

TORRIONE Henri, *Les articles 1, 2 al. 2 et 4 du Titre préliminaire du Code civil, et la philosophie du droit*, in : Rumo-Jungo Alexandra et al. (édit.), *Mélanges en l'honneur de Paul-Henri Steinauer*, Fribourg 2013, p. 65-80.

Les articles 1, 2 al. 2 et 4 du Titre préliminaire du Code civil, et la philosophie du droit

HENRI TORRIONE

Table des matières

I.	La notion d'une justice matérielle minimale découverte par le juge indépendamment de la loi dans les cas visés par les art. 2 al. 2 et 4 CC, et aussi par l'art. 1 CC (comblement de lacune).....	65
II.	La justice matérielle minimale découverte indépendamment de la loi dans la philosophie du droit d'Aristote.....	70
III.	Le travail de « la raison pratique sur la justice » et l'objectivité que peuvent atteindre, selon A. Sen, les jugements sur la justice....	71
IV.	L'importance de la « réalité » ou « nature des choses » dans la recherche de cette justice : juste, droit applicable, parce que matériellement justifié, parce que « <i>sachgerecht</i> ».....	74
V.	Conclusion	79

I. La notion d'une justice matérielle minimale découverte par le juge indépendamment de la loi dans les cas visés par les art. 2 al. 2 et 4 CC, et aussi par l'art. 1 CC (comblement de lacune)

Si l'on suit pas à pas le beau commentaire que P.-H. Steinauer a consacré au Titre préliminaire du Code civil¹, on se rend compte, je crois, qu'il est impossible de commenter les articles 1, 2 al. 2 et 4 CC sans se retrouver face à la question de la justice, la question centrale de la philosophie du droit. Plus le commentaire de ces articles est rigoureux sur le plan juridique, plus la question philosophique est visible. A partir d'un certain point, le juriste qui commente se trouve face au choix suivant : accepter de pénétrer dans la philosophie du droit, ou refuser de le faire et laisser en friche tout ce que ces articles confient au pouvoir du juge. C'est la matière elle-même à laquelle il a affaire dans les dispositions légales en cause qui met le juriste en présence de la question centrale de la philosophie du droit.

¹ PAUL-HENRI STEINAUER, *Le Titre préliminaire du Code civil*, in *Traité de droit privé suisse*, t. II/1, Bâle 2009. Dans la suite de cette section, les références aux pages de cet ouvrage seront indiquées entre parenthèses dans le texte.

Selon P.-H STEINAUER, que l'on se propose ici de suivre dans sa démarche², les choses se présentent ainsi sur le plan juridique :

- Il faut admettre que « l'art. 1 pose un premier principe : les tribunaux tranchent les litiges par « application du droit ». Le législateur établit ainsi d'emblée la règle que le pouvoir judiciaire n'est pas libre... Ce principe ne souffre aucune exception. En revanche, dès son art. 2, le Code civil donne aux tribunaux, à certaines conditions, la possibilité de ne pas appliquer les règles qu'il contient... » (p. 13 et 14). P.-H. STEINAUER mentionne ensuite les cas visés par l'art. 4, et aussi, de façon un peu différente, le comblement des lacunes de la loi par le juge.
- Cela signifie que dans sa recherche du droit applicable, « le tribunal doit d'abord se demander si la matière sur laquelle il doit se prononcer est régie par une règle légale. Si tel est le cas, dire le droit consistera, sauf rares exceptions, à appliquer cette règle » (p. 27).
- Il faut écarter les positions comme celle de D. DÜRR qui, se fondant « sur les développements de l'herméneutique moderne », « commente [...] les art. 1 et 4 en décrivant un système où la loi n'est que l'un des éléments (de fait) que les tribunaux doivent considérer dans leur recherche du statut normatif à donner aux cas qui leur sont soumis » (p. 15).
- Il faut aussi écarter les approches comme celle de M. AMSTUTZ qui considère que, « les mots et les phrases n'[ayant] pas de signification en eux-mêmes, mais seulement par la description de l'usage qui en est fait », « le texte de la règle légale, pas plus d'ailleurs que son but, ne peuvent [...] livrer une base suffisante pour les tribunaux » (p. 15).
- Il faut écarter de plus les positions comme celle de P. MOOR, pour qui « la norme de droit n'est que le dispositif du jugement statuant dans un cas précis (norme individuelle) » ; cette position met aussi en cause « le mécanisme du syllogisme judiciaire et la notion de norme de droit » (p. 15).
- « Le présent ouvrage repose [...] sur la conviction, confortée par l'observation de la loi à l'œuvre dans la société, que [...] l'appréhension du texte légale demeure suffisamment objective pour que celui-ci joue son rôle de « norme » que l'on peut « appliquer » au cas concret » (p. 17).

Le réalisme qui anime ces observations manifeste bien le souci de P.-H STEINAUER d'adopter une approche qui repose sur l'expérience. Il est incontestable en effet que la loi joue réellement dans la société ce rôle de norme. On le voit d'ailleurs non seulement avec les dispositions de droit matériel auxquelles P.-H STEINAUER fait référence, mais aussi avec l'ordre constitutionnel de base de la communauté politique, par exemple, en Suisse, le fédéralisme, la séparation des pouvoirs, la démocratie, l'élection de l'exécutif fédéral par le parlement et non pas par le peuple, etc. La mise en question de

² Il ne sera pas question ici de méthodes d'interprétation (STEINAUER reproche au TF un « défaut complet de directives méthodologiques » (p. 110), position contestable à mon avis).

l'objectivité des appréhensions relatives à l'ordre constitutionnel et aux normes d'organisation y relatives³ entraînerait d'ailleurs des conséquences importantes sur la conception que nous avons de la communauté politique et du pouvoir (abolition de cette idée centrale, si bien formulée par ARISTOTE et THOMAS PAINE, que la constitution est au-dessus du gouvernement, et constitue la loi à laquelle il est soumis).

