

Histoire et Philosophie du Droit

Bénédict Winiger

Position dominante et prise de décision : esquisse d'une éthique de partage



**UNIVERSITÉ
DE GENÈVE**

FACULTÉ DE DROIT

Département d'histoire du droit
et des doctrines juridiques et politiques



**EDITIONS JURIDIQUES LIBRES
FREIER JURISTISCHER VERLAG**

Histoire et Philosophie du Droit

Bénédict Winiger

Position dominante et
prise de décision : esquisse
d'une éthique de partage



**UNIVERSITÉ
DE GENÈVE**

FACULTÉ DE DROIT

Département d'histoire du droit
et des doctrines juridiques et politiques



**EDITIONS JURIDIQUES LIBRES
FREIER JURISTISCHER VERLAG**

Éditions juridiques libres (Freier juristischer Verlag)

Les Éditions juridiques libres (EJL | FJV) sont une nouvelle maison d'édition juridique suisse fondée par un groupe de chercheurs en droit.

Sans but lucratif, les EJL publient des ouvrages scientifiques en allemand, français, italien et anglais à destination de tous les professionnels du droit suisse. Au sein de leurs collections, les EJL accueillent tout type d'ouvrage scientifique de qualité (monographie et thèse, ouvrage collectif, commentaire, revue, etc.), qu'il s'agisse des travaux de chercheurs indépendants ou issus d'institutions publiques de recherche.

Les ouvrages publiés aux EJL sont disponibles au format numérique, gratuitement et en intégralité (*open access*). Des exemplaires papier de leurs publications sont également disponibles au moyen d'un système d'impression à la demande.

Les EJL ont pour triple objectif d'améliorer l'accessibilité des publications juridiques, d'en réduire les coûts pour les institutions et les particuliers, ainsi que d'en améliorer le bilan écologique.

Toutes les publications des EJL | FJV sont en accès libre et gratuit sur

<https://www.ejl-fjv.ch/>



La présente œuvre est soumise à une licence Creative Commons CC BY-NC-ND 4.0. L'utilisation, la reproduction, le partage de l'œuvre sont notamment autorisés à condition : (i) d'attribuer l'œuvre à son auteur ; (ii) de ne pas exploiter l'œuvre commercialement ; (iii) de ne pas effectuer de modifications de l'œuvre. Le logo « open access », créé par The Public Library of Science (PLOS), est soumis à une licence CC BY-SA 3.0. La police de caractères fbb, créée par David J. Perry et Michael Sharpe, est soumise à une licence Open Font License, version 1.1. L'œuvre figurant sur la couverture, intitulée « Raum-Fläche K/2011 » (Solvent-Druck auf Acrylglas, 40x100cm), a été créée par Niklaus Lenherr, Luzern (www.niklaus-lenherr.ch) – tous droits de l'artiste réservés.

Editions Juridiques Libres (Freier Juristischer Verlag)

Lausanne 2018

ISBN 978-2-88954-004-4 (édition papier)

ISBN 978-2-88954-005-1 (édition PDF)

A une question de Zi Gong, Confucius répondit : « L'humanité c'est, tout en voulant s'établir soi-même, établir les autres ; et tout en voulant se perfectionner soi-même, perfectionner les autres. Être capable de saisir l'analogie à partir de ce qui est près (soi-même) peut être considéré comme la méthode de l'humanité. »¹

Le maître dit : « L'homme de bien aide les autres à réaliser pleinement leurs qualités et non leurs défauts. L'homme de peu fait le contraire. »²

1 Confucius, Entretiens, Le disciple Yong VI-30, 134, p. 86.

2 Confucius, Entretiens, Le disciple Yan Yan XII-16, 274, p. 142.

Pour François Ost

François Ost a enseigné pendant plusieurs lustres la philosophie et la sociologie du droit à la Faculté de droit de l'Université de Genève, pour le plus grand bonheur des étudiants et des enseignants de notre Faculté. C'était avec un très grand plaisir que je répondais il y a deux ans à l'invitation de participer aux mélanges en son honneur. Cette proposition m'offrait l'occasion de redire à François mon enchantement d'avoir travaillé avec lui pendant ces beaux semestres d'été où nous nous sommes rencontrés tous les vendredis, généralement autour d'un poisson au Ral-lye, et avons échangé tant sur des questions philosophiques qui nous préoccupaient que sur les aspects les plus variés, divertissants ou accablants de ce monde. La recherche que j'avais entreprise alors s'est prolongée au-delà du délai imparti et a pris des dimensions dépassant le cadre fixé aux contributeurs du volume. Voici donc avec retard le texte qui aurait dû paraître dans les mélanges de mon ami et collègue.

Table des matières

Remerciements	IX
Liste des abréviations	XI
Bibliographie	XIII
Introduction générale	1
I. Introduction historique	3
I.A. Concepts de l'Antiquité mésopotamienne, grecque et romaine : Hammurabi, Platon, Aristote et Cicéron	3
I.B. Moyen-Âge : l'altruisme de Thomas d'Aquin	10
I.C. La réforme : Jean Calvin	11
I.D. Le jusnaturalisme : Leibniz	14
I.E. Les économistes des 18 ^e /19 ^e siècles : Adam Smith, Jeremy Bentham, John Stuart Mill	18
I.F. Le communisme : Karl Marx	21

II. Les rapports de domination entre individus : ma propriété, ma compétence, mon pouvoir de décision	25
II.A. Le problème	25
II.A.1 Approche juridique	25
II.A.2 Approche éthique	28
II.A.2.a Point de départ	29
II.A.2.b L'ermite, l'égoïste, l'utilitariste et l'altruiste	30
II.A.2.b.1 L'ermite	30
II.A.2.b.2 L'égoïste	31
II.A.2.b.3 L'utilitariste	32
II.A.2.b.4 L'altruiste	34
II.A.3 Pourquoi un modèle éthique ?	35
II.B. Présentation du modèle : les trois règles	38
II.C. Remarques générales	43
II.C.1 Statut des trois règles	43
II.C.2 Choix de valeurs de base	45
II.C.3 Rapports entre droit et éthique	46
II.D. Discussion du modèle	48
II.D.1 Discussion de la Règle 1	49
II.D.1.a Un modèle triangulaire	49
II.D.1.a.1 Remarques générales	49
II.D.1.a.2 Rapports entre individus	51
II.D.1.a.3 Rapports entre individus et société	52
II.D.1.b La notion d'intérêt	54
II.D.1.b.1 Définition	54
II.D.1.b.2 Les intérêts de qui ? Quels intérêts, présents, futurs ?	55

II.D.1.b.3	Les intérêts de qui? La question des générations futures	58
II.D.1.b.4	Priorité des intérêts de la société	61
II.D.1.b.5	Les besoins vitaux de l'Homme	62
II.D.1.b.6	La dignité de l'Homme	65
II.D.1.b.6.a	Degrés de dignité	68
II.D.1.b.6.b	Dignité et intérêt de l'Homme	69
II.D.1.b.7	La notion de bien-être	70
II.D.2	Discussion de la Règle 2	77
II.D.2.a	Degrés de qualité éthique d'un acte	77
II.D.2.b	Evaluation de la qualité éthique d'un acte	78
II.D.2.b.1	Une méthode souple	78
II.D.2.b.2	Les qualités personnelles de l'acteur : la bonne foi	80
II.D.2.c	Pourquoi maximiser les intérêts?	81
II.D.2.d	Hierarchie des intérêts et personnes à soutenir	82
II.D.2.e	Le syndrome de la paresse	84
II.D.2.f	Un devoir de J fortuné d'intervenir <i>proprio motu</i> ?	86
II.D.2.g	Pas de voile d'ignorance	87
II.D.3	Discussion de la Règle 3 : La place de la liberté	89
II.D.4	Application souple des trois règles	90
II.D.4.a	Souplesse par rapport au contenu des intérêts	90
II.D.4.b	Souplesse par rapport à l'évaluation des intérêts	91
III.	Excursus : Les choses sans maître et les choses abandon-	
	nées	95
III.A.	Le problème	95
III.B.	Présentation du modèle : une constellation bipolaire ou triangulaire	97
III.C.	L'acquisition de choses sans maître (<i>res nullius</i>)	98

III.C.1 En général	99
III.C.2 Critères matériels pour l'appropriation de choses sans maître	100
III.C.2.a Développement durable	100
III.C.2.b Principe de sauvegarde	100
III.C.3 La chose sans maître dépourvue d'utilité	101
III.D. L'abandon de la propriété : les actes de dérélition	103
III.D.1 En général	103
III.D.2 Chronologie des décisions	105
III.E. Des quotes-parts pour l'appropriation et la dérélition ?	106
III.F. Degrés de protection des choses sans maître	109
IV. Conclusions	111
IV.A. La problématique	111
IV.B. Un modèle de décision : les trois règles	111
IV.C. L'acquisition de choses sans maître et les actes de dérélition	113
IV.D. Perspectives : Trois cercles d'éthique	113

Remerciements

Cet essai a été précédé de différentes présentations et conférences qui m'ont offert l'occasion de discuter et préciser certaines idées soutenues ici. Je tiens à remercier toutes les personnes qui ont bien voulu me prêter l'oreille et se sont livrées ensuite au jeu d'un échange critique.

Je tiens plus particulièrement à exprimer ma reconnaissance à ma collègue et amie Florence Aubry-Girardin, juge au Tribunal fédéral à Lausanne, qui a consenti malgré une charge de travail énorme à deux lectures approfondies du texte. Ses observations perspicaces ont influencé ce livre de manière décisive.

Mes remerciements vont également à Mme Anouchka Offenstein qui a relu le manuscrit et à Mme Kathy Steffen qui a assuré la mise en page.

Finalement un clin d'oeil à mes amis Carmen Perrin, Georges Descombes, Bernard Zumthor et, bien sûr, mon épouse Anastazja que je pourrai désormais ennuyer avec d'autres problèmes.

Genève, le 18 février 2018

Liste des abréviations

ATF	Arrêts du Tribunal fédéral suisse
CENH	Commission fédérale (suisse) d'éthique pour la biotechnologie dans le domaine non humain
PETL	EUROPEAN GROUP ON TORT LAW, Principles of European Tort Law : Text and Commentary, Wien, etc. (Springer) 2005

Bibliographie

Thomas D'AQUIN, Somme théologique II-II.

ARISTOTE, Ethique à Nicomaque I, 12, 1102a, Paris (Vrin) 1994 (cité : ARISTOTE, Ethique à Nicomaque).

Jeremy BENTHAM, Principes de législation, *in* P.E.L. DUMONT et B. LAROCHE (trad.), Œuvres de J. Bentham I, Aalen 1969 (reprint de l'édition de Bruxelles [L. Hauman]) 1829) (cité : BENTHAM, Principes).

Jeremy BENTHAM, De la codification, *in* P.E.L. DUMONT et B. LAROCHE (trad.), Œuvres de J. Bentham III, Aalen 1969 (reprint de l'édition de Bruxelles [L. Hauman] 1829) (cité : BENTHAM, Codification).

Jean CALVIN, Contre la secte fanatique et furieuse des libertins, *in* Jean CALVIN, Œuvres, Paris (Pléiade) 2009 (cité : CALVIN).

Jean CARBONNIER, Droit civil IV, Les obligations, 22^e éd., Paris (PUF) 2000 (cité : CARBONNIER, Droit civil).

CONFUCIUS, Les entretiens de Confucius, Paris (Pléiade) 2009 (cité : CONFUCIUS, Entretiens).

Code de Hammurabi, André FINET, 4^e éd., Paris (Editions du Cerf) 2002 (cité : FINET, Hammurabi).

Code Napoléon IV, N° 43, Exposé des motifs de la loi relative à la propriété, Paris 1808 (cité : Code Napoléon) ;

[https://books.google.be/books?id=FGdQAAAAcAAJ&printsec=frontcover&hl=nl&source=gbs_ge_summary_r&cad=0#v=onepage&q=26%20ventose&f=false] (consult. 13.02.2018).

COMMISSION FÉDÉRALE (SUISSE) D'ÉTHIQUE POUR LA BIOTECHNOLOGIE DANS LE DOMAINE NON HUMAIN, La dignité de la créature dans le règne végétal : la question du respect des plantes au nom de leur valeur morale, Berne 2008 (cité : CENH) ;

[<http://www.ekah.admin.ch/fileadmin/ekah-dateien/dokumentation/publikationen/f-Broschure-Wurde-Pflanze-2008.pdf>] (consult. 13.02.2018).

CICÉRON, De officiis (Les Devoirs) I X 31, trad. par Maurice TESTARD, Paris (Les Belles Lettres) 1974 (cité : CICÉRON, Devoirs).

Digesta Iustiniani, éditions des textes de Theodor MOMMSEN et Paul KRÜGER, Berlin (Weidmann) 1908 (cité : Digesta).

Institutiones Iustiniani, éditions des textes de Theodor MOMMSEN et Paul KRÜGER, Berlin (Weidmann) 1908 (cité : Institutiones).

Gottfried Wilhelm LEIBNIZ, Méditation sur la notion commune de la justice, in Georg MOLLAT, Rechtsphilosophisches aus Leibnizens ungedruckten Schriften, Leipzig (J. H. Robolsky) 1885 (cité : LEIBNIZ, Méditation).

Gottfried Wilhelm LEIBNIZ, Philosophische Schriften IV, 1677 – Juni 1690, Teil C, Berlin (Akademie Verlag, Hrsg. Leibniz-Forschungsstelle der Universität Münster) 1999 (cité : LEIBNIZ, Schriften).

Karl MARX, *Das Kapital* III, Berlin (Dietz Verlag) 1981 (cité : MARX, *Kapital*).

Charles-Albert MORAND, *Pesée d'intérêts et décisions complexes*, in *La pesée globale des intérêts : droit de l'environnement et de l'aménagement du territoire*, Bâle, Francfort-sur-le-Main (Helbing & Lichtenhahn), Genève (Faculté de droit) 1996 (cité : MORAND, *Pesée*).

John Stuart MILL, *Utilitarianism*, in *Utilitarianism and On Liberty*, 2nd ed., with an introduction of Mary Warnock, Malden, MA, USA, etc. (Bantam Classic) 2003 (cité : MILL, *Utilitarianism*).

John Stuart MILL, *On Liberty*, in *Utilitarianism and On Liberty*, 2nd ed., with an introduction of Mary Warnock, Malden, MA, USA, etc. (Bantam Classic) 2003 (cité : MILL, *Liberty*).

PLATON, *La République* IV, 420, Paris (Garnier Flammarion) 1966 (cité : PLATON, *République*).

Jean-Etienne-Marie PORTALIS, *Corps législatif et exposé des motifs* par M. Portalis, 26 nivôse an XII – 17 janvier 1804, in Jean Guillaume LOCRE DE ROISSY, *Législation civile, commerciale et criminelle* IV, Bruxelles (Tarlier) 1836 (cité : PORTALIS, *Motifs*).

EUROPEAN GROUP ON TORT LAW, *Principles of European Tort Law : Text and Commentary*, Wien, etc. (Springer) 2005 (cité : PETL).

John Rawls, *A Theory of Justice*, Cambridge, Mass. 1971 (cité : Rawls, *Justice*).

Marta T. ROTH, *Law Collections from Mesopotamia and Asia Minor*, 2nd ed., Atlanta, Ga. (Scholar Press) 1997 (cité : ROTH, *Hammurabi*).

Friedrich Carl VON SAVIGNY, System des heutigen Römischen Rechts, 1. Auflage, Berlin (Veit) 1840 (cité : SAVIGNY, System).

Amartya SEN, The Idea of Justice, London, etc. (Penguin Books) 2009 (cité : SEN, Justice).

Adam SMITH, An Inquiry Into the Nature and Causes of the Wealth of Nations, New York (Modern Library Edition) 1994 (cité : Smith, Inquiry).

Adam SMITH, The Theory of Moral Sentiments, introd. Amartya Sen, London, etc (Penguin Books) 2009 (cité : SMITH, Moral Sentiments).

Bénédict WINIGER, Verantwortung, Reversibilität und Verschulden, Tübingen (Mohr Siebeck) 2013 (traduction anglaise : *idem*, Responsibility, Restoration and Fault, Cambridge [Intersentia] 2018).

Franz VON ZEILLER, Commentar über das allgemeine bürgerliche Gesetzbuch für die gesammten Deutschen Erbländer der österreichischen Monarchie, Wien, etc. (Geistingers Verlagshandlung) 1812 (cité : ZEILLER, Commentar).

Franz VON ZEILLER, Notwendigkeit eines bürgerlichen Privatrechts, in Grundsätze der Gesetzgebung, 1806/1809, Frankfurt am Main (Vico Verlag und Antiquariat Dr. Otto) 1948 (cité : ZEILLER, Privatrecht).

Introduction générale

Nous vivons dans un monde d'accumulation de capitaux inédite dans l'histoire de l'humanité. Ces capitaux se trouvent entre les mains d'une minuscule fraction des Hommes. L'écrasante majorité de ceux qui ne font pas partie du groupe très restreint de ces personnes n'ont qu'une chance infime de faire respecter leurs intérêts ou de défendre leurs points de vue. Nous vivons aussi dans un monde où une petite poignée de pays détiennent un pouvoir politique inouï. La vaste majorité des 193 Etats membres des Nations Unies n'ont d'autre choix que de se plier aux règles dictées par quelques Etats dominants pour éviter de se faire écraser.

L'accumulation simultanée des pouvoirs économique et politique ne pose pas seulement des problèmes matériels aux exclus de la richesse et du pouvoir. Elle pose aussi des problèmes éthiques et moraux. Elle constitue notamment une violation des règles élémentaires d'équité et d'égalité. Comment justifier que certains puissent satisfaire tous leurs caprices, alors que d'autres peinent à couvrir leurs besoins les plus modestes ? Comment justifier que certains puissent prendre des décisions d'importance vitale pour d'autres, sans que ces derniers ne puissent influencer sur ces décisions qui, pourtant, les concernent en premier lieu ?

Cette accumulation de capitaux et pouvoirs politiques rappelle avec force un problème éthique fondamental qui n'est pas spécifique à ces constellations économiques et politiques extrêmes et qui peut être généralisé

comme suit : Comment user de sa position de domination ? Et plus précisément, quels sont les critères à respecter lorsque je me trouve dans une situation de force et dois prendre une décision qui touche les intérêts de tierces personnes ?

La réponse esquissée dans le présent essai est basée sur un constat de fait et un parti pris : premièrement, la personne humaine est un être sociable et, deuxièmement, cette nature sociable nous oblige à tenir compte, dans la prise de décision, des besoins et intérêts de celles et ceux qui sont concernés par la décision.

Il s'agit en l'occurrence de proposer un modèle de prise de décision assez simple pour être appliqué par chacun de nous dans la vie de tous les jours. Cependant, il doit aussi répondre aux exigences posées par des décisions de large portée, par exemple d'un Etat, d'un groupe industriel ou d'une banque qui statue sur des investissements à grande échelle.

Evidemment, un tel projet paraîtra audacieux, voire prétentieux. Toutefois, le terrain a été défriché et cultivé par une longue tradition de penseurs qui se sont penchés, depuis l'Antiquité jusqu'à nos jours, sur les rapports entre l'individu et la société, et qui nous ont légué un véritable trésor de considérations philosophiques, éthiques et morales.

Naturellement, il n'y a aucune chance que ce texte change le mode de décision des dominants, enclins à ne voir que leur propre avantage. Mais sur l'arrière-fond des perspectives sombres qui s'ouvrent aux dominés, le pire serait de ne pas utiliser les moyens à notre disposition pour rappeler des principes éthiques fondamentaux indispensables à l'existence humaine. On pensera ici notamment au précepte romain du *honeste vivere*, le fait de vivre honnêtement, en veillant à ce que chacun puisse trouver une place digne dans la vie et en permettant à toute la société de se développer et de prospérer.

I. Introduction historique

Une des questions fondamentales que les Hommes se posent depuis la nuit des temps concerne le rapport entre individu et société. Directement liées à cette question, ils discutent aussi les motivations qui nous font agir. Ces deux sujets sont déjà abordés conjointement dans les sources les plus anciennes à notre disposition et continuent depuis à nous occuper.

Nous évoquerons brièvement un petit nombre d'auteurs et textes, choisis arbitrairement, qui illustrent ces discussions et nous serviront de base pour le présent travail. Certains de ces textes auraient pu ne pas être retenus. D'autres, qui contribuent de manière décisive aux mêmes sujets, ont été écartés. Mais l'analyse de tous les auteurs et textes majeurs formant la trame historique qui nous intéresse ici dépasserait de loin le cadre de notre propos.

I.A. Concepts de l'Antiquité mésopotamienne, grecque et romaine : Hammurabi, Platon, Aristote et Cicéron

Dans le prologue de son fameux code, Hammurabi, roi de Babylone de 1792 à 1750 av. J.-C., affirme faire en sorte que « le fort n'opprime pas le faible » et vouloir « assurer le bonheur des gens ».³ Avec les deux assertions, dont la deuxième apparaît d'ailleurs de manière répétée dans le

3 Finet, Hammurabi, Prologue I, 40-50, p 33.

prologue et est reprise ensuite dans l'épilogue, il esquisse un projet de société où le législateur cherche à instaurer un certain équilibre social dans la communauté pour procurer le bien-être à tous. Différentes normes matérielles du code confirment d'ailleurs ces aspirations.⁴

Parmi les textes de loi mésopotamiens et d'Asie mineure du deuxième millénaire av. J.-C. le Code Hammurabi est sans doute le plus explicite par rapport au projet législatif poursuivi. Toutefois, les indications restent très générales et, surtout, ne sont pas accompagnées de réflexions approfondies animant le législateur, sans doute parce que la loi n'est pas un traité philosophique, mais avant tout un ensemble normatif. Néanmoins, Hammurabi associe vie en communauté et bonheur à une société ordonnée par la loi, à la paix,⁵ à la prospérité,⁶ à l'opulence et à l'abondance⁷, et il les oppose au « mauvais et pervers »⁸ et à l'oppression.⁹

La notion de bonheur, centrale dans le projet de société de Hammurabi d'il y a 3800 ans, va aussi jouer un rôle majeur dans notre tradition. La dénomination peut changer d'auteur en auteur, mais l'idée, nous le verrons, que nous cherchons notre bien-être ou bonheur au sein de la communauté reste un élément fondamental dans la plupart des textes.

C'est à partir de l'Antiquité grecque que les réflexions approfondies sur le rapport entre bien-être, individu et société seront particulièrement puissantes et influentes. Platon surtout est explicite quand il affirme : « ... (E)n fondant la cité nous n'avions pas en vue de rendre une seule classe éminemment heureuse, mais autant que possible, la cité tout en-

4 Voir notamment les nombreux tarifs par rapport aux prix d'interventions chirurgicales, salaires et loyers. Code Hammurabi, normes 215-217, 224, 257-258, 261, 268-270, 273-274 (voir aussi Roth, Hammurabi, p. 71 ss).

5 Finet, Hammurabi, Epilogue R XXIV 50 ss, p. 142.

6 Finet, Hammurabi, Prologue II, 20, p. 36.

7 Finet, Hammurabi, Prologue II, 39 ss, p. 37.

8 Finet, Hammurabi, Prologue I, 30-40, p. 33.

9 Finet, Hammurabi, Epilogue R XXIV, 70 ss, p. 142.

tière. »¹⁰ Comme Hammurabi, il lie la question du bonheur à celle de la société. Le but même d'une société est de rendre l'individu heureux. Et il précise explicitement ce que Hammurabi laisse entendre sans l'affirmer clairement : il faut procurer le bonheur à tous, sans favoriser une classe particulière. Cela reste vrai même s'il tempère ensuite son propos en ajoutant qu'il n'est parfois pas possible de rendre tous heureux. Il ne s'agit là évidemment pas d'une réserve de principe, mais plutôt d'un constat réaliste par rapport à un projet ambitieux.

Platon répète et complète son idée un peu plus loin dans le même texte : « Tu oublies encore une fois, mon ami, que la loi ne se préoccupe pas d'assurer un bonheur exceptionnel à une classe de citoyens, mais qu'elle s'efforce de réaliser le bonheur de la cité tout entière, en unissant les citoyens par la persuasion ou la contrainte, et en les amenant à se faire part les uns aux autres des avantages que chaque classe peut apporter à la communauté ; et que, si elle forme de tels hommes dans la cité, ce n'est point pour les laisser libres de se tourner du côté qui leur plaît, mais pour les faire concourir à fortifier le lien de l'Etat. »¹¹ Il conçoit ici la cité comme un tout composé de plusieurs parties ou classes où chacune d'elles s'appuie sur les autres tout en leur procurant des avantages. Si une des parties se porte mal, les autres s'en trouvent également affaiblies. Il est donc dans l'intérêt de tous que les autres soient également à l'aise. La dernière partie de la citation laisse entendre que, pour Platon, l'intérêt de tous l'emporte sur l'intérêt particulier, puisque c'est à travers le premier que le deuxième s'installe. Relevons également qu'œuvrer pour le bien de tous n'est pas optionnel. Si la persuasion ne suffit pas, l'Etat peut recourir à la contrainte envers les classes ou individus récalcitrants. Quant au bonheur, il résulte selon Platon du bon emploi des sciences et de la raison conduites par la sagesse. Ces dernières procurent ensemble

¹⁰ Platon, République IV, p. 171.

¹¹ Platon, République, p. 278.

les vrais plaisirs : « Mais alors, repris-je, n'oserions-nous pas avancer que les désirs relatifs à l'intérêt et l'ambition, quand ils suivent la science et la raison, et recherchent avec elles les plaisirs que la sagesse leur indique, atteignent les plaisirs les plus vrais qu'il leur soit possible de goûter ... » ?¹² L'Homme connaît le vrai plaisir – et donc le bonheur – en se servant de ses connaissances et expériences bien comprises. Au lieu de se risquer à une définition matérielle du bonheur, Platon jalonne ici la voie pour y parvenir, voie qui suppose un emploi équilibré des facultés de l'Homme.

Aristote également met le bonheur au centre de l'existence humaine en considérant que « c'est en vue de lui que tous nous accomplissons toutes les autres choses que nous faisons ». ¹³ Il conçoit le bonheur comme « une certaine activité de l'âme en accord avec une vertu parfaite ». ¹⁴ Par rapport à la communauté, Aristote souligne l'importance de l'amitié dont le trait de caractère essentiel est la vie communautaire : « Rien, en effet, ne caractérise mieux l'amitié que la vie en commun ». ¹⁵ Toutefois, il fait une distinction importante entre différents degrés de proximité. Dans l'amitié on souhaite le bien à l'autre pour la personne de l'autre. ¹⁶ En revanche, dans la plupart des communautés politiques, chacun des membres cherche son propre avantage ou celui de son groupe. ¹⁷

L'amitié naît seulement en communauté et par une convention entre ses membres. ¹⁸ La force du lien conventionnel entre les membres varie. Il est beaucoup moins fort dans la communauté politique qu'en famille ¹⁹ ou entre homme et femme. ²⁰ Aristote considère le lien au sein d'un

12 Platon, République p. 350.

13 Aristote, Ethique à Nicomaque, I, 12, 1102 a, p. 79.

14 Aristote, Ethique à Nicomaque I, 13, 1102a, 5 ss, p. 80. Pour cette activité, dont l'analyse approfondie excéderait le cadre du présent travail, voir notamment le livre II.

