à son propre bien-être physique ou moral. Par exemple chacun sait que le bilan coût/avantages en relativement au port de la ceinture en voiture penche clairement en sa faveur. Lorsque par paresse, j'ometts de porter la ceinture, je prends le risque d'entraîner à mon détriment non seulement des dommages physiques, mais également de restreindre à l'avenir ma propre capacité de choix autonome. L'État, en créant des incitations supplémentaires (y compris coercitives) visant à me faire porter la ceinture, intervient-il indument dans mes choix, ou au contraire préserve-t-il mon autonomie future¹⁵ ? Cette intervention peut d'ailleurs paraître justifiée dès lors qu'il s'agit d'une forme de paternalisme physique, il n'en va sans doute pas de même lorsque c'est mon intérêt moral qu'il s'agit de protéger.

De surcroît, le paternalisme, même physique, apparaît moins acceptable lorsque l'irrationalité ne provient plus de la faiblesse, mais d'un choix délibéré¹⁶. C'est un problème qui se rencontre fréquemment en matière d'éthique médicale : je sais qu'une transfusion

¹³ On pourrait reformuler cette question en termes de « compétence », à savoir la capacité d'agir rationnellement (v. pour une discussion l'article classique d'Ernesto GARZON VALDES, « On Justifying Legal Paternalism », *Ratio Juris*, vol. 3, 1991)

¹⁴ La notion d'*acrasie* est discutée par Aristote au livre VII de *l'Ethique à Nicomaque* (trad. J. Tricot, Vrin, 2001, p. 315 s.).

¹⁵ V. là-dessus Douglas N. HUSAK, « Paternalism and Autonomy », *Philosophy and Public Affairs*, vol. 10, 1981. Il y a bien entendu des justifications non-paternalistes de l'obligation légale du port de la ceinture, en particulier eu égard aux coûts que font peser les accidents de la route aux dépens de la collectivité (mobilisation des secours, soins hospitaliers, coût pour la sécurité sociale etc.).

¹⁶ Aristote distingue ainsi l'*acrasie* du dérèglement (*akolasia*) : alors que l'*acrasie* agit par faiblesse, le dérèglement choisit volontairement de faire le mal.

sanguine est indispensable à ma survie, mais je m'y refuse (par exemple pour des raisons religieuses) : peut-on me transfuser de force, alors même que j'ai *délibérément* renoncé à mon propre bien-être physique ? Il est notable que bien souvent les juges recherchent ici une solution casuistique, fondée sur la pesée des intérêts en balance¹⁷. Toutes ces questions sont difficiles, et ici encore une réponse abstraite semble impossible.

3/ Enfin, se pose la question du *degré* de consentement. C'est une question de pur fait. Entre *a*) l'absence totale de consentement (le refus), *b*) le consentement passif, qui est lui-même le fruit d'une certaine contrainte de l'environnement social, culturel, familial, et *c*) le consentement actif, pleinement volontaire, il y a toute un dégradé de situations qui ne sont pas moralement identiques. Entre l'esclave sexuel et le/la prostitué(e) qui a fait le choix de ce mode de vie en passant par celui qui se prostitue car il n'a pas d'autre moyen de subvenir aux besoins de sa famille, il y a une échelle de situations qui appellent une réponse morale différenciée. Ici, l'opposition paternalisme/libertarianisme est bien trop caricaturale, dès lors qu'elle semble reposer sur une conception binaire du consentement : une action serait toujours soit forcée soit volontaire. Or il est évident que la plupart de nos actions sont ce qu'Aristote appelait, en *Ethique à Nicomaque*, III, 1, des actions mixtes :

« *ici l'homme agit volontairement, car le principe, qui, en de telles actions, meut les parties instrumentales de son corps, réside en lui, et les choses dont le principe est en l'homme même, il dépend de lui de les faire ou de ne pas les faire. Volontaires sont donc les actions de ce genre, quoique dans l'absolu, elles soient peut-être involontaires, puisque personne ne choisirait jamais une pareille action en elle-même* »¹⁸.