Ce réalisme, P.-H STEINAUER en fait preuve non seulement face à la loi mais aussi vis-à-vis du droit dans les cas où le droit applicable n'est pas donné par la loi, mais tient à un processus « non formel, plus large, de recherche du droit (Rechtsfindung) » (p. 14). L'objet de l'appréhension n'est alors plus une norme, mais ce que le Tribunal fédéral désigne régulièrement comme une « justice matérielle minimale » dans la situation en cause⁴. Suivant P.-H STEINAUER, les articles 1 et 4 du Titre préliminaire « laissent [...] aux tribunaux, qu'à l'évidence le législateur tient en haute estime, d'importants espaces de liberté et, complétés par l'art. 2, mettent à leur disposition des instruments qui leur permettent en principe de parvenir dans chaque cas concret à une solution qu'ils estiment juste » (p. 16).

Certes, les lois doivent être rédigées de façon à laisser le moins de latitude possible aux tribunaux. PLATON, ARISTOTE, et d'autres théoriciens qui réfléchissaient à ces questions à Athènes il y a plus de 2300 ans, étaient déjà favorables à une législation aussi précise que possible afin de réduire le risque d'arbitraire des tribunaux⁵. ARISTOTE reconnaissait cependant, et c'est ce qu'a repris le législateur suisse (et P.-H STEINAUER l'accepte puisqu'il commente les art. 1, 2 al. 2 et 4 sans faire la moindre réserve à l'égard de la position du législateur), que parfois la loi échoue, non seulement à cause de ses lacunes, mais aussi à cause de la matière à régler : cette matière ne peut pas toujours être adéquatement traitée à un niveau général et abstrait, et il n'y a pas d'autre possibilité alors que d'abandonner la détermination de ce qui est juste au jugement du tribunal⁶.

Les considérations de P.-H STEINAUER sur la justice dans son commentaire du Titre préliminaire sont abondantes et sans ambiguïté en ce qui con-

³ Pour ARISTOTE tout ordre est en soi une norme, que celui-ci fasse l'objet d'une règle ou non.

⁴ ATF 121 I 367 cons. 2.b, SJ 1996 389 : « Le principe de l'égalité de traitement [...] a aussi pour fonction de sauvegarder une justice matérielle minimale » ; ATF 133 III 206 cons. 7.4, RDAF 2007 505, sur « la justice en matière fiscale » ; ATF 123 III 292 cons. 2.e.aa, JdT 1998 I 586 : « la liberté formelle des conventions a été de plus en plus supplantée par la justice contractuelle matérielle » (trad. modifiée), et cons. 2.e.cc : « le but bien compris d'un système juridique interprété dans le sens d'une justice contractuelle matérielle ».

⁵ ARISTOTE, *Rhétorique*, I, 1354a27-30. Voir au ce sujet de ces théoriciens du droit en général, PETER J. RHODES, *A Commentary on the Aristotelian Athenaion Politeia*, Oxford 1993, p. 162.

⁶ ARISTOTE, *Constitution athénienne*, 9.2, fait cette remarque à propos de questions spécifiques traitées de façon extrêmement obscure dans les lois de Solon en matière de parts héréditaires. Les fiscalistes connaissent parfaitement ce problème : voir n.b 9 ci-après.

cerne l'art. 4 CC, qui bénéficie effectivement d'une jurisprudence particulièrement riche. P.-H STEINAUER précise pertinemment qu'il « ne faut [...] pas opposer droit et équité, mais plutôt voir l'équité comme étant l'expression du droit dans les hypothèses de l'art. 4 » (p. 148). Il souligne à juste titre que « l'équité [...] doit d'abord être *au service de la justice*, c'est-à-dire d'accorder à chacun ce qui lui revient objectivement... » (p. 148). Il remarque que « l'équité [...] tend à une *justice individuelle*, qui doit tenir compte de l'ensemble des circonstances du cas concret à trancher » (p. 149). P.-H STEINAUER semble admettre que l'appréhension du droit par le juge peut demeurer objective, même dans cette situation de justice individuelle. A tout le moins souligne-t-il qu'elle doit l'être, le juge ne devant « pas se laisser guider par ses sentiments subjectifs » (p. 144), sa décision devant être au contraire « fondée sur des critères objectifs qui relèvent [...] de la seule recherche de la justice dans le cas particulier à trancher » (p. 145). Il précise que « lorsqu'il exerce son pouvoir d'appréciation selon l'art. 4, le tribunal doit [...] rechercher *la* décision juste ; son jugement peut donner lieu à recours » (p. 145).

Ce qu'on a dit plus haut semble donc vrai : le commentateur du Titre préliminaire est amené à faire de la philosophie du droit. P.-H STEINAUER a largement accepté de passer du juridique au philosophique : définition de l'équité dans le sens du livre V, chapitre 10 de *l'Ethique à Nicomaque* d'ARISTOTE, renvoi à la formule *suum cuique tribuere* reprise partiellement par le droit romain à ARISTOTE, etc. A cause de la jurisprudence relative à l'art. 4 CC, cette philosophie est en quelque sorte devenue le bien propre des juristes, et laisse peu de liberté de manœuvre au commentateur.

P.-H STEINAUER, dans sa présentation, en a cependant retranché un élément, en quelque sorte la pièce maîtresse : le recours à la « nature des choses ». H. DESCHENAUX y faisait référence dans le contexte de l'art. 4 CC, en soulignant que le législateur impose dans ces situations « la méthode dite casuistique », et que selon cette méthode, « c'est une considération plus directe de la « nature des choses » qui [...] dictera [au juge] la solution »⁷. C'est d'ailleurs cette notion qui permet à H. DESCHENAUX de faire le lien entre ce que fait le juge en cas d'application de l'art. 4 CC et ce qu'il fait dans les situations de comblement de lacunes (H. DESCHENAUX affirme qu'en matière de comblement de lacune « la découverte de ce qui est « juste » dans une situation donnée doit découler d'une saine considération de la nature des choses »⁸). J'ai moi-même souligné l'importance du recours à la nature des choses (en utilisant toutefois l'expression « réalité économique », une autre désignation de la « nature des choses », plus moderne) dans les situations

⁷ HENRI DESCHENAUX, *Le Titre préliminaire du Code civil*, in *Traité de droit privé suisse*, t. II/2, Fribourg 1969, p. 126.

⁸ DESCHENAUX, *op. cit.*, p. 103.

d'abus de droit sur le plan fiscal, c'est-à-dire dans des situations qui relèvent de l'art. 2 al. 2 CC appliqué analogiquement en matière de droit public⁹. On retrouve ainsi ce concept de « réalité » ou « nature des choses » dans tout le champs de ce que les art. 1, 2 al. 2 et 4 confient au pouvoir du juge.