15 Aristote, Ethique à Nicomaque VIII, 6, 1157b, 15-19, p. 396.

16 Aristote, Ethique à Nicomaque VIII, 2, 1155b, 30 ss, p. 387.

17 Aristote, Ethique à Nicomaque VIII, 11, 1160a, 5-15, p. 408 s.

18 Aristote, Ethique à Nicomaque VIII, 14, 1161b, 10-15, p. 417 s.

19 Aristote, Ethique à Nicomaque VIII, 14, 1162b, 15 ss, p. 418 ss.

20 Aristote, Ethique à Nicomaque VIII, 14, 1162a, 15 ss, p. 420 ss.

couple comme le plus fort, puisqu'il correspond à la nature des Hommes : « L'amour entre mari et femme semble bien être conforme à la nature, car l'homme est naturellement un être enclin à former un couple, plus même qu'à former une communauté politique, dans la mesure où la famille est quelque chose d'antérieur à la cité et de plus nécessaire qu'elle et la procréation une chose plus commune aux êtres vivants. »²¹ Aristote ajoute que le lien du couple est formé à la fois d'amour et d'utilité. À part l'affection qu'ils se portent, les partenaires s'organisent et partagent les tâches entre eux selon les besoins de la vie.²² Le plus haut degré de l'amitié s'installe non pas dans l'amitié utile, mais dans celle qui repose sur la vertu, car c'est ici que les partenaires « s'efforcent de se faire réciproquement du bien » et de se rendre « la pareille en bons offices ». ²³

En d'autres termes, Aristote présente une conception nuancée de la vie en commun, allant des liens essentiellement pratiques et utilitaires au sein de la cité à des liens affectifs propres à la vie en famille et, dans le meilleur des cas, imprégnés de vertu. Si aussi bien Platon qu'Aristote soulignent que le bonheur – ou le bien-être – fait agir l'homme, si les deux reconnaissent le rôle essentiel de la vie en communauté, Aristote met la vie en couple ou en famille au premier plan.

Un autre auteur particulièrement important dans le cadre de notre recherche est Cicéron. Il retient deux principes fondamentaux pour formuler le lien entre individu et société : « Il convient en effet de se référer aux principes que j'ai posés en commençant, les fondements de la justice, premièrement de ne nuire à personne, ensuite de servir l'utilité générale. »²⁴ Le premier des deux principes deviendra six siècles plus tard, sous l'empereur Justinien, le fameux précepte du *alterum non lae-*

21 Aristote, *Ethique à Nicomaque* VIII, 14, 1162a, 5-15, p. 420.

22 Aristote, *Ethique à Nicomaque* VIII, 14, 1162a, 15-25, p. 420 s.

23 Aristote, *Ethique à Nicomaque* VIII, 15, 1162b, 5-11, p. 422.

24 Cicéron, *Devoirs*, I X 31, p. 119 ; voir aussi I VII 20, p. 114 (traduction BW).

dere, l'interdiction de causer un dommage à autrui.²⁵ Mais c'est surtout le deuxième principe qui nous intéresse ici. Cicéron érige le service à l'*utilitas communis* en un des deux grands principes de justice.²⁶ En se référant à Platon, il explique que l'individu, qui est né en société, doit se mettre au service de celle-ci et de ses amis : « Nous ne sommes pas nés seulement pour nous et une partie de notre naissance est réclamée par la patrie, une autre partie par les amis ». ²⁷ Il ajoute que « les hommes sont engendrés à cause (par) des hommes, afin qu'ils puissent s'aider entre eux, et en cela nous devons suivre la nature comme guide, mettre l'utilité commune au centre, s'apporter mutuellement de l'aide, en donnant et en acceptant, tantôt par notre savoir-faire, tantôt par nos travaux ou nos facultés et unir les hommes dans la société ». ²⁸ Cicéron souligne ici le caractère social de l'Homme, son devoir d'aider, mais aussi le privilège de recevoir. Il ne s'agit en l'occurrence pas d'une simple possibilité pour l'individu de participer à la vie commune, mais d'un véritable devoir. La patrie et les amis sont en position de réclamer de chacun sa contribution. Cicéron donne quelques précisions sur l'extension de ce devoir en citant d'abord le proverbe grec selon lequel entre amis tout est en commun. ²⁹ Il ajoute ensuite qu'est concerné « (t)out ce qu'on peut mettre à disposition sans subir un préjudice ». ³⁰ Ainsi devons-nous, par exemple, donner accès à l'eau courante et au feu ou donner des conseils de bonne foi. Toutefois, le devoir de partager est limité : il ne faut pas que celui qui aide subisse lui-même des nuisances ou se trouve appauvri. Ainsi, Cicéron propose un devoir d'entraide, mais pas un devoir de sacrifice.

Comme Aristote, Cicéron distingue entre différents cercles de proximité au sein de la société. En principe, nos libéralités reviennent en pre-

25 Institutiones Iustiniani 1.1.3 ; Digesta Iustiniani 1.1.10.

26 Pour la notion de justice, voir notamment Cicéron, Devoirs I VII 20 ss, p. 114.

27 Cicéron, Devoirs I VII 22, p. 115 (traduction BW).

28 Cicéron, Devoirs I VII 22, p. 115 (traduction BW).

29 Cicéron, Devoirs I XVI 51, p. 130.

30 Cicéron, Devoirs I XVI 51, p. 130 (traduction BW).

mier lieu aux proches (« in nostros simus liberales »³¹) et seulement en deuxième lieu aux personnes plus éloignées. Le premier cercle est formé par le couple et ses enfants ; viennent ensuite les frères, puis les cousins germains.³² Toutefois, cet ordre peut être modifié si les circonstances le demandent,³³ car nous devons venir en aide selon le degré de nécessité : « Mais, dans l'accomplissement de tous ces devoirs nous devons voir quelle est la plus grande nécessité de chacun et qu'est-ce que chacun peut ou ne peut pas obtenir sans nous. »³⁴ Cicéron retient ici une règle de bon sens, selon laquelle il faut d'abord venir en aide à ceux qui se trouvent dans les plus grandes difficultés. Mais il est également attentif aux capacités de la personne à résoudre elle-même ses problèmes. La priorité revient évidemment à celle qui ne peut pas s'aider elle-même. En d'autres termes, Cicéron admet que l'état de nécessité d'autrui nous lie dans nos actions. En tant qu'êtres sociaux, nous ne pouvons rester indifférents à la difficulté des autres et devons secourir ou assister ceux qui ont besoin de notre aide. Relevons également que Cicéron ne mentionne pas seulement l'aide matérielle, mais également le bon conseil et toute autre forme de bienfait.³⁵

Les trois auteurs, Platon, Aristote et Cicéron, soulignent ainsi à la fois le rôle central que le bien-être joue dans la détermination de nos actes et l'importance des liens entre individu et société. L'individu n'est pas perçu comme une entité isolée, mais comme une personne faite par et pour la communauté. Individu et communauté doivent s'assister réciproquement, car c'est grâce à elle qu'il vit et c'est à travers lui qu'elle se perpétue. Cette conception, basée sur l'observation *in concreto* et sur une haute idée de la personne et de la cité, influera de manière déterminante sur les penseurs des siècles à venir. Les deux principes, le bien-être et le

31 Cicéron, Devoirs I XVI 52, p. 131.

32 Cicéron, Devoirs I XVII 53 s, p. 131.

33 Cicéron, Devoirs I XVIII 59, p. 133.

34 Cicéron, Devoirs I XVIII 59, p. 133 (traduction BW).

35 Voir notamment Cicéron, Devoirs I XVII 58, p. 133.

rapport entre personne et communauté, vont devenir des éléments indispensables et leur interdépendance ne sera jamais vraiment démentie. La question sera davantage de savoir quelle place accorder à l'un et l'autre au sein de ce rapport indissoluble. Plus précisément, l'un peut-il poursuivre son propre bien-être indépendamment – et peut-être même au détriment – de l'autre ou le bien-être de chacun des deux dépend-il de celui de l'autre ? Peut-il y avoir un vrai bien-être de l'individu dans une société qui va mal ? Et inversement, peut-il y avoir un vrai bien-être de la société lorsque les individus vont mal ? Evidemment, ces formulations sont réductrices, mais elles esquissent trois choix possibles, où la faveur va plutôt à l'individu, à la société ou aux deux à la fois.

I.B. Moyen-Âge : l'altruisme de Thomas d'Aquin

La question de l'altérité joue un rôle important dans la tradition judéo-chrétienne. Selon l'Ancien Testament, la rancune envers son propre peuple doit être bannie et chacun doit aimer son prochain autant que soi-même.³⁶ Sur cet arrière-fond, les rapports entre individus, mais aussi entre l'individu et la communauté sont intensément discutés. Thomas d'Aquin, pour ne prendre que lui, les analyse notamment dans le cadre des questions portant sur l'amour pour Dieu et pour le prochain. Il constate, dans la réponse concernant l'amour pour Dieu, que « chaque partie aime naturellement davantage le bien commun de tous que son propre bien particulier. [...] Car chaque partie a une inclination principale pour une action commune en faveur de l'utilité pour tous. Cela apparaît aussi dans les vertus politiques, selon lesquelles les citoyens subissent pour le bien commun des dommages dans leurs propres biens et leur personne ».³⁷ Sur fond de droit naturel, Thomas d'Aquin met ici

³⁶ Lévitique 19.18.

³⁷ Thomas d'Aquin, Somme théologique II-II, question 26, art. 3, réponse (traduction BW).

en avant l'utilité commune, qui prime sur l'utilité individuelle et ajoute, dans sa deuxième solution, que l'individu ne doit pas ramener à lui le bien de la communauté, mais au contraire se ramener lui-même au bien de celle-ci. Avant d'en tirer profit, l'individu doit contribuer au bien de tous. Cette attitude altruiste fait passer le bien commun au premier plan et met l'individu au service de la communauté.

I.C. La réforme : Jean Calvin

Dans son écrit *Contre la secte fanatique et furieuse des libertins*, Calvin déploie tous ses talents de rhéteur et théologien pour combattre ce courant religieux auquel il reproche notamment de profaner l'institution du mariage en prêchant des rapports licencieux entre hommes et femmes : cette secte « pousse et enflambe un homme comme un taureau, et une femme comme une chienne chaude ». Mais c'est aussi l'attitude des libertins face à la propriété qui l'irrite : « Or à fin de ne laisser nul ordre entre les hommes, ils font aussi une semblable confusion quant aux biens, disant que c'est la communion des saints que nul ne possède rien comme sien, mais que chacun en prenne où il en pourra avoir. »³⁸ Il exhorte « de rejeter et avoir en abomination cette rêverie diabolique de vouloir mêler tous les biens en confus ». ³⁹ En même temps, il fustige aussi ses contemporains qui ne songeraient qu'à s'enrichir sans limites et par tous les moyens : « On voit comment petits et grands sont aujourd'hui embrasés comme fournaise d'une cupidité enragée d'amasser et attirer à eux. »⁴⁰

Calvin craint sans doute que, si elle se généralisait, l'injonction aux chrétiens d'abandonner leurs biens reviendrait en dernier lieu à abolir la propriété. Sous le poids de la menace, il ne se contente pas de dénoncer ces

³⁸ Calvin, *Contre la secte fanatique et furieuse des libertins*, 725-801, 794.

³⁹ Calvin, *Contre la secte fanatique et furieuse des libertins*, 725-801, 800.

⁴⁰ Calvin, *Contre la secte fanatique et furieuse des libertins*, 725-801, 794.

tendances sataniques. Pour les combattre plus efficacement, il esquisse en trois points une théorie des rapports de l'Homme à ses propres biens et de l'attitude à adopter face à son prochain. Premièrement, nous ne devons pas avoir de l'appétit pour les biens matériels ; que le pauvre se satisfasse de ce qu'il a et que le riche garde toute son indépendance intérieure face à ses biens, afin qu'il puisse les quitter en tout instant, et qu'il développe même un certain mépris à leur égard. Deuxièmement, il nous incombe non seulement de travailler honnêtement pour gagner notre vie, sans recours à des « mauvais trafics », mais aussi de servir notre prochain. Troisièmement, que le pauvre s'accommode de son sort et en remercie Dieu ; que le riche use de ses biens avec modération et aide charitablement son prochain à subvenir à ses besoins.⁴¹ Le premier point fait barrage à toute convoitise des biens d'autrui. Chacun doit accepter le sort que Dieu lui réserve. Le deuxième point rappelle le précepte romain du *honeste vivere*⁴² qui enjoint à chacun de se comporter en homme honnête, précepte enrichi toutefois du principe chrétien d'amour du prochain. Le troisième point, répétition partielle et renforcement des deux points précédents, rappelle l'obligation de modération qui sied à tout chrétien et le devoir de charité. Notons toutefois que ce devoir de charité reste très vague, presque à la discrétion de chacun. Ce devoir flou autour de la charité contraste d'ailleurs singulièrement avec l'ordre vigoureux adressé à chacun de rester à sa place.

Calvin critique l'interprétation que les libertins font de certaines parties de la Bible et leur oppose d'autres passages, appuyés par des exemples. Il soutient que la Bible n'exige pas l'abandon des biens, mais nous exhorte à bien en user dans la droiture et la vérité.⁴³ Importe avant tout que tous,

41 Calvin, Contre la secte fanatique et furieuse des libertins, 725–801, 795 s.

42 Institutiones Iustiniani 1.1.3.

43 Calvin, Contre la secte fanatique et furieuse des libertins, 725–801, 796.

pauvres et riches, soient « pauvres de cœur », prêts à tout sacrifier pour l'honneur de Dieu.⁴⁴

Finalement, il prêche ce qu'il appelle la « doctrine commune où gît la vraie décision ».⁴⁵ En se basant sur l'apôtre Paul, il recommande de : conserver ses biens, mais ne pas s'en enorgueillir ; ne pas se fonder sur les richesses matérielles, mais faire des bonnes œuvres ; garder ses esclaves, mais les traiter avec humanité ; ne pas renoncer à des héritages, mais « les posséder comme ne les possédant point »⁴⁶ ; donner non pas par contrainte, mais avec affection et libéralité.

Calvin veut laisser toute la liberté à celui qui possède de conserver ses biens et d'en disposer. En même temps, il force le pauvre à accepter humblement son sort. La conservation des richesses est cependant soumise à certaines conditions. D'abord, il est exclu de s'y attacher et de perdre ainsi sa liberté intérieure. Ensuite, chacun doit aux autres, selon ses moyens, générosité dans le partage. Comme le Christ s'est donné aux hommes, les hommes sont tenus entre eux à des gestes charitables.⁴⁷

La différence entre Thomas d'Aquin et Calvin est saisissante. Chez le premier, la priorité revient clairement à la communauté, à laquelle l'individu doit se sacrifier. Le second, en revanche, laisse toute latitude à chacun de disposer de ses biens, en retenant un devoir de charité plutôt vague. Puisque Calvin conçoit le « profit de notre labeur comme un juste salaire »,⁴⁸ pourquoi priver le riche du gain reçu de la main de Dieu ?

44 Calvin, Contre la secte fanatique et furieuse des libertins, 725-801, 797.

45 Calvin, Contre la secte fanatique et furieuse des libertins, 725-801, 799.

46 Calvin, Contre la secte fanatique et furieuse des libertins, 725-801, 800.

47 Calvin, Contre la secte fanatique et furieuse des libertins, 725-801, 795 s.

48 Calvin, Contre la secte fanatique et furieuse des libertins, 725-801, 795.

I.D. Le jusnaturalisme : Leibniz

Leibniz défend une position particulièrement intéressante sur les rapports entre individus et société, avec des emprunts à la philosophie antique et à la théologie chrétienne, mais intégrés dans son propre système métaphysique de l'harmonie préétablie. Partant de l'idée d'un Dieu créateur qui réunit en lui toutes les perfections, Leibniz suppose que nous vivons dans le monde le plus parfait possible.⁴⁹ Dans ce monde doivent régner bonté et bien.⁵⁰ Pour instaurer ce bien, propre à un monde juste, nous devons être charitables : « ... (L)a justice n'est autre chose que la charité du sage, c'est-à-dire, une bonté pour les autres, qui soit conforme à la sagesse. Et la sagesse dans mon sens n'est autre chose que la Science de la Félicité. »⁵¹ Leibniz concentre ici en quelques lignes le noyau conceptuel de sa philosophie morale. A la différence de Dieu, l'Homme est imparfait. Il peut se tromper, par exemple lorsqu'il calcule, réfléchit ou prend des décisions. Pour que le monde soit le plus parfait possible, c'est-à-dire, pour qu'il se rapproche le plus de la perfection divine, il faut que l'Homme évite de commettre des erreurs et des fautes. Par rapport à ses prochains, il doit veiller à leur procurer le plus grand bien, ou la félicité, comme Leibniz le dit à la fin de la citation. Pour promouvoir cette félicité, l'Homme doit connaître la nature et le genre humains. A l'instar de certains philosophes de l'Antiquité, Leibniz nous demande d'acquérir de la sagesse qui est une accumulation de connaissances à travers nos facultés empiriques et rationnelles. En nous servant de ces connaissances, nous pouvons contribuer à la félicité de nos proches et rendre le monde plus parfait.

A cette formulation théorique, Leibniz joint un exemple plus pratique à partir duquel on peut reconstruire un modèle de jeu de rôle : Supposons

49 Voir notamment Leibniz, Méditation, 56-81, 65.

50 « Le but de la bonté est le plus grand bien, ... », Leibniz, Méditation, 56-81, 62.

51 Voir notamment Leibniz, Méditation, 56-81, 67.

que je sois dans la misère. Est-ce que je ne me plaindrais pas de celui qui ne m'aide pas, alors qu'il le pourrait aisément ? Evidemment que si ! Leibniz en déduit une obligation d'aide : « ... (O)n conviendra non seulement que les hommes doivent s'abstenir de malfaire, mais encore qu'ils doivent empêcher que le mal ne se fasse, et même le soulager, quand il est fait ; au moins autant qu'ils le peuvent sans s'incommoder. »⁵² Il complète ici le précepte romain du *neminem laedere*,⁵³ qui est une pure obligation d'abstention à faire du mal, par deux obligations de commission : nous devons empêcher que l'on fasse du mal à autrui et, le cas échéant, réparer le mal déjà infligé. Quelques lignes plus loin, il ajoute une troisième obligation de commission, beaucoup plus étendue celle-ci : je suis obligé de faire du bien à autrui.

Les obligations d'intervenir activement pour autrui sont une conséquence indirecte de l'idée selon laquelle Dieu a créé le monde le plus parfait possible : nous devons aider les autres dans leur recherche de la félicité, puisque celle-ci est un des critères de la perfection. Leibniz rappelle aussi que « l'absence du bien est un mal et que l'absence du mal est un bien en général ». ⁵⁴ Il donne ici au mal une nouvelle signification : il ne s'agit pas seulement d'un mal au sens d'une détérioration, mais aussi d'une occasion manquée d'améliorer la situation d'autrui. Le simple fait de ne pas avoir soutenu autrui revient à porter atteinte à la perfection la plus grande possible du monde.

Toutefois, les trois obligations (positives) d'entraide ne sont pas illimitées. Je ne suis pas obligé de faire des sacrifices et je peux m'arrêter lorsque l'aide en faveur d'autrui m'incommode d'une quelconque façon.⁵⁵ L'obligation de faire du bien tombe aussi si je peux faire valoir

52 Leibniz, Méditation, 56-81, 69.

53 Institutiones Iustiniani 1.1.3 ; Digesta Iustiniani 1.1.10.

54 Leibniz, Méditation, 56-81, 70.

55 Il subsiste ici toutefois un flottement. Tout en précisant que nous sommes obligés d'intervenir en faveur d'autrui « sans s'incommoder », Leibniz ajoute ne pas vouloir

de bonnes raisons pour m'en exempter.⁵⁶ Le jeu de rôle prend ainsi la forme suivante : « Vous me pouvés rendre heureux et vous ne le faites point : je m'en plains, vous vous en plaindriés dans le même cas, donc je m'en plains avec justice. »⁵⁷ Leibniz appelle cela un principe d'équité, basé en l'occurrence sur le principe d'égalité. Les deux protagonistes sont égaux par nature ; il est donc équitable de les traiter de la même façon, en l'occurrence d'exiger du sollicité qu'il aide le sollicitant si sa demande est justifiée.

D'ailleurs, dans un autre texte, Leibniz formule un but particulièrement élevé de la justice : les principes de justice doivent saisir, ou exprimer, ce qui conduit à la plus haute perfection possible de l'ensemble : « *maxima inde in summa totius societatis perfectio possibilis* ». ⁵⁸ Ici, Leibniz ne se demande plus si celui qui vient en aide pourrait être lui-même incommodé par le soutien apporté à autrui. Chacun doit faire en sorte que la société dans son ensemble atteigne le plus haut degré de perfection. Autrement dit, le principe d'altruisme, auquel chacun est tenu, subordonne le bien-être individuel à celui de l'ensemble de la société. Aucun des individus n'est laissé pour compte, puisque le bien-être de la collectivité dépend de celui de tous ses membres.

Dans sa forme la plus complète, la règle de comportement dans le jeu de rôle sera la suivante : « L'on dira donc, que la justice, au moins entre les hommes, est la volonté constante de faire en sorte autant qu'il est possible, qu'on ne se puisse point plaindre de nous, quand nous nous plaindriions d'autrui en cas pareil. D'où il est évident, que lorsqu'il n'est point possible de faire que tout le monde soit content, on doit tacher de contenter

examiner « jusqu'où cette incommodité peut aller », laissant ici ouverte la question si, et éventuellement dans quelle mesure, on peut nous demander des sacrifices pour aider autrui.

56 Leibniz, Méditation, 56-81, 69 s.

57 Leibniz, Méditation, 56-81, 70.

58 G. W. Leibniz, *Schriften* IV, N. 502, *De Jure et Justitia*, 2838, 10-15.

les gens le plus qu'il est possible, et qu'ainsi ce qui est juste, est conforme à la charité du sage. »⁵⁹ A nouveau, Leibniz se réfère à l'Antiquité tout en adaptant les concepts. La formulation « la volonté constante de faire » est tirée du fameux fragment du Digeste de Justinien introduisant les trois préceptes du « honeste vivere, neminem laedere et suum cuique tribuere ». ⁶⁰ Leibniz reprend implicitement les trois préceptes, mais les élargit à une obligation beaucoup plus vaste. Il concède premièrement à toute personne le droit à une aide si les conditions de réciprocité sont remplies, c'est-à-dire si la personne sollicitée, mise à la place du sollicitant, aurait aussi demandé de l'aide. Deuxièmement, il étend ce jeu de rôle initialement bilatéral à un jeu entre toutes les parties concernées. Le sollicité ne doit pas seulement se mettre à la place du sollicitant, mais aussi à celle de tierces parties subissant les conséquences de sa décision. Il doit, en tenant compte des intérêts de chacun, mettre toutes les parties dans la meilleure situation possible. Pour arriver au monde le plus parfait possible, il ne suffit en effet pas de se concentrer sur les intérêts du sollicitant et du sollicité : il faut garder à l'esprit le bien de tous. Le sollicitant sera peut-être satisfait à un moindre degré, mais au bénéfice de la communauté.

Leibniz décrit ici un modèle particulièrement complet, mais aussi particulièrement complexe. Premièrement, la personne n'est pas libre, sur un plan moral, d'agir comme elle le veut. Pour prendre une décision, elle peut bien défendre ses propres intérêts, mais ne doit pas perdre de vue ceux de la personne qui la sollicite. En plus, les intérêts des tiers concernés par la décision sont à prendre en compte. En d'autres termes, Leibniz propose un modèle triangulaire entre moi, mon prochain et la société, où les intérêts d'aucun des trois ne peuvent être négligés. Notre propre

⁵⁹ Leibniz, *Méditation*, 56-81, 71.

⁶⁰ *Digesta Iustiniani* (Ulpianus) 1.1.10.

modèle, exposé dans la seconde partie de ce texte, s'inspire très largement des concepts de Leibniz.

I.E. Les économistes des 18^e/19^e siècles : Adam Smith, Jeremy Bentham, John Stuart Mill

Adam Smith est souvent vu comme un défenseur inconditionnel de la poursuite d'intérêts égoïstes.⁶¹ Il met certes en avant, dans son ouvrage *The Wealth of Nations*, l'importance des amour et intérêt propres de chacun, considérés comme étant les moteurs de notre comportement.⁶² Toutefois, selon lui, la poursuite de son bien-être ne doit pas plonger l'individu dans une opposition à la société, la solitude et l'isolation étant des conditions de vie terrifiantes.⁶³ Smith souligne aussi l'importance de l'équité dans l'organisation de toute société et la nécessité de partager les richesses avec tous ceux qui ont participé à leur création. En dehors d'un tel partage, pas de société florissante et heureuse.⁶⁴ Par ailleurs, sans nécessairement le vouloir, l'individu qui poursuit ses propres intérêts promet en réalité souvent indirectement les intérêts de la société.⁶⁵ Comme dans *The Wealth of Nations*,⁶⁶ Smith souligne aussi dans sa *Theory of Moral Sentiments*, l'importance de la compétition entre les membres de la société. Il admet que nous pouvons nous efforcer avec chaque nerf et muscle de notre corps de dépasser nos concurrents, à condition, toutefois, de respecter les règles de la *fairness*.⁶⁷ Mais il admet aussi qu'il serait intolérable de priver autrui de ce qui lui appartient, simplement parce que celui-ci pourrait nous servir aussi bien ou même mieux qu'à l'autre. Pas question non plus de défavoriser l'autre pour obtenir un petit avan-

61 Voir la critique de cette lecture chez Sen, *Justice*, 184 s.

62 Adam Smith, *Inquiry*, 14 ss.

63 Smith, *Moral Sentiments*, 102 s.

64 Smith, *Inquiry*, 90.

65 Smith, *Inquiry*, 484 s.

66 Smith, *Inquiry*, 745 s.

67 Smith, *Moral Sentiments*, 101.

tage, ni de le ruiner même pour éviter notre propre ruine.⁶⁸ Chacun doit tempérer son amour propre à tel point que les autres puissent vivre à ses côtés.⁶⁹ Notons d'ailleurs en passant que, pour définir les rapports entre personnes, Smith propose comme Leibniz un jeu de rôle où l'auteur se met à la place des personnes concernées par son attitude. Les rapports entre personnes sont soumis à une hiérarchie de valeurs à respecter, la valeur la plus élevée étant la vie et l'intégrité corporelle de l'autre, suivies de ses propriétés et possessions et, en dernier lieu, des promesses et rapports contractuels qui nous lient à lui.⁷⁰ Ainsi, Smith ne conçoit la personne nullement comme un individu poursuivant impitoyablement son seul avantage, mais comme un être social indéfectiblement lié à la société, avec laquelle il partage bonheur et malheur. Certes, Smith ne fait pas de l'individu un chantre de la vie collective. Il le saisit en tenant compte à la fois de son amour et de ses besoins propres, mais aussi de sa dépendance de la société avec laquelle il forme une communauté de destin.

