

Justice distributive aristotélicienne en droit fiscal selon la jurisprudence du TF

Une étude de philosophie du droit sur la notion de «Sachgerechtigkeit»

HENRI TORRIONE*

Mots clés: ■

A. Introduction

Au considérant 7.2 d'un arrêt du 1.6.2007 rejetant les taux dégressifs qui avaient été introduits par le canton d'Obwald au début 2006 en matière d'impôts sur le revenu et la fortune, dans une affaire de contrôle abstrait de normes cantonales¹, le TF fait la remarque suivante: «La justice en matière fiscale est avant tout une question de justice distributive au sens de la *justitia distributiva* aristotélicienne. Il s'agit de la juste répartition des charges [...] entre membres d'une communauté»².

La présente contribution a pour but de déterminer ce qu'est la «justice distributive au sens de la *justitia distributiva* aristotélicienne», en quoi cette conception de la justice distributive se distingue d'autres approches de la justice distributive, et pourquoi le TF s'y réfère dans cet arrêt. Comme nous allons le voir, ce ne sont pas des questions très faciles.

Nous allons expliquer que la justice distributive aristotélicienne se distingue des autres conceptions en ce qu'elle conçoit la justice comme une forme de «Sachgerechtigkeit». Ce que Bentham appelait une «logic of the understanding», et qu'il opposait à une «logic of the will» restée «untouched by Aris-

* Professeur à l'Université de Fribourg.

1 ATF 133 I 206, dans l'affaire Halter-Durrer/Rohrer/Eigensatz/Zisyadis c. Canton d'Obwald, du 1^{er} juin 2007, traduit en français dans RDAF 2007 II 505.

2 ATF 133 I 206 consid. 7.4: «Gerechtigkeit im Steuerrecht ist vor allem eine Frage der Verteilungsgerechtigkeit im Sinne der aristotelischen iustitia distributiva. Es geht um die gerechte Zuteilung der Lasten und Ansprüche unter die Mitglieder der Gemeinschaft».

tote»³, y joue un rôle central et conduit le tribunal à ne pas se référer exclusivement à la volonté du législateur ou du souverain populaire («logic of the will»), mais à rechercher ce qui est «sachlich begründet»⁴, par exemple lorsqu'il s'agit de trancher un cas d'espèce «à rechercher la solution adéquate aux circonstances spéciales du cas particulier»⁵ («logic of the understanding» au niveau de la résolution du cas d'espèce), et lorsqu'il s'agit de procéder à un contrôle abstrait de normes, comme dans l'arrêt Obwald, à déterminer ce qui est adéquat aux caractéristiques du domaine en cause, par exemple en matière de barèmes d'impôts («logic of the understanding» au niveau général et abstrait).

Notre thèse sur le sens de l'expression «justitia distributiva aristotélicienne» utilisée par le TF dans cet arrêt, repose aussi sur un argument de texte: dans la parenthèse qui suit le passage que nous venons de citer, le TF se réfère en premier lieu à un texte dans lequel le grand fiscaliste et théoricien du droit fiscal en Allemagne, Klaus Tipke, développe la notion de «Sachgerechtigkeit» en liaison avec ce qu'il appelle la «justitia distributiva aristotélicienne»⁶, précisément l'expression reprise par le TF pour renvoyer à Aristote.

B. Pourquoi le TF renvoie-t-il à Aristote dans cet arrêt?

Nous commençons par la dernière des trois questions: pourquoi le TF précise-t-il que dans l'affaire qu'il est en train de trancher, il s'agit de justice distributive «au sens de la justitia distributiva aristotélicienne»? Pourquoi ce renvoi à Aristote dans ce contexte?

Si l'on aborde cette affirmation sur le caractère distributif de la justice fiscale de façon générale, sans tenir compte du caractère particulièrement délicat de la décision que le TF est en train de prendre, l'on risque de considérer que l'on a affaire à quelque chose de banal, et que la précision apportée par le renvoi à Aristote ne se justifie pas. Personne en effet ne conteste vraiment que la justice distributive en général joue un rôle central en matière fiscale⁷. La fiscalité a même été définie comme «the distribution of a nation's tax liabilities among the individual taxpayers»⁸. D'ailleurs, même un positiviste comme Gaston Jèze, qui adopte une position minimaliste sur la justice contrairement à Klaus Tipke, et qui considère qu'il faut «éliminer d'une définition scientifique et objective de l'impôt toute précision touchant la juste répartition de l'impôt entre

3 HERBERT L. A. HART, *Essays on Bentham*, Oxford 1982, p. 112.

4 ATF 133 I 206, RDAF 2007 II 50, consid. 8.2.

5 ATF 101 Ia 545, consid. 2d p. 550.

6 KLAUS TIPKE, *Die Steuerrechtsordnung*, Band I, 2^e éd., Cologne 2000, p. 262 et suivante, et p. 285 et suivante. Cet auteur consacre presque 200 pages de son ouvrage à une étude de la justice fiscale.

7 TIPKE (note 6), p. 261 voit la justice fiscale comme «ein Unterfall der justitia distributiva».

8 CLARA K SULLIVAN, *The Tax on Value Added*, Columbia University Press 1966, p. 151.

individus»⁹, accepte qu'en fiscalité il y ait des «maximes de justice» sur ces questions de distribution. Selon celles-ci, l'impôt juste doit être (1) général et universel, et aussi (2) uniforme¹⁰. En outre, selon l'art. 13 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789, l'impôt juste doit être (3) «également réparti entre tous les citoyens, en raison de leurs facultés»¹¹. Ces trois «maximes de justice» constituent ce que l'on appelle en Suisse les principes de la généralité, de l'uniformité et de la capacité économique¹². Ce sont clairement des maximes de justice distributive.

Quelle est donc l'utilité du renvoi à Aristote, puisque les choses semblent aussi claires et aussi évidentes pour tout le monde en droit fiscal? Pour le comprendre, nous proposons au lecteur de réfléchir au caractère inconfortable de la situation dans laquelle va se mettre le TF en s'opposant à la volonté du souverain cantonal d'Obwald sur ce qui doit être considéré comme juste et équitable en matière de taux d'impôt. Cette situation est inconfortable parce qu'elle oblige le TF à s'opposer à ce que tout le monde pense à propos de la justice distributive en matière fiscale: tout le monde admet qu'elle joue un rôle en matière fiscale, notamment à travers les trois principes dont on vient de parler, mais avec la réserve essentielle suivante: «c'est la majorité du peuple [...] qui décide finalement de ce qui doit être considéré ou non comme équitable» parce que c'est là «une question d'appréciation politique»¹³, surtout s'agissant de la structure verticale des barèmes (le rapport entre charge d'impôt et niveau de revenu, du haut en bas de l'échelle des revenus).

Or le TF se prépare à annuler, pour des raisons juridiques, ce qui a été considéré comme équitable et juste au niveau politique, tout d'abord par le législateur cantonal (le parlement d'Obwald), puis par le souverain populaire, à une majorité de plus de 80% des votants. Il s'apprête à implicitement admettre qu'en matière de barèmes et de taux d'impôt tout n'est pas toujours «une question d'appréciation politique», et que même dans une démocratie directe comme la Suisse ce n'est pas toujours le peuple qui décide de ses impôts¹⁴. Le

9 LAURE AGRON, *Histoire du vocabulaire fiscal*, Paris 2000, p. 412.

10 SOPHIE RAIMBAULT DE FONTAINE, *Doctrines fiscales: à la redécouverte de grands classiques*, Paris 2007, p. 73 n. 50.

11 Ce principe a été formulé par Adam Smith, qui rajoutait: «c'est-à-dire en proportion du revenu dont ils [les sujets de chaque Etat] jouissent respectivement sous la protection de l'Etat» (cité par RAIMBAULT DE FONTAINE [note 10], p. 54 n. 63).

12 Ils sont formulés à l'art. 127 al. 2 Cst. en matière d'impôts fédéraux, et cette disposition est aussi applicable en matière d'impôts cantonaux (voir l'arrêt du TF 2C_274/2008 du 25.9.2009, consid. 5.2; ATF 134 I 248, consid. 2 p. 251; 133 I 206, consid. 6.1 p. 215). Elle constitue une certaine concrétisation, pour le domaine fiscale, du principe de l'égalité de traitement de l'art. 8 Cst.

13 Voir dans Informations fiscales de la commission intercantonale, la publication intitulée «Les grandes lignes du régime fiscal suisse» (<http://www.estv.admin.ch>), état janvier 2000/mai 2001, p. 15.

14 Il en va de même en matière de naturalisation. Suivant l'ATF 129 I 217, JT 2004 I 574, consid. 2.2.1, la liberté de vote («logic of the will») lors d'une votation démocratique en matière

TF se prépare en effet à admettre, en annulant la loi cantonale, non pas telle-ment comme on le croit au premier abord la primauté du droit fédéral sur le droit cantonal (il n'y aurait là rien qui mérite une attention particulière), mais la primauté de sa propre appréciation sur celle du souverain populaire cantonal, s'agissant de ce qui est juste et équitable en matière de barème d'impôt.

Pourquoi n'est-ce pas une simple question de primauté du droit fédéral? Parce qu'il n'existe aucune norme fédérale contenant des critères applicables pour juger la loi cantonale, et que, en particulier, les principes de la généralité, de l'uniformité et de la capacité économique formulée par l'art. 127 al. 2 Cst. ne permettent d'atteindre aucune conclusion sur la constitutionnalité des barèmes dégressifs d'Obwald, comme le constate le considérant 7 de l'arrêt¹⁵. Il n'y a en effet pas d'autre «norme» applicable à cette question que la justice matérielle minimale que le principe de l'égalité de traitement (art. 8 Cst.) a aussi pour fonction de sauvegarder¹⁶. Le TF est tout à fait clair: «le point de savoir si une loi fiscale satisfait aux exigences constitutionnelles ne peut être tranché sur la base de critères formels, mais se confond finalement avec celui de savoir si la loi est équitable»¹⁷. Le droit appliqué par le TF quand il procède à ce contrôle abstrait de la loi cantonale est donc largement indéterminé. On peut si l'on veut soutenir que c'est du droit fédéral positif (le rattachement à l'art. 8 Cst. est précieux pour des questions de pouvoir de cognition du TF), mais il faut rajouter que c'est du droit fédéral dont on ne peut préciser le contenu autrement qu'en disant qu'il se ramène sans reste à «ce qui est juste», à «ce qui est équitable», à «ce qui est égal» dans le domaine en question (en matière de barèmes et de taux d'impôt).

de naturalisation n'est pas entière, parce que les citoyens sont liés par l'interdiction de discrimination, et que leur décision peut être revue par le TF, et annulée si nécessaire («logic of the understanding»). Rejet le 1.06.2008 de l'initiative populaire «Pour des naturalisations démocratiques» (elle voulait ancrer dans la Constitution la primauté de la «logic of the will», en rendant les décisions populaires de naturalisation définitives). Dans les deux situations (naturalisations et barèmes dégressifs) on reconnaît donc que le droit est au-dessus de la volonté du souverain: c'est le principe de l'Etat de droit, de la «rule of law». L'expression anglaise est reprise d'ARISTOTE, qui affirme notamment dans *Politique* III, 16, 1287a19–29 (trad. par H. Rackham, Cambridge MA 1944): «it is preferable for the law to rule». On trouve la même approche à l'origine de l'expression «common law»: HENRI BRACTON affirmait au XIII^e siècle dans *De Legibus et Consuetudinibus Angliae* que «the King himself [...] ought to be subject to [...] the law, since law makes the King», ce qui a été accepté «by the English lawyer as a working principle» suivant ARTHUR L. GOODHART (*English Contributions to the Philosophy of Law*, New York, 1949, p. 17). Les deux situations présentent cependant une différence: les naturalisations portent sur des cas individuels, alors que les barèmes dégressifs sont relatifs à des règles générales et abstraites. La «logic of the understanding» est donc aussi à l'œuvre au niveau général et abstrait. TIPKE (note 6), p. 267 indique même que son rejet n'est pas compatible «mit der Rechtsstaatlichkeit des Grundgesetzes».