Nous devons admettre que dans certaines circonstances, le consentement ne puisse se résumer à la seule absence de contrainte. Le libertarien a raison de mettre l'accent sur l'importance du consentement, dès lors qu'on peut admettre que le consentement actif, le choix volontaire doive, au moins *prima facie*, faire une différence et immuniser l'individu contre des interventions tierces. Mais le paternaliste peut, dans certains cas, se voir donner raison, dès lors que dans de nombreuses circonstances, le consentement est illusoire, ou en tout cas tellement enserré dans un réseau de déterminations (sociales, culturelles, économiques, familiales) que l'autonomie de l'agent est relativement faible : dans ce cas, l'intervention d'un tiers peut, ici encore, être paradoxalement à même de restaurer

¹⁷ V. par ex. CE Ass., 26 octobre 2001, *Mme Senanayake*, req. n° 198546.

¹⁸ ARISTOTE, *op. cit.* (n. X), p. 120.

l'autonomie de l'agent. Mais derechef, la question de savoir à quel endroit on trace la ligne sur l'échelle du consentement : à partir de quand le consentement est-il si faible qu'il ne fasse pas obstacle à l'intervention d'un tiers ? Ici encore, nulle réponse algorithmique ou abstraite ne peut être fournie.

4. Un paternalisme libertarien ?

Une théorie récente prétend résoudre ces différents problèmes et trouver un juste milieu : il s'agit du « paternalisme libertarien », dont les principaux représentants, sinon les créateurs mêmes, sont le juriste Cass Sunstein et l'économiste – et désormais prix Nobel d'économie – Richard Thaler¹⁹. Les auteurs partent des résultats de l'économie comportementale, qui est un champ en pleine expansion depuis une trentaine d'année. Leur travail repose sur deux postulats : a) d'une part l'homme, pour être rationnel – au sens de la rationalité de l'*homo economicus* – n'en est pas moins faillible : il échoue fréquemment à déterminer ce qui est dans son propre intérêt (ce qui correspond au problème 1 ci-dessus), et lorsqu'il discerne où est son propre intérêt, il échoue à agir en conséquence (ce qui correspond à ce qu'on a appelé *acrasie*) ; b) la manière dont les choix sont présentés aux individus par les décideurs publics ou privés influe sur la préférence que ceux-ci exprimeront. Pour un nombre constant d'options déterminées, le choix effectif retenu par un individu différera selon la manière dont ces options sont présentées à lui. C'est ce que les économistes appellent *l'architecture des choix*. À partir de ces postulats, Sunstein et Thaler élaborent un outil particulier qui, lorsqu'il est mobilisé par les architectes des choix, permet à la fois de modifier le comportement des agents en vue de réaliser leur intérêt propre et de préserver leur totale liberté de choix : c'est ce qu'ils appellent les *nudges*, les « coups de pouce ». Ces derniers se définissent ainsi : « *tout aspect de l'architecture des choix qui altère le comportement des individus en un sens prévisible sans interdire aucune option ni changer de manière significative leurs intérêts économiques* ». Les *nudges* sont d'une grande diversité, mais on peut en donner quelques exemples. Vous dirigez une cafétéria en self-service et souhaitez que vos clients mangent plus sain : si vous mettez les brocolis à hauteur d'yeux et les frites sur les étagères supérieures ou inférieures, vous augmentez les chances que vos clients choisissent les brocolis. Si vous êtes employeur et que vous souhaitez que vos employés souscrivent à une mutuelle optionnelle, la

¹⁹ Cass SUNSTEIN, Richard THALER, *Nudge Improving Decisions about Health, Wealth, and Happiness*, Yale Univ. Press, 2008. Traduction française, *Nudge, La méthode douce pour inspirer la bonne décision*, Paris Vuibert 2010. Parmi la littérature en français sur les travaux de ces auteurs, v. Émilie FRENKIEL, « Nudge ou le paternalisme bienveillant », *La Vie des idées*, 22 octobre 2009 [en ligne] ; Samuel FERREY, « Paternalisme libéral et pluralité du moi », *Revue économique*, vol. 62, 2011.