On ne peut certainement pas reprocher à Jeremy Bentham un individualisme débridé. Il ne laisse pas de doute quant à son intention fondamentale. Dans ses principes de législation, il proclame d'emblée au début du texte, que « le bonheur public doit être l'objet du législateur ».⁷¹ Il incombe ainsi au législateur de légiférer de sorte à promouvoir le bien-être de tous. En réalité, cette quête du bonheur va bien au-delà de la législation et s'étend à l'ensemble de nos actes. Par nature, l'Homme « vit sous l'empire du plaisir et de la douleur ».⁷² Il cherche inmanquablement le premier, qui lui procure du bonheur, et fuit le second, source de malheur.⁷³ Quant à son contenu, la notion de bonheur est définie par chaque

68 Smith, *Moral Sentiments*, 100.

69 Smith, *Moral Sentiments*, 101.

70 Smith, *Moral Sentiments*, 101 s.

71 Bentham, *Principes*, Ch. I, 10; XII, 37.

72 Bentham, *Principes*, Ch. I, 10.

73 Bentham, *Principes*, Ch. V, 17; XII, 37.

personne individuellement, car chacune sait le mieux ce qui lui procure du plaisir et de la peine.⁷⁴

Bentham appelle la primauté du bonheur aussi le principe d'utilité générale, qu'il définit comme « le plus grand bien du plus grand nombre ».⁷⁵ Cette définition, de prime abord extrêmement sympathique à l'égard de chacun de nous, soulève cependant des questions, dont notamment celle de savoir ce qu'il adviendra de ceux qui ne font pas partie du plus grand nombre. Seront-ils laissés pour compte et, si oui, une telle théorie exclusive serait-elle acceptable ? Bentham répond, dans au moins un passage, directement à la question. Il affirme qu'il « n'est pas possible de maximiser le bien pour tous également » et explique qu'il « n'y a pas moyen d'assurer à tous ni les mêmes droits ni les mêmes jouissances ».⁷⁶ Si l'on s'en tient à ce passage, Bentham défendrait bien une théorie exclusive, qui ouvrirait évidemment les portes à des inégalités auxquelles il serait difficile de souscrire. Notons entre parenthèse, qu'il n'était alors pas le seul à défendre une idée d'inégalités inévitables. Le père du Code civil français, Portalis, expliquait en 1804, lors des délibérations sur le Code, que la nature elle-même créait des inégalités entre les hommes, qu'il fallait s'en accommoder et que le Code pouvait tout au plus les atténuer.⁷⁷ On était déjà très loin des grandes revendications de la Révolution française et de la devise « Liberté, Égalité, Fraternité » écrite sur sa bannière.

La vision de Bentham est critiquable, parce qu'elle réserve un triste sort à la minorité des exclus. Toutefois, elle favorise à la fois les individus – du moins ceux qui ne sont pas isolés de la société – et la collectivité qui doit avoir des égards pour la personne individuelle.

74 Bentham, *Principes*, Ch. V, 17.

75 Bentham, *Principes*, Ch. I, 10 ; Bentham, *Codification*, 91.

76 Bentham, *Codification*, 91.

77 Code Napoléon IV, 30.

John Stuart Mill est proche de Bentham dans sa formulation de ce qu'il appelle le *greatest happiness principle*, le principe du plus grand bonheur. Une société juste doit chercher à atteindre le plus grand montant total de bonheur,⁷⁸ ce dernier étant défini comme une existence sans peines et aussi riche que possible en plaisirs à la fois du point de vue quantitatif et qualitatif.⁷⁹ Comme chez Bentham, la formulation choisie par Mill laisse ouverte la question des laissés-pour-compte. Elle n'exclut pas que le plus grand bonheur des uns conduise au malheur noir des autres, pourvu que le bonheur dans son ensemble soit le plus grand possible. Certes, Mill admet que nous sommes moralement obligés de respecter les principes de justice. Cependant, il ajoute aussitôt que la générosité ne relève pas de la justice et que, par conséquent, personne n'a d'obligation morale à être généreux ou bienfaisant envers autrui.⁸⁰ Dans un autre texte, Mill se défend d'esquisser une société d'indifférence égoïste, où chacun ne regarderait que son propre intérêt. Au contraire, il considère que nous devons faire de grands efforts désintéressés pour promouvoir le bien-être des autres.⁸¹ Comme chez Bentham, il est difficile chez Mill de cerner avec précision le rapport entre individu et collectivité. Evidemment, les deux auteurs font du bonheur un principe fondamental de leur philosophie et tiennent compte non seulement de l'individu, mais de la société dans son ensemble. Toutefois, les deux semblent accepter, peut-être à leur corps défendant, qu'une partie de la société soit *de facto* exclue du bonheur.

I.F. Le communisme : Karl Marx

Marx reprend dans une large mesure des concepts du Siècle des lumières. Puisque la liberté et la dignité sont inscrites dans la nature de la per-

78 « The greatest amount of happiness altogether », Mill, *Utilitarianism*, 189 s.

79 Mill, *Utilitarianism*, 190.

80 Mill, *Utilitarianism*, 223.

81 Mill, *Liberty*, 148.

sonne, il s'agit de tenir compte, dans l'organisation de la société, de ces deux qualités humaines fondamentales. Notamment le processus de production des moyens de subsistance, dont chacun de nous dépend, et la distribution des biens doivent être organisés de telle sorte que la liberté et la dignité de chacun soient garanties le plus complètement possible. Pour y parvenir, il faudrait, selon Marx, une réorganisation complète de la société. Un premier pas vers cette nouvelle société serait un contrôle collectif des moyens de production, où personne ne subirait un pouvoir extérieur aveugle,⁸² mais où chacun participerait aux décisions à prendre. Un autre point concernerait notre rapport juridique aux biens. Dans cette nouvelle société, dont le mode d'organisation économique serait plus élevé,⁸³ la propriété privée apparaîtra, dit Marx, aussi insoutenable que l'esclavage, car notre domination des biens n'est que transitoire. Ainsi, dit Marx, l'homme n'est jamais plus qu'un possesseur ou usufruitier.

Marx rappelle ici en passant la règle juridique romaine, selon laquelle l'usufruitier doit se comporter avec le frugifère comme un *bonus pater familias*, un bon père de famille, pour ajouter de manière très inattendue que nous devons améliorer les biens dont nous disposons, pour les transmettre en meilleur état aux générations suivantes!⁸⁴

Quel rapport entre individus et société dans ce projet utopiste ? À côté de la liberté et de la dignité, l'égalité joue évidemment un rôle central. Cette dernière trouve son expression d'abord dans le fait que chacun est libre à la fois par nature et dans la mesure où la liberté de l'autre est sauve. Ensuite, l'égalité se manifeste dans la solidarité entre individus qui est garantie par la collectivisation des moyens de production, et dans la répartition des biens qui doit s'aligner sur la nature égale des hommes.⁸⁵

82 Marx, *Kapital* III, 828.

83 Marx parle de « höhere ökonomische Gesellschaftsformation », Marx, *Kapital* III, 784.

84 Marx, *Kapital* III, 784.

85 Marx, *Kapital* III, 884 s.

Sans forcer le trait on pourrait dire que, selon Marx, nous sommes égaux, et que, par conséquent, la prétention de chacun surtout sur des biens matériels est égale à celles des autres.

II. Les rapports de domination entre individus : ma propriété, ma compétence, mon pouvoir de décision

II.A. Le problème

La vie quotidienne est faite, dans une large mesure, de rapports de domination entre individus. Cette domination prend les formes les plus diverses : le propriétaire a un droit exclusif sur sa chose, l'individu est libre de disposer de ses capacités – professionnelles ou autres – et celui qui a un pouvoir de décision peut en user dans le cadre des compétences conférées par sa fonction. Ces différentes formes de domination peuvent porter sur des objets, mais aussi sur des personnes. Ainsi, les décisions prises par la personne dominante ont des effets non seulement pour elle-même, mais la plupart du temps aussi sur les personnes et choses qui l'entourent. Dès lors, la question est de savoir selon quels critères la personne dominante est tenue de prendre les décisions qui ne la concernent pas seulement elle-même, mais aussi son entourage.

II.A.1 Approche juridique

Les ordres juridiques confèrent une multitude de prérogatives qui placent certaines personnes dans un rapport de domination par rapport

à des choses et/ou personnes. Prenons-en ici quelques exemples paradigmatiques.

La liberté du propriétaire. D'un point de vue juridique, la propriété est le droit de jouir et disposer de sa chose de la manière la plus absolue, *salva lege* bien entendu.⁸⁶ Si j'ai 1000 francs dans ma poche, rien ne m'empêcherait donc de les dépenser comme bon me semble.

Les révolutionnaires français, nous l'avons dit, avaient écrit sur leurs bannières « Liberté, Egalité, Fraternité ». Il s'agissait là de revendications essentiellement politiques qui concernaient surtout le droit public. Quelques années après la phase la plus chaude de la Révolution, à l'aube du 19^e siècle, les codificateurs français se trouvèrent confrontés au défi de transcrire ces revendications politiques dans le Code civil. Comment inscrire la liberté dans le Code ? Le concept qui s'offrait était la propriété, car elle donne depuis toujours au titulaire le plus vaste choix de possibilités par rapport à sa chose : l'utiliser, la prêter, la louer, la donner, la vendre, l'abandonner ou même la détruire. Ainsi, la propriété devenait en droit civil l'expression de la liberté. C'est aussi pour cette raison que le législateur français considéra la propriété comme la colonne vertébrale de tout le Code, et même de tout l'édifice législatif.⁸⁷

En aménageant au propriétaire cet espace de liberté, le législateur lui conférait une position de pouvoir illimité sur la chose. Conçue depuis l'Antiquité romaine comme un droit *erga omnes*, la propriété confère au titulaire la possibilité d'imposer son droit à n'importe qui. La liberté était ainsi construite comme une position de force ou de pouvoir sur la chose, un pouvoir de disposition sans restrictions et envers tout le monde.

⁸⁶ Voir notamment l'art. 544 du Code civil français ou, avec une formulation comparable, l'art. 641 du Code civil suisse.

⁸⁷ Portalis, Motifs, 75-84.

Les extensions de la propriété : la dématérialisation des choses. Depuis un certain temps, ce ne sont pas seulement les objets physiques qui sont visés, mais aussi les biens immatériels comme les idées ou les concepts. Ainsi la propriété intellectuelle occupera une place toujours plus importante à partir du 19^e siècle, au point de devenir au cours du 20^e siècle, on le sait, un élément central de nos économies. En principe, le titulaire d'un droit de propriété intellectuelle est protégé au même titre que tout autre propriétaire. Ainsi, celui qui détient un brevet d'invention peut disposer de son savoir comme il veut, il peut l'exploiter ou le vendre et, surtout, il peut exclure toute autre personne d'en bénéficier, par exemple en interdisant à autrui l'exploitation commerciale des connaissances faisant l'objet du brevet. Depuis des décennies cela a conduit – et conduira dans l'avenir encore – à des batailles politiques et juridiques féroces aux enjeux économiques majeurs. On peut penser ici notamment au marché des médicaments, mais aussi aux technologies de la communication.

Les différentes formes de liberté. Pour que le propriétaire puisse exercer sa liberté par rapport à sa chose, il faut d'abord qu'il soit libre lui-même. Cette liberté est assurée en différents endroits de nos ordres juridiques. On pensera en premier lieu aux constitutions, qui contiennent généralement des chapitres entiers consacrés aux droits fondamentaux et des catalogues de libertés garanties.⁸⁸ Mais on pensera aussi aux codes civils, qui protègent la personne en tant que telle. Les art. 27 ss du Code civil suisse, par exemple, protègent l'individu contre des restrictions trop importantes de sa liberté, imposées par lui-même ou par autrui. Le but premier de ces normes est de garantir à toute personne un noyau intouchable de libertés. Ainsi, chacun peut vivre à sa guise ; par exemple, il peut faire de ses compétences professionnelles ce qu'il veut. Le mécanicien, l'ingénieur ou l'agriculteur peuvent exercer leur métier ou y renoncer. Chaque individu peut aussi choisir le lieu de travail et les personnes

⁸⁸ Voir par exemple le Titre 2 de la Constitution suisse du 18 décembre 1998.

avec qui collaborer, comme il est aussi libre de changer d'activité. Un médecin hautement qualifié peut renoncer à son métier pour s'adonner à une activité moins qualifiée, mais plus lucrative, ou simplement à son violon d'Ingres. Autrement dit, nos ordres juridiques nous permettent de faire de nos compétences individuelles ce que nous voulons.

Nos ordres légaux ne protègent bien sûr pas seulement les personnes en tant qu'individus. L'économie et certaines institutions également bénéficient d'un régime de liberté. Nos constitutions et nos codes civils garantissent à l'individu et aux entités économiques, notamment aux entreprises ou autres structures privées ou étatiques, la liberté de contracter et de s'organiser économiquement. Ces personnes ou entités ne sont pas seulement libres de passer contrat avec qui elles veulent, mais aussi de constituer à leur tour des entités financières et commerciales, libres elles aussi de traiter avec les partenaires de leur choix – ou inversement de refuser des accords. Ainsi, une banque peut en principe allouer des crédits ou en rejeter la demande, consentir en cours de route à des modifications contractuelles ou imposer au partenaire l'exécution du contrat conclu.

D'un point de vue juridique, le droit de propriété, les droits individuels et les droits des entités commerciales et industrielles ont ceci en commun : ils confèrent au titulaire une position de force lui permettant de se déterminer librement par rapport à sa chose, sa personne ou son entité industrielle ou commerciale.

II.A.2 Approche éthique

Mais qu'en est-il d'un point de vue éthique ? Lorsque j'occupe une de ces positions de force ou de domination, lorsque j'ai un pouvoir de décision accordé ou protégé par l'ordre juridique, est-ce que je dispose,

sous l'angle éthique, de la même liberté que celle accordée par l'ordre juridique ? Et, si non, quelles sont les limites éthiques de mon pouvoir ?

II.A.2.a Point de départ

La question n'est évidemment pas nouvelle. Franz von Zeiller, le père du code civil autrichien, avait brièvement abordé les rapports entre droit et éthique. Selon lui, le propriétaire doit respecter les droits d'autrui. Mais il peut aller, dans l'emploi de son propre droit, jusqu'à heurter la bonne conscience (*Gewissensgericht*). Il serait même autorisé, dans les limites de son droit, à agir simplement par malin plaisir à l'égard de tiers.⁸⁹ Cette séparation stricte entre droit et éthique ou morale est évidemment une réaction à la confusion qui avait régnée entre les deux domaines jusqu'à la fin du 18^e siècle, notamment sous l'influence du jusrationalisme de Christian Wolff.

Aussi Friedrich Carl von Savigny, le père de l'école historique du droit, avait abordé le rapport entre droit et morale. Dans sa conception le droit sert la morale, non pas en lui étant subordonné, mais en la protégeant. Le droit garantit à chacun un cadre de liberté, au sein duquel il peut librement déterminer ses préférences morales.⁹⁰ Cette conception n'est pas très éloignée de celle de Zeiller. Le droit civil fixe par exemple le cadre juridique de la propriété. Ce cadre forme un espace de liberté réservé au propriétaire. A l'intérieur de ce cadre, le propriétaire peut déterminer librement l'utilisation qu'il veut faire de sa propriété ou de sa position dominante. Il peut se laisser guider par des considérations d'ordre éthique. A l'inverse, il peut exiger impitoyablement le retour de sa chose détenue par un tiers, même si ce dernier est indigent et dépend de la chose, alors que le propriétaire n'en a pas besoin (voir aussi *infra* II.C.3 p. 46).

⁸⁹ Zeiller, *Commentar II*, § 364, 125.

⁹⁰ Savigny, *System I*, Berlin 1840, 7.

C'est de cette conception, qui est encore dans une large mesure la nôtre, que je voudrais partir, mais en l'élargissant à toutes les positions de force conférées par le droit : si l'ordre juridique me confère une position de force, de pouvoir ou de domination à l'égard d'autrui, parce que je suis propriétaire d'une chose, d'un brevet ou d'une marque, parce que je dispose de talents ou de capacités professionnelles, ou encore parce que j'occupe un poste me dotant d'un pouvoir de décision (chef d'entreprise, banquier, etc.⁹¹), comment exercer ce pouvoir sous l'angle éthique ? Voilà la question à laquelle nous tenterons d'apporter des éléments de réponse.

II.A.2.b L'ermite, l'égoïste, l'utilitariste et l'altruiste

Dans notre culture, mais sans doute aussi dans d'autres, on pourrait distinguer schématiquement quatre prototypes de comportement : l'ermite, l'égoïste, l'utilitariste et l'altruiste.

II.A.2.b.1 L'ermite

L'ermite est celui qui sort de la société et coupe (en principe) tous les ponts. L'ermite radical n'a plus d'échanges avec la société, n'en bénéficie point et ne lui procure rien.

Il peut se trouver isolé de force ou de gré. Le naufragé qui échoue seul sur une île n'a pas choisi sa situation. Son vœu le plus cher est peut-être de rejoindre une civilisation. Faute de compagnie, il n'a pas besoin de définir son rapport à autrui ou à la société. En revanche, l'ermitage peut aussi être un choix de vie. Souvent pour des motifs religieux, des individus

91 Voir à ce sujet le rapport entre pouvoir et obligations chez Gautama Buddha selon Amartya Sen in Sen, *Justice*, 205 ss.

quittent la société pour une vie en solitude. Il peut s'agir là d'une volonté de se consacrer à une vie spirituelle, sans que la personne ne prenne une décision contre la société.

Sur le plan moral ou éthique, rien ne s'oppose à ce qu'une personne sorte de la société. Chacun de nous doit en principe avoir la possibilité de s'isoler des autres. Toutefois, cette liberté n'est pas absolue. Si la société a besoin d'une personne, parce qu'elle a des compétences, connaissances ou habilités nécessaires à la bonne évolution de la communauté, il existe à notre sens une obligation morale pour cette personne de mettre ses facultés à la disposition de tous (voir aussi *infra* II.D.1.b.3 p. 58).

II.A.2.b.2 L'égoïste

L'égoïste est celui qui échange avec la société dans la mesure où l'échange sert ses propres intérêts. J'entretiens, par exemple, de bons rapports avec mon voisin, qui est médecin, pour être assuré qu'il me soignera lorsque je serai malade. L'égoïste fait un calcul dans lequel il cherche à maximiser son propre avantage, sans égard aux intérêts de l'autre. Naturellement n'ignore-t-il pas les intérêts de la partie adverse. Bien au contraire, il doit les connaître pour obtenir le plus grand avantage pour lui-même. L'acheteur doit connaître ses propres possibilités ainsi que celles de son vis-à-vis pour estimer la marge de manœuvre dans les négociations. Mieux il connaît les situations respectives, mieux il pourra tirer profit de l'autre. Ainsi, l'égoïste n'est pas un ignorant qui ne perçoit pas autrui, mais un calculateur averti qui intègre les forces et faiblesses respectives dans sa démarche pour améliorer sa propre chance de succès.

Cette attitude est au cœur même de nos ordres juridiques et surtout du droit contractuel. Il y est communément admis que chacun cherche sans hésitation son propre avantage, indépendamment du sort réservé au co-

contractant. Un des principes fondateurs en est la liberté contractuelle, selon laquelle les parties sont libres dans la formulation du contrat. Les restrictions à cette liberté sont relativement discrètes. Les parties sont tenues par le principe de la bonne foi qui leur interdit de fournir des informations fausses ou d'induire l'autre partie en erreur. De même, avec l'interdiction des contrats lésionnaires, la plupart des ordres juridiques refusent de protéger des contrats dont les prestations et contre-prestations des parties seraient manifestement déséquilibrées.

Par ailleurs, force est aussi de constater que le principe de l'égoïsme forme le cœur du système capitaliste : acquérir au prix le plus bas et vendre au prix le plus élevé possible. Le principe même, bien antérieur au capitalisme du 19^e siècle, est expressément affirmé déjà en droit romain, où, selon le jurisconsulte Paulus, il est naturel de vouloir acheter la chose en dessous et la vendre au-dessus de son prix.⁹²

Sur un plan moral ou éthique, il n'est pas interdit de chercher son propre avantage, à condition que nul autre ne s'en trouve lésé.

II.A.2.b.3 L'utilitariste

L'utilitariste tient compte à la fois de ses propres intérêts et de ceux de la société. Selon la fameuse formule de Bentham, il cherche le plus grand bien-être du plus grand nombre.⁹³ A la différence de l'égoïste, l'utilitariste ne regarde pas simplement la société en fonction de ses propres intérêts. Il cherche en plus à améliorer la qualité de vie des autres. En cherchant le bien-être de la société, il procure simultanément un avantage à la société et à lui-même. Il conçoit sa relation avec la société comme un rapport de réciprocité où le bien-être de l'un profite aussi à l'autre.

⁹² Digesta Iustiniani (Paulus) 19.2.22.3.

⁹³ Bentham, Codification, 91.

Sa formulation a valu à Bentham des critiques substantielles. Le reproche qui saute aux yeux est évidemment que « le plus grand bien-être du plus grand nombre » accepte explicitement un certain nombre de laissés-pour-compte. La société resterait ainsi indifférente au malheur d'une minorité.

Il convient de distinguer ici entre deux points de vue. Sur le plan pratique, il est évident que, dans toute société, il y a des personnes défavorisées. On serait donc tenté de dire que cette formule exprime simplement un constat réaliste. Autrement dit, elle serait l'expression d'une donnée empirique et inévitable.

Cependant, sur le plan théorique, la maxime utilitariste est hautement critiquable pour au moins deux raisons. Premièrement, une maxime morale ou éthique n'a pas à se limiter à un constat empirique. Bien au contraire, sa fonction est de modifier la réalité. On pourrait donc reprocher à la formule d'être trop peu ambitieuse. Le fait de trouver des personnes désavantagées dans toute société ne signifie pas qu'il ne faudrait pas essayer d'éradiquer ce mal avec une maxime plus exigeante. En l'occurrence, il s'agirait de se battre pour une société cherchant « le plus grand bien-être de tous ».

Deuxièmement, la formulation du « plus grand bien-être du plus grand nombre » peut être considérée comme une violation du principe d'égalité. En effet, elle admet d'emblée une différence de principe entre un groupe favorisé et un groupe défavorisé. Le premier entre dans le calcul du bien-être, tandis que le second en est exclu.

Sur un plan éthique ou moral, le comportement utilitariste n'est pas répréhensible. Il est probablement même l'attitude la plus répandue dans nos sociétés.

II.A.2.b.4 L'altruiste

L'altruiste cherche le bien-être de toute la société. Il se préoccupe du bien de tous sans égard particuliers pour sa propre situation. Il a bien sûr le droit de tenir compte de ses propres intérêts, mais ces derniers ne passent pas devant ceux des autres personnes concernées. Leibniz donne une description très complète de cette position (voir *supra* I.D. p. 14). A la différence de l'utilitariste benthamien qui accepte qu'il y ait des laissés-pour-compte, Leibniz refuse de négliger les intérêts de qui que ce soit et préconise que les intérêts de chacun doivent être maximisés.

Les quatre catégories de l'ermite, l'égoïste, l'utilitariste et l'altruiste ne sont bien sûr pas délimitées clairement. Les frontières entre elles sont floues et chacune peut contenir des éléments des trois autres. Ainsi, rien n'empêche qu'un certain utilitariste soit proche de l'altruiste, alors qu'un autre se rapprocherait davantage de l'égoïste.

Néanmoins, il se pose la question de savoir comment évaluer les quatre attitudes. Un premier critère, plutôt large, serait leur légalité. Aucune de ces quatre attitudes ne serait considérée comme illégale, puisqu'elles ne violent en principe pas la loi. De ce fait, aucune d'elles ne devrait poser un problème majeur sous l'angle de l'éthique, puisque la loi réprime aussi les attitudes contraires aux mœurs.

Un deuxième critère, plus exigeant, serait celui du degré de qualité éthique ou morale de l'acte. Intuitivement, l'attitude de l'altruiste semble sans doute préférable à celle de l'égoïste. Mais quels critères pour évaluer ces attitudes ? C'est à cette question que la présente étude essaie de donner des réponses sous forme d'un modèle éthique.

II.A.3 Pourquoi un modèle éthique ?

Il s'agira – et cela paraîtra évidemment prétentieux – de développer un modèle si simple que n'importe qui peut l'appliquer dans la vie de tous les jours. Cependant, ce modèle doit aussi être valable pour les grandes décisions, par exemple celle de la Banque mondiale d'accorder des crédits ou non. Pour revenir à quelques exemples mentionnés – ma propriété matérielle, mon brevet d'invention ou ma marque déposée –, puis-je en faire ce que je veux ? Mes compétences professionnelles de médecin spécialisé, puis-je les abandonner librement pour me consacrer à mon dada préféré, alors que d'autres auraient besoin de mes services ? Le banquier peut-il accorder ou refuser librement des crédits et l'industriel peut-il mettre au bénéfice ou exclure de ses prestations qui il veut ? Nos ordres juridiques donnent une réponse très libérale à ces questions. Mais qu'en est-il de l'éthique ?

Il faut souligner qu'il ne s'agira en l'occurrence pas de proposer une éthique complète. Le but est beaucoup plus restreint, limité aux positions de force ou de pouvoir conférées ou protégées par l'ordre juridique, à l'exclusion d'autres grands domaines du champ éthique. Notamment certaines libertés comme les libertés religieuses, d'expression, de la langue, de la science, de l'art, etc. sont exclues du champ d'investigation, dans la mesure où elles ne confèrent pas directement une position de force ou de pouvoir, mais aménagent plutôt à l'individu un espace d'autodétermination.

Pourquoi restreindre ainsi le champ d'investigation ? Parce que cette recherche a comme objet, en premier lieu, non pas l'individu lui-même, mais les rapports entre individus, ainsi que ceux entre les individus et la société.

Parmi les libertés que nos ordres juridiques protègent, certaines concernent surtout la personne individuelle. Tel est par exemple le cas, nous l'avons dit, de la liberté religieuse, dont la fonction première est de garantir à chacun les libres choix et exercice de ses croyances. Il s'agit là d'une décision éminemment personnelle qui peut avoir, mais n'a pas nécessairement, d'incidence sur autrui.