15 Une position minoritaire qui voulait rejeter tout barème non progressif comme contraire à l'art. 127 al. 2 Cst. défendait un autre avis.

16 «Le principe de l'égalité de traitement [...] a aussi pour fonction de sauvegarder une justice matérielle minimale» (ATF 121 I 367, SJ 1996 389, consid. 2.b).

17 ATF 110 Ia 7 consid. 2b p. 14, JT 1986 I 37, p. 4; voir aussi ATF 99 Ia 638, JT 1975 290, consid. 9, p. 301.

Souligner dans ce contexte que le point à trancher relève de la justice distributive au sens aristotélicien du terme, comme le fait le TF, est à notre avis faire une remarque d'une très grande portée. Nous la comprenons comme une façon pour le TF de souligner le caractère non positiviste («logic of the understanding») de son approche dans cet arrêt. Présentée en termes abstraits, cette approche pourrait être décrite comme suit: dans les cas où il n'y a pas de critères formels applicables pour trancher un litige, comme dans cette affaire de barèmes dégressifs, c'est le jugement du tribunal qui constitue à lui seul la détermination de ce qui est juste et équitable dans la situation en cause dans le litige (les barèmes dégressifs), et au nom de cette détermination judiciaire du droit, les appréciations du législateur cantonal et du souverain populaire cantonal peuvent être rejetées par le tribunal, et la loi annulée.

Cette position n'a rien de banal, et justifie pleinement le renvoi à Aristote. C'est une position très controversée. Beaucoup de juristes estiment en effet que dans des affaires comme celle des taux dégressifs d'Obwald, le TF devrait respecter la volonté du législateur et du peuple du canton, car procéder autrement consisterait pour les juges à substituer leur propre volonté personnelle à celle du souverain populaire. Ces juristes rejettent catégoriquement l'idée qu'une décision de justice puisse être objective indépendamment de l'application d'une norme préexistante, formulant les critères à appliquer dans l'affaire qui doit être tranchée. Ils n'acceptent pas de laisser une place à ce que Bentham appelait la logique aristotélicienne «of the understanding», et ils pensent, comme Kant, qu'il n'y a pas de jugement possible si des critères formels ne sont pas préalablement donnés¹⁸. L'approche aristotélicienne du TF, suivant laquelle le jugement du tribunal peut être (lorsqu'il est correct, bien sûr, parce que parfois les juges se trompent) la détermination objective de ce qui est juste, c'est-à-dire du droit dans l'affaire en cause¹⁹, suppose que l'on rejette sous toutes ses formes ce que Hart appelait le «non cognitivism in ethics»²⁰, c'est-à-

18 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 EMMANUEL KANT, *Métaphysique des mœurs*, II, Doctrine du droit, trad. par Alain Renaut, Paris 1994, Appendice à l'introduction à la doctrine du droit, I, p. 22. La décision ne peut alors être que «une question d'appréciation politique» (voir note 13). Peut-on dans cette perspective reconnaître une objectivité quelconque à la jurisprudence du TF relative à «traiter de la même façon ce qui est semblable et de façon différente ce qui est différent»? Voir note 140 et texte relatif.

19 Suivant THOMAS D' AQUIN (*Somme théologique*, Tome 3, Paris 1999, p. 399, II-II, question 60, article 1) «le jugement [...] comporte une détermination exacte de ce qui est juste» («judicium [...] importat rectam determinationem ejus quod est justum»), «c'est-à-dire du droit» dit l'auteur dans un autre passage («sive juris»), et c'est même pour signifier cela que le mot a été d'abord utilisé: «le mot *jugement* [...], dans sa première acception, signifie une détermination exacte des choses justes» («nomen judicii [...] secundum primam impositionem significat rectam determinationem justorum»).

20 H. L. A. HART, *The Concept of Law*, 2^e éd. Oxford 1994, p. 302. On utilise dans la suite indifféremment «cognitivisme éthique», «cognitivisme pratique» ou «cognitivisme juridique».

dire le scepticisme à propos de la possibilité d'une objectivité en matière d'appréciations et de jugements sur ce qui est juste et sur ce qui est injuste dans telle ou telle situation²¹. Elle suppose que l'on écarte l'idée selon laquelle les jugements sur ce qui est juste et injuste «cannot be established, as statements of fact can, by rational argument, evidence or proof»²², et que l'on refuse en particulier la thèse de H. Kelsen, selon laquelle «legal norms [celles qui sont adoptées par un organe compétent, y compris un tribunal si le système juridique lui donne ce pouvoir] may have any kind of content»²³.

Si l'on est juge ou avocat, l'on a de bonnes raisons, nous semble-t-il, de rejeter une position de non cognitivisme pratique, en pensant aux nombreux cas que l'on a jugés ou plaidés en adoptant pratiquement, plus ou moins consciemment, une position de cognitivisme pratique²⁴. Un juriste pratiquant le droit ne peut pas éviter le problème. En effet, même s'il pense comme Platon, Aristote et d'autres théoriciens de leur époque²⁵, que les lois doivent être rédigées de façon à laisser le moins de latitude possible aux tribunaux, il devra reconnaître avec Aristote que parfois la loi échoue à cause de la matière en cause dans l'ensemble des cas à régler, parce qu'elle ne peut pas être adéquatement traitée à un niveau général et abstrait, et qu'il n'y a pas d'autre possibilité que d'abandonner la détermination de ce qui est juste au jugement du tribunal²⁶. C'est ce que font par exemple l'art. 8 al. 1 Cst. ou l'art. 2 CC avec leur caractère indéterminé.

21 Voir notre étude sur la croyance répandue, mais selon nous fausse, dans la subjectivité de toutes les appréciations et de tous les jugements de valeur (HENRI TORRIONE, Peut-on se passer de la notion de bien dans la pensée juridique et politique? in: *Etat et bien commun*, A. Gavric/G. W. Sienkiewicz [éd.], Berne 2007, p. 85–143).

22 HART (note 20), p. 302. Voir l'étude où nous montrons que les écoles de rhétorique et de dialectique des Anciens sont arrivées à la conclusion que les méthodes d'argumentation sont semblables, qu'il s'agisse d'établir des faits ou du droit par des arguments (HENRI TORRIONE, Les poids des arguments – Discursivité non déductive dans la pensée juridique, et utilisation des ressources de la rhétorique et de la dialectique, *Festschrift Peter Gauch*, Zurich 2004, p. 275–299).

23 HANS Kelsen, *General Theory of Law and State*, 1949, p. 113.

24 L'on est parfois simultanément un cognitiviste convaincu dans le domaine pratique (par exemple dans des affaires qui nous tiennent à cœur), tout en se présentant, lorsqu'on explique sa pensée, comme un sceptique pratique convaincu. SÉBASTIEN CARÉ (*La pensée libertarienne*, Paris 2006, p. 328) raconte la mésaventure du libertarien américain Robert Nozick, professeur à Harvard, qui avait engagé un procès contre le caractère disproportionné du loyer de l'appartement qu'il habitait. Il a gagné son procès, mais a ensuite été attaqué dans la presse par des collègues libertariens, qui l'ont accusé de ne pas être un vrai libertarien. Les vrais libertariens défendent l'Etat minimum, et sont partisans du caractère strictement individuel de tout jugement de valeur. Il s'en est suivi pour Nozick une prise de conscience, et une abjuration en ces termes: «La position libertarienne que j'ai jadis défendue me semble aujourd'hui très discutable». Voir texte cité en regard de la note 97.

25 ARISTOTE, *Rhétorique*, I, 1354a27–30. Voir à ce sujet R. J. RHODES, *A Commentary on the Aristotelian Athenaeon Politeia*, Oxford 1993, p. 162.

26 Les fiscalistes connaissent parfaitement ce problème. 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.

Il est possible selon nous de saisir concrètement ce qu'est cette opération de détermination du droit par un tribunal selon une «logic of the understanding», en observant ce que fait le TF dans le considérant 8 de l'arrêt sur les barèmes dégressifs d'Obwald. Le TF écarte la solution adoptée par le canton (jusqu'à 300 000 francs de revenu une augmentation suffisante de revenu entraîne toujours une augmentation du taux moyen d'impôt, alors qu'au-delà de 300 000 francs, une augmentation de revenu entraîne au contraire une baisse de taux moyen d'impôt) parce qu'il s'agit là d'une différence de traitement qui n'est pas «sachlich begründet»²⁷, qui ne permet donc pas de réaliser l'égalité des rapports en matière de «répartition des charges [...] entre membres d'une communauté»²⁸ mais met au contraire en cause cette égalité de rapports. Cette différence de traitement ne repose pas sur des considérations tirées «von der zu regelnde Sache»²⁹, mais au contraire sur des considérations externes par rapport aux choses mêmes à régler, comme la volonté d'attirer des gens fortunés dans le canton. *La solution du canton inverse en effet, à partir d'un certain revenu, le rapport entre variation du taux moyen d'impôt et variation du revenu, sans présenter, et d'ailleurs sans que qui que ce soit ne puisse présenter, pour cette inversion, une justification adéquate, c'est-à-dire une justification tirée des choses elles-mêmes à régler.* L'arrêt suggère, en utilisant le mot «rational» en relation avec l'expression «sachlich begründet», qu'en l'absence de critères formels disponibles (des critères formels contenus dans une norme préexistante sur laquelle le TF pourrait s'appuyer), il faut recourir au travail de la raison pratique sur les éléments caractéristiques de la situation pour déterminer le droit applicable à cette situation, et il donne un exemple concret et instructif de ce travail de la raison pratique.

Klaus Tipke, sur lequel s'appuie le TF, comme on l'a dit³⁰, explique que la justice matérielle minimale en droit fiscal (cette justice matérielle minimale que garantit, en Suisse, le principe de l'égalité de traitement, selon ce que l'on vient de voir) doit être comprise comme une «Sachgerechtigkeit», c'est-à-dire comme une «auf die Sache bezogene, sachangemessene Gerechtigkeit»³¹. Suivant la thèse de Tipke, il faut reconnaître qu'il y a une «Abhängigkeit der Ge-

27 ATF 133 I 206, consid. 8.2.

28 Ibidem, consid. 7.4. Suivant ARISTOTE, le «droit dans les distributions» (pour cette expression, voir *Éthique* à Nicomaque, trad. Jules Tricot, Paris 2007, 1131a25), objet de la justice distributive, est en effet constitué par une égalité de rapports, contrairement au «droit dans les interactions» (1131b33), objet de la justice commutative. Sur cette distinction, voir section D.II. ci-dessous. A noter que les questions de distribution ne se posent pas seulement en droit public, mais dans tous les domaines du droit (droit des successions, des régimes matrimoniaux, de la responsabilité lorsque plusieurs répondent d'un même dommage, de la société simple, des faillites, etc.). Sur la relation entre l'égalité de rapports et la jurisprudence du TF en matière d'égalité de traitement, voir texte en regard des notes 139 à 140.