souscription par défaut (aisément résiliable, *opt-out*) est plus efficace qu'une campagne de souscription (*opt-in*). Ces exemples montrent à la fois une volonté d'intervenir dans le choix des individus, en altérant leur comportement (de manière plus ou moins probable), mais sans modifier considérablement leur faculté de choix : on ne crée pas des coûts supplémentaires qui seraient attachées à l'option que l'on souhaite défavoriser. Plutôt que d'interdire un comportement, ou de lui attacher des coûts supplémentaires, on dirige le choix des individus vers le comportement contraire en rendant plus probable que ceux-ci le choisissent. La liberté de choix de l'individu n'est pas altérée : celui-ci peut toujours choisir de prendre des frites à la cantine, il peut résilier la souscription par défaut prévue par son employeur. L'intervention du tiers dans son choix n'entraîne ni contrainte ni même augmentation des coûts de l'activité que le tiers souhaite décourager.

La théorie des *nudges* connaît un certain nombre de limites pour le propos qui est le nôtre²⁰. En premier lieu, il semble bien que l'intérêt des *nudges*, comme outil de régulation des comportements, excède de loin les limites du débat paternalisme/libertarianisme. Les coups de pouce peuvent être conçus pour aider l'agent à agir dans son propre intérêt, mais ce peut aussi être un moyen de diriger l'action de l'agent vers la satisfaction d'intérêts tiers. Ainsi, les *nudges* peuvent être puissant outil pour des politiques environnementales pour lesquelles les solutions coercitives du droit s'avèrent inefficaces. Ici le *nudge* n'est pas utilisé en un sens paternaliste (ce n'est pas l'intérêt propre de celui que l'on vise par le « coup de pouce » qui est protégé), mais c'est un outil plus général de renforcement de l'efficacité des politiques publiques, là où les outils classiques de la régulation ont échoué. Dans ce contexte, la question de la valeur morale du consentement passe au second plan : c'est parce que le maintien de la liberté de choix des individus est un gage d'efficacité économique accrue que celle-ci doit être préservée. Mais cela ne revient nullement à reconnaître à la liberté de choix, ou à son absence, une valeur morale intrinsèque. Sinon on ne comprendrait pas que la liberté de choix soit préservé dans des contextes (le tort causé à des intérêts tiers : à l'environnement, par exemple) où le libertarien peut dans certains cas admettre que le consentement de l'agent²¹ n'a en lui-même aucune valeur ni aucune pertinence morales *prima facie*.

²⁰ Pour une critique globale, v. Gerald DWORKIN, « Paternalism », *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Winter 2017 Edition), Edward N. ZALTA (dir.), <https://plato.stanford.edu/archives/win2017/entries/paternalism/>.

²¹ Cependant, ceux qui, parmi les libertariens, sont également adeptes du laissez-faire économique n'admettent souvent la légitimité de l'intervention que dans le cas où un préjudice direct et certain est causé à un tiers de chair et d'os. Les préjudices causés à des entités plus abstraites (l'environnement, la santé publique, etc.) sont souvent jugés dénués de pertinence.