Il est vrai que cette dimension de « réalité » a été progressivement mal comprise, et travestie par toute sortes de dérives moralisantes reprises par les traditions les plus conservatrices. On a perdu de vue que ce qui est visé c'est la dimension du *matériellement* juste, du *sachgerecht*, en somme du simplement raisonnable face aux faits de la cause, abordée dans l'esprit le plus critique possible¹⁰. C'est une dimension qui n'a rien à voir avec « l'ordre social qui se met généralement en place spontanément » (p. 141, n.b 87) – à mon avis P.-H. STEINAUER a tort de procéder à une telle assimilation –, mais plutôt avec le travail de la raison pratique et l'esprit critique. C'est ainsi à la nature des choses en matière de contrat que l'art. 18 al. 1 CO renvoie lorsqu'il envisage que les parties aient pu « déguiser la nature véritable de la convention » qui les lie. On verra plus loin avec AMARTYA SEN le rôle qu'a la réalité des choses en matière de justice lorsqu'on a affaire à des situations qui impliquent une asymétrie de pouvoir. Le rejet par P.-H. STEINAUER de ce qu'il appelle « la doctrine plus ancienne [qui] se référerait dans ce contexte à la nature des choses » (p. 141, n.b 87) ne me semble pas justifié si l'on sépare cette notion des déformations essentialistes (de la nature des choses on est passé à la nature humaine) et moralisantes que lui a fait subir l'Ecole de droit naturel moderne de HUGO GROTIUS¹¹.

On va donner quelques explications dans la suite de cet article sur la façon dont la philosophie du droit a conçu cette notion.

⁹ HENRI TORRIONE, *Abus de droit, fraude et soustraction fiscale en droit suisse*, in P.-M. Glauser (édit.), *Evasion fiscale – Une approche théorique et pratique de l'évasion fiscale*, Lausanne 2010, p. 149-191. Je montre comment la pratique de l'imposition selon la réalité économique dans les cas d'abus de droit (« die wirtschaftliche Betrachtungsweise in der Praxis zur Steuerumgehung », selon arrêt du TF du 25.11.1983, Archives 53, 54) repose sur l'idée aristotélicienne de découvrir le droit en partant des choses mêmes en cause, en partant donc de ce que l'art. 18 CO appelle leur « nature véritable » (l'ATF 45 I 26 dit qu'il faut prendre en compte « mehr die Natur der Sache als die äussere Form »). J'explique que cette pratique constitue « une sorte de recours extraordinaire, qui doit assurer le respect de la justice » (Message du CF concernant le projet de CC suisse du 28 mai 1904, FF IV 1, p. 14).

¹⁰ Voir l'article cité dans la note précédente.

¹¹ Voir HENRI BATIFFOL, *Aspects philosophiques du droit international privé*, réimpr. de l'éd. de 1956, Paris 2002, p. 166 ss. Avec la nature des choses « on se trouve bien loin de la nature de l'homme dont on déduirait l'ensemble de la construction juridique » (p. 167).

II. La justice matérielle minimale découverte indépendamment de la loi dans la philosophie du droit d'Aristote

Il me semble que l'on comprend mieux la distinction entre loi et justice sur laquelle repose toute l'approche des art. 1, 2 et 4 du CC si l'on prend conscience que c'est précisément la distinction par laquelle ARISTOTE ouvre son traité sur le droit, dans le livre V de l'*Ethique à Nicomaque*, écrit dans l'Athènes démocratique qu'était cette cité-Etat de dimensions comparables au Luxembourg en surface de territoire et en population, il y a environ 2300 ans.

Il faut selon ARISTOTE distinguer « ce qui relève de la loi [*to nomimon*], et ce qui est égal [*to ison*] »¹², en d'autres termes « le légal, et l'égal »¹³. Cette distinction ne signifie pas que ce qui relève de la loi n'est pas égal, mais simplement qu'il y a du droit en dehors des dispositions légales et des normes en général, et que ce droit c'est aussi de l'égal, mais de l'égal indépendant de toute règle générale et abstraite complète préexistante. Un interprète explique le sens de la thèse d'ARISTOTE ainsi: « ce mot [droit] est utilisé d'une double façon : pour désigner la loi, et pour désigner l'équité que la justice constitue dans les choses »¹⁴.

Pourquoi ARISTOTE utilise-t-il le terme « égal » pour désigner ce que le juge doit réaliser dans tout ce qui est confié à son pouvoir d'appréciation ? Parce que, comme le relève P.-H. STEINAUER, bien que « la décision en équité tend à une justice individuelle, à laquelle la sécurité du droit est en partie sacrifiée », « des situations semblables doivent tout de même conduire à des appréciations semblables »¹⁵ : même si on se trouve en dehors de tout le normatif, il y a encore le « formalisme » de l'égalité matérielle. Pourquoi cela ? Parce que, comme le dit KOLM, dans une approche raisonnable, même lorsqu'elle est tout-à-fait indépendante de toute norme préexistante, on rejette ce qui « implique a lack of a reason – or arbitrariness – which equality alone avoid »¹⁶. Le « formalisme » de l'égalité matérielle ne tient pas au normatif (en particulier pas à la norme de l'égalité formelle), mais à l'usage de raisons, d'arguments, à la raison discursive. Comme le dit AMARTYA SEN dont on va examiner l'approche plus bas, « pour comprendre la justice », il faut bien voir

¹² ARISTOTE, *Ethique à Nicomaque*, L. V ch. 2, 1129b1, trad. Jules Tricot, Paris 2007, p. 233. Tricot traduit : « Le juste, donc, est ce qui est conforme à la loi et ce qui respecte l'égalité, et l'injuste ce qui est contraire à la loi, et ce qui manque l'égalité ».

¹³ Il faut faire attention avec le terme « légal » quand on veut rendre « *nomimon* ». En effet le « légal » au sens du droit positif se traduit par « *nomikon* », et s'oppose au droit naturel (L. V, ch. 10), alors que la distinction d'ARISTOTE dans ce ch. 2 ne relève pas du tout de cette opposition, comme d'ailleurs celle qui est à la base des art. 1, 2 al. 2 et 4 du CC.