29 TIPKE (note 6), p. 273.

30 ATF 133 I 206, RDAF 2007 II 50, consid. 7.4.

31 TIPKE (note 6), p. 273.

rechtigkeit von der zu regelnden Sache»³². Il faut donc partir des choses en cause (des barèmes qui deviennent dégressifs après avoir été progressifs), et par l'analyse des choses, c'est-à-dire 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), il faut aller vers une détermination de ce qui est juste, c'est-à-dire du droit. C'est évidemment 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»³³. 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»³⁴. Bien que nous n'examinions pas directement dans cette contribution les rapports entre l'établissement des lois (des règles de droit qu'elles contiennent) et le droit, relevons que c'est aussi à une opération de ce genre, donc à la «Sachgerechtigkeit», que renvoie la formule du jurisconsulte romain Paulus, selon laquelle c'est à partir du droit, qui existe, que la règle est produite³⁵.

Quand le TF parle de la justice distributive au sens de *justitia distributiva* aristotélicienne, il vise implicitement par ce renvoi à la justice distributive aristotélicienne précisément ce qu'ont refusé tous les philosophes (Grotius, Hobbes, Kant, etc.) qui rejetaient cette dimension de «Sachgerechtigkeit» dont parle Tipke: la «logic of understanding» et le cognitivisme juridique. On saisit cette dimension en partant de la pratique du droit, notamment en identifiant dans la décision d'une cour de justice (par exemple dans la décision du TF dans l'affaire des barèmes dégressifs) la raison précise qui amène cette cour à trancher comme elle le fait (voir passage en italique deux paragraphes plus haut). Saisir la *ratio decidendi* d'un cas qui nous paraît particulièrement convaincant en prenant

32 Ibid., p. 273.

33 Voir pour cette formulation ATF 99 Ia 638, JT 1975 290, consid. 9 p. 300 et les références. Voir texte en regard des notes 139 à 140.

34 ATF 101 Ia 545, consid. 2 d p. 550. Dans une étude à paraître en 2010 (HENRI TORRIONE, Abus de droit, fraude et soustraction fiscale en droit suisse, in: Pierre-Marie Glauser (éd.), *Evasion fiscale – Une approche théorique et pratique de l'évasion fiscale*, à paraître en 2010, p. 149 à 191), nous montrons 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», arrêt du TF du 25.11.1983, Archives 53, 54) repose sur l'idée aristotélicienne de partir des choses mêmes en cause pour découvrir le droit, 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»), et en quoi elle constitue «une sorte de recours extraordinaire, qui doit assurer le respect de la justice» (Message du Conseil fédéral concernant le projet de code civil suisse du 28 mai 1904, in: FF IV 1, p. 14). Dans le cas d'un tel recours, «non ex regula jus sumatur, sed ...» (Digeste 50.17.1; voir la suite note suivante).

35 Digeste 50.17.1: «... ex jure, quod est, regula fiat». Voir la formule complète sous note 50. Pour des indications sur le jugement du législateur à la base de la formulation des règles, voir section D.I.5. Sur la dimension téléologique des règles et du système juridique dans sa totalité (dimension impliquée par cette formule), voir note 105.

conscience de «the point in [the] case which determines the judgment»³⁶, saisir les «Sachüberlegungen» qui sont en jeu, «in der Sache argumentieren»³⁷ en étant conscient de ce que l'on fait, c'est déjà entrer dans la philosophie du droit d'Aristote, s'il est vrai que cette philosophie est une réflexion sur le droit à partir de la pratique du droit³⁸, en particulier à partir de la pratique du droit quand des questions de distribution se posent au juge, et qu'il n'y a pas de norme préexistante qui contiendrait les critères formels permettant de les résoudre.

Cet arrêt du TF montre selon nous que le juge peut arriver par le travail de la raison, à travers la dialectique des positions qui s'opposent les unes aux autres et la confrontation des arguments respectifs³⁹, à une conclusion ferme sur la bonne solution du litige. Il atteint véritablement, lorsque le jugement est correct, ce qui est juste dans l'affaire en cause, c'est-à-dire le droit (par exemple le droit relatif aux barèmes dégressifs du Canton d'Obwald). Il y a une dimension réaliste qui est présente dans le résultat ainsi atteint⁴⁰. Selon G. Barden, «à travers la dialectique», «à travers les opinions [...] par [le] moyen des questions posées à ces opinions», l'on peut atteindre, une fois déterminée la position qui «répond à toutes les questions qui [...] viennent à l'esprit», une dimension objective présente dans l'affaire soumise au tribunal⁴¹, soit le droit comme quelque chose de «réel», comme «le fait réel d'une relation juste entre les hommes agissant en société»⁴².

36 Black's Law Dictionary, 5^e édition, St. Paul Minnesota 1979, p. 1135. A. GOODHART, *Essays in Jurisprudence and the Common Law*, Cambridge 1931, p. 1–36, voit la *ratio decidendi* comme «the facts that the judge treats as material facts in relation to the judgment the judge issues».

37 EUGEN BUCHER, *recht*, 2006, 186, note 20, 197: «Jeder Richter und jeder erfahrene Jurist geht von Sachüberlegungen aus und kommt so zu seinem Ergebnis [...]. Je besser in der Sache argumentiert wird, umso weniger bedarf es methodischer Rechtfertigung».

38 MICHEL VILLEY, *Philosophie du droit*, Paris 2001, p. 22. Sur les questions de distribution à Athènes à l'époque d'Aristote, voir MICHAEL WALZER, *Sphères de justice. Une défense du pluralisme et de l'égalité*, trad. fr. Paris 1997, p. 109.

39 Comme le dit ERNST HÖHN: «Wie wird die Lösung gefunden? Dadurch dass für und gegen eine bestimmte Lösung argumentiert wird und schliesslich die Argumente gegeneinander abgewogen werden» (*Praktische Methodik der Gesetzesauslegung*, Zurich 1993, p. 127). Sur l'argumentation, voir HENRI TORRIONE (note 22).

40 Elle n'est pas reconnue par ceux qui approchent l'argumentation dans une perspective sophistique (la «logic of the will», conçue dans une perspective nietzschéenne). Sur l'argumentation dans une perspective dialectique, selon la Rhétorique et les Topiques d'Aristote, voir HENRI TORRIONE (note 22).

41 GARRET BARDEN, Le dialogue qu'est la «Common Law», *Archives de philosophie du droit*, 29, Paris 1984, pp. 95–100. La difficulté pour le juge, «c'est qu'à travers les opinions il doit déterminer le juste», alors qu'à aucun moment il ne peut «comparer l'opinion avec une réalité qu'on n'atteint qu'à travers la dialectique de l'opinion». MICHEL VILLEY (*Le droit et les droits de l'homme*, Paris 1983, pp. 52) considère la dialectique comme la méthode «parfaitement adaptée à l'art judiciaire» et souligne le lien entre la dialectique et la notion de juste milieu (texte ci-dessus en regard des notes 150 à 152).

42 ANDRÉ DE MURALT, *L'unité de la philosophie politique de Scot, Occam et Suarez au libéralisme contemporain*, 2002, p. 87. BARDEN cite la formule de THOMAS D' AQUIN (note 19), p. 378, II-II, question 57, article 1, ad 1, selon laquelle «le mot *droit* a été utilisé d'abord pour signifier la

Nous allons voir comment Aristote caractérise ce droit lorsqu'il s'agit d'une distribution (précisément ce droit auquel renvoie le TF quand il parle de «justice distributive au sens de *justitia distributiva* aristotélicienne»). Mais avant d'aborder cette question (sous la section D. ci-dessous), nous allons nous pencher sur la deuxième question annoncée dans l'introduction, en effectuant quelques délimitations préalables sur des points contestés, et en mettant ainsi en évidence en quoi la conception aristotélicienne de la justice distributive se distingue d'autres approches.

C. Quelques délimitations préalables sur des points controversés

I. Justice distributive aristotélicienne, éthique sociale et positivisme juridique

La notion à laquelle le TF renvoie ne correspond pas au sens qui vient souvent à l'esprit du juriste d'aujourd'hui quand l'expression de «justice distributive» est utilisée. Spontanément beaucoup pensent aujourd'hui que le sens véritable de cette expression est celui visée par les moralistes⁴³. Beaucoup ont en effet tendance à assimiler la justice distributive à laquelle le TF renvoie, à une valeur morale extérieure au droit, à de la justice sociale au service de laquelle le droit devrait œuvrer dans un Etat social, à des règles qui relèvent de l'éthique sociale, à de l'interventionnisme étatique en faveur de la partie faible, etc.

Parallèlement, le juriste d'aujourd'hui adopte souvent à propos du droit ce que Hart appelait «[the] positivist account of legal obligation as conceptually distinct from moral obligation»⁴⁴, ou même «the rigid separation doctrine»⁴⁵ entre justice et droit, une thèse qui a amené Kelsen à affirmer que «legal norms may have any kind of content»⁴⁶.

Or, pour Aristote le mot «justice» est un mot avec deux sens différents, et bien qu'il soit parfaitement justifié de l'utiliser lorsque l'on veut désigner la moralité en général dans les comportements humains vis-à-vis d'autrui, c'est-à-dire pour désigner quelque chose d'autre que le droit (ce qu'Aristote appelle la «justice générale»), ce mot peut être aussi utilisé dans un sens distinct, et il

chose juste elle-même» («hoc nomen jus primo impositum est ad significandum ipsam rem justam»). Voir l'explicitation de ce réalisme par référence à la nature des choses sous section D.I.3.

43 Par exemple dans l'encyclique de l'Eglise catholique (BENOÎT XVI, *Caritas in veritate*. L'amour dans la vérité, Saint-Maurice 2009), lorsque l'auteur utilise l'expression «exigence de la justice et de la charité» (p. 24) et qu'il souligne «l'importance de la justice distributive et de la justice sociale» dans la doctrine sociale de l'Eglise catholique, et le caractère central de l'aspect «éthique» (p. 65).

44 HART (note 3), p. 160.

45 NICOLA LACEY, *A Life of H. L. A. Hart*, Oxford 2004, qui cite p. 348 une note de Hart du 2.09.1989.

46 KELSEN (note 23), p. 113.

renvoie alors non pas à la moralité en général, mais à une dimension centrale du droit positif⁴⁷.