En second lieu, la théorie des *nudges*, même dans ses aspects « paternalistes libertariens » se fonde sur une conception purement welfariste de l'intérêt à protéger : il s'agit surtout de bien-être physique et d'utilité économique. De fait, la théorie des *nudges* ne permet nullement de prendre en charge, ni *a fortiori* de résoudre, les problèmes posés par le *paternalisme moral*, qui cherche à protéger l'intérêt moral, entendu largement, des individus. Or ce sont ces questions qui sont les plus ardues à résoudre : qu'il s'agisse du « burkini », du voile, ou de la prostitution, en passant par le sado-masochisme²² et la pornographie, il ne s'agit pas uniquement de protéger l'intégrité physique des individus, mais aussi leur intégrité morale. A certains égards, les questions relatives à la fin de vie se situent, à ce titre, dans un entre-deux intéressant, entre préservation de l'intégrité physique (ou ce qu'il en reste) des individus et protection de leur dignité morale. Or la théorie des *nudges* est incapable de prendre en charge l'ensemble de ces problèmes. D'une part, on voit mal en quoi consisterait un *nudge* efficace permettant de dissuader X de se prostituer ou de porter le burkini. D'autre part et surtout, la théorie des *nudges* se fonde sur un critère objectif d'évaluation de l'action humaine, celui de la rationalité économique. Or les choix moraux dont il est question ici ne sont pas susceptibles d'être envisagées à cette aune ; ce que le débat autour du paternalisme moral révèle, c'est bien davantage l'irréductibilité du pluralisme moral qui caractérise les sociétés contemporaines. Si l'on prend au sérieux ce constat, on doit admettre qu'il est impossible de déduire du caractère moralement blâmable d'un choix la légitimité d'une intervention, fût-elle respectueuse, *in fine*, de la liberté de choix de l'individu. Le paternalisme welfariste peut certes être mâtiné de libéralisme dans la théorie des *nudges*, car il dispose d'un critère relativement stable et objectif d'évaluation des comportements, la rationalité économique ; il ne saurait aller de même en matière de choix moraux, sauf, bien sûr, à souscrire à une forme d'impérialisme des valeurs typique du moralisme et du paternalisme classiques.

Cependant, à supposer même que le pluralisme n'empêche pas une appréciation morale objective des actions, à supposer même qu'existent des critères objectifs de détermination de de l'intégrité morale de l'agent, il n'en résulterait pas nécessairement que l'intervention paternaliste, fût-ce au moyen de *nudges* bienveillants, soit justifiée. Si l'intervention tierce afin de protéger mon intégrité physique pourrait trouver dans le *nudge* une forme de légitimité, il n'en va pas de même de la protection de la moralité de mon action (dès lors que

²² La répression du sado-masochisme est un cas intéressant de croisement entre paternalisme physique, paternalisme moral et dans certains cas moralisme juridique. Sur les enjeux juridiques et moraux de la répression de ces pratiques, v. Pierre-Yves QUIVIGER, « L'amour et la violence : droit pénal, droits de l'homme et consentement dans la culture BDSM saisie par la jurisprudence », in Jean-François KERVEGAN, Mélanie PLOUVIEZ, Pierre-Yves QUIVIGER (dir.), *Norme et violence*, Georg Olms, 2015.

celle-ci ne cause aucun tort à autrui), dès lors que la liberté qu'a l'agent de se tromper dans ses choix moraux est elle-même dotée de valeur morale.

Pour conclure

Au moins en ce qui regarde les choix moraux des individus – mais on pourrait soutenir qu'il en va de même de l'ensemble des choix qui concernent leur bien-être en général – la place qu'il convient d'accorder au consentement dans l'évaluation de leurs actions et dans l'appréciation de la légitimité des interventions tierces n'est pas réglée. Comme le montrent le problème de l'acrasie ou celui des degrés de consentement, le libertarianisme comme le paternalisme s'avèrent largement infructueux. Le libertarianisme, en supposant que l'agent est toujours libre de ses choix, est aveugle aux situations de faiblesse de la volonté, voire de servitude volontaire, et oublie que les individus ont parfois besoin d'aide pour accéder à l'autonomie même. La liberté de choix n'est pas donnée, elle s'acquiert. Le paternalisme, en revanche, minore l'importance du consentement des individus dans l'évaluation de leurs actes ; il passe par pertes et profit la valeur intrinsèque que revêt la capacité de se tromper, de faire des erreurs, qui est le propre des êtres faillibles que sont les hommes. La réponse aux diverses questions qui se trouvent dans la « zone grise du consentement » est, en définitive, résolument casuistique : elle implique une appréciation fine du degré de consentement, une évaluation concrète de la liberté de choix effective de l'agent. C'est pourquoi bien souvent la règle de droit, par sa généralité et son impérativité, s'avère inadéquate à résoudre ces problèmes.