¹⁴ DOMINIQUE DE SOTO, *De Justitia et Jure*, t. I, Madrid 1968, Prologue au L. I, p. 6.

¹⁵ STEINAUER, p. 150.

¹⁶ SERGE-CHRISTOPHE KOLM, *Modern Theories of Justice*, Cambridge Mass. 1996, p. 9.

qu'en matière de justice, « raisonner est crucial »¹⁷. A ce niveau prénormatif, comme le dit KOLM, « justice is justification, and hence rationality in the normal sense of the term: for a valid reason, or “justified” »¹⁸. KOLM rajoute de façon éclairante en ce qui concerne le niveau prénormatif : « Justice is bound by this rationality as much as it is by arithmetic when I have to give you back due change »¹⁹. Il faut en effet conserver clairement dans son esprit le fait qu'en matière de justice, les raisons et arguments dont il s'agit sont ceux d'une raison qui « *pendet a rerum natura* »²⁰, une raison qui raisonne et argumente dans la dépendance de la réalité des choses (*ta pragmata* en grec, *res* en latin), comme dans l'exemple de rendre la monnaie.

Lorsque l'on utilise le mot « droit » dans le deuxième sens, on le comprend donc comme une égalité matérielle complexe à découvrir dans la dépendance des caractéristiques objectives de la situation en cause, dans la dépendance de la « nature des choses »²¹, de leur « réalité » (en particulier de ce que l'on appelle aujourd'hui leur « réalité économique »). C'est dans ce deuxième sens que les praticiens utilisent le mot quand ils désignent par ce mot ce qu'ils recherchent pour résoudre un cas difficile sous l'angle par exemple de l'art. 4 CC. On comprend ce droit ou cet égal matériel que l'on recherche comme le rapport ou « la solution adéquate aux circonstances spéciales du cas particulier »²² ; on le comprend donc, ainsi qu'on va le voir, comme « *Sachgerechtigkeit* ». Pour reprendre une image qu'ARISTOTE utilisait pour illustrer ce qu'est l'équité, lorsque le juge tranche en équité, sa « décision particulière [c'est-à-dire le droit qu'il dit], par rapport aux faits [*pros ta pragmata*] », est comme la « règle de plomb » utilisée à Lesbos pour la construction des maisons, qui « s'adapte, sans rester rigide, au contour de la pierre »²³, c'est-à-dire à la « réalité » ou « nature des choses » dans ce domaine.

III. Le travail de « la raison pratique sur la justice » et l'objectivité que peuvent atteindre, selon A. Sen, les jugements sur la justice

Mais y a-t-il une objectivité possible, ou tout est-il subjectif en matière de justice matérielle minimale ? Tout dans ce domaine se ramène-t-il au « sens

¹⁷ AMARTYA SEN, *L'idée de justice*, trad. par P. Chelma, Paris 2009, p. 24.

¹⁸ KOLM, p. 7 ; voir aussi p. 10 : « justice as justness and justification ».

¹⁹ KOLM, p. 4.

²⁰ DOMINIQUE DE SOTO, *De Justitia et Jure*, t. II, Madrid 1968, L. III, q. 2, art. 7, p. 213.

²¹ STEINAUER, p. 150.

²² SOTO, *op. cit.*, L. III, q. 2, art. 7, p. 213 : « le milieu en matière de justice, parce qu'il consiste dans une égalité dans les choses s'agissant de nos rapports à autrui [...], est tiré de la nature elle-même des choses ».

²³ ATF 101 Ia 545 cons. 2d, JdT 1976 I 605..

²⁴ ARISTOTE, *Ethique à Nicomaque*, L. V ch. 14, 1137b29, p. 287 (trad. modifiée).

subjectif de la justice »²⁴, « aux valeurs subjectives du juge »²⁵, comme l'envisagent les philosophies de type intuitionnistes qui utilisent ces expressions, des philosophies très différentes de celle que P.-H STEINAUER a présentée en relation avec l'application de l'art. 4 CC ?

Dans un ouvrage de 2009, *L'idée de justice*, l'économiste et philosophe AMARTYA SEN soutient qu'il y a une objectivité possible dans ce domaine (p. 12). Selon lui, sont possibles sans identification préalable des exigences de la justice parfaite, sans donc ce « jeu unique de principes de justice » au centre des préoccupations des positivistes, des contractualistes, des partisans de la loi naturelle et aussi de ceux qui pensent que tout tient à la mise en œuvre de l'ensemble des droits individuels²⁶, non seulement « des diagnostics d'injustice » (p. 12), « l'identification d'une injustice réparable » (p. 12), des « jugements de justice » (p. 13), mais aussi « l'évaluation des réalisations sociales » (p. 484) et « des comparaisons entre des degrés de justice et d'injustice relatives » (p. 30). Il affirme bien plus : « En ce qui concerne le postulat tenant cet exercice comparatif pour impossible tant que n'ont pas été préalablement identifiées les exigences de la justice parfaite, on peut démontrer qu'il est erroné de façon générale » (p. 14).

SEN se réfère en particulier à la discipline analytique qu'est la « théorie du choix social » inaugurée au XVIII^e siècle par CONDORCET et d'autres mathématiciens français. Selon SEN, « l'apport le plus important de l'approche du choix social à la théorie de la justice est peut-être son souci des évaluations comparatives », le fait qu'elle met en place un cadre qui « se concentre sur la raison pratique, se soucie des choix à faire et des décisions à prendre » (p. 142) en fonction des situations et des circonstances. SEN explique que « puisque la littérature de la théorie des choix social est en général tout à fait technique et largement mathématique, et puisque de nombreux résultats dans ce domaine ne peuvent être établis que par des raisonnements mathématiques assez longs, son orientation fondamentale a relativement peu retenu l'attention, notamment chez les philosophes [et les juristes]. Pourtant, cette conception et la logique qui la sous-tend sont très voisines de la façon dont le sens commun appréhende la nature des décisions sociale convenables » (p. 43). Relevons que SEN a contribué de façon très significative au développement des axiomes et théorèmes dans cette discipline, après que KENNETH ARROW ait donné à cette théorie sa forme actuelle, au milieu du XX^e siècle : aux côtés de CONDORCET et d'ARROW, SEN, prix Nobel, figure comme l'un des trois scientifiques qui ont fait avancer le savoir dans ce domaine.