Par opposition, d'autres libertés définissent par essence un rapport à autrui. Tel est notamment le cas de la liberté du propriétaire – un droit *erga omnes*, nous l'avons vu –, la liberté économique ou contractuelle, dont Zeiller avait dit qu'elle conduisait, en un certain sens, à acquérir une personne en s'appropriant, par exemple, son temps ou ses compétences.⁹⁴ D'autres libertés, encore, confèrent un pouvoir sur autrui non pas explicitement, mais *de facto*, tel le droit du spécialiste d'exercer ou abandonner son métier et de laisser – ou de ne pas laisser – les autres bénéficier de son savoir-faire. Ce sont ces rapports qui sont au centre de la présente étude et se résument à la question de toujours : quelle attitude adopter face aux autres lorsque je me trouve dans une position de domination par rapport à eux ?

D'un point de vue juridique, nous l'avons dit, la réponse à ces questions serait évidemment celle donnée par la loi. Mais au-delà de la loi ? Puis-je vraiment faire de ma chose, de mes capacités et de mes disponibilités ce que je veux, ou est-ce que l'éthique ou la morale requiert un certain comportement ? Pour se faciliter la vie, on serait tenté de dire que nous n'avons pas besoin de règles pour prendre des décisions d'ordre éthique ou moral, que nous pouvons agir selon notre inspiration du moment ou nous abandonner à nos émotions. Nous pourrions même nous déterminer selon des modes de décision parfaitement aléatoires, par exemple en jouant aux dés. Sauf que, la plupart du temps, nous agissons autrement.

94 « ... erwerben wir eine Person ... », Zeiller, *Privatrecht*, 7.

En réalité, nous avons souvent des préférences que nous voulons exprimer dans nos décisions ou nous avons des convictions qui nous dictent nos comportements. C'est peut-être pour ces raisons que seulement peu d'entre nous jouent à la roulette pour faire leurs choix.

Si nous ne voulons pas nous contenter d'agir selon nos envies momentanées ou de laisser jouer le hasard pour prendre nos décisions, nous sommes amenés à formuler des critères qui nous aident à faire nos choix.

L'objet du présent texte est, nous l'avons dit, d'échafauder et discuter un modèle de décision. Mais pourquoi un modèle ? Nous croyons non seulement qu'il est préférable de réfléchir aux décisions que nous prenons, plutôt que de nous abandonner simplement aux sentiments ou au hasard, mais aussi que nous devrions être en mesure de motiver nos choix. Bien sûr, cela ne signifie pas que sentiments et hasard ne jouent aucun rôle dans nos décisions. Ce rôle peut même être déterminant. Mais il serait préférable que nous puissions – au moins partiellement – donner des raisons pour lesquelles nous faisons ou ne faisons pas quelque-chose. Peut-être pourrions-nous tenter de donner des raisons, même lorsque nous suivons nos intuitions et sentiments ? En effet, nous devrions pouvoir défendre certains sentiments, parce qu'ils sont de grande valeur, et en rejeter d'autres, qui nous paraissent répréhensibles. Nous en faisons d'ailleurs quotidiennement l'expérience. Si les sentiments d'amour, de sympathie ou de crainte sont considérés comme nobles, la haine d'autrui ou la soif de revanche sont pour la plupart d'entre nous à rejeter.

Il faut souligner d'emblée trois points. Premièrement, personne n'est obligé de suivre un tel modèle. Chacun est entièrement libre non seulement de ses choix, mais aussi de sa procédure de décision, à condition qu'il respecte la loi : c'est le propre de toute éthique ou morale. Deuxièmement, le présent texte ne contient aucune preuve ; il ne démontre pas de vérité a priori, ni la véracité d'un contenu, ni le caractère contrai-

gnant d'une démarche ou la force obligatoire d'un modèle. Il cherche seulement à donner des raisons en faveur du modèle proposé ici. Troisièmement, ce modèle ne sera sans doute pas applicable à tous les cas de figure possibles. Il trouvera ses limites dans de nombreuses exceptions ou situations qui conduisent à une solution insatisfaisante, ou pire, à aucune solution. Il a plutôt un statut de premier test qui fournit un résultat souvent approximatif, soumis à des vérifications et, le cas échéant, à des ajustements ou modifications. Les juristes aiment à distinguer entre le droit, qui serait une boussole, et la loi, qui est comparée à un compas. Le modèle proposé ressemble plutôt à une boussole qui indique la direction approximative à prendre, mais sans donner des résultats de précision géométrique.

II.B. Présentation du modèle : les trois règles

Lorsque je m'interroge sur l'utilisation de mes biens ou sur les actes à entreprendre, une des questions essentielles est de savoir de quels intérêts je veux tenir compte. Différentes possibilités s'offrent : schématiquement, je peux tenir compte (i) uniquement de mes propres intérêts, (ii) de mes intérêts et de ceux de mon interlocuteur direct ou (iii) de mes intérêts, de ceux de mon interlocuteur et de ceux de la société dans son ensemble. On pourrait encore mentionner comme possibilité (iv) un modèle qui tienne compte en plus des intérêts de la nature.

Dans l'histoire de la pensée, les quatre modèles ont été largement explorés depuis l'Antiquité, et souvent métissés. Par rapport à l'histoire plus récente, on pourrait dire sommairement que le modèle (i) se rapproche le plus de la pensée (ultra) libérale ; le modèle (ii) porte des traces du libéralisme modéré, mais apparaît déjà sous différentes formes et à différents degrés de complexité notamment dans le jusnaturalisme des 17^e et 18^e siècles. Le modèle (iii) est également exploré par les jusnaturalistes, mais

se trouve aussi par exemple dans l'utilitarisme. Le modèle (iv), qui se bat contre une conception anthropocentrique du monde et place les intérêts de la nature sur un pied d'égalité avec ceux des individus et de la société, a connu un (nouvel) essor depuis la deuxième moitié du 20^e siècle et a pris racine, aujourd'hui, surtout dans des mouvements écologiques fondamentalistes.

Le choix parmi ces modèles dépend sans doute de la conception philosophique ou éthique que l'on a de nos rapports au monde. Dans la suite, nous ne chercherons pas à réfuter en détail les modèles (i), (ii) et (iv), mais nous nous concentrerons surtout à montrer les avantages décisifs du modèle (iii).

Notons toutefois brièvement que le modèle (iv) nous paraît particulièrement inconsistant, parce qu'il n'y a pas d'« intérêts de la nature ». A notre sens, ceux-ci sont toujours le fruit de l'imagination humaine. L'Homme les formule à partir de sa propre perspective et généralement selon ses propres intérêts. Par ailleurs, on n'a pas besoin de ce modèle, puisque ses éléments essentiels peuvent être intégrés sans difficulté dans les trois autres. En effet, lorsque je définis les intérêts de l'Homme, je peux – et dois – tenir compte de la nature dont il fait partie et dépend existentiellement. Ajoutons que notre point de vue ne remet nullement en question le respect envers la vie, la dignité ou les besoins d'animaux autres que l'Homme, ou encore la dignité des plantes.

Dans la suite, nous présenterons d'abord succinctement les deux éléments centraux du modèle proposé dans cette recherche. Suivra une discussion de différents points.

Notons d'emblée les trois entités centrales de notre modèle : J, T et S.

J (comme Je) est la personne qui se trouve dans la position dominante et prend la décision, par exemple de prodiguer ou refuser des soins médicaux, de mettre

à disposition un brevet d'invention ou encore d'accorder ou refuser un crédit bancaire. J peut être un individu, un groupe de personnes ou une organisation.

T (comme Tu) est la personne dominée qui s'adresse à J, par exemple pour obtenir de l'aide d'urgence ou les moyens nécessaires pour le développement d'une industrie. T est le destinataire direct de la décision de J. T est un individu, un groupe de personnes ou une organisation.

S (comme Société) est la société dans son ensemble, qui n'est généralement pas directement concernée par les rapports entre J et T, mais qui en subit indirectement les conséquences. Lorsque J prend sa décision, il ne s'adresse pas directement à S, mais sa décision a un effet plus ou moins important sur les conditions de vie de S.

Règle 1 :

Lorsque J détermine ses actes, il doit tenir compte à la fois des intérêts de J, T et S.

Par exemple, T sollicite J pour une aide financière non remboursable de 1000. Pour prendre sa décision, J peut prendre en compte ses propres intérêts à aider ou ne pas aider T (ou à aider autrui à sa place), mais doit aussi considérer l'intérêt de T à recevoir de l'aide. En même temps, J doit évaluer l'intérêt de S à ce que T soit, ou ne soit pas soutenu. Il doit aussi être attentif à l'intérêt de S que les moyens de J soient affectés à une autre personne que T ou à une autre cause.

Règle 2 :

J doit retenir la solution qui maximise à la fois les intérêts de J, T et S.

Exemple :

Solution A : J a un intérêt de 10, T de 10, S de -5.

Solution B : J a un intérêt de 10, T de 5 et S de 0.

Solution C : J, T et S ont chacun un intérêt de 5.

J doit retenir la solution C.

Parmi les trois solutions, A est la moins bonne, parce que S en souffre. B lui est préférable, parce qu'elle est neutre par rapport à S. Mais la meilleure solution est C, parce qu'elle offre le plus grand avantage aux trois parties.

Nous reviendrons plus en détail sur les questions d'évaluation des intérêts, mais aussi sur la définition de ce qu'est un intérêt.

Règle 3 :

Si J ne peut déterminer les intérêts de J, T et S, ou si deux ou plusieurs solutions sont maximisées et équivalentes, il peut choisir librement la solution qu'il veut retenir.

Il est probable que, dans certains cas de figure, J ne puisse pas déterminer les intérêts de J, T et S. Différentes situations sont possibles : J ne connaît pas les intérêts d'une, de deux ou des trois parties. La Règle 3 s'applique seulement aux cas où les intérêts des trois parties sont indéterminables. Si les intérêts d'une seule ou de deux parties peuvent être déterminés, J doit les prendre en compte dans sa décision.

Exemples :

Solution D : J a un intérêt de 10 et T de 10 ; l'intérêt de S est indéterminable.

Solution E : J a un intérêt de 10 et T de 5 ; l'intérêt de S est indéterminable.

Solution F : J a un intérêt de 5 et T de 10 ; l'intérêt de S est indéterminable.

J doit choisir la solution D (la Règle 3 ne s'applique pas).

Solution G : T a un intérêt de 10 ; les intérêts de J et S sont indéterminables.

Solution H : T a un intérêt de 5 ; les intérêts de J et S sont indéterminables.

J doit choisir la solution G (la Règle 3 ne s'applique pas).

Solution I : Les intérêts de J, T et S sont indéterminables.

J peut choisir librement la solution à retenir (la Règle 3 s'applique).

Solution K : J a un intérêt de 10, T de 10 et S de 5.

Solution L : J a un intérêt de 10, T de 10 et S de 5.

Solution M : J a un intérêt de 10, T de 10 et S de 5.

J peut choisir librement entre les solutions K, L et M, si chacune d'elles est maximisée (la Règle 3 s'applique).

Dans ces exemples, deux règles fondamentales semblent être en concurrence. D'une part, il est souhaitable que J puisse donner des raisons pour sa décision en choisissant dans nos exemples les solutions C, D ou G. D'autre part, la liberté de choix de J est une valeur importante, illustrée par les solutions I et K, L et M, mais contredite par les solutions C, D et G, dans l'hypothèse où J aurait préféré intuitivement A, B, E, F ou H. Il y aurait donc ici un conflit entre choix motivé rationnellement et choix libre. La résolution de ce conflit est en soi un problème éthique où nous devons soit nous soumettre à la raison, soit exercer une pleine indépendance dans nos choix. Il nous paraît toujours préférable, nous l'avons dit, de pouvoir motiver nos préférences rationnellement. Ce choix est d'ailleurs d'autant plus aisé que je consens librement à suivre la raison plutôt que les aléas du moment. Notons toutefois que, dans la vie, nos décisions sont sans doute faites d'un mélange entre choix raisonnés et non raisonnés (voir *infra* II.C.1).

II.C. Remarques générales

II.C.1 Statut des trois règles

A titre préliminaire deux remarques, l'une concernant une contraction possible des règles 1 et 2 en une seule règle et l'autre par rapport au statut et aux applications des trois règles.

Les règles 1 et 2 pourraient être contractées en une seule règle.⁹⁵ Toutefois, puisqu'il en résulterait une règle double : (i) tenir compte des intérêts de J, T et S et (ii) maximiser ces intérêts, il paraît préférable pour plus de clarté d'énoncer séparément les deux conditions.

⁹⁵ Cette règle pourrait avoir la teneur suivante : « Lorsque J détermine ses actes, il doit tenir compte des intérêts de J, T et S et maximiser les intérêts de J, T et S ».

Quant au statut et aux applications des trois règles : comme nous le verrons ultérieurement, les trois règles évoquées ici ne sont pas conçues comme des principes rigides, mais comme des fils conducteurs souples. Elles sont susceptibles d'être adaptées aux circonstances et particularités du cas d'espèce. Leur application est toujours subordonnée au but final qu'elles doivent servir, à savoir, la société la plus juste possible. A chaque application, J est censé examiner de manière critique le résultat à es-compter et se demander s'il répond aux critères de justice, c'est-à-dire si la solution maximise les intérêts de chaque partie concernée. Si tel n'est pas le cas, J doit corriger sa décision.

On peut s'inspirer ici de l'application des règles en droit. Les juristes continentaux disent parfois que c'est le cas qui forme la règle. Que faut-il entendre par là ? Les normes dans les codes sont formulées de manière abstraite. Le législateur choisit ce type de formulations parce qu'il serait impossible de prévoir une norme spécifique pour chaque cas possible. La première conséquence de l'abstraction des normes est qu'elles s'appliquent non pas à un seul cas, mais à un groupe de cas similaires. La deuxième conséquence en est que les normes sont souvent peu précises et donnent au juge une certaine latitude d'interprétation. C'est précisément à cause de cette marge d'interprétation que l'on peut dire que le cas forme la règle, car le juge reformule en réalité, souvent à demi-mots, la règle de manière plus précise pour l'appliquer au cas d'espèce.

Cette même démarche est aussi à suivre dans le présent modèle. Les trois règles étant formulées de manière abstraite, J doit les adapter à la situation concrète. Pour la première règle, par exemple, il doit déterminer qui sont les parties J, T et S. S'agit-il d'individus ou de groupes d'individus, et s'il s'agit de groupes, qui en fait partie ? Par rapport à la deuxième règle, J devra déterminer, nous le verrons en détail, quels sont les intérêts des trois parties à prendre en compte et quels sont leurs poids respectifs. Autrement dit, J a une large marge d'appréciation qui lui permet

une application souple des règles. Le degré de souplesse admissible, nous l'avons dit, est déterminé par la finalité des règles, à savoir que l'on ait tenu compte au mieux des intérêts de chaque partie.

II.C.2 Choix de valeurs de base

Ce modèle triangulaire, qui cherche à maximiser les intérêts de J, T et S, repose sur un choix de valeurs élémentaires. D'abord, la meilleure des sociétés serait celle qui accorde à chacun individuellement et à tous collectivement la meilleure situation possible. Cette idée n'est évidemment pas nouvelle. Notamment Leibniz soutenait que Dieu avait créé le meilleur des mondes possibles qui conférerait à chacun le plus grand bien-être possible ; idée qui lui avait d'ailleurs valu les railleries de Voltaire dans *Candide*. Soulignons tout de suite la différence fondamentale entre la conception de Leibniz et celle soutenue ici : là où Leibniz prétendait que Dieu avait créé le monde le plus parfait possible, nous soutenons simplement qu'il serait souhaitable de vivre dans le meilleur des mondes possibles. Ce monde rêvé suppose bien sûr que les intérêts de chacun soient servis au mieux. D'où l'idée que (i) J ne doit pas seulement tenir compte de ses propres intérêts, mais également de ceux de T et S et (ii) J doit chercher à maximiser les intérêts des trois parties.

A ce premier choix de valeurs s'en ajoute un autre : lorsque nous évaluons un intérêt, l'identité de la personne qui l'exprime est en principe sans importance. Si deux personnes expriment l'intérêt X, nous devons attribuer la même importance aux deux demandes. C'est une conséquence du fait que les humains ont par leur nature les mêmes besoins fondamentaux et le même droit de les couvrir. Ainsi, si J fait valoir l'intérêt à être nourri, son intérêt ne prime pas sur le même intérêt exprimé par T ; J doit accorder la même valeur à l'intérêt de T qu'au sien propre. Cette règle a

comme but que J ne puisse pas préférer ses propres intérêts à ceux de T, sous prétexte que la décision appartient à J.

Toutefois cette règle est à manier avec souplesse. Selon les circonstances du cas d'espèce, il peut convenir qu'on satisfasse plutôt l'une que l'autre demande. Par exemple en matière de nourriture, une personne malade, un enfant et une femme enceinte auront la priorité sur un adulte bien portant, simplement parce que leur besoin est plus urgent. De même, le motif de la demande peut avoir une incidence. Si une personne formule une demande sur fond d'un réel besoin et qu'une deuxième en fait de même pour un motif futile ou simplement parce qu'elle envie la première, la demande de la première personne est prioritaire. Autrement dit, pour être retenue la demande doit reposer sur un motif justifié.

II.C.3 Rapports entre droit et éthique

Au début, nous avons posé les questions fondamentales de cette recherche – puis-je disposer librement de mes propriétés, compétences, possibilités, etc. ? – et avons ajouté que les réponses ne seraient pas nécessairement les mêmes sous l'angle juridique et sous l'angle éthique.

Ce constat contraint à une brève considération des rapports entre droit et éthique. Historiquement, cette question se pose depuis l'adoption de la première norme, soit depuis la nuit des temps. Ce rapport apparaît implicitement, nous l'avons vu, notamment dans l'Antiquité mésopotamienne chez Hammurabi. Dans l'Antiquité grecque, Platon et Aristote en traitent de manière explicite et approfondie. Depuis lors, ce rapport a été discuté sans relâche (voir aussi *supra* II.A.2 p. 28 ss).

Les jusnaturalistes comme Samuel Pufendorf et Christian Wolff (17^e/18^e siècles) ont rapproché et souvent confondu les deux domaines. Cette confusion a eu une influence déterminante. En réaction à cette tendance

fortement soutenue au 18^e siècle par les pouvoirs séculaire et religieux, les révolutionnaires français se sont battus pour mettre en place une république confessionnellement neutre qui sépare droit et morale. Sur le plan légal, les codificateurs en France, dans le Code civil de 1804, et en Autriche, dans le Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch de 1811, ont également fait un effort colossal pour éliminer le plus possible les considérations morales du droit ; cela d'ailleurs à la différence du codificateur prussien, largement influencé par l'école de Wolff, qui avait adopté quelques années auparavant, dans le Allgemeines Landrecht für die Preussischen Staaten de 1794, un malheureux mélange de normes juridiques et morales.

Le droit européen contemporain et, plus généralement, les droits des pays occidentaux ont maintenu cette tradition de séparation. Selon une conception largement acceptée, sont considérées comme des règles juridiques : les lois, les règlements de différents niveaux, les coutumes, les règles établies par la jurisprudence et les bonnes mœurs généralement acceptées ; on peut même y ajouter les règles fondamentales de morale en vigueur dans une société.⁹⁶ Toutefois, cette dernière catégorie montre qu'une séparation claire et stricte entre droit et éthique n'est pas toujours possible, car dans toute société, on trouve des règles qui ne relèvent pas du droit au sens strict, mais qui sont considérées comme si élémentaires que leur violation peut entraîner une sanction juridique.

Mais aussi pour des raisons de principe, droit et éthique ou morale ne sont pas entièrement séparables. Choisir une norme revient dans un grand nombre de cas à faire un choix de valeurs philosophiques. Opter pour un système démocratique plutôt que dictatorial, pour ou contre la laïcité ou l'avortement représente autant de choix philosophiques. L'histoire récente, par exemple l'introduction du divorce en Italie en 1970 et le

⁹⁶ Voir notamment Carbonnier, *Droit civil*, 419.

mariage entre personnes de même sexe en France en 2013, témoignent d'ailleurs à quel point les débats sur les fondements philosophiques d'une législation peuvent être vifs, sans parler des controverses autour de la peine de mort aux Etats-Unis d'Amérique.

De manière plus générale, le rapport entre droit et morale ressemble à une spirale. Si la société imprime ses préférences éthiques dans l'ordre juridique, les lois qui en résultent influencent à leur tour la mentalité de la société qui, en évoluant, adapte le droit.

Pour la présente analyse nous préconisons une distinction entre droit et éthique (peu importe d'ailleurs que l'on considère le droit comme un sous-ensemble de l'éthique ou que l'on sépare les deux domaines), sachant que droit et éthique sont reliés par une sorte de zone grise. Cela a notamment comme conséquence que l'ordre juridique peut m'autoriser à des actes réprouvés par l'éthique. Nous rejoignons ici le point de vue de Zeiller selon lequel, d'un point de vue légal, je peux, en tant que créancier, exiger de mon débiteur le paiement de ce qu'il me doit, même si je suis riche et lui pauvre, et même si je le plonge dans le dénuement.⁹⁷ D'un point de vue éthique, en revanche, ce comportement serait sans doute intolérable. Autrement dit, le modèle présenté ici peut me contraindre à des actes que l'ordre juridique ne m'impose pas ou m'interdire des actes que ce dernier tolère.

II.D. Discussion du modèle

Avant de discuter les trois règles du modèle, rappelons simplement la fonction de J, T et S. J est la personne dominante qui prend la décision, T la personne sous domination qui demande de l'aide à J, et S est le groupe

⁹⁷ Voir *supra* n. 89.

de personnes subissant indirectement les conséquences de la décision de J (voir *supra* p. 39 s.).

II.D.1 Discussion de la Règle 1

La Règle 1 dit :

Lorsque J détermine ses actes, il doit tenir compte à la fois des intérêts de J, T et S.

La discussion de la Règle 1 sera organisée en deux parties, dont la première concerne les rapports triangulaires entre J, T et S et la deuxième la notion d'intérêt.

II.D.1.a Un modèle triangulaire

II.D.1.a.1 Remarques générales

La Règle 1 instaure un rapport triangulaire entre J, T et S. Une question vient immédiatement à l'esprit : pourquoi devrais-je tenir compte des intérêts des autres lorsque je dispose de mes biens ? Libre à moi de défendre mes intérêts contre les autres et libre à mon vis-à-vis et à la société de défendre les leurs contre moi. *A fortiori*, pourquoi ne devrais-je pas décider librement par rapport à mes activités professionnelles ou capacités personnelles ?

La Règle 1 aborde directement les rapports entre individus, mais aussi entre individus et société. Comme nous l'avons vu dans l'introduction historique, déjà dans l'Antiquité mésopotamienne on a discuté ces rapports. Par exemple dans l'épilogue de son Code, Hammurabi explique une des intentions premières de sa législation : « pour que le fort n'op-

prime pas le faible, pour rendre justice à l'orphelin et à la veuve »⁹⁸ et « pour faire droit à l'opprimé ». ⁹⁹ Ce passage fait état de rapports de force inégaux au sein de la société, mais aussi du besoin de corriger certains déséquilibres préjudiciables à la partie faible. En l'occurrence, il ne s'agit pas d'une norme, mais d'un choix philosophique ou éthique qui régit le Code et qui s'y matérialise ponctuellement. A titre d'exemples pour de telles normes protectrices dans le Code Hammurabi, on pourrait citer les tarifs en matière contractuelle réglant les prix d'interventions chirurgicales¹⁰⁰ ou les salaires d'un ouvrier agricole¹⁰¹ et d'un berger.¹⁰²

La conception que Hammurabi expose dans l'épilogue concerne les rapports entre individus et le rôle protecteur du roi. Cette forme de protection par le législateur est aussi fermement établie dans notre tradition juridique. En droit romain tardif, le cocontractant faible était par exemple protégé selon les règles de la *laesio enormis*. En droit moderne, les exemples sont nombreux. Toute la législation sociale que les Etats industrialisés élaborent depuis plus d'un siècle, comme aussi la législation sur le travail, poursuivent dans une large mesure le but de protéger la partie faible. D'autres pans des législations viennent en aide, par exemple, au parent divorcé en charge des enfants contre son ancien conjoint qui rechignerait à payer les pensions alimentaires ; ou elles visent à aider la victime qui, après avoir subi une agression, se trouve dans la détresse.

Ces dispositions protectrices expriment toutes un principe éthique général, selon lequel les individus ne sont pas libres d'agir entre eux comme ils veulent. Dans certains domaines qui leur paraissent particulièrement importants, les législateurs ont inscrit cette règle éthique dans la loi. Dans

98 Finet, Hammurabi, Epilogue R XXIV 60.

99 Finet, Hammurabi, Epilogue R XXIV 70 s.

100 Roth, Hammurabi XLI 55-66 ; transl. 215, 123.

101 Roth, Hammurabi XLIV 101-XLV 4, transl. 257, 129.

102 Roth, Hammurabi XLV 21-27, transl. 261, 129.

d'autres, ils laissent aux individus la compétence de façonner leurs rapports.

II.D.1.a.2 Rapports entre individus

Le fait que le sort des veuves, orphelins et faibles attire l'attention du législateur depuis presque 4000 ans ne justifie pas, en soi, de continuer cette tradition. Quelles sont nos raisons de suivre – ou non – le même chemin ? Autrement dit, pourquoi adopter une règle éthique instaurant une protection de la personne faible ?

L'idée d'équilibre entre les individus repose en dernier lieu sur le concept d'égalité entre personnes. Nous avons en commun la nature humaine qui nous expose aux mêmes besoins fondamentaux de nous nourrir, vêtir, loger, etc. Nous partageons aussi les facultés rationnelles – l'Homme en tant qu'être rationnel et pensant – et les besoins tout aussi existentiels de nous éduquer et cultiver.¹⁰³ Cette égalité de nature a des conséquences sur le plan éthique : il est raisonnable de vouloir assurer la même possibilité à toute personne de se maintenir en vie et de pourvoir à ses besoins. Ce principe est formulé dans la Règle 1 qui cherche à mettre les individus sur un pied d'égalité pour couvrir leurs besoins. Pratiquement cela signifie, nous l'avons vu, que J doit tenir compte des besoins de T et S. Il ne peut, sous prétexte d'être le maître de la chose ou de compétences particulières, préférer ses propres besoins à ceux de T ou S.

Quel est – ou devrait être – le contenu de cette règle éthique ? Il s'agit d'instaurer des rapports entre les personnes permettant de respecter les besoins et les intérêts de chacun. Comme nous l'avons vu, l'identité de la

¹⁰³ Autrefois on parlait de l'être humain comme de l'être doué de raison (*cogitare*), par opposition à la nature (*esse, vivere, percipere*).

personne qui fait valoir un intérêt n'a pas d'importance. Seule importe la pertinence de l'intérêt.

Par ailleurs, l'idée d'égalité répond à un besoin purement pratique. Pour former une société, des contacts prolongés entre individus sont indispensables. Or, des contacts prolongés supposent un certain équilibre des rapports entre membres de la société. Sans un tel équilibre l'existence même des contacts entre personnes serait compromise ou menacée, car la partie qui n'est pas satisfaite risque d'abandonner le contact, si elle le peut.