L'arrêt Obwald permet d'illustrer en quoi consiste ce sens particulier distinct. Le mot «justice» utilisé tout au long de l'arrêt, permet au TF de désigner, comme on l'a vu, la situation des rapports entre variation du revenu et variation du taux moyen d'impôt (à tous les niveaux de revenu, du haut en bas de l'échelle, selon la structure verticale du barème), lorsque ces rapports sont entre eux dans une relation raisonnable, c'est-à-dire une relation qui est «sachlich begründet»⁴⁸. Cette situation d'égalité des rapports (au sens de «traiter de la même façon ce qui est semblable et de façon différente ce qui est différent»⁴⁹) n'était pas réalisée par la loi cantonale qui venait d'être mise en vigueur à Obwald, parce, comme on l'a déjà dit, les taux étaient, sans bonne raison, progressifs jusqu'à 300 000 francs de revenu puis dégressifs. Cette égalité des rapports n'est pas considérée par le TF comme quelque chose d'extérieur au droit positif, mais bien plutôt comme le droit positif lui-même dans la distribution en cause. Le droit positif n'est donc pas une loi, la malheureuse loi d'Obwald, mais une égalité de rapports. C'est un cas, et il y en a beaucoup d'autres en droit fiscal suisse, où la règle contenue dans la loi n'est pas la candidate adéquate pour conduire au droit positif. Un jurisconsulte romain, Paulus, a attiré l'attention sur ce phénomène, que connaissent bien les praticiens du droit: «Ce n'est pas de la règle qu'est tiré le droit, mais c'est à partir du droit, qui existe, qu'est produite la règle»⁵⁰.

Donnons un autre exemple de l'utilisation du mot «justice» dans ce sens particulier distinct qui permet d'attirer l'attention sur une dimension centrale du droit positif, en puisant dans la philosophie d'un philosophe du droit, et non plus dans la jurisprudence du TF. C'est selon nous cette dimension que visait Hart lorsque, à la fin de sa vie, remettant en question ce qu'il appelait «the extreme aspects of my legal doctrine, particularly over rigid separation doctrine», il indiquait, lui qui était le plus grand philosophe positiviste du XX^e siècle, que

47 La justice en ce sens (qu'Aristote appelle «justice particulière») a pour objet une certaine égalité matérielle minimale dans les distributions et les interactions (voir note 28 pour cette distinction, et la section D.II. ci-dessous). S'agissant de la distinction entre justice générale et justice particulière, que nous ne traitons pas dans cet article, voir notes 109 et 124, et texte en regard des notes 52 et 70.

48 ATF 133 I 206, consid. 8.2.

49 Pour cette formule, voir note 140. Le privatiste ne doit pas imaginer, du fait qu'on donne un exemple en droit public et qu'on renvoie à cette formule, que c'est seulement en droit public que la justice constitue une dimension centrale du droit positif. Suivant le privatiste JAMES GORDLEY, *Foundations of Private Law. Property, Tort, Contract, Unjust Enrichment*, Oxford 2006, p. 12, «fairness, in the sense of commutative justice, is not a sort of limitation on these bodies of law [torts, contracts and unjust enrichment] but belongs to their definition».

50 Digeste 50.17.1: «Non ut ex regula jus sumatur, sed ex jure, quod est, regula fiat». Sur le lien avec la pratique relative à l'abus de droit en droit fiscal, voir note 34. Sur le lien de cette formule avec la notion de «Sachgerechtigkeit», voir texte en regard de la note 35 et note 123. Sur la dimension téléologique des règles et du système juridique dans sa totalité (dimension impliquée par cette formule), voir note 105.

quelque chose relevant de la justice «is part of the meaning of propositions of law»⁵¹.

C'est donc à ce type de dimension interne du droit positif, et non pas à la moralité en général dans les comportements humains vis-à-vis d'autrui (y compris quand autrui est faible et dépendant) que renvoie le TF quand il parle de «*justitia distributiva aristotélicienne*». Il serait paradoxal qu'il n'en soit pas ainsi, et que le TF vise la justice au sens de moralité en général, alors qu'Aristote a soigneusement et longuement distingué, au début du Livre V de l'*Ethique à Nicomaque*, deux significations du mot «justice», celles précisément que nous venons de discuter pour mettre en évidence qu'une seule de ces deux significations nous conduit à une dimension centrale du droit positif⁵².

II. Justice distributive aristotélicienne et contrat social

Cette notion aristotélicienne de justice distributive à laquelle renvoie le TF ne correspond pas non plus au sens qu'elle a quand l'expression est utilisée par un philosophe politique comme John Rawls⁵³. Ce dernier vise par «distributive justice»⁵⁴, qu'il considère comme ayant le même sens que l'expression «social justice»⁵⁵, les principes permettant de déterminer la structure de base de la société, qui sont établis dans une opération consistant à «generalize and carry to a higher degree of abstraction the traditional theory of social contract as represented by Locke, Rousseau, and Kant»⁵⁶.

C'est la tradition qu'Amartya Sen nomme le «transcendental institutionalism»⁵⁷. Elle a pour caractéristique de concevoir la justice non pas comme «*Sachgerechtigkeit*», mais au contraire comme le résultat d'une procédure, chez Rawls comme le résultat d'une procédure de négociation et de décision dans une position originelle, qui permet de construire de toutes pièces les principes définissant des institutions justes⁵⁸. Le constructivisme consiste à ce que «what is just is defined by the outcome of the procedure itself»⁵⁹. La justice est purement procédurale⁶⁰. S'agissant de la justice distributive, Rawls affirme que

51 LACEY (note 45), p. 348. C'est seulement un «claim», et Hart estimait toujours être positiviste («it looks as if the central concession is the admission that law claims moral basis for conformity»).

52 VILLEY (note 38), p. 46–50. Voir notes 109, 124 et 133.

53 JOHN RAWLS, *A Theory of Justice*, rev. ed., Oxford New York 1999.

54 Les premières versions de l'ouvrage de Rawls s'intitulaient «Distributive Justice».

55 RAWLS (note 53), section 2, p. 6.

56 Ibid., Préface, p. xviii.

57 AMARTYA SEN, *The Idea of Justice*, London 2009, p. 3. Cet auteur adopte une approche aristotélicienne, désignée comme une «capabilities approach» (voir note 91).

58 RAWLS caractérise sa démarche comme «a constructivist moral conception» dans la ligne de Kant (Kantian Constructivism in Moral Theory, in: *Collected Papers*, Harvard 1999, p. 301).

59 Ibid., p. 311.

60 RAWLS parle de «pure procedural justice at the highest level» (ibid., p. 310). MARTHA NUSSBAUM, qui adopte une «capabilities approach» (voir notes 57, 91 et 94), caractérise au contraire

tout repose sur «the idea of treating the question of distributive shares as a matter of pure procedural justice»⁶¹.

On est très loin de la philosophie du droit d'Aristote. L'institutionnalisme transcendantal ne s'intéresse pas aux «distributions ou actes singuliers, mais à la structure de base de la société»⁶², alors que l'approche d'Aristote est centrée sur ces distributions particulières, concrètes et multiples. Et surtout, l'institutionnalisme transcendantal amène à quelque chose de très éloigné de l'approche qui vise une justice matérielle concrète définie comme une «Sachgerechtigkeit als auf die Sache bezogene, sachangemessene Gerechtigkeit»⁶³. Le non cognitivisme pratique (le refus de laisser une place à une «logic of the understanding» en droit) a conduit toute la philosophie moderne du droit à privilégier la thèse d'une genèse procédurale du juste, et donc à une approche constructiviste de la justice et du droit, essentiellement sous la forme de «juste parce que contractuel» (contractuel au sens du pacte social de base⁶⁴). Il a conduit à laisser totalement de côté la question des distributions particulières et leur égalité propre, qui n'est pas réductible à une genèse procédurale. Il a conduit à occulter que «traiter de la même façon ce qui est semblable et de façon différente ce qui est différent» ne peut qu'être le résultat d'un jugement, qui détermine, suivant une «logic of the understanding», ce qui est juste dans la situation particulière en cause⁶⁵. Il a fait de la pratique (notamment juridique) quelque chose d'impénétrable pour la philosophie.

sa démarche à propos de la justice comme «an outcome-oriented theory and not a procedural theory» (Frontiers of Justice. Disability, Nationality, Species membership, Cambridge Massachusetts 2006, p. 87).

61 RAWLS (note 63), section 14, p. 74.

62 PHILIPPE VAN PARIJS, *Qu'est-ce qu'une société juste?* Introduction à la pratique de la philosophie politique, Paris 1991, p. 256. RAWLS refuse toute approche de la justice qui ne se ferait pas «by a procedure of construction» (Themes in Kant's Moral Philosophy, in: Collected Papers, Harvard 1999, p. 512). Il reconnaît cependant que la justice dans les procès civils et pénaux n'est pas une «pure procedural justice», mais à une approche dans laquelle tout dépend, malgré l'importance des règles procédurales, du «correct outcome». L'objection de RAWLS (note 53), p. 75, contre cette justice: «it seems impossible to design the legal rules [les règles de procédure] so that they always lead to the correct result».

63 TIPKE (note 6), p. 273.

64 Nous ne parlons ici que du constructivisme de Rawls. Nous pourrions dire des choses identiques sur le constructivisme de Hobbes (réciprocité du pacte de renonciation de base à l'origine de toute coopération sociale, dont les termes résultent d'un marchandage pour le bénéfice réciproque de chacun), sur celui de Rousseau, Kant et Fichte. Selon ce dernier philosophe, «la relation juridique» est construite dans la réciprocité des subjectivités pures qui se rapportent l'une à l'autre dans une relation telle que «chacun limite sa liberté par le concept de la possibilité de la liberté de l'autre, à la condition que celui-ci limite également la sienne par celle de l'autre». Ces subjectivités pures se donnent à elles-mêmes, dans un quasi-contrat, une loi de délimitation réciproque, identifiée au droit en soi (FICHTE, *Fondement du droit naturel selon les principes de la doctrine de la science*, trad. Alain Renaut, Paris 1998, p. 67; voir ALAIN RENAUT, *Le système du droit. Philosophie et droit dans la pensée de Fichte*, Paris 1986, p. 408 et suivantes, où Renaut caractérise Rousseau, Kant et Fichte comme des philosophies «où l'objectivité est pensée à partir de la subjectivité».

65 Voir notes 19 et section D.I.5.

Le rejet de cette «*Sachgerechtigkeit*» nécessairement présente dans la justice distributive aristotélicienne se fait selon deux stratégies différentes, qui peuvent être combinées. La première, proposée par Hugo Grotius (toute l'Ecole de droit naturel moderne le suivra), consiste à ramener la justice distributive à une question de morale et de générosité. Suivant Grotius, ce «qu'Aristote nomme justice distributive [...] est la compagne des vertus dont l'objet est de procurer du bien aux autres hommes: la libéralité...»⁶⁶. Hobbes reprend Grotius en affirmant que la justice distributive «consisteth in the distribution of our own benefits»⁶⁷. Au niveau individuel il s'agit par exemple de celui «qui veut disposer par legs d'une chose comprise dans ses biens»⁶⁸. Au niveau de chaque société, c'est une question de politique sociale plus ou moins généreuse dans la société en cause. Pour comprendre la position de ces auteurs, l'important est de voir que pour eux il ne s'agit pas de «droit proprement ou strictement dit»⁶⁹. L'effort d'Aristote pour distinguer moralité générale (objet de la justice générale) et droit dans les distributions, objet de la justice particulière avec le droit dans les interactions, n'est pas compris, ou est ignoré⁷⁰.