²⁴ STEINAUER, p. 114.

²⁵ STEINAUER, p. 115.

²⁶ Si ROBERT NOZICK exige que tous les droits individuels soient satisfait, c'est, dit SEN, parce que « c'est son image du transcendantal », de la justice parfaite d'où partir (SEN, p. 132).

En matière de justice tout tient, selon SEN, à « une appréciation raisonnée » (p. 22), à « l'impartialité dans le débat public ouvert » (p. 485), au travail de « la raison pratique sur la justice », au « débat argumenté » (p. 14). Dans cette perspective, dit-il, « raisonner et examiner la question impartialement est essentiel » (p. 15).

Selon SEN, « il y a des arguments forts pour abandonner » toutes les approches de la justice qui la tiennent pour un simple sentiment subjectif quand on y a recours indépendamment d'un *corpus* de normes préalablement données ou posées (p. 485). SEN critique en particulier la forme principale qu'a prise cette approche de la justice : la tradition contractualiste de la justice, dans des philosophies comme celle de HOBBS, ROUSSEAU, KANT ou RAWLS. Suivant lui, « la tradition du contrat social ... finit par fonctionner en partie comme un obstacle à la raison pratique sur la justice » (p. 486).

On comprend vraiment la signification de l'attaque de SEN que si l'on saisit bien la logique qu'il critique chez ses adversaires, par exemple la logique à l'œuvre à la base même de l'entreprise de JOHN RAWLS. CATHERINE AUDARD, traductrice et excellente interprète de RAWLS, décrit ainsi cette logique : s'agissant de la détermination des principes de justice de base, « en l'absence de critères d'évaluation indépendants, on peut faire appel à une *procédure* dont les résultats sont acceptés comme justes par tous ceux qui sont concernés, après consultation et délibération. Même si l'on ne peut pas parler de justice dans l'absolu, on peut tout de même parler de ce qui est juste pour nous... »²⁷. AUDARD rajoute qu'il faut bien sûr « que la procédure suivie soit elle-même équitable ». Elle précise que « l'exemple de justice procédurale qui vient à l'esprit naturellement est celui du *contrat social* ». Elle conclut que « pour RAWLS, le contrat va fonctionner comme une *théorie éthique* et non pas politique, qui permet de justifier les limites nécessaires à la liberté et à l'égalité au nom de *la justice*... ». Il s'agit d'approches « transcendantales » selon SEN.

On discerne bien le préjugé fondamental à la base de ces approches : c'est la croyance qu'il n'y a pas de jugement possible si des critères formels ne sont pas préalablement donnés. C'est la position de KANT²⁸. Elle est partagée par des positivistes comme Kelsen aussi bien que par des jusnaturalistes comme GROTIUS. Elle conduit les partisans du subjectivisme et ceux de l'intuitionisme à mettre au principe du droit une procédure, à adopter donc une conception transcendantale et procéduraliste de la justice.

SEN va dans une toute autre direction avec sa conception du travail de la raison pratique et des jugements en matière de justice. Son approche l'amène

²⁷ CATHERINE AUDARD, *Qu'est-ce que le libéralisme ?*, Paris 2009, p. 433-435.

²⁸ Pour KANT, la justice distributive aristotélicienne n'est pas du droit « proprement dit (strict) », et un juge ne peut pas se prononcer car ce serait décider « selon des conditions indéterminées ». Voir KANT, *Métaphysique des mœurs, II Doctrine du droit*, trad. par A. Renaut, Paris 1994, *Appendice à l'introduction à la doctrine du droit*, I, p. 22.

à tout centrer sur la prise en compte de la réalité des situations. On s'en aperçoit si l'on examine ses remarquables explications sur « les obligations unilatérales induites par l'asymétrie du pouvoir » (p. 257), par exemple dans la situation de la mère qui prend conscience « qu'elle peut accomplir des choses qui ont un impact sur la vie de l'enfant et que l'enfant lui-même ne peut faire » (p. 256). Suivant SEN, « la raison qu'a la mère d'aider l'enfant, selon ce mode de pensée, n'est pas à rechercher dans les récompenses de la coopération, mais justement dans la conscience qu'a la mère de cette asymétrie : ses actes feront une différence énorme pour la vie de l'enfant et celui-ci ne peut les effectuer lui-même » (p. 256). SEN précise que ce n'est pas parce qu'une personne « a le pouvoir d'effectuer un changement dont elle remarque qu'il réduira l'injustice dans le monde » (p. 255), qu'il y a pour cette personne « injonction à agir » (p. 256). Mais cette situation particulière (une action pouvant être librement entreprise est accessible à une personne, et l'action créera une situation plus juste pour d'autres) va « offrir au raisonnement impartial [sur la justice] un important fondement qui dépasse largement la motivation du bénéfice mutuel » (p. 257). Bien que SEN ne parle pas de la nature des choses, il est manifeste que toute son approche de la raison pratique et du raisonnable relève de la *Sachgerechtigkeit*, c'est-à-dire de ce qui est adéquat à la situation en cause.

IV. L'importance de la « réalité » ou « nature des choses » dans la recherche de cette justice : juste, droit applicable, parce que matériellement justifié, parce que « *sachgerecht* »

Dans la conception qu'ARISTOTE a du travail du juge lorsque ce dernier établit le droit indépendamment d'une loi préexistante, tout repose sur le jugement par lequel le juge détermine ce qui est juste en fonction des circonstances du cas particulier, ou en fonction des caractéristiques objectives de la situation générale à régler. Quand on définit le jugement comme la « détermination de ce qui est juste », et qu'on identifie le droit au juste ainsi déterminé²⁹, on pense donc, dans cette philosophie de l'activité judiciaire, à la détermination de ce qui est *matériellement* juste, *sachgerecht*, donc à une détermination de la solution *adéquate* aux circonstances du cas particulier, ou aux caractéristiques objectives de la situation générale à régler.

²⁹ THOMAS D'AQUIN, *Somme théologique*, II-II, q. 60 art.1 (trad.fr. Les Editions du Cerf, t. III, Paris 1999, p. 398). THOMAS D'AQUIN, en (?) commentateur fidèle d'ARISTOTE, définit ainsi ce que SEN appelle « les jugements de justice » : « le jugement, dans l'acception première du mot, implique une définition ou une détermination de ce qui est juste, c'est-à-dire du droit ».