II.D.1.a.3 Rapports entre individus et société

On pourrait concevoir l'individu comme une entité isolée se trouvant face à d'autres individus isolés et face à la société, contre lesquels il doit défendre ses intérêts. Dans le pire des cas, l'Homme serait un loup pour l'Homme et la société une louve pour chaque individu. Les rapports dans la société seraient imprégnés d'intérêts antagonistes provoquant des conflits et confrontations, où chacun aurait comme souci premier de survivre.

Evidemment, toute société connaît des tensions entre ses membres et la description de l'Homme comme un loup peut être pertinente dans certains Etats et pour certains individus. Il serait néanmoins erroné d'en déduire comme règle générale que la société est composée d'individus féroces les uns envers les autres. Le fait que la quasi-totalité des hommes évoluent en société et que très peu parmi eux vivent isolément montre l'avantage stratégique de s'associer à d'autres. Il est en effet très difficile de se débrouiller seul et la qualité de vie du solitaire, mais également sa chance de survie sont largement compromises. En réalité, son évolution

parmi ses semblables pendant des milliers d'années a fait de l'Homme un être essentiellement sociable.

Mais la société n'offre pas seulement des avantages pour la survie physique et matérielle. Elle forme l'individu et l'enchaîne indéfectiblement à cette formation. Sans la société l'individu ne marcherait pas mais se déplacerait à quatre pattes et au lieu de parler, il pousserait des grognements. Il ne serait pas capable de concevoir une pensée cohérente et encore moins de l'articuler. Sans la formation reçue des autres il ne pourrait même pas vouloir sortir de la société, parce qu'il ne serait pas en mesure de prendre une telle résolution.

Cela ne signifie pas que l'être humain soit condamné à rester en société. Mais s'il décidait d'en sortir, il prendrait nécessairement avec lui ce dont la société l'a imprégné : par exemple son langage, sa capacité de raisonner et son monde sentimental. Et même s'il essayait de se défaire de tout cela, encore le ferait-il en se basant sur ce qu'il a acquis préalablement en société. Je peux peut-être décider de ne plus jamais utiliser ma langue maternelle, mais je ne peux éradiquer de mon esprit les expériences passées avec cet instrument. Je peux renier toutes les valeurs d'une société et les remplacer par d'autres, mais ce remplacement se fera nécessairement en réaction aux valeurs antérieures.

A notre avis, le fait de bénéficier de la société humaine par rapport à des points essentiels de notre existence, comme par exemple le langage ou notre faculté de raisonner, crée des obligations morales face à cette société. Comment justifier de telles obligations ? Par le simple fait que celui qui a bénéficié de la société doit en retour faire bénéficier la société de ce qu'il peut lui apporter.

Ajoutons tout de suite qu'il ne s'agit en l'occurrence pas d'une obligation face à une société précise, mais d'une obligation face à la société humaine dans son ensemble. En effet, si je vis dans une société oppressante,

je n'ai aucune obligation de la soutenir. Bien au contraire, mon obligation face à la société humaine dans son ensemble m'autorise ou même me contraint à me battre contre l'opresseur. Nul n'est donc obligé de tolérer un régime qui ne respecte pas les valeurs fondamentales de la société humaine, qu'il s'agisse de la trilogie française de liberté, égalité et fraternité ou – et surtout – des règles énoncées dans la Déclaration universelle des droits de l'Homme de 1948.

Nos obligations peuvent varier en degrés. L'obligation minimale, le comportement le plus élémentaire, consiste à ne point nuire à aucun individu ou à la société humaine et d'agir de telle manière que l'humanité puisse prospérer. Dans la société romaine, on formulait cette exigence avec les trois préceptes *neminem laedere, suum cuique tribuere* et *honeste vivere*, soit ne léser personne, respecter l'autre, y compris ses droits, et vivre honnêtement.¹⁰⁴ Mais nous devrions aller au-delà de cette obligation minimale. Idéalement, l'homme crée pour chaque membre individuel et pour la société dans son ensemble les meilleures conditions de vie possibles.

II.D.1.b La notion d'intérêt

II.D.1.b.1 Définition

Dans le présent texte la notion d'intérêt est prise en un sens large. Elle comprend en premier lieu l'ensemble des besoins vitaux de la personne humaine lui permettant de subsister. Au-delà de ces besoins vitaux, elle concerne aussi tout intérêt légitime de la personne humaine, psychologique, affectif, ses besoins de formation et de culture.

¹⁰⁴ Digesta Iustiniani (Ulpianus) 1.1.10.1.

Toutefois, il ne serait pas possible de définir abstraitement le contenu de la notion d'intérêt. Celui-ci est par essence individuel. Il appartient par conséquent à toute personne (ou groupe de personnes) de définir ses propres intérêts. En effet, chacun de nous est le mieux placé pour exprimer ses propres préférences, à moins, bien sûr, qu'il s'agisse d'un incapable ou d'un aliéné. Il est important de rappeler ici les rôles respectifs des parties en présence. J, T et S sont libres de définir leurs propres intérêts (dans le cadre de la loi). En revanche, il appartient à J de pondérer les intérêts de J, T et S et, donc, de considérer comme recevables ou non, certaines demandes de T ou S.

II.D.1.b.2 Les intérêts de qui ? Quels intérêts, présents, futurs ?

Une des questions essentielles est : de qui les intérêts doivent-ils être pris en compte ? Selon nos trois règles, ceux de J, T et S. Mais qui exactement sont ces trois groupes et quel est le moment dans le temps à retenir, le présent, le futur ?

(i) Intérêts présents de J. J est la personne (ou le groupe de personnes) qui doit prendre la décision d'allouer ou retenir ses biens. Pour décider, nous l'avons vu, il se référera d'abord à ses intérêts. Qu'est-ce qui y est compris, seulement ses propres intérêts ou aussi ceux de ses proches ? Il faut ici sans doute prendre les intérêts au sens large du terme. J doit, outre ses intérêts propres, évidemment aussi défendre ceux de sa famille ou de son groupe. On peut bien sûr discuter si les proches et les enfants font partie du groupe de J ou plutôt de celui des T. Cela dépendra des circonstances. Si J est sollicité par un de ses proches, ce dernier sera considéré comme un T. Etant donné la proximité de ce T, cela n'exclut bien sûr pas que J lui réserve un traitement de faveur. En revanche, si la personne qui sollicite J est un tiers éloigné, les proches de J seront plutôt considérés comme faisant partie du groupe de J. Donc, savoir si les proches font

partie du groupe de J dépendra, dans ce cas, du degré de proximité entre J et T.

(ii) Intérêts futurs de J. J devrait se préoccuper non seulement du présent, mais également de ses intérêts futurs. Il serait en effet extrêmement difficile de vivre sans aucunement prêter attention à l'avenir. L'expérience montre d'ailleurs que les personnes vivant au jour le jour sans se soucier du lendemain sont peu nombreuses. Preuve en est que, dans un grand nombre de sociétés, les systèmes de prévoyance sociale et, notamment, de vieillesse sont hautement développés, nourrissant notre espoir d'échapper plus tard à la précarité.

(iii) Intérêts présents de T. T est la personne (ou le groupe de personnes) qui sollicite J. Comme pour sa propre sphère d'intérêts, J ne doit pas seulement prendre en compte les intérêts personnels de T, mais également ceux des proches de T, dont avant tout les personnes dépendant de lui. Si T et sa famille sont dans le besoin, J doit tenir compte de toute la famille. Si T est un groupe industriel, J doit intégrer dans son raisonnement l'intérêt du groupe entier. Pourquoi ne pas considérer T de manière isolée, mais plutôt dans son contexte social ou économique ? Il y a essentiellement deux raisons à cela. Premièrement, le but est de procurer le meilleur statut possible à tous les T et non seulement à tel T. Par conséquent, se préoccuper de manière isolée de T en faisant abstraction de son entourage serait un moyen inadéquat, si ceux qui dépendent de T ont également besoin d'aide. Deuxièmement, se limiter au seul T reviendrait pour J à multiplier le nombre des T, parce que chacun des membres de sa famille ou de ceux qui dépendent de lui deviendrait alors un T indépendant. Ainsi, le regroupement de T et de son entourage facilite la démarche de J.

(iv) Intérêts futurs de T. T aussi peut faire valoir non seulement ses intérêts du moment, mais également ceux à plus long terme. Cette extension

dans le temps s'explique par le but poursuivi, qui est le bien-être de tous les T non seulement à un moment donné, mais aussi dans l'avenir.

(v) Le groupe des S : l'étendue dans l'espace. S est l'ensemble des personnes qui constituent la société. La question est à nouveau de savoir quels intérêts de la société sont à retenir par J.

Quelles personnes et sociétés sont à considérer ? La micro-société qui entoure J immédiatement ou la population planétaire ? La réponse dépend de la portée de la décision. Certaines sollicitations de T n'intéressent qu'un nombre très limité de personnes, alors que d'autres peuvent avoir des influences sur l'humanité entière. Si T demande l'aumône à J, il suffit de considérer un groupe S relativement restreint – outre T lui-même et ses proches, peut-être la société alentour. En revanche, lorsqu'il s'agit d'investissements importants qui peuvent modifier la vie d'un pays entier ou même d'un continent – on pense par exemple au Plan Marshall ou à des programmes d'investissement de la Banque mondiale –, c'est évidemment la société du monde entier qui est à prendre en considération. On pourrait retenir comme règle générale que les S à prendre en considération sont tous ceux qui sont touchés (indirectement) par la décision de J.

(vi) Le groupe des S : les intérêts présents et futurs. Comme pour J et T, les intérêts présents et futurs de S doivent être retenus par J. Les décisions qui ont des effets sur des grands groupes de T (par exemple un pays entier ou une aire géographique entière) déploient généralement des effets à moyen et long terme et peuvent influencer durablement les conditions de S. Il est par conséquent impératif de tenir compte non seulement des intérêts présents, mais aussi des intérêts futurs de S.

II.D.1.b.3 Les intérêts de qui? La question des générations futures

Admettre que les intérêts futurs de J, T et S sont à prendre en compte pose inévitablement la question : quel futur faut-il considérer? Faut-il prêter attention seulement aux intérêts des personnes vivantes ou aussi à ceux des générations futures? Le problème a plusieurs facettes. Premièrement et sur un plan théorique, puisque par définition les générations futures ne vivent pas encore, avons-nous des devoirs face à des personnes qui existeront seulement à l'avenir? Deuxièmement et sur le plan pratique, comment déterminer les intérêts des générations futures, dont nous ignorons presque tout?

Commençons par le premier problème, celui de l'existence de générations futures. L'humanité se développe depuis des dizaines de milliers d'années. Au fil du temps, les hommes ont acquis des connaissances de plus en plus étendues leur permettant de faire face toujours plus efficacement aux problèmes de survie. Par conséquent, nous devons partir de l'idée que l'humanité dispose aussi pour l'avenir des compétences nécessaires pour assurer sa survie, et cela en dépit des nouvelles alarmantes qui nous parviennent quotidiennement, par exemple par rapport au changement climatique. Se pose alors la question de savoir si l'humanité a une obligation morale de pourvoir à sa propre pérennisation ou si elle pourrait librement choisir de s'éteindre et, donc, d'empêcher l'existence de générations futures. Nous soutenons qu'une telle décision ne pourrait être prise qu'à l'unanimité de toutes les personnes vivantes, y compris les enfants à naître déjà conçus. L'unanimité est nécessaire, parce qu'une décision d'une importance aussi capitale pour chaque personne concernée ne pourrait être imposée par une majorité à une minorité et la décision ne pourrait être déléguée à un représentant (p. ex. un représentant légal de l'enfant à naître). Il s'ensuit que l'humanité ne pourrait prendre la décision de s'éteindre elle-même, sauf si elle était constituée unique-

ment de personnes capables de discernement et que la totalité d'entre elles donnaient librement leur accord.

Cela signifie non pas que nous ayons des devoirs face aux générations futures qui ne sont pas encore conçues, mais en tout cas face aux générations futures déjà conçues. Puisque l'humanité n'a pas le droit de s'éteindre elle-même sans accord unanime, elle a le devoir de maintenir les conditions qui lui permettent d'exister actuellement et à l'avenir. Evidemment, ce devoir bénéficie à la fois à toutes les personnes vivantes, aux enfants à naître et, indirectement, aux générations futures pas encore conçues.¹⁰⁵ Il s'ensuit que nous devons impérativement créer et transmettre à nos descendants des conditions de vie permettant à toutes ces générations de pleinement s'épanouir.

Derrière la question des générations futures se trouve un problème plus général que l'on peut formuler de la manière suivante : une société peut-elle se déterminer en toute liberté ou est-elle limitée dans ses options ? Il est évidemment problématique de restreindre la liberté d'une société, surtout si la décision est prise démocratiquement. Pour envisager de telles limitations, il faudrait développer des arguments particulièrement pertinents et convaincants. Nous ne voudrions pas nous aventurer sur ce chemin. Il paraît préférable de poser des conditions sévères concernant le quorum de la décision en adoptant un point de vue radicalement démocratique. Selon ce point de vue, des décisions de grande importance qui concernent la société dans son ensemble ne peuvent en aucun cas être prises sans l'accord explicite de chacun. La raison en est, nous l'avons dit,

¹⁰⁵ Emprisons-nous d'ajouter en passant que ce point de vue ne préjuge en rien de l'avortement. Ne pas admettre que l'humanité ne pourrait pas décider de s'éteindre ne reviendrait pas à réfuter aussi l'avortement. En effet, l'avortement concerne une personne individuelle, alors que l'extinction de l'humanité concerne la totalité des êtres humains. Il y a ici une différence d'échelle qui ne permettrait pas de faire valoir les mêmes arguments *mutatis mutandis*. Notamment, les cas individuels d'avortement permettent une appréciation nuancée des circonstances du cas d'espèce, par exemple en tenant compte des intérêts respectifs de la mère, de la famille et de l'enfant à naître. De telles considérations détaillées seraient bien sûr impossibles à l'échelle de l'humanité.

que la société ne peut pas imposer des décisions d'importance fondamentale ne serait-ce qu'à un seul de ses membres. En d'autres termes, J ou un groupe de plusieurs J ne peuvent pas imposer à la société des choix aux conséquences fondamentales ; pour de telles décisions, il faudra l'approbation de tous les membres de la société.

Se pose alors le deuxième problème, pratique celui-ci, de savoir comment déterminer les intérêts des générations futures. Une difficulté provient du fait que nous n'avons qu'une vague idée des conditions dans lesquelles les générations futures vivront. Nous ignorons notamment l'état de leurs connaissances techniques, qui évolueront constamment, et les possibilités que les nouvelles technologies leur offriront. Nous ignorons également les évolutions culturelles futures et les besoins qu'elles feront naître ou disparaître, sans parler des conditions physiques, notamment climatiques, qui prédomineront demain et après-demain. La description des intérêts des générations futures restera par conséquent imprécise. Néanmoins, notre propre expérience de vie, mais également nos histoires millénaires nous enseignent une idée du bien-être de l'homme et des conditions qui y sont nécessaires. Nous connaissons les multiples facettes de la vie humaine, nos besoins matériels, psychologiques, intellectuels, culturels, etc. Pour déterminer les intérêts des générations futures, nous puisons nécessairement dans ce fond de connaissances que nous projeterons dans l'avenir. Evidemment, la projection dans le futur des besoins passés et présents de l'homme est périlleuse, parce que nous pourrions considérer comme indispensables des éléments qui n'auront plus d'importance à l'avenir ou, inversement, négliger des facteurs essentiels.

Cette difficulté à saisir les intérêts des générations futures a nécessairement des conséquences sur notre manière d'agir aujourd'hui. D'abord, nous devrions faire en sorte de connaître au plus précis les intérêts des générations futures pour savoir quelles conditions leur léguer. Cela suppose que nous réfléchissions aux modes de vie futurs. Mais avant tout, nous

devrions veiller, dans toutes nos interventions, à instaurer et pérenniser les meilleures conditions de vie pour l'ensemble de l'humanité présente et future. Pour atteindre ce but, le plus important est de faire en sorte de préparer pour les générations futures des conditions de vie qui leur permettront de choisir le plus librement possible leur propre évolution. Cela nous oblige à leur imposer le moins de contraintes possibles. On peut penser ici notamment à des contraintes environnementales comme des climats difficilement supportables et des déchets ou pollutions dangereux. Le but poursuivi est toujours le même, à savoir, permettre aux sociétés présentes et futures le plus grand bien-être.

II.D.1.b.4 Priorité des intérêts de la société

L'analyse historique a montré qu'une tradition philosophique millénaire met la société au centre de l'activité humaine. Nous pensons qu'il est vital pour l'humanité de renouer avec cette tradition. Le point de départ et d'aboutissement de nos comportements doit être la société. Dans ce sens, on peut dire que les intérêts de la société priment et relèguent les intérêts de l'individu au deuxième plan. Si je dois choisir entre des intérêts équivalents de T et S et qu'il est impossible de maximiser les deux à la fois, je dois donner la préférence aux intérêts de S ; la même règle s'applique bien sûr en cas de concurrence entre les intérêts de J et S.

Pourquoi cette préférence ? La société vient en premier lieu, parce qu'elle seule peut assurer la pérennité de l'humanité, elle seule permet à l'être humain de se développer et s'épanouir, elle seule peut assurer sa dignité. Accorder la priorité à la société répond ainsi parfaitement à des objectifs à la fois stratégiques et éthiques : la survie, la dignité et le bien-être.

Toutefois, cette préférence ne revient pas à n'importe quelle société. Pour bénéficier d'un traitement prioritaire, la société doit remplir certaines

fonctions. Elle doit tout mettre en œuvre pour assurer la pérennité de l'humanité. Elle doit permettre à l'être humain de se développer et s'épanouir et elle doit assurer sa dignité. Si elle manquait à l'un de ces devoirs, elle violerait le principe fondamental justifiant sa priorité et perdrait aussitôt son privilège.

Les devoirs incombant à la société permettent en même temps de définir la manière dont elle doit faire ses choix. En répartissant ses biens, elle doit respecter les mêmes règles que J. Si elle alloue des biens à ses membres, elle doit maximiser les intérêts des acteurs en présence. Dans notre modèle, S prendrait alors la place de J, qui disparaîtrait formellement de l'équation. Les intérêts de la société seraient alors en concurrence avec ceux de tous les T potentiels. Par exemple, si S accorde des bourses, elle devra maximiser ses propres intérêts et ceux des boursiers potentiels. Cette constellation rappelle la justice distributive d'Aristote. Si la société récompense ses membres selon leur mérite, elle agit dans son propre intérêt, parce qu'elle incite à des comportements bénéfiques pour la société dans son ensemble et pour chaque membre individuellement. Il va sans dire que sa décision est aussi dans l'intérêt de T, le bénéficiaire des récompenses.

II.D.1.b.5 Les besoins vitaux de l'Homme

La question des besoins vitaux de la personne humaine a souvent été abordée, notamment par des philosophes et des législateurs (mais aussi par la jurisprudence). Ils ont généralement établi des listes plus ou moins courtes, commençant par les biens de première nécessité comme la nourriture et la sécurité. Certains vont au-delà et tiennent aussi compte de la nature sociale de l'Homme.

S'il est évidemment indispensable d'assurer en premier lieu la subsistance physique de la personne, on ne saurait toutefois s'arrêter là. Les besoins psychologiques, sociaux et culturels sont d'égale importance et forment une partie essentielle de la personne humaine. Tous ces besoins étant liés les uns aux autres, il est souvent difficile d'établir une hiérarchie entre eux. Dans son évaluation de T et S, J doit tenir compte de l'ensemble des besoins. Sa décision de venir en aide ou non dépend notamment du degré d'urgence à les satisfaire.

(i) Survie physique. La survie physique est évidemment une *conditio sine qua non* de l'existence humaine et doit être assurée en premier lieu. Elle peut dépendre d'une multitude de facteurs comme, notamment, l'alimentation, l'habillement, le logement ou le climat.

(ii) Sécurité. La sécurité a aussi été très largement discutée par de nombreux philosophes qui en ont mis en évidence les aspects et enjeux complexes. Elle est directement liée à la survie, qu'elle doit garantir. En même temps et au-delà de la simple subsistance, elle est souvent mise en rapport avec la liberté et, à travers celle-ci, avec les droits de la personne au sein de la société. Dans son évaluation, J tiendra en premier lieu compte de l'intégrité physique de T. Cependant, cela ne signifie pas pour autant qu'il puisse faire l'impasse sur la liberté. Si T est menacé dans sa liberté, par exemple par un régime totalitaire, J devra lui venir en aide avec les moyens à sa disposition.

(iii) Santé physique et psychique. La santé physique et psychique compte sans doute parmi les biens les plus précieux de la personne humaine et mérite, à ce titre, une protection extensive. Traditionnellement, cette protection interdit de détériorer ou mettre en danger la santé d'autrui. Dans notre contexte, cette protection est large et oblige J à venir en aide à tout T exposé à des troubles de cet ordre. Pour illustrer la portée de la santé physique et psychique, rappelons que, sur le continent européen, la

santé occupe une place si centrale que les assurances maladies sont obligatoires, et que, par exemple aux Etats-Unis d'Amérique, cette question accapare depuis longtemps le devant de la scène politique.

(iv) Travail. On peut se demander si le travail correspond à un besoin vital de l'homme. Dans sa philosophie sur la propriété, Locke lui a donné un statut central. Portalis, un des pères du Code civil français, l'a d'ailleurs suivi sur ce point. Les deux considéraient que le travail était essentiel pour la survie de l'Homme. Pour couvrir ses besoins vitaux, l'Homme devait déployer des activités et pour profiter du fruit de ses efforts, il devait avoir le droit de propriété sur l'objet acquis par le travail. Aujourd'hui, la problématique est peut-être en train de changer. Les techniques modernes remplacent de plus en plus le travail. L'évolution montrera quelles activités seront concernées et quel sera le rapport, à l'avenir, entre le travail de l'individu et sa subsistance matérielle. Si nous vivons aujourd'hui dans des systèmes de distribution largement liés au travail, rien ne permet de prédire avec certitude les systèmes de demain. Pour notre propos, cela signifie qu'aujourd'hui, le travail peut être considéré comme un besoin vital, puisque c'est à travers lui que nous pourvoyons à notre subsistance. Par conséquent, dans son évaluation, J doit tenir compte des besoins de T de travailler. Concrètement, si J est face à un T sans travail, s'il est dans l'intérêt de T et de S que T travaille et, si J en a la possibilité, il doit fournir du travail à T. Notons toutefois que cette obligation peut se modifier à l'avenir.

(v) Epanouissement personnel. L'épanouissement personnel est un bien de grande importance pour chaque individu. Preuve en est que beaucoup d'entre nous investissent presque sans compter pour se sentir épanouis. D'où la question de savoir si J doit aider T à s'épanouir ou s'il peut considérer que T doit y pourvoir lui-même.

Une première difficulté pour répondre à la question est liée à la notion même d'épanouissement, beaucoup plus imprécise que survie, sécurité, santé et travail. Une autre difficulté est liée au fait que l'épanouissement est une notion essentiellement personnelle. Une personne pourrait être parfaitement épanouie, alors qu'une autre serait accablée dans la même situation. Mais encore, nous pouvons distinguer des degrés d'épanouissement. Chacun de nous est parfois plus et parfois moins épanoui, selon les circonstances et les moments. Si un plein épanouissement est sans doute un grand luxe réservé à des instants furtifs de notre existence, vivre dans une absence totale d'épanouissement peut être extrêmement pénible et même dangereux pour la santé psychique et physique.

Quelles en sont les conséquences pour J ? On ne peut évidemment pas lui imposer de procurer à T le sentiment luxueux d'un plein épanouissement ; mais il serait aussi difficile d'admettre que J puisse rester indifférent à une absence totale d'épanouissement de T. Il serait impossible de formuler une règle définissant le seuil à partir duquel J doit tenir compte de l'épanouissement de T. Ce seuil ne peut être fixé qu'à partir de l'ensemble des circonstances de la situation de T et S. Par ailleurs, la notion d'épanouissement est intimement liée à la culture et au milieu social des personnes concernées, ainsi qu'aux circonstances économiques et politiques. Tous ces facteurs doivent être pris en compte.

Nous pouvons néanmoins noter comme règle générale qu'il incombe à J de procurer à J, T et S le plus grand bien-être possible. Nous reviendrons plus tard sur la hiérarchie des intérêts (cf. *infra* II.D.4 p. 90).

II.D.1.b.6 La dignité de l'Homme

La dignité de l'Homme est une notion relative qui peut varier notamment selon les cultures, les groupes sociaux et les moments historiques.

Une situation de vie ou une attitude peut être considérée comme digne dans un certain contexte, alors que, ailleurs ou à un autre moment, elle serait peut-être jugée indigne. Certaines conditions de vie qui auraient été acceptables dans le passé ne le sont plus nécessairement aujourd'hui. Néanmoins, nous considérons qu'il existe une sorte de standard minimal, en dessous duquel la dignité de l'homme ne serait plus respectée. De nombreuses législations, ainsi que la jurisprudence et la littérature qui les entourent, définissent ce standard.

Sur le plan normatif, la dignité apparaît sous différents angles. La dignité humaine est surtout protégée par des grands textes internationaux, par exemple la Déclaration universelle des droits de l'Homme de 1948 (art. 1), mais aussi par la plupart des constitutions modernes.

Prenons parmi ces textes la Constitution suisse qui mentionne la dignité comme le premier droit fondamental (art. 7 Cst.) et l'assortit d'un droit à l'aide en cas de détresse (art. 12 Cst.). Selon le Tribunal fédéral suisse « le droit constitutionnel d'obtenir de l'aide dans des situations de détresse est étroitement lié au respect de la dignité humaine garanti par l'art. 7 Cst. (...) ». ¹⁰⁶

Comme la décision du Tribunal fédéral le montre, l'étendue concrète de ce droit fondamental s'avère toutefois difficile à définir : « Sous l'angle de cette disposition constitutionnelle [l'art. 7 Cst.], qui sous-tend l'art. 12 Cst., plusieurs auteurs préconisent l'octroi d'un argent de poche, en plus d'éventuelles prestations en nature, à tout le moins pour des éventualités où l'aide d'urgence se prolonge : dans ces situations, il s'imposerait en effet d'ouvrir un espace de liberté qui permette à l'individu de déterminer lui-même et de satisfaire, même de façon très restreinte, des besoins sociaux psychiques et immatériels de la vie quotidienne, comme

¹⁰⁶ ATF 135 I 119, consid. 7.3, p. 126 s.

par exemple se rendre dans un café, acheter des cigarettes ou un journal, emprunter un moyen de transport public de proximité ou encore établir des contacts par téléphone avec ses proches [...]. D'autres auteurs contestent explicitement ce point de vue [...] ou ne mentionnent concrètement comme exemple de soutien à une personne en situation de détresse que l'hébergement, la fourniture de nourriture et de vêtements ainsi que les soins médicaux de base ». ¹⁰⁷ Comme le Tribunal fédéral le rappelle, le standard minimal de dignité varie fortement selon les auteurs. Pour les uns, il comprend des besoins liés à la vie en société et varie, de ce fait, sans doute selon la civilisation dans laquelle se trouve la personne. Pour d'autres, il couvre seulement les besoins vitaux de première nécessité. Si, en l'occurrence, la cour ne tranche pas le débat sur les prestations dues, elle laisse entendre que la notion de dignité est destinée à évoluer dans le temps, peut-être même à se raffiner et s'étendre. Quel qu'en soit le contenu exact, la protection de la dignité humaine est fermement ancrée dans les législations nationales et internationales et le principe en est rarement contesté même par les Etats qui, par ailleurs, se moquent des droits et de la dignité de l'Homme.