L'autre stratégie est initiée par Hobbes, et consiste à ramener la justice distributive à un aspect formel présent dans toute décision qui tranche un litige. Suivant Hobbes, «distributive justice is the justice of the arbitrator; that is to say the act of defining what is just [entre les deux parties qui ont conclu un contrat]»⁷¹. Kant prend la même position que Hobbes⁷², et n'admet la justice distributive que quant à la forme même du jugement⁷³. Il n'admet pas que le jugement d'un tribunal puisse porter sur de l'égalité dans une distribution, en l'absence de tout critère formel applicable⁷⁴. Pourtant c'est ce que fait le jugement du TF dans l'affaire des barèmes dégressifs d'Obwald, qui n'est pas seulement distributif dans sa forme, comme tout jugement d'un juge tranchant un li-

66 HUGO GROTIUS, *Le droit de la guerre et de la paix*, trad. par P. Pradier-Fodéré, Paris 2005, *Prolegomènes*, X, p. 11.

67 THOMAS HOBBS, *The Element of Law*, Oxford 1994, Livre I, ch. XVI, n. 6, p. 90.

68 GROTIUS (note 66), Livre I, Chap. I, VIII.3, p. 37.

69 Ibid., Livre I, Chap. I, V combiné avec VIII.2. Grotius parle aussi du «droit pris dans un sens propre et étroit» (*Prolegomènes*, X).

70 Voir note 109 et 124 et texte en regard des notes 47 et 52.

71 THOMAS HOBBS, *Leviathan*, Londres 1968, Livre I ch. XV, p. 208.

72 KANT (note 18), I para. 39, 41 et 44, où justice distributive devient synonyme d'autorité législative et judiciaire, dans la mesure où cette autorité se borne à reconnaître le droit privé (commutatif) qui préexiste dans l'état de nature. Voir note 66 du traducteur, p. 384, qui précise à juste titre que la notion est «distincte de ce qu'elle était chez Aristote».

73 Pour cette distinction voir THOMAS D' AQUIN (note 19), II-II, question 63, article 4 ad 1: il faut distinguer ce sur quoi porte le jugement (cela peut être aussi bien une question de distribution, par exemple une succession, qu'une question d'interaction, par exemple un contrat de travail), et la forme du jugement (même si la dispute porte sur une interaction, il y a un aspect distributif qui tient à la forme du jugement (ce qui est attribué à l'une des parties au contrat par le juge, ne l'est pas à l'autre).

74 Voir note 18.

tige, mais aussi quant à la question qu'il tranche (une «question of distributive shares» s'agissant de charges fiscales).

Rompant avec cette tradition initiée par Grotius et Hobbes, le TF revient à la «*justitia distributiva* aristotélicienne», admettant implicitement contre Grotius que dans ce domaine on a affaire à du «droit proprement ou strictement dit», qu'il s'agit même, suivant l'expression d'un auteur, de «the very subject of law»⁷⁵. Le vrai sujet, quand il s'agit d'une distribution (par exemple en matière de charges d'impôt), c'est l'égalité des rapports dans la distribution, c'est la justice dans la distribution, au sens de cette «justice matérielle minimale» que vise le TF quand il affirme que «le principe de l'égalité de traitement [...] a aussi pour fonction de sauvegarder une justice matérielle minimale»⁷⁶.

Suivant cet auteur, il faut prendre les mots «justice» et «égalité» ainsi: dans la distribution en cause, «justice is justification, and hence rationality in the normal sense of the term: for a valid reason, or «justified»»⁷⁷, et «justified» dans la distribution particulière en cause. Kolm rajoute de façon éclairante: «Justice is bound by this rationality as much as it is by arithmetic when I have to give you back due change»⁷⁸. Il s'agit donc d'une justice matérielle dont le contenu dépend des caractéristiques de la situation en cause. C'est la thèse de Tipke sur la «*Sachgerechtigkeit*», dont nous avons parlé plus haut⁷⁹. En effet, comme le dit Kolm, l'on rejette ce qui «implies a lack of a reason – or arbitrariness – which equality alone avoids»⁸⁰.

Rien de surprenant donc, pour qui saisit cette cohérence interne de l'objet sur lequel porte la raison pratique lorsqu'elle se penche sur des questions de distributions, que le TF et Aristote arrivent à la même conclusion sur le rapport étroit qui unit «le principe de l'égalité et la justice ...»⁸¹. Suivant Aristote en effet, «le droit c'est ce qui est égal, et c'est là ce qu'il paraît vraiment être pour tout le monde, indépendamment de toute autre considération»⁸².

III. *Justitia distributiva* dans la Politique d'Aristote

Il faut évoquer encore une autre difficulté dans cette section consacrée à des délimitations préalables. Il s'agit cette fois d'une difficulté interne à la philosophie

75 SERGE-CHRISTOPHE KOLM, *Modern Theories of Justice*, Cambridge 1996, p. 4.

76 ATF 121 I 367, SJ 1996 389, consid. 2.b.

77 KOLM (note 75), p. 7; voir aussi p. 10: «justice as justness and justification».

78 Ibid., p. 4. Cet exemple de rendre la monnaie est pris dans le domaine du «droit dans les interactions» (ou dans les commutations), mais peu importe puisqu'il s'agit sur ce point de quelque chose de commun au «droit dans les interactions» et au «droit dans les distributions».

79 Voir texte en regard des notes 30–35.

80 KOLM (note 75), p. 9.

81 ATF 133 I 206 consid. 7.4. Voir aussi ATF 121 I 367, SJ 1996 389, consid. 2.b qui vient d'être cité.

82 ARISTOTE (note 28), 1131a13; KOLM (note 75), p. 9: «This explains Aristotle's dictum that 'justice is equality', as every body thinks it is, apart from any other consideration».

d'Aristote. Quand on aborde ce que dit cet auteur sur la justice distributive, pour essayer de savoir à quoi le TF se réfère quand il évoque la «*justitia distributiva aristotélicienne*», il faut déterminer à quelle partie de sa philosophie l'on renvoie :

1. Est-ce plutôt à la philosophie du droit, c'est-à-dire aux analyses philosophiques du chapitre V de l'*Éthique à Nicomaque*, (1) dans lesquelles Aristote soutient «que le droit c'est quelque chose à quelqu'un»⁸³, et où il affirme que «l'on dit avoir le sien si l'on obtient ce qui est égal»⁸⁴; (2) où il défend l'idée que le droit ce n'est pas seulement des lois et des règles, mais que c'est aussi, et surtout, une égalité matérielle à constituer dans la situation en cause⁸⁵; (3) où il affirme que la situation en cause est soit une situation de distribution soit une situation d'interaction⁸⁶, et où il analyse les deux espèces d'égalité correspondantes, et donc les deux sortes de droits: le droit dans les distributions et le droit dans les interactions; (4) et enfin où il défend l'idée que, dans les situations de distribution, «le droit c'est quelque chose à quelqu'un, et qu'il faut [attribuer] à ceux qui sont égaux, quelque chose d'égal»⁸⁷?
2. Ou est-ce plutôt à la philosophie politique, économique et sociale d'Aristote, c'est-à-dire aux considérations que l'on trouve dans la *Politique* (1) sur la cité considérée comme une communauté d'êtres humains dont la fin est non seulement «le vivre», c'est-à-dire l'existence, mais aussi «le bien vivre», c'est-à-dire un certain épanouissement⁸⁸; (2) sur les structures de base de la cité; (3) sur la bonne répartition du pouvoir et des avantages résultant de la coopération, avec la lutte politique (qui peut aller jusqu'à la guerre civile, qui fait l'objet du livre V de la *Politique*, consacré aux révolutions) entre ceux qui sont pour une égalité aussi grande que possible entre tous les individus, et ceux qui défendent les différences de classes.

Nous considérons dans cette contribution qu'en parlant de «*justitia distributiva aristotélicienne*», le TF vise avant tout les analyses du «droit dans les distributions»⁸⁹ que l'on trouve dans l'*Éthique à Nicomaque*, et non pas avant tout les

83 ARISTOTE, *Politique*, trad. Jules Tricot, 2^e éd. Paris 1970. La citation est un passage de la *Politique* dans lequel l'auteur résume les analyses de l'*Éthique à Nicomaque*.

84 ARISTOTE (note 28), 1132a27. Les juristes romains s'inspirent de ces formules elliptiques quand ils affirment que la justice c'est «*suum cuique tribuere*» (*Digeste*, 1, 1, 10, Ulpianus).

85 Ibid., 1129a34.

86 Ibid., 1130b30.

87 ARISTOTE (note 83), 1282b18. La première partie de la phrase est aussi vraie du droit dans les interactions; la deuxième partie de la phrase vise ce qui est spécifique au droit dans les distributions, et constitue un concept que le TF s'est approprié (voir texte en regard des notes 140–142).

88 ARISTOTE (note 83), 1252b29. Le TF utilise l'expression: «l'existence de l'homme et aussi son épanouissement» (arrêt cité sous note 92). Le Rapport sur le développement humain 1990 de la PNUD (Paris 1990, p. 9) se réfère à ces finalités en indiquant que «l'idée selon laquelle les structures sociales doivent être jugées à l'aune de l'épanouissement des hommes remonte au moins à Aristote».

89 ARISTOTE (note 28), 1131a25.

questions de justice globale qui touchent la structure de base de la société, et qui sont traitées dans la Politique. Notre position se justifie notamment pour des raisons de texte: le renvoi du TF à Aristote se fait sous l'autorité de Tipke, premier auteur mentionné dans la liste des auteurs sur lesquels le TF s'appuie, et Tipke ne prend en considération que les analyses de l'*Ethique à Nicomaque*⁹⁰.

Cette distinction entre deux parties de la philosophie d'Aristote ne doit cependant pas être comprise comme une séparation. Les finalités que sont l'existence de l'homme et aussi son épanouissement jouent un rôle central en droit, sous la forme de la garantie des besoins élémentaires en matière notamment de santé («vivre») et d'éducation («bien vivre»). Pour le rendre évident, John Finnis reprend à son compte une formule proposée par Hart dans un contexte un peu différent, suivant laquelle «the core notion of rights is neither individual choice, nor individual benefit but basic or fundamental individual needs», rajoutant que dans sa propre terminologie il appelle les «basic or fundamental individual needs» des «basic aspects of human flourishing»⁹¹. En droit suisse cela peut être illustré par la décision de 1996 sur le minimum vital, prise par le TF essentiellement sur la base du fait que «la garantie des besoins élémentaires comme la nourriture, l'habillement et le logement constitue la condition de l'existence de l'homme et aussi de son épanouissement»⁹².