Suivant TIPKE il faut comprendre par « *Sachgerechtigkeit* », « *eine auf die Sache bezogene, sachangemessene Gerechtigkeit* »³⁰. Selon cet auteur, il y a en droit une « *Abhängigkeit der Gerechtigkeit von der zu regelnden Sache* »³¹. Le TF non seulement se réfère à cet auteur dans l'arrêt Obwald³², mais il adopte dans cet arrêt une démarche pratique correspondant à la conception de TIPKE³³. Dans la partie centrale de son arrêt (cons. 8), il discute en effet ce qui est « *sachlich begründet* »³⁴ en matière de progressivité et dégressivité des barèmes. Le texte de l'arrêt suggère en outre le travail de la raison pratique à cet égard, en utilisant le mot « *rational* » en relation avec l'expression « *sachlich begründet* ». Suivant la démarche du TF, il faut donc partir de la situation en cause (par exemple, en matière fiscale, de barèmes qui deviennent dégressifs après avoir été progressifs), et par analyse, en examinant ce qui se justifie et ce qui ne se justifie pas compte tenu de la nature de la situation en cause, en examinant donc des raisons (voir les remarques en lien avec les notes 16 à 20 ci-dessus), il faut procéder à la détermination de ce qui est juste, c'est-à-dire du droit. C'est évidemment aussi à une opération de ce genre que renvoie la formule du TF suivant laquelle il faut « traiter de la même façon ce qui est semblable et de façon différente ce qui est différent »³⁵. C'est aussi à une opération de ce genre que renvoie la formule du TF pour les cas visés par l'article 4 CC, suivant laquelle il faut « apprécier d'une manière objective tous les éléments pertinents, et rechercher la solution adéquate aux circonstances spéciales du cas particulier »³⁶.

Comme cette dimension d'adéquation à la réalité en cause caractérise le droit ou juste dans l'approche d'ARISTOTE, THOMAS D'AQUIN, quand il reprend cette approche d'ARISTOTE, précise que le mot « droit » signifie d'abord « *ipsam rem justam* »³⁷, ce qu'ANDRÉ DE MURALT transpose correctement comme « le fait réel d'une relation juste entre les hommes agissant en société », « le juste dans la relation de deux personnes entre elles »³⁸, en précisant que « ce fait » est « reconnu inductivement comme tel par

³⁰ KLAUS TIPKE, *Die Steuerrechtsordnung*, vol. I, 2^e éd., Cologne 2000, p. 273. J'ai examiné cette approche dans TORRIONE, *La jurisprudence du TF sur les barèmes dégressifs : une leçon de chose sur la justice fiscale*, RDS 129 (2010) p. 247 ss.

³¹ TIPKE, p. 273.

³² ATF 133 I 206 cons. 7.4, RDAF 2007 II 50.

³³ J'étudie la façon de procéder du TF dans une section intitulée « La *ratio decidendi* de la décision dans le cas Obwald », dans TORRIONE, RDS 129 (2010) p. 247 ss, p. 256-260.

³⁴ ATF 133 I 206 cons. 8.2, RDAF 2007 II 50.

³⁵ Voir pour cette formulation ATF 99 Ia 638 cons. 9, JdT 1975 290 et les références.

³⁶ ATF 101 Ia 545, cons. 2d.

³⁷ « La chose juste elle-même ». Voir THOMAS D'AQUIN, *op. cit.*, II-II, q. 57, art. 1,

³⁸ ANDRÉ DE MURALT, *L'Enjeu de la philosophie médiévale. Etudes thomistes, scotistes, occamiennes et grégoriennes*, Leiden/New York/Cologne 1991, p. 12.

l'expérience contrôlée, rectifiée, affinée des hommes au fil de leur histoire »³⁹.

Dans mon premier article sur l'arrêt Obwald, j'explique que l'on rencontre de fait deux situations fondamentalement différentes dans lesquelles les questions d'égalité matérielles se présentent (des situations de distribution, et des situations d'interaction ou commutation)⁴⁰. La totalité des questions juridiques peuvent être répartis entre ces deux types de situations, les questions relevant du droit public rentrant souvent dans les situations de distribution (par exemple les questions de répartitions de la charge fiscale, de minimum vital ou d'attribution du droit de vote), et les questions relevant du droit privé rentrant souvent dans les situations d'interaction (par exemple le droit des contrats, la plus grande partie du droit de la responsabilité, des droits réels). Dans le premier type de situation, est adéquate à la situation une égalité de rapports (par exemple en matière de répartition de la charge fiscale globale entre les différents contribuables), alors que dans le second type, c'est une égalité de quantités en valeur absolue (par exemple en matière contractuelle entre la prestation et la contreprestation, ou en matière de responsabilité civile entre le montant du dommage et celui de la réparation). ARISTOTE établit le principe de cette division dans le Livre V, ch. 5 de l'*Ethique à Nicomaque* : « Pour ce qui est maintenant de la vertu de justice particulière et du droit qui lui correspond, une première forme est le droit dans les distributions de... Une seconde forme est le droit qui est correctif dans les interactions... »⁴¹.

THOMAS D'AQUIN insiste sur le caractère central du jugement que constitue « la détermination du juste, c'est-à-dire du droit », et il souligne à cette occasion la proximité entre justice et vérité⁴². Il relève aussi que c'est cette opération de détermination de ce qui est juste et injuste qui a été en premier appelée « jugement », mais que le mot a ensuite été utilisé dans tout le champ de la connaissance en général, pour « signifier une détermination exacte de toute chose », par exemple de la vitesse d'un véhicule au moment de l'impact, comme lorsque l'on affirme que selon le *jugement* de l'expert la vitesse de ce véhicule était de 80 kilomètres à l'heure⁴³.

Sur quoi porte ce travail de connaissance que doit effectuer la raison pour atteindre cette sorte de vérité qui caractérise l'adéquation entre la solution retenue et les circonstances du cas particulier, ou les caractéristiques objectives de la situation générale à régler ? En quoi consiste « la chose juste elle-

³⁹ ANDRÉ DE MURALT, *L'unité de la philosophie politique. De Scot, Occam et Suarez au libéralisme contemporain*, Paris 2002, p. 87.