Deux concepts de dignité. La notion de dignité décrite par le Tribunal fédéral dans ce qui précède concerne principalement la dignité de l'Homme comme individu qui a le droit à la couverture de ses besoins fondamentaux ; dans le langage courant on dirait : « T vit dans des conditions indignes » et l'on en tirerait généralement la conclusion qu'il a un droit à l'assistance.

Mais la dignité est parfois prise sous un autre angle, celui où l'on requiert une certaine attitude de l'individu. D'une personne qui ne respecte pas ces exigences, on dirait dans le langage courant : « X agit de manière indigne ». La dignité se mesure ici à l'idée qu'on se fait du mode

¹⁰⁷ ATF 135 I 119, consid. 7.3, p. 126 s.

de comportement. L'Homme en tant qu'être humain doit adopter certaines attitudes et en rejeter d'autres. Il doit notamment du respect à ses semblables, faute de quoi son comportement peut être qualifié d'indigne.

Cette seconde forme de dignité n'est pas directement visée par les dispositions de la Déclaration universelle des droits de l'Homme et par les constitutions nationales mentionnées plus haut. Cela ne signifie pas pour autant que la loi ignore de manière générale la dignité sous cette acception. Par exemple, considérant qu'il serait indigne de laisser à son sort quelqu'un qui se porte très mal, de nombreuses législations sanctionnent l'abandon de personnes en danger.

Dans ces deux acceptions, la dignité est au fond basée sur la notion de solidarité entre Hommes. Manquer aux exigences fondamentales de solidarité est considéré comme une atteinte à la dignité, qu'une personne vive dans une misère inacceptable ou qu'un individu (ou la société dans son ensemble) ne vienne pas en aide aux personnes dans le besoin.

II.D.1.b.6.a Degrés de dignité

Lorsque nous nous exprimons sur la dignité, nous distinguons couramment entre les catégories « digne » et « indigne » : une situation ou attitude est digne ou ne l'est pas. Dès lors, la question est de savoir si nous sommes réduits à ces deux catégories, ou si nous pouvons faire la différence entre des degrés de dignité. Un juge pourrait-il par exemple comparer deux situations et dire que l'une est plus indigne que l'autre ? La réponse est clairement oui. Une personne qui est seulement nourrie subit une atteinte plus grave à sa dignité que celle qui est en plus vêtue. Cela est d'ailleurs confirmé par le langage courant, où je peux par exemple dire : « Ceci est une atteinte grave à la dignité », car en disant cela, je suppose implicitement qu'il y a des atteintes moins graves. On peut donc

partir de l'idée qu'il existe une gradation allant du degré le plus bas au degré le plus élevé de dignité et, conséquemment, une échelle continue d'atteintes à la dignité, de la plus grave à la plus anodine.

Le fait que l'on puisse distinguer entre des degrés de dignité aura de l'importance, nous le verrons, pour notre Règle 2 qui contraint à maximiser les intérêts de J, T et S (voir *infra* II.D.2 p. 77).

II.D.1.b.6.b Dignité et intérêt de l'Homme

Dans notre contexte, les deux acceptions de la dignité décrites ci-dessus intéressent.

(i) La première, l'acception où l'on dirait : « T vit dans des conditions indignes », est directement liée à la notion d'intérêt. Il est évidemment dans l'intérêt de T qui vit dans des conditions indignes de voir sa situation s'améliorer.

Par conséquent, la notion de dignité intervient dans l'application de la Règle 1. Selon cette règle qui dit que « lorsque J détermine ses actes, il doit tenir compte à la fois des intérêts de J, T et S », J ne peut pas ignorer la situation indigne de T. Il doit à la fois se demander s'il peut améliorer son sort, mais aussi rechercher par quels moyens – financiers, mesures concrètes, etc. – une telle amélioration pourrait être effectuée.

(ii) La deuxième acception, celle où l'on dirait « X agit de manière indigne », joue également un rôle par rapport à notre Règle 1 et concerne surtout le fondement de celle-ci. Si J ne tient pas compte de la situation indigne de T, il adopte une attitude qui n'est pas digne d'une personne humaine. Cette attitude est indigne parce qu'elle viole les principes fondamentaux de solidarité et de sociabilité de l'Homme (voir *supra* II.D.1.a.1 p. 49 s.) ; principes auxquels nous devons toutes et tous notre

vie, puisque nous naissons dans le dénuement et la fragilité et dépendons pendant toute notre vie de l'aide et des soins d'autrui.

Il s'agit là en réalité d'une tradition remontant à l'Antiquité. A la lumière d'une règle romaine largement reprise par le droit moderne, celui qui ne tient pas compte de la situation indigente d'autrui enfreint le précepte du *honeste vivere*. Il empêcherait directement T et par ricochet S de prospérer. Notons aussi en passant que certaines constitutions font de la prospérité un bien juridique, à l'exemple de l'article 2 al. 1 de la Constitution suisse, qui enjoint à la Confédération de protéger la prospérité commune. En d'autres termes, lorsque nous négligeons la dignité d'autrui, nous portons directement atteinte à la dignité de T, à notre propre dignité et indirectement à celle de la société dans son ensemble. En même temps, nous agissons contre les intérêts de J, T et S.

II.D.1.b.7 La notion de bien-être

La dignité n'est pas le seul critère dont J doit tenir compte. Plus généralement, il doit se référer au bien-être de J, T et S.

Depuis les premiers écrits juridiques, philosophiques et religieux, l'humanité réfléchit continuellement à la notion de bien-être. Tant que nous n'y pensons pas, nous pouvons avoir l'impression de savoir ce qu'est le bien-être, mais dès que nous commençons à l'examiner de plus près, il se révèle extrêmement difficile, sinon impossible, de saisir cette notion avec précision. Comme nous le verrons, à toute règle générale on pourra aisément trouver des exceptions. Essayons-nous donc dans un premier temps à en esquisser quelques éléments.

De manière générale, nous pouvons partir de l'idée que la plupart d'entre nous préfèrent le bien-être au mal-être et que nous prenons nos décisions en grande partie en tenant compte, d'une façon ou d'une autre, du bien-

être. Si nous choisissons entre les possibilités A et B, notre préférence ira la plupart du temps à celle qui nous promet le plus grand bien-être. Lorsque nous sommes assoiffés, nous tendons presque instinctivement à éteindre notre soif pour ne pas continuer à souffrir ; lorsque nous avons le choix de passer notre temps en compagnie agréable ou désagréable, nous choisissons généralement la première, sauf, bien sûr, si des raisons impératives nous font décider autrement. C'est cette tendance largement répandue parmi les humains d'utiliser le bien-être comme un critère fondamental pour leurs choix qui détermine les penseurs depuis des millénaires d'en faire une notion centrale de leurs réflexions.

Bien sûr, nous ne pouvons pas exclure que certaines personnes préfèrent le mal-être. Que dire par exemple du masochiste, qui cherche à souffrir ? Quel est le motif de son choix, la quête du bien-être ou du mal-être ? On peut se demander s'il ressent seulement du mal-être ou si ce dernier lui procure du bien-être. Lui seul pourrait donner la réponse. Par conséquent, nous ne pouvons pas exclure complètement que, dans certains cas de figure, la décision d'un individu ait été déterminée par la recherche de son propre mal-être. Cependant, il s'agit là d'un phénomène plutôt marginal.

La notion de bien-être a comme particularité essentielle d'être subjective. Il s'agit en l'occurrence d'une subjectivité multiple. Le bien-être est propre à chaque individu, qui est le seul à éprouver cette sensation strictement personnelle. De l'extérieur, on peut parfois percevoir des signes dénotant le bien-être d'une personne, par exemple si elle sourit, saute de joie ou exprime son allégresse par d'autres moyens. Mais c'est seulement elle qui ressent son bien-être. Cela n'empêche bien sûr pas que percevoir le bien-être d'autrui nous procure, à notre tour, une sensation agréable, comme, par exemple, des parents ravis de voir leurs enfants épanouis. Mais, comme Wittgenstein le disait, je ne puis avoir mal dans la jambe d'autrui. Je puis tout au plus interpréter des signes extérieurs.

A part d'être intransmissible, le bien-être est difficilement mesurable. Le sujet a des difficultés à mesurer son propre bien-être, parce qu'il n'a pas la possibilité d'évaluer clairement sa propre sensation. Si je voulais comparer mon bien-être d'hier avec celui d'aujourd'hui, je pourrais peut-être dire que je suis plus heureux maintenant, mais je serais réduit à une estimation plus ou moins grossière de ce que j'ai ressenti hier.

Tant que nous n'avons pas d'accès direct et fiable aux sensations d'autrui, par exemple par des appareils de mesure, le sentiment de bien-être des différents sujets n'est pas objectivable. Si je demandais à une personne de m'indiquer son degré de bien-être sur une échelle de dix, cette information aurait une valeur très limitée, parce que je n'aurais pas de moyen de savoir à quoi cette échelle correspondrait pour moi ou un autre tiers. Une personne habituée à une vie rude fixerait l'échelle sans doute différemment que celle vivant dans un confort douillet.

N'étant pas objectivable, la notion de bien-être n'est pas comparable entre sujets. Il serait impossible de dire avec certitude si A éprouve un plus grand bien-être ou une plus grande peine que B. Puisque nous sommes réduits à interpréter les signes extérieurs de bien- ou mal-être, notre comparaison sera toujours approximative.

Par rapport à notre discussion, le fait que le bien-être n'est ni objectivable ni comparable est une source d'embarras lorsqu'il s'agit de trancher entre différentes demandes. Si J est sollicité par T1 pour une somme d'argent servant à acheter un instrument de musique dont il rêve depuis longtemps, et par T2 pour financer un cours de danse auquel il tient beaucoup, comment évaluer le bien-être que l'un ou l'autre procurerait à T1 ou T2? J serait évidemment réduit à des suppositions et appréciations vagues.

Mais les causes mêmes conduisant au bien-être sont subjectives. Ce qui procure du bien-être à A laisse peut-être B totalement indifférent ou le

répugne même. Un amateur d'abats peut être transporté aux cieux par un plat de tripes qu'un autre regarderait avec dégoût. En plus, la même cause peut conduire successivement au bien-être et au mal-être. Des excès de toutes sortes (décrits par exemple dans *Les Paradis artificiels* de Baudelaire) peuvent me griser aujourd'hui et m'accabler demain. Ou encore nous réjouissons-nous parfois de l'achat d'un bien, dont nous regrettons le lendemain l'acquisition.

Les causes conduisant au bien-être sont souvent indirectes. Il nous arrive couramment de choisir un mal-être en vue d'un bien-être ultérieur. Par exemple, nous renonçons à certaines dépenses parce que nous présentons que nous aurons ultérieurement besoin de ces moyens. Souvent des parents se privent d'un certain confort de vie pour financer une formation permettant à leurs enfants de vivre mieux qu'eux-mêmes. Cette attitude d'accepter un mal-être en vue d'un bien-être est également très marquée dans le domaine religieux. Celui qui croit qu'une vie de privations augmentera ses chances d'aller au paradis sera tenté de renoncer à un bien-être ici-bas, ou même de souffrir dans l'espoir d'être récompensé dans l'au-delà.

La même cause peut produire des effets opposés, selon les circonstances concrètes et selon les perspectives du sujet. Le plus souvent, la privation de nourriture est une cause de sérieux mal-être. Elle n'est pas seulement extrêmement éprouvante sur le plan physique, mais aussi angoissante à cause de la menace existentielle qu'elle représente. Rappelons que, considérant à juste titre que la faim est un des fléaux les plus graves dans le monde, la communauté internationale a fait du droit à la nourriture un des droits de l'Homme fondamentaux.

Cependant, cette privation n'est pas nécessairement perçue de la même façon dans tous les cas. Celui qui subit la faim à la suite d'une catastrophe naturelle se trouve dans une situation totalement différente de celui qui

fait la grève de la faim pour obtenir, par exemple, des concessions politiques ou sa libération de prison. Les deux souffrent à cause du manque de nourriture et sont peut-être menacés de mort. Pour le premier, la dégradation de l'état de santé est sans doute une source de mal-être, tandis que, pour le deuxième, le mal-être peut être accompagné du réconfort d'obtenir, peut-être, satisfaction ; et surtout, le gréviste de la faim peut arrêter sa grève à tout moment. Autrement dit, le même mal-être, la faim et la menace de mort, peuvent avoir des effets très différents ou même opposés selon les circonstances. Subir un mal-être contre sa volonté génère sans doute une autre perception que si l'on a choisi ce dernier de son propre gré. Mais aussi la perspective du sujet – être condamné à subir le mal-être ou pouvoir y mettre fin – peut entièrement changer la perception du sujet. Dans certains cas, la faim pourrait même être un signe d'espoir. Le malade en convalescence qui ressent une faim pour la première fois depuis longtemps peut l'interpréter comme un signe prometteur de guérison.

La notion de bien-être est ainsi extrêmement difficile à saisir. Et pourtant, nous savons d'expérience qu'elle est centrale dans notre vie quotidienne. Alors, comment traiter philosophiquement une notion apparemment insaisissable, mais indispensable dans la pratique de tous les jours ?

Analysons comment nous tenons compte des critères de bien-être et de mal-être dans la pratique, lorsque nous prenons des décisions. Nous agissons de manière essentiellement empirique. L'expérience nous enseigne que telle ou telle attitude nous a procuré, dans le passé, plutôt du bien-être ou du mal-être. Par exemple, si nous dépensons dès réception toute notre paie, nous aurons des problèmes à boucler la fin du mois ; si nous nous montrons intransigeants en famille, nous risquons des querelles ; si nous bâclons notre travail, nous pourrions être licenciés. En revanche, si nous respectons les règles de la circulation routière, nous augmentons notre chance d'éviter des accidents. Dans un registre plutôt moral, si nous sou-

tenons un proche en proie à des difficultés, si nous nous montrons solidaires, si nous tenons nos promesses et respectons nos convives, nous pouvons contribuer à une meilleure vie communautaire. Pour prendre des exemples plus directement liés à notre propos, si nous donnons l'aumône au mendiant, mettons nos compétences de médecin à la disposition d'un malade, donnons accès à nos brevets sur des médicaments à des populations souffrant d'une épidémie, nous pouvons partir de l'idée de soulager du mal-être ou, inversement, contribuer au bien-être des personnes bénéficiant de notre aide.

En accumulant ces expériences du bien-être et du mal-être nous acquérons ce que, dans l'Antiquité grecque, on appelait de la sagesse. Il s'agit d'une forme de savoir empirique qui nous enseigne comment organiser de manière harmonieuse notre vie individuelle et communautaire. Cette sagesse qui s'accumule depuis des millénaires et se transmet de génération en génération et de culture en culture nous renseigne sur la nature de l'Homme et ses besoins, sur les manières de favoriser notre bien-être et éviter le mal-être. Il ne s'agit bien sûr pas d'une connaissance de précision scientifique, mais d'un ensemble de règles approximatives qui laissent toujours une importante place à l'aléatoire. Nul ne pourrait garantir que tel comportement conduira au bien-être, mais l'expérience générale de la vie laisse penser que tel pourrait bien être le cas. Autrement dit, nous développons des stratégies, parfois individuelles et parfois collectives, pour atteindre le bien-être. Certaines d'entre elles valent seulement pour quelques J, T ou S, d'autres sont applicables à (presque) tous les J, T et S.

La première conséquence en est que, pour savoir comment procurer le bien-être, nous devons d'abord nous renseigner auprès de la personne concernée. Cela découle du fait que le bien-être est une notion essentiellement subjective. J est le mieux placé pour définir son bien-être ; de même, T sait le mieux ce qu'il considère comme son bien-être. La même

règle est en principe vraie pour S, même si le mode de détermination est plus complexe, par exemple par voie démocratique.

La deuxième conséquence est que nous pouvons puiser dans l'expérience ou la sagesse pour déterminer notre propre bien-être et celui des autres, mais aussi pour distinguer entre ce qui pourrait être un leurre du moment et ce qui pourrait conduire à un bien-être plus durable. D'ailleurs, par rapport aux besoins fondamentaux de l'Homme, ces connaissances ont, dans une certaine mesure, été consignées dans les droits de l'Homme sous forme de droits à la nourriture, aux vêtements, au logement, aux soins médicaux, aux besoins sociaux, etc.

En troisième lieu, nous devons rappeler que ces connaissances sont empiriques et partiellement aléatoires. En tout état de cause la marge d'erreur reste importante. Rien ne permet de garantir que les règles généralement considérées comme favorables au bien-être le seront effectivement dans le cas d'espèce. Nous pouvons nous tromper dans le choix du bien-être, comme nous pouvons nous tromper dans le choix des moyens pour nous le procurer. Il restera toujours une fraction irréductible d'erreurs.

D'un point de vue pratique, un des problèmes pour J sera sans doute de choisir les éléments du bien-être qui entrent en ligne de compte. Il serait impossible d'en établir une liste exhaustive, non seulement en raison du caractère individuel de ces éléments, mais également parce que notre bien-être dépend d'une infinité d'éléments, dont certains, nous l'avons dit, sont indispensables, alors que d'autres sont accessoires et ne contribuent que marginalement à notre confort de vie.

Toutefois, on peut retenir comme principe général que les besoins doivent être satisfaits selon un ordre décroissant d'importance. J doit venir en aide aux T en parant aux besoins les plus pressants (voir aussi *infra* II.D.2.d p. 82).

Autrement dit, J doit faire une évaluation complète, en tenant compte de la situation matérielle, des intérêts, des besoins vitaux, de la dignité et du bien-être général de J, T et S.

II.D.2 Discussion de la Règle 2

La Règle 2 dit :

J doit retenir la solution qui permet de maximiser à la fois les intérêts de J, T et S.

La discussion de la Règle 2 se concentrera surtout sur les degrés qualitatifs des actes éthiques et leur mode d'évaluation.

II.D.2.a Degrés de qualité éthique d'un acte

Nous avons vu (cf. *supra* II.C.2 p. 45) qu'idéalement, nous vivrions dans le meilleur des mondes possibles et que ce monde mettrait chacun individuellement et tous collectivement dans la meilleure situation possible. Cela signifie que les actes éthiques peuvent avoir des degrés de qualité. Autrement dit, il y aurait non seulement des actes éthiquement acceptables et inacceptables mais, à l'intérieur de ces catégories, des distinctions entre des actes meilleurs et moins bons. On pourrait donc dire d'un acte qu'il est acceptable éthiquement, mais qu'un autre lui serait préférable parce qu'il mettrait les personnes concernées et la société dans une meilleure situation (voir aussi *supra* II.D.1.b.6 p. 65 ss).

Cette distinction entre degrés des actes éthiques se confirme quotidiennement. Ainsi, nous pouvons dire sans autre que l'attitude X est bonne, mais que l'attitude Y serait meilleure. On peut illustrer cela avec les exemples de la Règle 2 (*supra* II.B. p. 38). La solution C est meilleure

que les solutions A et B, et la solution B est préférable à A. A serait éthiquement inacceptable, parce que préjudiciable à S ; B en revanche ne serait pas inacceptable, parce qu'elle ne causerait de préjudice à aucune partie ; cependant, étant neutre pour S, elle serait moins bonne que C qui avantagerait les trois parties.

II.D.2.b Évaluation de la qualité éthique d'un acte

II.D.2.b.1 Une méthode souple

Selon la Règle 2 (cf. *supra* II.B. p. 38), J doit retenir parmi plusieurs solutions possibles celle qui permet de maximiser à la fois les intérêts de J, T et S. Cette règle est ensuite illustrée à l'aide d'un exemple offrant trois solutions au choix. Quels sont les critères d'évaluation nous permettant de donner la préférence à une des solutions décrites ? Notons d'emblée qu'il n'y a pas de règle de calcul ou des critères fixes. Le traitement du cas d'espèce dépendra toujours fortement d'un élément d'appréciation. Comme règles générales et souples, on pourrait toutefois retenir que : (i) il faut privilégier la situation qui avantage le plus possible chacune des parties ; (ii) une solution qui empire la situation de J, T ou S doit, si possible, être évitée ; (iii) si toutes les solutions désavantagent un ou plusieurs des trois, il faut donner la préférence à celle qui leur procure le moindre désavantage.

Pour plusieurs raisons, il paraît impossible d'établir des règles de calcul ou des formules fixes. Une première difficulté est posée par le nombre de personnes concernées. Admettons qu'une solution attribue 10 à J, 7 à T et 3 à S, alors qu'avec une autre solution J aurait 12, T 4 et S 4. Comment mettre ces deux solutions en rapport, sachant que J et T sont chacun un seul individu, alors que S représente un nombre élevé de personnes ? Peut-on comparer les grands avantages d'un petit nombre avec les petits

avantages d'un grand nombre ? Le problème subsisterait même dans un exemple plus modéré où les écarts entre les trois parties seraient faibles.

Une autre difficulté surgit lorsqu'il s'agit de comparer des éléments très différents. Les chiffres en tant que tels sont certes utiles pour le calcul. Or, pour les parties ce ne sont évidemment pas les chiffres qui comptent, mais les intérêts réels qui se trouvent derrière eux. En effet, pour T il n'est pas essentiel de recevoir par exemple 500 francs, mais les possibilités que cette somme lui offre dans sa situation de vie. Ainsi, la comparaison des solutions nous contraint toujours à tenir compte de la réalité derrière les chiffres. Un musicien dans les rues de Genève a très bien exprimé cela en écrivant sur sa pancarte : « Dans mon monde 1 franc compte. » En d'autres termes, les sommes attribuées doivent être relativisées en fonction des situations particulières.

Par ailleurs, l'expérience montre que, parfois, il faut tenir compte d'une multiplicité de facteurs. Par exemple, si T est un industriel qui crée de la plus-value, prélever un taux excessif sur son affaire l'inciterait peut-être à freiner ou abandonner ses activités, ce qui pourrait causer par ricochet des désavantages à S.

Ces cas montrent qu'une simple comparaison des chiffres ne suffit pas toujours. Plus généralement, on peut dire que, dans beaucoup de cas de figure, la comparaison des différentes solutions n'obéit pas à des règles strictes. Il s'agit d'une démarche souple où il faut tenir compte de tous les facteurs pertinents.

Est-ce un argument contre le modèle présenté ici ? Probablement pas. Il semblerait plutôt que ce type d'imprécision – et parfois même d'arbitraire – est inhérent à toute décision d'éthique. Cette dernière, comme d'ailleurs la morale, a recours à des appréciations individuelles et toute décision dans ce domaine est sujette à des évaluations subjectives. En cela

l'éthique ressemble au droit, qui n'est pas non plus un système rigoureux de calculs.

II.D.2.b.2 Les qualités personnelles de l'acteur : la bonne foi

Comme le droit, l'éthique impose certaines règles générales de comportement. Elle exige de toute personne, notamment, qu'elle soit intègre et de bonne foi. Ceci n'est pas nouveau. Toutes les cultures ont recours à la fiction d'acteurs honnêtes, informés et bien disposés à l'égard de la société. La philosophie chinoise dessine le personnage de l'homme vertueux comme aussi l'Antiquité grecque (notamment Confucius, Platon et Aristote). La philosophie romaine (Cicéron) ainsi que le droit romain utilisaient volontiers la figure du *bonus vir*, littéralement « l'homme bien », un homme honnête qui fait preuve de bonne foi et agit de sorte que la société puisse prospérer. Le *bonus vir* était utilisé comme référence pour toute personne commettant un acte juridique. Ainsi, celui qui négociait, concluait un contrat ou gérait l'affaire d'autrui devait adopter un comportement de *bonus vir*. Même le comportement de celui qui avait causé un dommage à autrui était mesuré à l'aune de l'homme diligent normalement prévoyant.

Comme le citoyen romain (ou grec ou chinois), celui qui évalue les intérêts de J, T et S doit adopter l'attitude du *bonus vir*, faire preuve de bonne foi, avoir – et au besoin acquérir – les connaissances nécessaires pour la décision à prendre et tenir compte de toutes les circonstances pertinentes. Il doit également faire preuve d'une indépendance suffisante pour bien percevoir non seulement sa propre situation, mais aussi celles de T et S.

En cela, J ressemble à certains égards au magistrat qui doit faire preuve d'intégrité et de capacité d'appréciation. Certes, le magistrat est en principe un tiers indépendant qui n'a pas d'intérêt personnel dans l'affaire qui

lui est soumise. En cela, il se distingue de J qui doit prendre une décision dans ses propres affaires et qui serait tenté d'avoir à l'esprit exclusivement ses propres intérêts. C'est évidemment une des difficultés majeures de notre problématique : comment apprécier de manière impartiale mes propres intérêts et ceux de T et S ?

II.D.2.c Pourquoi maximiser les intérêts ?

La Règle 2, nous l'avons vu, exige que les intérêts de J, T et S soient maximisés. Mais pourquoi ? Ne suffirait-il pas de couvrir simplement les besoins vitaux de chacun ? Et pour le surplus, toute personne serait responsable de ses propres affaires. Pour J, la démarche serait alors beaucoup plus simple. Il pourrait vérifier si les besoins vitaux de T1 sont couverts et, si non, s'il est dans l'intérêt de la société S qu'ils le soient. Cette formulation peut paraître bizarre, parce qu'on s'attendrait à ce qu'il soit toujours dans l'intérêt de S que les besoins vitaux de T1 soient couverts. Mais parfois ce n'est pas le cas. On ne peut par exemple pas exclure que, dans certaines circonstances, S pourrait avoir un intérêt à ce que les besoins vitaux de T2 soient satisfaits avant ceux de T1.

Nous voyons avant tout trois raisons pour le choix de maximiser les intérêts des trois parties. Premièrement, le principe d'égalité : tous les individus peuvent prétendre au même degré à subvenir à leurs besoins (*supra* II.D.1.a.1 p. 49 s.). Si J et T ont le même besoin B, ils peuvent également prétendre à le combler. Le fait que seulement J dispose des moyens qui y sont nécessaires ne lui donne pas de préséance sur T. La nature sociale engage l'homme à venir en aide à celui qui manque de quelque chose. Cette règle s'applique, qu'il s'agisse de besoins vitaux ou non. Deuxièmement, le principe du plus grand bien pour tous : comme expliqué au début de cette analyse (voir aussi *supra* II.C.2 p. 45), il paraît souhaitable de vivre dans le meilleur des mondes possibles où les intérêts de chacun

sont respectés au plus haut degré possible. Pour atteindre un tel monde, on ne saurait se limiter à couvrir seulement les besoins vitaux. Troisièmement, le principe de justice : il serait injuste de couvrir les intérêts de T seulement à hauteur des bien vitaux, si J et S vivent largement au-dessus du strict nécessaire.