La référence aux finalités que constituent le vivre et le bien vivre est donc centrale dans l'analyse de certaines questions juridiques. L'approche du droit dans une perspective de «Sachgerechtigkeit» et de «logic of the understanding» permet de reconnaître que «le besoin engendre une sphère distributive particulière», en raison même des finalités de base de la communauté politique, et qu'à l'intérieur de cette sphère distributive, «il [le besoin] constitue lui-même le principe distributif approprié» pour assurer un résultat juste⁹³. La détermination de ce qui est juste en matière de distribution, c'est-à-dire du droit, se fait en tenant

90 TIPKE (note 6), p. 260 et suivantes.

91 JOHN FINNIS, *Natural Law and Natural Rights*, Londres 1981, p. 201. Pour d'autres approches contemporaines d'inspiration aristotéliciennes, comme la «capabilities approach», voir MARTHA NUSSBAUM (note 60), AMARTYA SEN (*Repenser l'égalité*, Paris 2000, p. 65, et aussi l'ouvrage cité sous note 57), et aussi le Rapport sur le développement humain 1990 de la PNUD.

92 ATF 121 I 367, SJ 1996 389, consid. 2.b, p. 390. La Commune d'Ostermundigen et le Canton de Berne refusaient des prestations correspondant au minimum vital à trois frères entrés illégalement en Suisse après expulsion vers leur pays d'origine. A noter l'approche téléologique du TF, qui raisonne ici à partir de la «nécessité qui vient de la fin» («ex necessitatis finis») selon l'expression de THOMAS D'AQUIN (note 19), p. 386, II-II question 58, article 3, ad 2. Sur cette dimension téléologique, voir note 105. Sur le droit naturel établi par la raison à partir de cette dimension téléologique, voir note 123.

93 WALZER (note 38), p. 53. Dans son arrêt sur le minimum vital (note 92), le TF est conscient qu'il s'agit d'une distribution; il relève en effet que «compte tenu du peu de ressources étatiques, il n'a pas le pouvoir de fixer des priorités lors de la répartition des fonds [de la Commune d'Ostermundigen]. Par conséquent, seule une prestation minimale dispensée par l'Etat peut être considérée comme un droit issu directement de la Constitution et que le juge peut imposer».

compte du besoin chaque fois que la nature de la question («Sachgerechtigkeit») l'exige⁹⁴.

Il n'en reste pas moins qu'il faut distinguer le niveau politique des luttes entre partis sur la meilleure répartition du pouvoir et des avantages résultant de la coopération au sein de la cité, d'une part, et d'autre part le niveau juridique auquel se situe le «droit dans les distributions» qui fait l'objet des analyses de l'*Ethique à Nicomaque*. Le domaine de la fiscalité permet d'illustrer cette distinction complexe de façon simple. La doctrine suisse distingue en effet, comme le relève le TF dans l'affaire *Obwald* au consid. 8.1, la question politique d'une répartition des richesses corrigeant radicalement la répartition primaire du marché et des héritages, et la question juridique de l'égalité de traitement en matière de répartition des charges des collectivités publiques. Seule la seconde question est juridique, elle seule relève du genre de problème qu'analyse le Chapitre V de l'*Ethique à Nicomaque*, elle seule peut donner lieu à des litiges devant les tribunaux.

Relève en revanche du type de problématique traitée dans la Politique la question posée par les différentes théories contemporaines de la justice: «qu'est-ce qu'une société juste?»⁹⁵, en liaison avec «la structure de base de la société»⁹⁶. Certaines prennent parti pour l'Etat minimal, comme la théorie de Robert Nozick pour qui il faut priver l'Etat de pratiquement toute dimension sociale, afin qu'il «nous traite comme des individus inviolés, qui ne peuvent pas être utilisés [...] par d'autres [...] comme moyens de ressources»⁹⁷. D'autres, au contraire, défendent une large répartition des richesses par l'Etat. C'est de ce type de confrontation que traite la Politique d'Aristote, et bien que l'objet d'une telle confrontation soit souvent désigné comme «la problématique classique de la justice distributive, telle qu'elle a été, pour la première fois, formulée par Aristote»⁹⁸, et que l'on vise par là les analyses contenues dans la Politique, ce n'est pas à cela que s'est référé le TF quand il a parlé de «justice distributive au sens de *justitia distributiva aristotélicienne*».

La confusion entre la matière traitée dans la Politique et celle de l'*Ethique à Nicomaque* est aussi nuisible à l'intelligence des analyses d'Aristote dans l'*Ethique à Nicomaque* que l'assimilation de la «*justitia distributiva aristotélicienne*» à une question de morale sociale (section C.I ci-dessus), ou à de la justice procédurale pure à l'origine des principes sur lesquelles reposent les

94 NUSSBAUM souligne qu'une approche en fonction des besoins «is not intended to provide a complete account of [...] justice. It says nothing, for example, about how justice would treat inequalities above the threshold [...] It is an account of minimum core social entitlements, and it is compatible with different views about how to handle issues of justice and distribution [...] above the threshold level» (note 60, p. 75). Dans l'affaire d'*Obwald* il s'agissait d'égalité et de justice au-delà de ce minimum.

95 PARIJS (note 62).

96 PARIJS (note 62), p. 256.

97 ROBERT NOZICK, *Anarchy, State and Utopia*, Oxford 1974, p. 333 s. Voir aussi note 24.

98 DENIS COLLIN, *Morale et justice sociale*, Paris 2001, p. 163.

structures de base de la cité (section C.II ci-dessus). Ces confusions sont d'autant plus difficiles à détecter et à décrire précisément, qu'elles sont proches les unes des autres, et se renforcent mutuellement.

D. *Justitia distributiva* dans l'*Ethique à Nicomaque*

I. Les notions d'égalité complexe et de *Sachgerechtigkeit*

Les analyses d'Aristote dans le Livre V de l'*Ethique à Nicomaque* vont toutes dans le sens d'une assimilation du droit «au sens majeur du mot»⁹⁹ à une justice matérielle minimale en acte¹⁰⁰ entre les hommes agissant en société (première étape de cette philosophie: le droit *est assimilé à une justice matérielle minimale*)¹⁰¹. Les diverses dispositions légales et la jurisprudence qui composent le système juridique d'un pays, loin de pouvoir avoir n'importe quel contenu¹⁰², doivent avoir, pour être de bonnes règles de droit (législatives ou jurisprudentielles), le contenu qui leur permet d'aboutir à un «correct outcome»¹⁰³, au «fait réel d'une relation juste entre les hommes agissant en société»¹⁰⁴, à cette justice matérielle minimale en acte dont on a parlé¹⁰⁵ (deuxième étape de cette

99 VILLEY (note 38), p. 53.

100 Sur cette notion du droit en acte ou en exercice, voir ALAIN PAPAUX, *Essai philosophique sur la qualification juridique: De la subsumption à l'abduction. L'exemple du droit international privé*, 2003, p. 213.

101 Selon nous il faut approcher ces analyses d'Aristote comme si ce philosophe étudiait précisément la dimension que vise le TF quand il utilise l'expression «justice matérielle», dans des formules comme: «le principe de l'égalité de traitement [...] a aussi pour fonction de sauvegarder une justice matérielle minimale» (ATF 121 I 367, SJ 1996 389, consid. 2.b); «le droit des contrats est devenu toujours plus une affaire de contenu matériel en ce sens que la liberté formelle des conventions a été de plus en plus supplantée par la justice contractuelle matérielle» (ATF 123 III 292, JT 1998 I 586 consid. 2.e.aa).

102 On se souvient de la thèse de Kelsen (note 23), que «legal norms may have any kind of content».

103 MARTHA C. NUSBAUM (note 60), p. 82, qui présente sa position comme «an outcome-oriented conception of justice».

104 Voir DE MURALT (note 42)..

105 Voir PAPAUX (note 100). La règle de droit, et même la totalité du système juridique, est en vue d'une certaine égalité matérielle concrète à réaliser, donc en vue d'un résultat correct. C'est le sens qu'il faut donner selon nous à la formule «... ex jure, quod est, regula fiat»: la règle a un contenu qui dépend de cette justice matérielle concrète à réaliser (Digeste 50.17.1; formule complète sous note 50; voir aussi note 35). Il s'agit d'une dimension téléologique. Sur le rôle que joue la raison dans cette approche téléologique, voir l'analyse de HART, (note 20), p. 188–193 qui parle de «the distinctively rational connection between natural facts and the content of legal [...] rules in this approach» (p. 193), en ce qu'elle fait dépendre le contenu de la règle du résultat à produire. Voir aussi celle de THOMAS D'AQUIN (note 19), p. 380, II-II, question 57, article 3, qui affirme qu'il s'agit «d'envisager une chose en la comparant à ses conséquences» («considerare aliquid comparando ad id quod ex ipso sequitur»), et que cela «n'appartient qu'à la raison» («est proprium rationis»). Sur ce type d'argument («argument pragmatique») d'un point de vue logique, voir TORRIONE (note 22), p. 289, texte en regard des notes 77 à 79. Sur la dimension téléologique, voir aussi la note 92. Sur le droit naturel à partir de cette dimension téléologique,

philosophie: le droit assimilé à une justice matérielle minimale *est conçu comme un résultat correct*). Le résultat est dit correct ou juste compte tenu du rapport qu'il entretient avec les spécificités de la situation en cause, éventuellement aussi avec les circonstances particulières que présente cette situation; il est correct parce qu'il est «sachgerecht»¹⁰⁶; la justice matérielle minimale a donc un contenu qui va dépendre des spécificités de la situation dont il s'agit et, s'il y a lieu, des circonstances particulières; cette justice matérielle (conçue comme «outcome») est donc une «Sachgerechtigkeit»¹⁰⁷, et il y a une «Abhängigkeit der Gerechtigkeit von den zu regelnden Sache»¹⁰⁸ (troisième étape de cette philosophie: le droit assimilé à une justice matérielle minimale est compris comme résultat correct *en ce sens que le résultat est «sachgerecht»*).

Aristote examine ensuite différents aspects de cette «Sachgerechtigkeit» en montrant le rapport étroit avec une certaine égalité dans les choses:

1. La justice que l'on étudie dans cet article (selon la terminologie d'Aristote, la «justice particulière», par opposition à la «justice générale»), n'est pas active de façon générale dans tous nos rapports avec autrui, mais seulement quand entre autrui et nous il s'agit de choses au sens large du terme: «d'honneurs, de charges, de respect social et de dignité personnelle [un seul mot en grec: *timé*], de revenus et de richesses [un seul mot en grec: *chromata*], d'intégrité corporelle et psychique et de bases de la santé et de la sécurité [un seul mot en grec: *sôteria*], de toutes les choses de cet ordre si l'on pouvait les comprendre sous un seul et même terme»¹⁰⁹. Il s'agit de ce que Walzer appelle «l'ensemble du domaine des biens»¹¹⁰.
2. A propos de ces réalités multiples et diverses, mais qui font toutes l'objet d'incessantes interactions (commutations) et distributions entre les hommes agissant en société, Aristote relève: «on dit avoir le sien si l'on obtient ce qui est égal; or ce qui est égal est milieu entre ce qui est trop et ce qui est trop peu»¹¹¹. Comme il s'agit de choses, par exemple de charges d'impôt à répartir (affaire Obwald), il y a «Sachgerechtigkeit» lorsqu'une certaine égalité est établie relativement aux choses en cause, s'agissant des hommes agissant en société les uns par rapport aux autres, par exemple une certaine égalité

voir note 123. S'agissant de la dimension téléologique en matière de justice commutative, voir note 133.