⁴⁰ HENRI TORRIONE, *Justice distributive aristotélicienne en droit fiscal selon le TF. Une étude de philosophie du droit sur la notion de « Sachgerechtigkeit »*, RDS 129 (2010) p. 131 ss (voir en particulier la section D.II intitulée « Les deux formes de droit », p. 153-159).

⁴¹ ARISTOTE, *Ethique à Nicomaque*, L. V ch. 5, 1130b30, p. 241-243 (trad. modifiée).

⁴² THOMAS D'AQUIN, *op. cit.*, II-II, q. 58 art.4 ad 1, p. 387.

⁴³ THOMAS D'AQUIN, *op. cit.*, II-II, q. 60 art. 1, p. 399.

même »⁴⁴, « le droit au sens de ce qui est juste »⁴⁵ qu'il convient de rechercher et de trouver (*Rechtsfindung*) pour qu'il y ait adéquation avec la situation et/ou les circonstances particulière du cas, ajustement ? Quelle est la perspective ou le point de vue relevant pour savoir s'il y a ajustement ou non, puisque on ne peut pas se raccrocher à une norme ? On aborde ici la fine pointe de cette analyse de l'activité du juge lorsqu'il détermine le droit applicable indépendamment de toute loi⁴⁶.

THOMAS D'AQUIN situe les choses en précisant d'abord que « la matière de la justice est l'activité extérieure d'une personne, selon que cette activité, par elle-même directement ou par la réalité dont elle fait usage, est en rapport adéquat avec une autre personne »⁴⁷. Il précise ensuite le point de vue ou la perspective sous laquelle cette adéquation ou cet ajustement du rapport doit être envisagé : est adéquat à une autre personne « ce qui [lui] est dû selon une égalité dans le rapport [que notre activité extérieure a avec elle – ou les choses que cette activité utilise] »⁴⁸. Il faut être attentif que dans cette approche le *dû* n'est pas défini par des règles préexistantes (une loi, un contrat, un droit subjectif de l'autre personne ou un autre type de critère). Ce n'est pas non plus un *dû* qui dériverait de la nature humaine, ou de vérités métaphysiques, comme certaines versions du droit naturel moderne l'ont imaginé. La formule suivante de THOMAS D'AQUIN met mieux en évidence ce qui est déterminant : « le droit ou juste c'est une certaine réalisation adéquate à autrui selon un certain mode d'égalité »⁴⁹. Comme on le voit, la raison du *debitum*, dans cette approche, c'est l'adéquation à autrui selon un certain mode d'égalité, de notre activité extérieure ou des choses que cette activité utilise. C'est donc en quelque sorte une question de vérité, une question quasi-factuelle.

Le *debitum* tient donc au mode d'égalité matérielle en jeu. C'est l'égalité dans le rapport que nos activités externes entretiennent avec autrui, que la raison doit déterminer de façon exacte dans le jugement de justice. Et d'abord, il faut que la raison détermine si c'est une égalité de quantité qui est relevante, ou plutôt d'une égalité de rapports. Comme on l'a vu, cela dépend de la nature de la situation en cause : situation d'interaction, ou au contraire situation de distribution.

Il faut ensuite, une fois le mode d'égalité précisé, que la raison détermine le contenu de l'égalité en cause dans la situation ou le cas examiné. Dans mes

⁴⁴ THOMAS D'AQUIN, *op. cit.*, II-II, q. 57 art. 1, p. 378.

⁴⁵ « *Jus sive justum* » (voir THOMAS D'AQUIN, *op. cit.*, II-II, q. 57 art. 2, p. 379).

⁴⁶ Il faut bien comprendre l'expression « indépendamment de toute loi ». Nous ne voulons pas dire que le juge se prononce dans un vide totale, car la solution « doit s'intégrer harmonieusement dans le contexte juridique » (STEINAUER, p. 140), et lorsqu'il s'agit d'un cas relevant de l'art. 4 CC, une règle légale incomplète est applicable. Nous voulons dire que le point précis à trancher, quel qu'il soit, n'est réglé par aucune norme.

⁴⁷ THOMAS D'AQUIN, *op. cit.*, II-II, q. 58 art. 11, p. 392 (trad. modifiée).

⁴⁸ THOMAS D'AQUIN, *op. cit.*, II-II, q. 58 art. 11, p. 393 (trad. modifiée).

⁴⁹ THOMAS D'AQUIN, *op. cit.*, II-II, q. 57 art. 2 ad 2, p. 379 (trad. modifiée).

deux articles sur l'arrêt Obwald, j'explique que dans le cas de situation de distribution, il faut procéder selon la formule « aristotélicienne »⁵⁰ du TF, que tout juriste suisse utilise : « traiter de la même façon ce qui est semblable et de façon différente ce qui est différent »⁵¹. La mise en œuvre de la formule se fait de la façon suivante : « Pour justifier une inégalité de traitement, la différence dans les circonstances de fait ne peut être quelconque, mais elle doit résider dans des faits qui, en vertu des principes généraux et bien établis du droit en vigueur, puissent être considérés comme essentiels, du point de vue précisément de la réglementation juridique du domaine du droit dont il s'agit »⁵². Quelle meilleure preuve qu'il s'agit bien pour le TF du programme qu'ARISTOTE décrit ainsi : « de même que la règle [de plomb de Lesbos] épouse les contours de la pierre et n'est pas rigide, ainsi le [jugement] est adapté aux faits »⁵³. Les choses sont bien sûr différentes lorsque le droit applicable n'est pas constitué par « l'égal » dans la situation en cause, mais par une disposition légale.

THOMAS D'AQUIN explicite par ces formules relatives à l'égal la thèse fondamentale d'ARISTOTE : « le droit c'est l'égal », et « l'injuste c'est l'inégal »⁵⁴. Il ne s'agit pas avant tout d'une égalité de personnes, mais d'une égalité de réalités dans le rapport que les activités externes des différentes personnes ont avec les autres personnes. ARISTOTE précise qu'il s'agit de quelque chose de *sachgerecht*, quelque chose de matériellement égal dans la situation en cause, en disant que cet égal « est milieu » (c'est-à-dire dans l'intervalle entre plus pour l'un et plus pour l'autre), et milieu « dans la chose même », dans la dépendance objective de la nature de la situation ou des faits de la cause. Pour cette raison, ce milieu « est unique et identique pour tous les hommes »⁵⁵.