II.D.2.d Hiérarchie des intérêts et personnes à soutenir

Les intérêts des hommes sont infinis. Certains d'entre eux sont communs à tous, d'autres dépendent de l'individualité de la personne. Tous les intérêts ne sont bien sûr pas à mettre sur un pied d'égalité. Mon intérêt à déguster un excellent cru n'est en rien comparable à celui de recevoir des soins médicaux (à moins de considérer un grand cru comme un traitement bénéfique pour la santé). Dès lors se pose la question de savoir selon quel ordre J doit tenir compte des intérêts en présence (voir aussi *supra* II.D.1.b.7 p. 70).

Depuis l'Antiquité romaine, les juristes ont développé trois catégories dont nous pourrions nous inspirer. Lorsqu'un propriétaire revendiquait son bien auprès d'une personne (locataire, usucapant, etc.) qui y avait fait des investissements, on distinguait pour le remboursement des frais entre travaux nécessaires, utiles et voluptueux. Les travaux nécessaires étaient ceux sans lesquels le bien se serait détérioré : on pourrait prendre comme exemple la réparation d'un toit détruit par un orage. Les travaux utiles ajoutaient de la valeur à la chose, par exemple la transformation d'un pâturage en vignoble ou la construction d'un aqueduc. Les travaux voluptueux, finalement, servaient à enjoliver le bien, par exemple par la décoration d'un domaine avec des objets d'art ou des ornements. Le propriétaire qui revendiquait son bien devait, en principe, rembourser les travaux nécessaires et utiles, mais pas les dépenses voluptueux.

Une première distinction des intérêts peut se faire selon ces trois critères. Les intérêts vitaux sont ceux dont il faut tenir compte nécessairement, par exemple fournir de la nourriture ou assurer la sécurité et l'aide médicale d'urgence. Ces besoins doivent être couverts en premier lieu. D'autres intérêts, dont la couverture est utile, viennent en deuxième place : il peut s'agir par exemple d'améliorer la qualité d'un logement ou d'un outil de travail. En dernier lieu, J tiendra très éventuellement compte des intérêts à caractère voluptuaire, par exemple de l'intérêt de T ou S à satisfaire ses envies de luxe. Toutefois, l'idée que T puisse exiger de J de couvrir ses envies de luxe est très théorique, car il faudrait alors que tous les intérêts vitaux et utiles de J, T et S soient déjà couverts (Règle 2). J décidera ainsi selon le critère d'urgence : il satisfera toujours l'intérêt le plus urgent à couvrir.

Mais ajoutons tout de suite que, si les trois catégories peuvent paraître évidentes à première vue, la qualification du cas concret peut s'avérer difficile, notamment parce que la notion de besoins vitaux n'est pas claire et dépend largement du contexte social, économique et culturel. La même chose est vraie pour les intérêts utiles.

Une autre distinction des intérêts doit tenir compte des choix de J, T et S. J et T sont évidemment les mieux placés pour définir leurs intérêts individuels, comme d'ailleurs S est aussi dans la meilleure position pour déterminer les intérêts sociaux (voir *supra* II.D.1.b.7 p. 70 ss). Les choix de J et T sont éminemment personnels, alors que les choix de S sont plutôt collectifs puisqu'ils concernent les intérêts du groupe de personnes touchées indirectement par la décision de J par rapport à T.

Se pose alors le problème de savoir si J doit tenir compte des souhaits exprimés par T et S ou s'il peut se fier exclusivement aux critères d'urgence définis plus haut. La solution se trouve dans le jeu de questions-réponses entre J et T (voir aussi *supra* I.D. p. 14 ss et *infra* II.D.2.e p. 84). T s'adresse

à J et exprime dans sa demande ses préférences. Ensuite, J prend sa décision en tenant d'abord compte du critère d'urgence. En cas de degrés d'urgence égaux entre plusieurs intérêts de T, J peut tenir compte des préférences exprimées par T. Par exemple, si T demande de la nourriture, mais a visiblement aussi besoin de soins médicaux, J peut (ou doit) répondre à la demande de T et fournir de la nourriture. En revanche, si T a besoin de nourriture, mais demande – pour une raison qui lui est personnelle – un objet de luxe, J satisfera le besoin alimentaire et pourra rejeter la demande de luxe.

Dans l'hypothèse où plusieurs personnes ont des intérêts d'égale urgence ou utilité, comment J choisira-t-il les personnes à aider ? Devra-t-il partager les moyens à disposition entre toutes ces personnes ? Conformément à la Règle 2, J choisira selon le plus grand intérêt pour J, T et S (voir aussi *supra* II.C.2 p. 45). S'il ne peut pas déterminer les intérêts respectifs de J, T et S, il pourra choisir librement la personne qu'il veut soutenir (voir Règle 3).

II.D.2.e Le syndrome de la paresse

Il se pourrait que T et S soient parfaitement en mesure de couvrir eux-mêmes tous leurs besoins et que leur indigence soit simplement due à leur absence d'efforts. J doit-il néanmoins de l'aide ou peut-il se prévaloir de la passivité de T ou S pour modifier sa décision ? Et si oui, quel serait alors le mode de calcul ? Le problème est ancien, mais souvent évoqué avec une certaine pudeur, probablement parce qu'il est délicat de reprocher à quelqu'un d'être paresseux. Dans son exposé des motifs pour le Code civil français devant le Corps législatif, Portalis évoque la question en filigrane en disant que « ... le besoin et l'industrie sont les deux principes

créateurs de la propriété ». ¹⁰⁸ Il se garde bien d'offrir la propriété à ceux qui en ont besoin. Il garantit simplement le droit de propriété à celui qui a acquis un bien par *occupatio*, c'est-à-dire, en s'appropriant par son propre effort une chose sans maître. La Déclaration universelle des droits de l'Homme de 1948 est moins claire. L'art. 25 dit que « toute personne a droit à un niveau de vie suffisant pour assurer sa santé, son bien-être et ceux de sa famille, ... », sans se prononcer sur la question de savoir si chacun est en premier lieu tenu à se procurer ces biens par ses propres moyens.

On peut sans doute exiger de chacun qui en a la possibilité de se procurer les biens lui-même avant de demander de l'aide à autrui. Mais comment justifier cette position ? Si l'on applique la Règle 2, J doit maximiser les intérêts de J, T et S. Dans cette évaluation, le fait que T pourrait se débrouiller seul doit être retenu en sa défaveur, car le soutenir serait une invitation pour tous les membres de S à demander de l'aide plutôt que de fournir leurs propres efforts. Autrement dit, il serait contraire aux intérêts de S de soutenir T. Par exemple, dans l'hypothèse où T1 et T2 sont dans le besoin et que seul T1 pourrait se débrouiller seul, il est dans l'intérêt de S de soutenir T2. A ce propos, Leibniz a développé, nous l'avons vu (*supra* I.D. p. 14 ss), un concept combiné de jeu de rôle et de réciprocité où la personne sollicitée doit se mettre à la place du sollicitant pour évaluer sa demande. On peut aussi jouer à ce jeu dans notre modèle : si T demande de l'aide à J, ce dernier doit se mettre à la place de T et de S et évaluer si la sollicitation de T est justifiée. Si la réponse est oui, J doit aider T. ¹⁰⁹ Il s'agit en l'occurrence d'un jeu de rôle qui permet de tenir compte des intérêts des trois parties J, T et S. Selon Leibniz, l'enjeu en est l'équité dans la société, mais aussi l'égalité. Par rapport à la paresse,

¹⁰⁸ Portalis, Motifs, tome 4, 75 ss.

¹⁰⁹ Leibniz, Méditation, 70 s.

Leibniz conclurait sans doute que la demande de T ne serait pas justifiée, précisément parce qu'il pourrait se procurer lui-même le bien demandé.

II.D.2.f Un devoir de J fortuné d'intervenir *proprio motu*?

La question se pose de savoir, si celui qui dispose de fonds ou de biens doit *proprio motu* offrir une part de ses biens à celui qui en a besoin. Sur le plan pratique, on serait tenté de dire que non, parce qu'il est impossible de connaître les besoins de chacun et difficile d'aborder tous ceux qui pourraient avoir droit à une part de mes biens. Inversement, si l'on admettait qu'un tel devoir existe, l'homme riche pourrait être tenté de se déguiser en mendiant pour ne pas être reconnu comme personne fortunée et ainsi échapper au partage.

Comme nous l'avons vu, il incombe bien sûr en premier lieu à chacun de se procurer lui-même ce qu'il lui faut. A plus forte raison, on peut attendre de ceux qui sont dans la difficulté de se manifester lorsqu'ils n'arrivent pas à faire face à leur situation. Cela ne signifie pas pour autant que la personne bien portante puisse simplement rester dans l'expectative d'une demande qu'on lui adresserait éventuellement. Il serait éthiquement inacceptable qu'elle reste assise sur sa fortune, ferme les yeux et ignore son entourage.

Il s'agit ici de distinguer entre deux situations fondamentalement différentes : si une personne a été sollicitée pour apporter de l'aide, elle a, comme nous le verrons plus en détail (voir *infra* II.D.2.g p. 87), une obligation de se renseigner sur la situation de celui qui la sollicite.

En revanche, la question est plus délicate si la personne n'a pas été sollicitée. Car admettre une obligation générale de renseignement risquerait de menacer la vie privée de la personne qui ferait l'objet des renseignements. Chacun a le droit d'organiser sa vie comme il l'entend, tant qu'il

n'enfreint pas l'ordre juridique, et de vivre, s'il le souhaite, dans la modestie ou même l'indigence, à l'image de Diogène. Rien ne justifierait une immixtion dans ce choix.

Cependant, cette protection de la vie privée n'est pas sans limites. En effet, la vie en société nous contraint tous à être attentifs aux personnes (ou groupes de personnes) qui nous entourent. Ponctuellement, l'ordre juridique impose même certains devoirs sociaux, par exemple en exigeant d'assister des personnes en danger. Sur le plan moral, nos obligations face aux autres sont bien sûr beaucoup plus étendues et comprennent notamment de veiller à leur bien-être et de venir spontanément en aide, si nécessaire. Cette entraide réciproque est d'ailleurs un trait essentiel de toute société humaine.

Il ne suffirait donc sans doute pas que la personne bien portante attende simplement une sollicitation. En même temps, on ne saurait pas non plus lui imposer de rechercher activement ceux qui sont dans le besoin. Toutefois, on peut au moins exiger d'elle d'intervenir *proprio motu* lorsqu'elle rencontre une situation où le besoin d'aide est évident. En même temps, son attitude doit dépendre du montant de sa fortune. Plus celle-ci est importante, plus grande est l'obligation d'aller à la recherche des personnes à qui offrir de l'aide.

II.D.2.g Pas de voile d'ignorance

Dans sa théorie de la justice, John Rawls¹¹⁰ soutient l'idée qu'il est difficile de choisir de manière indépendante les structures d'un Etat si l'on sait à l'avance quelle position on y occupera. Par conséquent, il faut ignorer au moment du choix des structures étatiques sa propre position, c'est-à-dire, la cacher sous un voile d'ignorance. Cette idée est séduisante,

110 Rawls, *Justice*, 208.

notamment parce qu'elle tient compte d'un phénomène psychologique courant. Nous avons en effet des difficultés à être impartiaux si nous sommes concernés d'une façon ou d'une autre par une décision. C'est d'ailleurs une des raisons pour lesquelles le juge doit toujours être un tiers neutre : cette position favorise son impartialité.

Pour le problème qui nous occupe ici, nous soutenons le principe contraire : il est indispensable que J dispose des informations les plus complètes possibles sur les situations de J, T et S. Pourquoi cette différence avec la théorie de Rawls ? Simplement parce que le problème à résoudre n'est pas le même. Nous cherchons à répondre ici à la question de savoir comment disposer de nos biens, compétences, connaissances, facultés, etc. Pour cette décision, nous devons connaître le plus précisément possible notre propre situation, celle de la personne qui nous sollicite, mais aussi celle de la société concernée indirectement par notre décision.

Par conséquent, avant de prendre une décision J doit collecter le plus possible d'informations utiles sur les situations de J, T et S. Il a une véritable obligation morale de s'informer. Si nécessaire, il s'adressera directement à T et au cercle des membres de S concernés par la décision pour connaître leur situation et les intérêts qu'ils font valoir. Plus ses informations seront complètes, plus éclairée pourra être la décision de J.

On pourrait objecter qu'une obligation de se tenir informé serait une restriction de la liberté de J et que chaque individu est libre de choisir quelles connaissances il veut acquérir. Cela nous renvoie à la discussion du rapport entre individu et société (*supra* II.D.1.a.2 p. 51 et II.D.2.f p. 86) et au fait que l'homme est un être essentiellement social. Notre nature nous conduit à vivre avec les autres et, nécessairement, à ne pas les ignorer. Autrement dit, la nature sociale de l'homme génère l'obligation morale de venir en aide à ceux qui ont besoin de nous et, corollairement, de nous informer sur leurs besoins et intérêts.

On pourrait aussi objecter, nous venons de le voir, qu'une obligation de renseignement contraindrait J à faire intrusion dans la sphère privée d'autrui. Pour S, cette objection serait invalide, parce que la société en tant que telle n'a pas de sphère privée. En revanche, si le nombre des membres formant S est petit, par exemple, si seulement une poignée de personnes est concernée indirectement par la décision, la question peut se poser, comme elle se pose aussi par rapport à T. Les deux pourraient en effet faire valoir une atteinte à la sphère privée pour se protéger des investigations de J. Toutefois, si T ou S refusent à J les informations qui lui sont nécessaires, ils l'empêchent de prendre une décision éclairée. En même temps, ils manifestent un désintérêt pour le soutien de J. Dans ce cas, J ne serait plus obligé de tenir compte de leurs intérêts. En d'autres termes, le refus de T ou S de fournir les informations nécessaires libère J de son obligation morale de leur venir en aide. Il pourra alors disposer de ses biens conformément à la Règle 3.

II.D.3 Discussion de la Règle 3 : La place de la liberté

La Règle 3 dit :

Si J ne peut déterminer les intérêts de J, T et S, il peut choisir librement la solution qu'il veut retenir.

Selon cette règle, J peut disposer librement de ses biens seulement dans un cas : lorsqu'il est impossible de définir les intérêts de J, T et S. Si J peut définir les intérêts de trois ou deux parties, il est obligé de les maximiser. Lorsqu'il a le choix entre une solution qui lui permet de déterminer l'intérêt d'une partie et une qui ne permet de déterminer l'intérêt d'aucune des parties, il doit choisir la première (voir *supra* II.B. exemples et solutions D et H, p. 42), parce qu'un choix raisonné et motivé est toujours préférable à un choix arbitraire.

On serait peut-être tenté de dire que ce modèle accorde une part très faible à la liberté. Une telle objection serait infondée, parce qu'elle méconnaîtrait la fonction même de l'éthique : cette dernière est un principe régulateur des libertés accordées par l'ordre juridique. Là où l'ordre juridique m'accorde une liberté, par exemple de disposer de ma propriété, de mes facultés, de mes compétences professionnelles, etc., il est souhaitable que je dispose de critères m'indiquant comment me servir de cette liberté. C'est précisément l'éthique qui me fournit les lignes de conduite pour exercer ma liberté. De ce point de vue on pourrait même dire, en forçant le trait, qu'une éthique qui laisse subsister une marge de liberté est lacunaire. Elle manquerait de m'indiquer du moins dans certaines situations comment me comporter. D'ailleurs, la liberté de J est néanmoins sauve, parce qu'il se décide librement de suivre les règles éthiques.

II.D.4 Application souple des trois règles

Nous voudrions revenir ici sur l'utilisation des trois règles de notre modèle pour souligner que leur application demande une grande souplesse (voir *supra* II.D.1.b.5 p. 62).

II.D.4.a Souplesse par rapport au contenu des intérêts

Les intérêts de J, T et S sont éminemment personnels (voir *supra* II.D.1.b p. 54 ss). Leur contenu dépend dans une large mesure des préférences individuelles que chacun peut définir librement. Ainsi, J peut se trouver confronté aux demandes les plus variées. Aussi, les intérêts sont sujets à évolution, étant donné qu'ils dépendent de multiples facteurs d'ordre notamment social, économique et culturel. Autrement dit, il serait impossible de définir à l'avance et de manière générale les intérêts d'une personne ou d'un groupe de personnes, comme il serait impossible de

les définir une fois pour toutes. Cela signifie qu'il appartient d'abord à J, qui est sollicité, à T, qui sollicite J, et à la société S concernée de formuler et faire connaître leurs propres intérêts. Nous pouvons tout au plus essayer de cerner certains intérêts fondamentaux d'autrui, comme celui de se maintenir en vie, de bénéficier d'une bonne santé physique et psychique ou de vivre en sécurité (pour la définition de la notion d'intérêt voir *supra* II.D.1.b p. 54 ss).

II.D.4.b Souplesse par rapport à l'évaluation des intérêts

Les juristes sont depuis toujours confrontés au problème de trancher entre des prétentions diverses et ils utilisent des techniques nuancées pour y parvenir. Par rapport aux intérêts particuliers, ils ont développé ce qu'on appelle la pesée des intérêts. Le juge y a notamment recours lorsque plusieurs parties font valoir des intérêts opposés. Il peut s'agir de conflits d'intérêts en droit privé, par exemple si le propriétaire invoque un droit à l'image de son immeuble contre un photographe qui en a pris une photo et la commercialise. Il peut aussi s'agir d'un conflit d'intérêts en matière de droit public, par exemple lorsque un projet immobilier exerce une influence à la fois sur l'air, l'eau, la faune et la flore.¹¹¹ Dans les deux cas, le juge sera amené à peser les intérêts en présence et décider de leur ordre d'importance et de protection. Dans un premier temps, il établit les intérêts respectifs des différentes parties, si besoin à l'aide de celles-ci. Ensuite il pondère ces intérêts selon leur importance. Finalement, il se prononce en faveur d'un parmi eux ou les met en équilibre.

Cette technique a été complétée et raffinée au début du 21^e siècle. Notamment des recherches en matière de responsabilité civile ont abouti à une hiérarchisation des intérêts. Ainsi les *Principles of European Tort Law*

¹¹¹ Voir notamment Morand, Pesée, 41-86.

publiés en 2005 (PETL) énumèrent les intérêts protégés, les mettent dans un ordre d'importance et leur accordent différents degrés de protection.

D'abord, les PETL proposent une règle générale qui doit conduire le juge : « L'étendue de la protection d'un intérêt dépend de sa nature ; plus sa valeur est élevée, sa définition précise et la nécessité de le protéger évidente, plus sa protection sera étendue. »¹¹² En l'occurrence, l'intérêt de la victime est d'obtenir la réparation du dommage subi, alors que l'intérêt de l'auteur du dommage est de ne pas être contraint à réparer le dommage infligé. Selon la disposition citée, le degré de protection du bien endommagé dépend de sa nature. Ensuite, les PETL définissent les intérêts les plus importants et donc les mieux protégés qui sont la vie, l'intégrité corporelle et mentale et la liberté, suivis, à un échelon plus bas, des droits de propriété ; viennent ensuite les intérêts économiques et les relations contractuelles.¹¹³

Nous pourrions nous inspirer, dans l'application de notre modèle, à la fois de la technique de la pesée des intérêts et de la hiérarchie proposée dans les PETL. Dans son évaluation des intérêts de J, T et S, J devra tenir compte des différents poids des intérêts en présence. Il les classera selon leur valeur et les satisfera selon leur rang.

Par exemple, il paraît évident que T qui demande de l'aide pour sauvegarder son intégrité corporelle ou morale aura la priorité par rapport aux intérêts purement économiques de J ou S. Toutefois, cette règle ne doit pas être appliquée de manière mécanique. Ainsi, si J défend des intérêts purement économiques, dont les bénéfices doivent financer la protection de l'intégrité corporelle ou morale de T2, T1, qui demande la protection d'un intérêt de même valeur, ne bénéficiera pas d'un privilège face à T2.

¹¹² PETL Art. 2 :102 al. 1.

¹¹³ PETL Art. 2 :102 al. 2-4 ; voir d'ailleurs la proximité avec la conception d'Adam Smith, *supra* I.E. p. 18 et *idem*, *Moral Sentiments*, 101 s.

Comme nous l'avons vu, l'application des trois règles de notre modèle se fait de manière souple. Lorsque J maximise les intérêts de J, T et S, il tient compte de la valeur des intérêts en jeu et de leurs rangs respectifs.

III. Excursus : Les choses sans maître et les choses abandonnées

III.A. Le problème

Dans la deuxième partie, nous avons abordé l'emploi à faire des différents éléments sous ma domination, tels ma propriété, mes compétences et mon pouvoir de décision. Dans la troisième partie, nous nous intéressons aux rapports que nous avons aux choses sans maître, c'est-à-dire, aux choses qui n'ont pas de propriétaire. Nous nous intéressons ici à deux types de rapports : d'une part l'acquisition d'une chose sans maître (*occupatio*) et, d'autre part, la renonciation à une chose m'appartenant, qui deviendra ainsi une chose abandonnée. Juridiquement, la chose sans maître et la chose abandonnée ont en commun qu'elles n'ont pas de propriétaire et que, en principe, quiconque peut s'en saisir.

Pour les choses sans maître (*res nullius*), on pensera par exemple à l'eau ou l'air, mais aussi aux espaces inoccupés comme certains fonds marins. Depuis l'industrialisation, les choses sans maître comme l'air et l'eau suscitent un intérêt technique, juridique, économique et social inconnu auparavant. La raison en est que la fabrication en masse de biens a souvent un impact considérable sur l'environnement. Aujourd'hui, par exemple, avec la fonte des glaces notamment en Arctique, le sort des espaces marins, qui sont dans une large mesure des *res nullius*, est d'une actualité

croissante, puisqu'il s'agit de savoir si les fonds nouvellement exploitables peuvent être occupés et, si oui, par qui, selon quelles clés de partage et à quelles fins.

Pour le mécanisme contraire, l'abandon de choses par déréliction, on peut citer des exemples divers, de l'acte le plus banal, comme jeter mes déchets ménagers, aux actes très techniques, tel que l'abandon de déchets nucléaires, soit de manière incontrôlée, par exemple par immersion dans la mer, soit par stockage souterrain, etc.

Les questions fondamentales qui nous intéressent ici sont les suivantes : puis-je, du point de vue éthique, m'approprier librement les choses sans maître ? Puis-je abandonner librement mes biens ? Ou ces deux actes doivent-ils obéir à certains principes éthiques ?

Avant d'approfondir notre analyse, il faut tirer au clair la question suivante : pourquoi aborder dans le cadre de cette étude l'appropriation de choses sans maître et la déréliction ? Pour y répondre, rappelons d'abord la question centrale de la présente étude : que puis-je, d'un point de vue éthique, faire de ma propriété, de mes facultés et compétences professionnelles ou, plus généralement, du pouvoir de décision que ma position dans la société me confère ? Sous cet angle, il n'y a pas de différence de nature entre un acte portant sur une chose qui est déjà sous ma domination, une chose que je voudrais mettre sous ma domination et une chose que je voudrais abandonner. La proximité des trois cas de figure réside dans le fait que j'exerce un acte de domination avec des conséquences pour T et S. L'enjeu y est la légitimité éthique de mon acte. L'appropriation de choses sans maître et la déréliction tombent ainsi clairement dans le champ d'investigation défini.

Par ailleurs, l'appropriation de choses sans maître et la déréliction sont aujourd'hui des problèmes majeurs. Il s'agit là de questions vitales pour notre société qui pille la planète et engloutit ou pollue à une vitesse ver-

tigsteuse les ressources naturelles limitées comme l'air, l'eau, la faune et la flore, sans parler des gisements de matières rares et précieuses. Si nous continuons à engager inconsidérément tous nos moyens techniques sans en limiter l'usage par des règles morales, éthiques et juridiques, le pire est à craindre dans l'immédiat et à moyen terme. Les questions d'appropriation de choses sans maître et de déréliction ne peuvent donc pas être éludées dans la présente étude.

III.B. Présentation du modèle : une constellation bipolaire ou triangulaire

Nous soutenons que les trois règles de notre modèle exposé dans la première partie sont également applicables à l'acquisition de choses sans maître et à la déréliction. Toutefois, dans certains cas, il faudra procéder à une légère adaptation formelle : au lieu d'être triangulaire, le modèle mettra parfois en présence seulement deux parties, J et S.

Quelles sont les constellations à envisager ? La première est celle où J est une personne particulière qui envisage un acte d'appropriation ou de déréliction. Dans ce cas entrent en jeu les intérêts de J et S. Il n'y aura probablement pas de T, dont la fonction principale dans notre modèle est de solliciter J. Pour l'appropriation, on pourrait prendre comme exemple un pêcheur en haute mer ou un industriel utilisant de l'air ou de l'eau pour sa fabrication. Pour la déréliction, on pourrait penser à une industrie qui rejette des gaz dans l'atmosphère ou évacue des eaux usées. Les intérêts de J à s'approprier ou abandonner des substances ne sont pas nécessairement les mêmes que ceux de S. J voudrait probablement bénéficier de quotas de pêche ou de pollution élevés, alors que S souhaiterait, la plupart du temps, limiter ces quotas à un niveau soutenable pour l'environnement.

La deuxième constellation est celle où un Etat veut s'approprier des choses sans maître ou rejeter des substances dans l'environnement. On pourrait reprendre comme exemple les réserves fossiles sous-marines en Arctique, convoitées par plusieurs Etats riverains. Dans ce cas, chaque gouvernement aurait la position de J (J1, J2, etc.) et se trouverait en face de S ; ce dernier est composé de l'ensemble des personnes concernées par les effets de la décision à prendre. Parmi les personnes composant S figureraient d'ailleurs aussi les ressortissants de l'Etat représenté par J1, si ces personnes sont concernées par l'initiative de leur gouvernement. Autrement dit, si le gouvernement (J1) de l'Etat X veut s'approprier une partie des sous-sols de l'Arctique, la population de l'Etat X ferait partie de S. Cette constellation permettrait à la population de X de faire valoir ses intérêts envers son propre gouvernement.

III.C. L'acquisition de choses sans maître (*res nullius*)

Notons à titre préliminaire que la question de l'acquisition pourrait être élargie à des domaines non-matériels, par exemple la recherche, où il s'agit d'élaborer de nouvelles connaissances. Il s'agirait alors de savoir si je suis libre d'un point de vue éthique de choisir mon champ de recherches et d'investigations ou si mon choix est limité par certains critères. Cette question tombe sous la première partie de cette étude (notamment *supra* II.A. p. 25), puisqu'on s'y demande comment utiliser mes facultés. Pour la recherche en sciences exactes ce problème a été reconnu surtout à partir du 20^e siècle. Ainsi, dans beaucoup de pays, des comités d'éthique sont chargés de vérifier si la recherche notamment médicale respecte certains standards éthiques. Les autres domaines du savoir, comme par exemple les sciences humaines, sont aussi concernés par cette problématique, mais leur recherche n'est généralement pas suivie par des institutions spécialisées en la matière. Le chercheur y décide seul si son travail répond aux exigences éthiques, à supposer, bien sûr, que de telles exigences existent.