106 TIPKE (note 6), p. 259.

107 Ibid., p. 273.

108 Ibid., p. 273. L'auteur ajoute p. 274 «Da Sachgerechtigkeit situationsabhängig ist ...».

109 ARISTOTE (note 28), 1130b1. Nous n'étudions pas la distinction d'Aristote entre justice générale et justice particulière. Cependant la justice particulière n'intervient semble-t-il que lorsque entre autrui et nous ce sont des choses qui sont en jeu. Voir note 124 pour un élément complémentaire utile pour comprendre la distinction d'Aristote entre les deux justices. Voir aussi textes en regard des notes 47, 52 et 70.

110 WALZER (note 38), p. 23.

111 ARISTOTE (note 28), 1132a27.

relativement aux charges d'impôt pour les contribuables situés à des niveaux différents dans l'échelle des revenus (c'est une égalité de rapports dans ce cas). Cette égalité permet un certain ajustement dans les rapports entre les hommes agissant en société.

3. Cette égalité dans les choses (par exemple en matière de charges d'impôt, pour les contribuables les uns par rapport aux autres) est déterminée en partant des deux extrêmes: de ce qui est trop, et à l'opposé, de ce qui est trop peu. C'est en fonction des choses mêmes sur lesquelles porte la dispute (par exemple les charges d'impôt, la capacité économique liée aux différents niveaux de revenu, etc.) que l'on détermine ce qui est trop et ce qui est trop peu, donc les deux points extrêmes où commence l'inégalité, et partant aussi le «milieu» entre ces points, dont relève l'égalité, et ainsi le droit¹¹². L'égalité, et donc le droit, est en conséquence «milieu de la chose», milieu «relativement à la chose elle-même»¹¹³. Suivant Dominique de Soto, qui interprète cette expression d'Aristote, «le milieu en matière de justice, parce qu'il consiste dans une égalité de choses s'agissant de nos rapports à autrui [...], est tiré de la nature elle-même des choses»¹¹⁴. Objectivement fondé dans les choses («sachlich begründet»), le milieu «est quelque chose d'un [pour la situation en cause], et c'est le même aux yeux de tous»¹¹⁵. Voilà le droit «au sens majeur du terme», avec une objectivité possible (le milieu est «le même aux yeux de tous») indépendamment de toute norme et de tout critère externe préexistant au jugement.
4. C'est pourquoi au début du Livre V de l'*Ethique à Nicomaque*, Aristote défend l'idée que le droit n'est pas seulement la loi, les normes, les règles de conduite (le droit n'est pas seulement un phénomène normatif), mais que c'est avant tout une certaine égalité matérielle constituée dans les choses (égalité dans la répartition de la charge d'impôt entre les différents contri-

112 Ibid., 1131a11 et 1106a25.

113 Ibid., 1106a28–30.

114 DOMINIQUE DE SOTO, *De justitia et jure*, Tome II, Madrid 1968, Livre III, Question II, art. 7, p. 213 («medium autem justitiae, quia consistit in rerum aequalitate ad alterum [...], ex ipsa natura rerum sumitur»). Le fiscaliste est à l'aise avec ces formules, qui rejoignent des expressions du TF dans des jurisprudences fiscales très techniques (en matière par exemple d'évasion fiscale où, suivant ATF 45 I 26, il faut prendre en compte «mehr die Natur der Sache als die äusseren Form»). Elles mettent cependant mal à l'aise ceux qui confondent la nature des choses avec la nature de l'homme, et la philosophie du droit d'Aristote avec celle de Hugo Grotius. Pour ce dernier le contenu du droit naturel se déduit logiquement de la nature humaine. Pour une critique de l'Ecole de droit naturel moderne, voir TORRIONE (note 22), p. 130–132. A relever qu'il ne s'agit pas de la nature physique ou chimique des choses, mais de leur nature du point de vue de l'usage que les hommes peuvent en faire, par exemple la nature d'un terrain utilisé pour la culture, ou pour la construction d'une maison, ou pour la spéculation et la revente (voir JAMES GORDLEY, *Mistake in Contract Formation*, *American Journal of Comparative Law*, 2004, n. 52, pp. 433–468, p. 444, qui se réfère à Bartolus de Saxoferrato pour cette distinction). Sur droit naturel et nature des choses, voir note 123.

115 ARISTOTE (note 28), 1006a31.

buables, par exemple)¹¹⁶. Il s'agit d'une égalité concrète complexe¹¹⁷, avec une complexité parfaitement indiquée dans 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»¹¹⁸. Les principes sont autres en matière de succession, autres en matière de charges fiscales, autres en matière de répartition des deniers dans une faillite, etc. Et ils sont bien sûr autres dans le domaine des distributions, et autres dans le domaine des interactions. Cette diversité de principes est si grande que Walzer va jusqu'à dire: «les biens se distribuent eux-mêmes entre les gens» dans des répartitions «qui doivent être autonomes»¹¹⁹. Dans une perspective de «Sachgerechtigkeit», il est logique que «nicht ein und dasselbe Prinzip für jedes Sachgebiet angemessen oder sachgerecht ist»¹²⁰.

5. C'est d'ailleurs ce type d'égalité matérielle (égalité relative aux choses entre lesquelles elle s'établit, relative à la situation en cause) qui est au premier plan chaque fois que l'on a affaire à une disposition véritablement juridique. Une telle disposition exprime un jugement, qui se veut impartial et objectif, sur ce qui est juste et égal (au sens de cette égalité matérielle minimum dont parle le TF dans sa jurisprudence) dans la situation déterminée qu'elle vise. Cette situation déterminée peut par exemple être le remariage de la personne divorcée qui reçoit une rente à la suite du divorce: l'art. 130 al. 2 CC formule ce qui a été jugé comme «angemessen oder sachgerecht»¹²¹ dans la situation en cause¹²². C'est donc à partir du droit, qui existe comme égalité matérielle dans cette situation spécifique, qu'est produite la règle¹²³. Dans son com-

116 Ibid., 1129a1-30. DOMINIQUE DE SOTO (De justitia et jure, Tome I, Madrid 1968, Prologue au Livre I, p. 6) exprime de la façon suivante, particulièrement nette, cette position d'Aristote: «Ce mot est utilisé d'une double façon; d'un côté, pour ce qui est loi et dispositions légales; d'un autre côté, pour désigner l'égalité que la justice constitue dans les choses» («Bifariam namque usurpatur nomen hoc: uno scilicet modo pro eo quod est lex [...]; altero autem modo accipitur [...] pro aequitate quam iustitiam in rebus constituit»).

117 WALZER (38): tout le chapitre 1 est consacré à la notion d'égalité complexe.

118 Voir note 140.

119 WALZER (38), p. 28 et 32.

120 TIPKE (note 6), p. 273.

121 TIPKE (note 6), p. 273.

122 La disposition légale prévoit pour cette situation que, «sauf convention contraire, elle [l'obligation d'entretien satisfaite par le versement de cette rente] s'éteint lors du remariage du créancier». Voir PHILIPPE JESTAZ, *Le droit*, 4^e éd. Paris 2002, p. 8 qui affirme pertinemment: «Si nous voulons voir dans toute règle de droit une prescription de conduite, celle-là va nous plonger dans l'embarras!».

123 C'est selon nous la signification de la formule suivante: «ex jure, quod est, regula fiat» (Digeste, 50.17.1; citée entièrement sous note 50). Selon DE MURALT (note 42), le droit dont parle cette formule est un fait («le fait réel d'une relation juste») qui est «reconnu inductivement comme tel, par l'expérience contrôlée, rectifiée et affinée des hommes, au fil de leur histoire». La formule du jurisconsulte Paulus n'est cependant pas vraie pour ce qui est fixé exclusivement par convention, en dehors de toute «Sachgerechtigkeit», du fait qu'il s'agit de quelque chose qui peut être traité d'une façon ou d'une autre, indifféremment, ni l'un ni l'autre des traitements possibles n'apparaissant comme «angemessen oder sachgerecht». Sur la célèbre distinction

mentaire de l’Ethique à Nicomaque, Thomas d’Aquin décrit les dispositions véritablement juridiques ainsi: «Il y a en réalité certaines prescriptions législatives déterminées, qui ne visent pas directement un comportement vertueux [ce ne sont pas des règles de comportement], mais un certain arrangement en matière de biens extérieurs»¹²⁴.

Quand on parle de cette dimension, c’est toujours du mot «justice» que l’on se sert, le même mot que celui qui est utilisé dans les théories de la justice que nous avons évoquées plus haut, mais il s’agit maintenant de la justice qui définit le droit, de la justice qui est la matière même sur laquelle se porte l’attention des juristes dans les multiples situations qui relèvent du droit, que ces juristes soient juges, avocats ou législateurs.

II. Les deux formes de droit

Ces deux formes tiennent au fait que l’on rencontre deux situations fondamentalement différentes dans lesquelles les questions d’égalité matérielle peuvent se présenter: des situations de distribution et des situations d’interaction (ou commutation). Dans les situations de distribution, il y a une forme de droit

entre ce qui est de droit naturel et ce qui est par convention, voir ARISTOTE (note 28), 1134b18–1135a15. THOMAS D’AQUIN (note 19), p. 379, II-II, question 57, article 2, donne comme exemple de ce qui est de droit naturel le fait qu’un dépôt doit être rendu, c’est-à-dire une interaction dans laquelle il y a de la «Sachgerechtigkeit». THOMAS D’AQUIN (note 19), p. 380, II-II, question 57, article 3, distingue une seconde façon d’être de droit naturel («secundo modo»): ce qui l’est du fait d’un lien spécifiquement rationnel établi par la raison, par exemple le lien entre la garantie des besoins vitaux, et l’existence et un certain épanouissement de l’être humain selon l’arrêt sur le minimum vital (note 92), qui peut conduire à considérer cette garantie comme de droit naturel. Sur la dimension téléologique des règles et du système juridique dans son entier (dimension impliquée par la formule du Digeste), voir note 105 et 92. Sur le parallélisme partiel avec l’approche de HART (note 20), p. 193–199 relativement au «*minimum content of Natural Law*» et à la dimension téléologique, voir TORRIONE (22), p. 132–140.

- 124 THOMAS D’AQUIN, Commentaire de l’Ethique à Nicomaque, 3^e éd. Milan 1964, Livre V, Lectio III, n. 924 p. 252. Nous traduisons du latin: «Sunt vero quaedam lege determinata quae non pertinent directe ad usum alicuius virtutis, sed ad aliquam dispositionem exteriorum bonorum». C’est très précisément ce que fait la disposition de l’art. 130 al. 2 CC, que nous avons utilisée comme exemple. Cette distinction entre deux types de norme va jouer un rôle central dans la distinction entre justice générale (et morale générale) et justice particulière (et droit) faite par ARISTOTE au début du Livre V de l’Ethique à Nicomaque (note 27), et bien expliquée par VILLEY (note 52): alors que la justice générale se comprend à partir des normes de comportement (par exemple «Tu ne tuera pas»), la justice particulière se comprend à partir de «l’égalité que la justice constitue dans les choses» (note 116), donc de ces dispositions visant «un certain arrangement en matière de biens extérieurs». Au contraire HART (note 20), p. 15, comme toute la philosophie moderne depuis Grotius et l’Ecole droit naturel moderne, s’efforce de concevoir le droit à partir de la «general family of rules of behavior» que sont les règles sociales, des «forms of social practice comprising both patterns of conduct regularly followed [...] and a distinctive normative attitude to such patterns of conduct» (p. 255). Selon une approche aristotélicienne, c’est une erreur d’aborder le droit à partir des règles de comportement.

qu'Aristote désigne comme «le droit dans les distributions»¹²⁵, et qu'il caractérise comme étant une égalité entre des rapports. Dans les situations d'interaction, il y a une autre forme de droit, qu'Aristote désigne comme «le droit dans les interactions»¹²⁶, et qu'il caractérise comme étant une égalité de quantités considérées en valeur absolue.