Il faut ensuite voir comment on passe de l'égal au fait d'avoir le *sien*. C'est important, parce que c'est par le fait d'avoir ou de recevoir le « sien » qu'on définit habituellement la justice, comme dans la maxime « *suum cuique tribuere* »⁵⁶. Ainsi P.-H. STEINAUER donne de la justice la définition suivante, comme on l'a vu : « L'équité [...] doit d'abord être au service de la justice,

⁵⁰ La formule d'ARISTOTE est la suivante : « le droit c'est quelque chose à quelqu'un, et il faut à ceux qui sont égaux, quelque chose d'égal ».

⁵¹ ATF 99 Ia 638 cons. 9, JT 1975 290 et les références : « Gleiches nach Massgabe seiner Gleichheit gleich, Ungleiches nach Massgabe seiner Ungleichheit ungleich ... behandeln ».

⁵² ATF 6 I 171, 174 : « Um eine Ungleichheit in der rechtlichen Behandlung der Bürger zu rechtfertigen, muss Verschiedenheit der Verhältnisse nicht in irgend welchen, sondern in solchen tatsächlichen Momenten vorliegen, welche nach anerkannten Grundsätzen der geltenden Recht- und Staatsordnung für die Normierung gerade des bestimmten Rechtsgebietes um welches es sich handelt, von Erheblichkeit sein können ».

⁵³ ARISTOTE, *Ethique à Nicomaque*, L. V ch. 14, 1137b29, p. 287.

⁵⁴ ARISTOTE, *Ethique à Nicomaque*, L. V, ch. 7, 1131a13, p. 244.

⁵⁵ ARISTOTE, *Ethique à Nicomaque*, L. II, ch. 5, 1106a31, p. 110.

⁵⁶ *Corpus Iuris Civilis, Institutiones*, I.1.3. Voir aussi la formule qui se trouve au début du L. 1 des Institutiones : « *Iustitia est constans et perpetua voluntas ius suum cuique tribuens* ».

c'est-à-dire accorder à chacun ce qui lui revient objectivement... »⁵⁷. Le passage de l'*égal* au *sien* est extrêmement clair dans la pensée d'ARISTOTE, et tout-à-fait central : « on déclare avoir le sien, quand l'on obtient ce qui est égal »⁵⁸.

Pour s'assurer que l'on a bien compris l'extension à l'ensemble du droit de ce processus cognitif qui aboutit à *suum cuique tribuere*, THOMAS D'AQUIN précise que ce type de détermination est relevant même dans les situations où mon activité, ou les choses qu'elle utilise, porte atteinte à autrui, comme par exemple en cas d'homicide. En effet, alors selon la formule une atteinte à autrui est analysée comme constituée le fait qu'on a accordé à autrui moins que ce qui lui revient objectivement, et « tout ce qui est moins [que ce qui lui revient objectivement] est appelé dommage »⁵⁹.

Comme on peut le remarquer, dans une telle approche on ne part pas des droits subjectifs. On y arrive plutôt, au terme de l'analyse que l'on vient de décrire. C'est HUGO GROTIIUS, lui qui a vraiment accompli le processus d'évolution qui a abouti à la pleine formulation de la notion de droit subjectif, qui nous met sur la piste qui permet d'établir un pont entre le langage des droits subjectifs, et cette recherche du droit applicable que l'on vient de décrire. GROTIIUS indique en effet que ce qu'il va appeler « droit attaché à la personne », « faculté » d'exiger, comme « le droit de créance », ou encore d'imposer, comme le droit de propriété, « les jurisconsultes [le] désignent [...] par l'expression *sien*... »⁶⁰. Ainsi, s'il y a bien cette correspondance entre « avoir le sien » et « détenir le droit de... ou avoir droit à... », on peut, après avoir procédé à cette détermination de qui est juste dans une situation donnée impliquant X, utiliser le langage des droits subjectifs en exprimant ce qui est juste dans la situation en cause en disant : « X a droit à... »⁶¹.

V. Conclusion

Pour avoir une image un peu plus complète de cette philosophie du droit, il faudrait aborder la question des droits fondamentaux. Il faudrait aussi expliquer la philosophie de la loi de type aristotélicien, complémentaire de cette philosophie du droit centrée sur la « *Sachgerechtigkeit* ». La place manque, et nous faisons seulement une remarque sur la question des droits fonda-

⁵⁷ STEINAUER, p. 148.

⁵⁸ Suivant une bonne traduction anglaise: « people then say that they "have their own", having got what is equal » (ARISTOTE, *Ethique à Nicomaque*, Livre V, ch. 7, 1132a29, trad. par H. Rackham, nouvelle éd. révisée, Londres 1934, p. 277).

⁵⁹ THOMAS D'AQUIN, II-II, q. 58 art. 11 ad 3, p. 393 (trad. modifiée).

⁶⁰ HUGO GROTIIUS, *Le droit de la guerre et de la paix*, L. I, ch. 1, par. IV et V, trad. P. Pradier-Fodéré, Paris 2005, p. 35-36.

⁶¹ Sur l'apport de L'Ecole du droit naturel moderne en matière de technique juridique, JOHN FINNIS, *Natural Law and Natural Rights*, Oxford 1980, p. 205-210.

mentaux. On pense souvent que la modernité dans ce domaine depuis la Révolution française exige que l'on adopte une approche transcendantale, une approche qui associe les droits fondamentaux à l'idée de la justice parfaite. Dans un article de 2011 à ce sujet, j'ai montré qu'à l'origine des droits de l'homme en Amérique en 1776, treize ans avant la Révolution française, il y a non pas une idée de la justice parfaite, mais des réflexions sur ce qui est matériellement juste (« *sachgerecht* ») en matière de pouvoir politique⁶², donc une approche reposant sur des jugements de justice, comme celle décrite ci-dessus dans le domaine du droit privé en l'absence de loi préalable.

⁶² HENRI TORRIONE, *Philosophie des droits de l'homme et républicanisme. Une autre perspective que le libéralisme sur les origines intellectuelles des déclarations de droits*, in J.-B. Zufferey/J. Dubey/A. Previtali (édit.), *L'homme et son droit. Mélanges en l'honneur de Marco Borghi*, Zurich 2011, p. 561-590.