En d'autres termes, le chercheur individuel – comme aussi les grands laboratoires de recherche – sont en principe tenus par les critères du présent modèle lorsqu'ils définissent leurs sujets de recherche.

III.C.1 En général

Comme mentionné, les trois règles du modèle s'appliquent en cas d'appropriation d'une chose sans maître. Toutefois, dans la plupart des cas, il s'agira, nous l'avons dit, de tenir compte uniquement des intérêts de J et de S. Par exemple, si J souhaite pêcher du poisson en haute mer, il devra évaluer son propre intérêt, mais aussi celui de S. Il se pourrait que les deux intérêts convergent. Par exemple, J aurait intérêt à gagner sa vie en pêchant et S aurait intérêt à pouvoir consommer du poisson. Mais il se pourrait aussi que les intérêts soient opposés. J voudrait des quotas de pêche élevés, alors que S, ou une partie de S, aurait un intérêt à sauvegarder un stock de poissons suffisant pour la survie des espèces. Dans ce cas, J devra peser les intérêts respectifs de J et S, tout en tenant compte des intérêts présents et futurs, du nombre de personnes constituant J et S, des possibilités pour J de gagner sa vie autrement, de la possibilité de S de se nourrir différemment, etc.

En principe T ne sera pas exclu de cette réflexion, mais il n'y aura souvent simplement pas de T sollicitant J. On pourrait toutefois imaginer des cas avec un T : T sollicite J pour financer la recherche de choses sans maître. Par exemple, l'industriel T veut obtenir un crédit auprès du banquier J pour exploiter les fonds marins sous l'Arctique. Dans ce cas, J analysera les intérêts de J, T et S et prendra sa décision conformément au critère de la maximisation des intérêts respectifs.

III.C.2 Critères matériels pour l'appropriation de choses sans maître

Etant donné l'importance vitale pour l'humanité de bien gérer les choses sans maître, il paraît indispensable de retenir une hiérarchie de valeurs des biens à préserver.

III.C.2.a Développement durable

Sur l'échelon le plus élevé de ces valeurs se trouve le développement durable. Sans un tel développement, et vu les moyens techniques d'exploitation et, partant, de destruction à notre disposition, nous compromettrions en quelques décennies la qualité de vie présente et future, peut-être même la survie de l'humanité. Ainsi, toute utilisation des choses sans maître, et plus généralement des ressources naturelles (même si elles sont la propriété de quelqu'un) qui ne répondrait pas aux critères d'une gestion durable est à rejeter (voir aussi *supra* II.D.1.b.3 p. 58).

III.C.2.b Principe de sauvegarde

Egalement sur l'échelon le plus élevé de ces valeurs se trouve ce que nous voudrions appeler ici le principe de sauvegarde (ou principe de non-intervention). Ce principe dit que l'Homme doit intervenir le moins possible sur les choses sans maître. De même, s'il a le choix entre une petite et une grande intervention pour atteindre le même but, il doit choisir la première. Pourquoi ce principe ? L'humanité a une longue expérience avec le principe contraire, selon lequel chacun peut se servir librement des *res nullius*, principe que l'on pourrait formuler de la manière suivante : fais des *res nullius* ce que tu veux, à condition de ne pas causer de dommage à autrui. Ce principe a l'immense avantage de la simpli-

cité. Toutefois, l'expérience avec ce principe est loin d'être concluante. Nous constatons aujourd'hui que nous pillons sans vergogne la planète entière et en épuisons toutes les réserves. Nous hypothéquons l'avenir des générations futures, nous le savons et pourtant, rien ne nous arrête, ni même nous freine. Ce constat d'échec nous contraint à adopter des règles beaucoup plus restrictives permettant de sauvegarder nos propres bases de survie.

Les règles principales du principe de sauvegarde que nous proposons ici sont les suivantes : (i) une intervention qui n'apporte d'avantage ni à J, ni à T et ni à S ne doit pas avoir lieu ; il s'agirait d'une intervention inutile ou superflue (par exemple des actes de vandalisme ou de destruction) ; (ii) une intervention qui causerait des désavantages à une des parties, et notamment à S, ne peut en principe pas avoir lieu, ou seulement lorsque la sauvegarde d'intérêts particulièrement importants de la partie lésée compenserait les désavantages qu'elle subirait. Pourquoi interdire des interventions qui défavoriseraient une partie mais avantageraient les autres, et surtout, pourquoi une protection particulière de S ? L'expérience montre qu'un nombre important d'interventions sur les choses sans maître se font au détriment de la société. J et, le cas échéant, J et T défendent leurs intérêts souvent avec des moyens massifs. Une grande entreprise, alliée à la grande finance ou à des gouvernements peu regardants, a une très grande chance d'imposer ses projets, souvent au détriment des sociétés concernées qui sont généralement dépourvues de voies efficaces d'opposition.

III.C.3 La chose sans maître dépourvue d'utilité

Quelle peut être notre attitude face à une chose sans maître qui n'a pas d'utilité connue ? Devons-nous la laisser en l'état ? Pouvons-nous nous l'approprier ?

A première vue, ces deux questions peuvent paraître superflues. Pourquoi s'intéresser à des choses dépourvues d'utilité ? Et pourtant, l'histoire de l'humanité montre l'importance de cette problématique. L'homme a découvert très progressivement les différentes utilités des choses qui l'entourent. Par exemple, pendant longtemps il n'a pas su quoi faire d'un grand nombre de plantes dont il n'a découvert que peu à peu les avantages, ni d'ailleurs de nombreuses matières premières, comme par exemple les substances radioactives ou le pétrole. Cette histoire des découvertes n'est évidemment pas terminée et les générations futures vont sans doute trouver des emplois bénéfiques à des biens considérés aujourd'hui comme inutiles.

Revenons donc à notre première question : devons-nous laisser en l'état les choses sans maître dépourvues d'utilité ? Selon le principe de sauvegarde (cf. *supra* III.C.2.b p. 100), nous devons intervenir le moins possible sur les choses sans maître, surtout si l'intervention ne procure d'avantage à aucune des parties. Si une chose sans maître est dépourvue d'utilité, il est très probable que l'emploi que nous en ferions ne soit dans l'intérêt de personne. Par conséquent, nous devons laisser en l'état la chose sans maître dépourvue d'utilité pour ne pas priver les générations futures de moyens potentiellement précieux pour leur bien-être.

Quant à la deuxième question – pouvons-nous nous approprier les choses sans maître dépourvues d'utilité ? –, la réponse est en principe négative, parce qu'une telle appropriation n'apporterait des avantages à personne. Toutefois, on peut imaginer ici une exception importante : nous pouvons nous approprier une telle chose si l'appropriation sert à mieux la protéger. En effet, sur le plan juridique, la protection de la propriété est un instrument souvent très efficace pour empêcher autrui d'intervenir sur un bien. Les droits de propriété ne sont évidemment pas la seule arme de protection. Néanmoins, si elle peut être un moyen nécessaire à leur

sauvegarde, rien ne s'oppose à l'appropriation des choses sans maître dépourvues d'utilité.

III.D. L'abandon de la propriété : les actes de déréliction

III.D.1 En général

La question centrale ici est de savoir, nous l'avons dit, si nous pouvons abandonner librement les choses qui nous appartiennent ou si nous devons agir selon certains critères éthiques. Nous soutenons que : (i) les trois règles de notre modèle sont aussi applicables à la déréliction ; (ii) les modifications du modèle présentées ci-dessus (voir *supra* III.B. p. 97) s'appliquent également aux actes de déréliction ; (iii) J doit maximiser les intérêts de J, T et S avec une prépondérance des intérêts de S ; (iv) les critères matériels pour l'appropriation de choses sans maître (voir *supra* III.C.2.b p. 100) sont applicables *mutatis mutandis*.

L'acte de déréliction est pour nous un geste quotidien qui passe la plupart du temps inaperçu. Si je mets quelque chose à la poubelle, je veux simplement m'en débarrasser. Au moment du geste, je me pose la question de savoir si j'ai encore besoin de l'objet. Rarement je remarque que'en l'abandonnant, je charge en réalité S de s'en occuper (déchets, eaux usées, etc.). Et je reste bien sûr totalement indifférent au fait que je renonce en même temps à mon droit sur la chose.

Dans certains cas de figure j'ignore même que je suis en train de me livrer à un acte de déréliction. D'excellents exemples sont ceux de l'automobile et du chauffage. Si je conduis une voiture, le moteur à explosion aspire de l'air et rejette ensuite des gaz d'échappement. Juridiquement, il s'agit d'un acte d'appropriation d'air, pris de l'atmosphère, suivi d'un acte de

déréliction des gaz lâchés dans l'atmosphère. Le même principe vaut pour les chauffages et les centrales électriques à combustibles organiques.

Comment analyser sous l'angle éthique ces actes de déréliction ? Comme pour l'appropriation, J se trouve directement face à S, à moins qu'il soit sollicité par un T. On peut prendre comme exemple l'entreprise J, qui utilise de l'air ou de l'eau dans son processus de fabrication. J doit alors peser ses propres intérêts et ceux de S. A nouveau, les intérêts de J et S peuvent converger. Par exemple J gagne de l'argent et S bénéficie des produits mis à disposition par J. Mais ils peuvent aussi diverger, par exemple, si la production de J cause des nuisances à S, parce que J dégrade l'environnement ou génère des coûts de réparation pour S (santé, dépollution, etc.). Avant de développer ses activités, J doit peser les intérêts en présence selon les trois règles de notre modèle. Dans son calcul pour maximiser les intérêts de J et S, il doit tenir compte de tous les critères pertinents du cas d'espèce, respecter les critères matériels du développement durable et se conformer au principe de sauvegarde (*supra* III.C.2.a et b p. 100).

On peut aussi s'imaginer des cas de figure avec des intérêts triangulaires entre J, T et S. Par exemple, l'industriel T sollicite le banquier J pour financer un projet de fabrication d'électricité à base de combustibles organiques qui implique comme acte de déréliction le rejet de CO₂ dans l'atmosphère. J doit alors évaluer les intérêts respectifs de J, T et S en tenant compte des avantages et inconvénients respectifs ; l'avantage de disposer d'électricité et de générer des profits pour J, T et S ; mais aussi les dégâts à l'environnement, à la santé de J, T et S, aux générations futures, etc. Il doit considérer les possibilités de produire de l'énergie par des méthodes globalement plus avantageuses, parce que plus propres, plus efficaces ou moins coûteuses. Il est même tenu de comparer le projet de production d'électricité à d'autres solutions techniques qui permettraient d'atteindre le but poursuivi. Il pourrait par exemple financer des modes

de consommation plus économes qui rendraient l'augmentation de la production d'énergie superflue. Comme expliqué dans l'exemple précédent, pour sa décision de financer ou non le projet, il devra maximiser les intérêts de J, T et S, tout en respectant les critères matériels du développement durable et le principe de la sauvegarde (voir *supra* III.C.2.a et b p. 100).

III.D.2 Chronologie des décisions

Chronologiquement, le problème de la déréliction ne se pose en réalité pas seulement au moment de l'abandon de la chose, mais déjà auparavant. Pour le fabricant, ce moment est celui de la fabrication, pour le consommateur celui de l'acquisition.

Le fabricant doit anticiper le moment de la déréliction. En développant un produit ou en choisissant son mode de fabrication, il doit veiller à ce que la déréliction, à la fin du cycle du produit, puisse se faire dans le meilleur intérêt de J, T et S. L'industrie nucléaire est à cet égard un cas emblématique. Nous fabriquons depuis des décennies à grande échelle des déchets nucléaires et ne savons toujours pas comment les stocker durablement. Nous transmettons ce fardeau dangereux aux générations futures qui s'en trouveront chargées peut-être pendant des centaines ou milliers d'années. D'un point de vue éthique, la décision de construire des centrales nucléaires dépendra des trois règles de notre modèle. Ce mode de fabrication est envisageable seulement si les intérêts de J, T et S sont maximisés. Dans le cas d'espèce, le point décisif sera sans doute l'intérêt des générations futures. Il est évident que les déchets nucléaires constituent un héritage lourd et hautement dangereux qui, selon l'état actuel des connaissances, viole gravement les intérêts de nos descendants. Par conséquent, il est éthiquement indéfendable de construire ce type

d'installations sans connaître, avant la mise en service d'une centrale, les techniques de stockage adéquates.

Le consommateur également doit anticiper la déréliction. Lors de l'acquisition de la chose, il lui incombe de s'assurer que la déréliction pourra se faire dans les meilleures conditions et sans léser les intérêts ni de J et S ni, le cas échéant, de T. Au centre des considérations seront à nouveau les intérêts de S qui, généralement, sera la plus concernée, à la fois en raison du nombre d'individus touchés immédiatement et de la durée des effets ressentis par les générations à venir. Le consommateur devrait par conséquent choisir les produits les moins nuisibles, les plus durables et économes en énergie, et les plus intégralement recyclables.

III.E. Des quotes-parts pour l'appropriation et la déréliction ?

Une question aujourd'hui largement discutée est de savoir combien je peux puiser dans les choses sans maître et combien y rejeter ? Puis-je consommer tant d'air et d'eau que je veux et relâcher tant de substances qu'il me plaît dans l'atmosphère ou dans les eaux publiques ? Sur le plan juridique, d'immenses efforts sont déployés pour régler ces problèmes aux échelles nationale et internationale. Mais quelles sont les règles éthiques à appliquer ? Pour y répondre, rappelons d'abord deux principes généraux développés jusque-là : la survie de l'humanité dans la dignité et avec le plus grand bien-être pour tous ses membres (*supra* II.C.2 p. 45), ainsi que l'égalité entre tous les membres de la société (*supra* II.D.1.a.1 et 2 p. 49). A partir de ces deux principes généraux, nous pouvons esquisser des critères pour le partage des choses sans maître.

Premièrement, si nous voulons assurer survie, dignité et bien-être de tous, le partage doit être tel que les conditions de vie pour les générations présentes et futures ne soient pas compromises. Autrement dit, les choses

sans maître ne doivent pas diminuer en substance et, si possible, leur qualité doit même augmenter.

Deuxièmement, nous devons assurer l'égalité des quotas individuels. En vertu du principe d'égalité, tous les membres de l'humanité ont droit à une part égale. On peut se demander si cette égalité concerne seulement les contemporains, c'est-à-dire, une répartition égale des ressources entre les personnes vivant au même moment, ou s'il s'agit d'une égalité dans le temps, c'est-à-dire, que les personnes vivant au 21^e siècle auraient droit aux mêmes quotas que ceux des siècles suivants. Chacune des deux solutions a des défauts.

Si l'on admettait la première solution, selon laquelle on tiendrait seulement compte des contemporains, les générations antérieures seraient concentrées sur leur propre intérêt et risqueraient d'épuiser les ressources, tout en allouant à chacun une part égale. C'est plus ou moins ce qui se passe aujourd'hui, sauf que la consommation des ressources est répartie de manière scandaleusement inégale parmi nous. Un autre défaut de cette solution serait qu'elle porterait gravement atteinte à l'idée d'égalité. Les générations ultérieures n'auraient à leur disposition que ce que les générations précédentes voudront bien leur laisser. Encore une fois, c'est malheureusement le cas dans notre économie.

Si l'on admettait la deuxième solution, qui suppose une conception d'égalité trans-générationnelle, on aurait un problème d'évaluation, parce que nous ne connaissons pas le nombre de personnes qui vivront aux siècles à venir.

Cependant, il existe une troisième voie qui permettrait d'échapper à ces inconvénients. Il faudrait admettre qu'aucune génération n'a le droit de diminuer ou dégrader la substance des choses sans maître, ni d'ailleurs des autres biens. Dans un monde idéal, chaque génération augmenterait même cette substance. Cela signifie non seulement que nous ne pouvons

pas exploiter les biens renouvelables, notamment la faune et la flore, au-delà de leur capacité de régénération. Cela signifie aussi que nous n'avons pas le droit de diminuer – ou diminuer de manière significative – la substance des biens non-renouvelables, par exemple les réserves pétrolières ou minières, sauf à sauvegarder la valeur des matériaux extraits. Pour respecter ces limites, nous devrions instaurer une économie rigoureuse de recyclage et renoncer à l'utilisation de biens non renouvelables qui ne peuvent être recyclés ou se dégradent définitivement. Cette solution est sans doute la plus contraignante sur le plan technique, économique et social, mais aussi la plus, et peut-être même la seule défendable sur le plan éthique.

Pour J, la démarche serait alors la suivante : avant de se livrer lui-même à un acte d'appropriation ou de dérélliction, ou de soutenir T dans un tel acte, il devra évaluer les intérêts de J, T et S. Dans la pesée des intérêts, il devra impérativement veiller à ce que les biens renouvelables ne soient pas sollicités au-delà de leur capacité de régénération et que les biens non-renouvelables ne subissent pas de diminution significative en quantité et qualité.

Cependant, il est important de souligner que, dans l'évaluation des intérêts respectifs, il faut tenir compte de la qualité de l'apport procuré par un certain emploi en comparaison avec d'autres emplois possibles ; ainsi faudrait-il donner la préférence à l'utilisation la plus bénéfique parmi toutes les utilisations possibles. Si T1 propose l'activité A1, T2 l'activité A2 et T3 l'activité A3, J doit préférer celle qui fait le meilleur emploi des biens utilisés. Autrement dit, il ne suffit pas de maximiser les intérêts de J, T et S par rapport à un certain emploi. Idéalement, il faudrait en plus que, parmi tous les emplois possibles, J choisisse celui qui fait la meilleure utilisation des biens sollicités.

III.F. Degrés de protection des choses sans maître

Si l'on reprenait la magnifique taxinomie de Charles de Bovelles (1479-1566),¹¹⁴ distinguant par rapport aux « substances » hiérarchiquement entre *esse*, *vivere*, *sentire* et *cogitare*, c'est-à-dire, entre la pierre qui existe, la plante qui vit, l'animal qui sent et l'Homme capable de penser, notre modèle protégerait les quatre catégories. Le plus haut degré de protection reviendrait à l'Homme, suivi, par paliers, des trois autres catégories. Cependant, cette hiérarchie en degrés de protection est relativisée par l'interdépendance entre les quatre catégories de biens. Puisque le bien-être du monde vivant dépend de la bonne qualité du monde inanimé, par exemple de la bonne qualité de l'air et de l'eau ainsi que d'un climat équilibré, une bonne protection de ces biens est dans l'intérêt le plus vital de l'Homme. Autrement dit, la pyramide des degrés de protection s'en trouve aplatie. Personne ne contestera bien sûr que, pour protéger les intérêts vitaux immédiats d'une personne, on puisse causer une dégradation aux autres biens, mais seulement selon un calcul de tous les intérêts actuels et futurs des parties concernées. Ces intérêts sont déterminés, entre autres, par la qualité de l'environnement et du climat ou encore par la diversité des espèces.¹¹⁵

¹¹⁴ Charles de Bovelles, *Quae in hoc volumine continentur : Liber de intellectu. Liber de sensibus. Liber de generatione, etc.*, Paris : Stephanus 1510 ; repr. Stuttgart : Fromman Verlag, 1970 ; voir aussi Christoph Lüthy, *Zur Entwicklung des Veantwortungsbe-griffs in den Naturwissenschaften*, in Bénédicte Winiger et al. (éd.), *Recht und Ver-anwortung / Droit et responsabilité. Kongress der Schweizerischen Vereinigung für Rechts- und Sozialphilosophie*, 11.-12. Juni 2010, Universität Zürich, ARSP Bei-heft 129, Franz Steiner Verlag, Stuttgart 2012, 146.

¹¹⁵ A ce sujet, voir notamment le débat concernant les qualités morales de la plante et la prise de position de la CENH.

IV. Conclusions

IV.A. La problématique

La présente analyse a pris son départ avec la question suivante : selon quels critères la personne dominante est-elle tenue de prendre les décisions qui ne la concernent pas seulement elle-même, mais aussi son entourage ?

Autrement dit : *comment décider, lorsque je me trouve dans une position de domination à l'égard de tierces personnes ?* Avec cette question, les cas de figure visés sont non seulement celui du propriétaire qui dispose de ses biens, mais, notamment, aussi celui du détenteur d'un brevet d'invention ou d'une marque utiles à d'autres (une forme élargie de propriété). Sont également visés celui qui dispose de compétences professionnelles dont d'autres pourraient avoir besoin, ou encore celui qui a un pouvoir de décision économique comme, par exemple, le banquier qui accorde ou refuse des crédits.

IV.B. Un modèle de décision : les trois règles

Le présent texte propose un modèle de décision qui met en présence trois parties : J (comme Je) est la personne en position de domination (propriétaire, etc.). T (comme Tu) représente la personne qui sollicite J en lui demandant de l'assistance, une aide financière, etc. S (comme

Société) représente la société dans son ensemble, ou la partie de la société concernée par la décision de J.

Le modèle contient les trois règles suivantes :

Règle 1 :

Lorsque J détermine ses actes, il doit tenir compte à la fois des intérêts de J, T et S.

Règle 2 :

J doit retenir la solution qui permet de maximiser à la fois les intérêts de J, T et S.

Règle 3 :

Si J ne peut déterminer les intérêts de J, T et S, il peut choisir librement la solution qu'il veut retenir.

Ce modèle se base sur certains choix philosophiques. Premièrement, nous sommes des individus sociaux qui dépendent et bénéficient de la société. En contrepartie des prestations reçues nous devons des contre-prestations à la société. Autrement dit, nous avons un devoir de solidarité. Par conséquent, J doit, dans ses prises de décision qui ont des répercussions sur autrui, tenir compte des intérêts de J, T et S. Deuxièmement, en vertu du principe d'égalité entre personnes, les besoins de J et T sont à traiter sur un pied d'égalité. J ne peut pas satisfaire ses propres besoins en priorité, sous prétexte qu'il se trouve dans une position de domination. Troisièmement et consécutivement au principe d'égalité, J doit veiller, dans sa décision, à maximiser les intérêts de J, T et S. Quatrièmement, en cas de conflit insoluble d'intérêts entre J, T et S, les intérêts de S priment en principe. Cela en raison du fait que seule S peut assurer la pérennité de l'humanité.

IV.C. L'acquisition de choses sans maître et les actes de dérélliction

Il paraît raisonnable de compter parmi les positions de domination celles où quelqu'un prélève de la nature des biens n'appartenant à personne – l'acquisition de choses sans maître –, mais aussi celles où quelqu'un se livre à l'acte contraire et abandonne un bien en le rejetant dans la nature – l'acte de dérélliction. Pourquoi peut-on dire que les personnes qui se livrent à de tels actes occupent des positions de domination ? Essentiellement pour deux raisons : (i) Le caractère massif du phénomène. Ces deux types d'actes jouent un rôle fondamental dans notre économie qui prélève de la nature des matières comme l'air, l'eau, les stocks de poisson, etc. en quantité industrielle et qui, souvent, cause des problèmes majeurs à notre environnement. (ii) L'absence de contrôle des activités d'acquisition et de dérélliction. Le contrôle de ces activités – surtout des actes de dérélliction – est souvent lacunaire, voire inexistant, du fait de législations permissives, mais aussi par manque de moyens de contrôle par les autorités sur le terrain. Ces deux facteurs pris ensemble ont comme effet que les entités qui se livrent à ces actes sont dans une position de domination. En fait, les tierces personnes – dans notre schéma surtout la société – subissent les conséquences des actes d'acquisition de choses sans maître et de dérélliction avec la même impuissance que l'esclave dont le sort dépend des sautes d'humeur de son maître. Par conséquent, les trois règles de notre modèle s'appliquent également à ces deux types d'actes.

IV.D. Perspectives : Trois cercles d'éthique

Dans la vie quotidienne, nous sommes confrontés à trois situations qui paraissent particulièrement intéressantes et qui ont un rapport avec la responsabilité de chacun de nous. La première et la plus largement étudiée concerne les dommages que nous risquons de causer ou que nous

avons déjà infligés à autrui. A chaque fois que nous entreprenons quelque chose, nous sommes confrontés à la question suivante : quelles conditions doivent être réunies pour que je puisse dire : « A agit de manière responsable » ou « A agit de manière irresponsable » ? A peut être n'importe quelle personne, mais surtout moi-même. La réponse nous indique comment agir de manière responsable. Cette question a fait l'objet d'une étude parue il y a quelques années.¹¹⁶

La deuxième situation à laquelle nous sommes confrontés tous les jours est celle où je me trouve dans une position de domination par rapport à autrui. La question qui se pose alors est de savoir quelles sont les règles à suivre par la personne en position de domination. Cette question fait l'objet du présent essai.

La troisième situation que nous rencontrons quotidiennement est celle où je dois prendre une décision, mais sans qu'un dommage ne soit en jeu, ni que je ne me trouve dans une position de domination. La question qui se pose alors est de savoir quelles règles il faut suivre d'un point de vue éthique. Cette question fera peut-être l'objet, dans le futur, d'une autre analyse.

¹¹⁶ Voir Winiger, *Verantwortung*, (trad. anglaise, idem, *Responsibility*).

Bénédict Winiger

Position dominante et prise de décision : esquisse d'une éthique de partage

Les positions dominantes sont nombreuses : la Banque mondiale qui accorde ou refuse des crédits, le groupe industriel qui donne ou ne donne pas accès à ses brevets d'invention, le particulier choisissant auprès de qui investir son capital ou, simplement, le passant qui offre une pièce de monnaie à un mendiant. La vie nous met tous dans des positions de domination, nous contraignant à prendre des décisions qui peuvent être déterminantes pour autrui.

Nos ordres juridiques libéraux nous confèrent une liberté presque illimitée de disposer de nos biens. En revanche, sur le plan moral, beaucoup plus exigeant, quels sont les critères de décision ?

La question n'est pas nouvelle. Elle est déjà abordée en Mésopotamie il y a 4000 ans. Sur fond d'une brève analyse historique, l'auteur réfléchit dans le présent essai à un modèle à la fois assez robuste pour des cas de figure complexes et assez simple pour une application même dans des situations courantes.

Bénédict Winiger enseigne le droit romain, le droit civil européen et un peu de philosophie du droit à la Faculté de droit de l'Université de Genève. Son champ de recherche principal est la responsabilité civile.

Toutes nos publications sont en accès libre et gratuit sur
Alle unsere Publikationen sind frei erhältlich unter

www.ejl-fjv.ch



Illustration de couverture : « Raum-Fläche K/2011 »,
Solvent-Druck auf Acrylglas, 40x100cm,
© Niklaus Lenherr, Luzern

ISBN 978-2-88954-004-4 (édition papier)
ISBN 978-2-88954-005-1 (édition PDF)