Suivant Tipke, cette distinction continue d'être faite aujourd'hui dans la littérature juridique, «weil sie sich offenbar bewährt hat»¹²⁷. On désigne en général cette distinction comme la distinction entre la justice distributive et la justice commutative, mais il faut prendre conscience que dans une perspective de «Sachgerechtigkeit» la distinction tient à la diversité des situations (situations d'interaction et situations de distribution). Il n'existe pas de classe commune, et tout point de droit relève soit de l'une soit de l'autre.

L'école formaliste part de l'idée non aristotélicienne que l'on peut appliquer à volonté l'une ou l'autre des égalités mathématiques à n'importe quel domaine du droit, et pense que c'est le type d'égalité qui caractérise ces deux genres de situations¹²⁸. C'est inverser les choses. Dans une approche aristotélicienne, qui veut se situer dans une dépendance complète «von den zu regelnden Sache»¹²⁹ (en l'occurrence la chose est d'abord caractérisée par la situation de distribution ou par la situation d'interaction dont elle relève), le type d'égalité dépend du type de situation dans lequel on se trouve.

1. *Le droit dans les interactions (commutations)*

Aristote caractérise cette forme de droit par le fait que c'est un droit correctif dans les interactions, soit des interactions de plein gré de la part des deux parties (des interactions «volontaires», par exemple une vente, une location, un prêt), soit des interactions qui se produisent entre deux personnes sans que l'une au moins d'entre elles ne le veuille (des interactions «involontaires» parce que la personne est dans l'ignorance de ce qui est fait, ou parce qu'elle est contrainte et forcée, par exemple en cas de lésion corporelle, de dommage matériel, de vol, d'escroquerie, ou parce que les deux parties sont dans l'ignorance de ce qui est fait, comme dans le cas visé par l'art. 62 CO). James Gordley indique que cette distinction entre deux types d'interaction est peut-être à l'origine de la distinction que nous faisons entre le droit des contrats et le droit de

125 ARISTOTE (note 28), 1131a25.

126 Ibid., 1131b33.

127 TIPKE (note 6), p. 261. Pour une position identique chez un privatiste, voir GORDLEY (note 49), p. 8, qui relève à propos de ces deux formes de droit, que «the Aristotelian tradition provides a plausible account of them. Later philosophers [...] did not».

128 ERNEST J. WEINRIB, *Corrective Justice*, Iowa Law Review 77 (1991/1992), p. 403–425, p. 407: «A transaction is an interaction regulated in conformity to corrective justice. Similarly, a distribution is an arrangement that has the structure of distributive justice».

129 TIPKE (note 6), p. 273.

la responsabilité, et Ernest Weinrib précise que c'est Aristote qui a attiré l'attention sur le caractère bipolaire de la relation dans ces situations¹³⁰.

Aristote souligne que ce caractère bipolaire est aussi présent au niveau de l'égalité en jeu: c'est une égalité de deux quantités. Aristote insiste sur cet élément d'égalité simple et absolue: «que ce soit un homme connu qui a dépouillé une personne modeste, ou une personne modeste, un homme connu, ça ne change rien ...»¹³¹. On retrouve aussi la bipolarité au niveau de la façon dont le droit intervient: essentiellement comme «réparation» (art. 41 CO), ou comme «restitution» (art. 62 CO), de façon générale, comme «correction», comme droit correctif¹³². C'est le cas aussi en matière contractuelle: lorsque l'égalité effective entre la prestation et la contre-prestation est trop atteinte, il y a correction. Le TF désigne cette correction comme une «richterliche Inhaltskorrektur fehlerhafter Kontakte»¹³³.

2. *Le droit dans les distributions*

Avec une certaine expérience juridique, les situations de distribution sont assez faciles à reconnaître. Tout juriste sait qu'un certain nombre d'affaires dont il s'est occupé, dans les domaines les plus divers du droit, relèvent de situations de distribution: il y a quelque chose de commun qu'il s'agit de répartir entre plusieurs personnes, peu importe que ce qui est commun soit l'obligation de réparer lorsque plusieurs ont causé ensemble un dommage ou répondent tous du même dommage (art. 50 et 51 CO), peu importe que ce soit une masse de biens (masse en faillite ou succession), peu importe que ce soit un bénéfice (art. 594 CO) ou des charges (par exemple, en fiscalité comme dans l'affaire Obwald). Aristote vise d'ailleurs la répartition de charges sous l'expression de répartition de quelque chose de négatif¹³⁴.

Ces situations de distribution sont extrêmement différentes les unes des autres, aussi bien quant à ce qui est distribué que quant aux personnes concernées par la distribution, et encore plus quant aux critères pris en compte pour distribuer, et l'on pourrait penser que c'est excessif de les rapprocher les unes des autres. Tel n'est pas l'avis d'Aristote, qui donne une grande importance à

130 GORDLEY (note 127), p. 12 et WEINRIB (note 128), p. 409–411.

131 ARISTOTE (note 28) 1132a2.

132 Ibid. 1131a1.

133 ATF 123 II 292, JT 1998 I 586, consid. 2.e.aa. La justice matérielle («la justice contractuelle matérielle», suivant l'expression de l'ATF 123 III 292, JT 1998 I 586 consid. 2.e.aa) joue ici aussi, comme en matière de distribution, un rôle fondamental. Cela est bien mis en évidence par GORDLEY (note 49), p. 12: «one can no more explain contract, tort or unjust enrichment without regard to commutative justice than one could explain the digestive system without regard to that fact that it digests. Fairness, in the sense of commutative justice, is not a sort of limitation on these bodies of law but belongs to their definition». Sur la dimension téléologique auquel renvoie ainsi cet auteur, voir notes 105 et 92.

134 ARISTOTE (note 28), 1129b4 et 1131b29

l'analogie de proportionnalité dans toute sa philosophie. Comment penser qu'il aurait passé à côté de toutes les ressources que cette analogie peut offrir en matière de droit dans les distributions? Il en est résulté une tentative de mettre à jour les caractéristiques formelles propres à des situations de distributions aussi diverses que l'on voudra les unes par rapport aux autres, qui ne se réduisent pas à des situations de redistribution de richesses comme on le croit souvent suivant une caricature (du droit dans les distributions) rendue populaire chez les juristes par des philosophes comme Grotius et Hobbes, comme on l'a vu dans la section C.II. ci-dessus.

Dans toutes ces situations, il y a quelque chose à distribuer, qui est commun à tous avant la répartition; il y a une pluralité de personnes (au moins deux, plus la plupart du temps), que ne réunit pas un lien «horizontal» entre elles (ou tout au moins l'on ne s'occupe pas de liens horizontaux s'il en existe), mais que réunit ce qui les relie toutes aux biens ou aux charges à distribuer (donc une situation de lien entre elles que l'on pourrait qualifier de «verticale»).

Il y a surtout le fait que l'égalité ou l'inégalité dont on discute et dispute dans ces situations est toujours une égalité ou une inégalité entre des rapports, et non une égalité ou une inégalité entre des quantités en valeur absolue, même lorsque les quantités finalement attribuées dans la distribution sont identiques (comme par exemple dans la distribution du droit de vote, avec un vote à chacun à partir d'un certain âge, et aucun vote en dessous de cet âge).

La question (donc aussi la dispute en cas de désaccord) part toujours du rapport entre une personne et la quantité de chose qui lui est attribuée. Par exemple, en matière de partenariat dans une société, on part du rapport entre ce partenaire et sa part de bénéfice. La question part de ce rapport entre une personne et une chose, mais elle porte sur l'équilibre (l'égalité) de tous les rapports en question, les uns par rapport aux autres, une fois que l'on a mis tous ces rapports en relation les uns avec les autres, et qu'on les apprécie de façon synoptique¹³⁵.

Cet équilibre, cette égalité, cette équité¹³⁶ entre les rapports, c'est le droit dans la distribution en cause, c'est ce qui est juste dans cette distribution. Il s'agit bien entendu d'une «Sachgerechtigkeit», d'une justice relative aux particularités de la distribution en cause. Est équilibré et égal ce qui est «angemessen oder sachgerecht»¹³⁷ s'agissant de cette distribution, tous les rapports étant pris en compte synoptiquement.

Les critères pour savoir si les rapports considérés les uns par rapport aux autres sont équilibrés ou non, vont varier en fonction de la distribution et des

135 ARISTOTE (note 28), 1165a30 parle de *sunkrisis*, c'est-à-dire d'un jugement, discernement, qui consiste à prendre en considération, pour en apprécier l'équilibre, l'ensemble des rapports en cause.

136 WEINRIB (note 128), p. 404, relève que «justice, both corrective and distributive, involves the achievement of *to ison*, which in Greek signifies both fairness and equality».

137 TIPKE (note 6), p. 273.

choses en cause, et ce sont d'une certaine manière les choses et la distribution qui imposent les critères. Comme l'indique à juste titre Weinrib, Aristote est «non committed to any criteria»¹³⁸.

Le TF reprendra dans le domaine de l'égalité devant la loi et dans la loi cette position méthodologique qui consiste à rester «non committed to any criteria»: partant de la formule d'Aristote («le droit c'est quelque chose à quelqu'un, et il faut à ceux qui sont égaux, quelque chose d'égal»¹³⁹), il donnera une bonne formulation de cette approche dans laquelle l'on recherche une égalité ou un équilibre entre rapports, sans pourtant faire référence à des critères formels prédéfinis, mais en restant ouvert sur les particularités de la distribution en cause. La formule «aristotélicienne» du TF, que tout juriste suisse utilise, est la suivante: «traiter de la même façon ce qui est semblable et de façon différente ce qui est différent»¹⁴⁰.

Pourquoi rester «non committed to any criteria»? La réponse est simple: parce que l'on ne peut pas faire autrement sans abandonner la visée de ce qui est «situationsabhängig»¹⁴¹, «angemessen oder sachgerecht»¹⁴², «sachlich begründet»¹⁴³. C'est un point central. Suivant le TF, «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»¹⁴⁴.

On découvre donc si une différence tient à quelque chose de quelconque, ou si, au contraire, elle réside dans des faits qui doivent être considérés comme essentiels, en approchant la diversité des faits, non pas selon un point de vue surplombant avec un critère en mains, mais dans une analyse inductive qui fait apparaître de l'intérieur ce qui est relevant ou non compte tenu du domaine du droit dont il s'agit, de la situation en cause, et des finalités qui y sont en jeu, comme dans l'arrêt du TF sur le minimum vital¹⁴⁵.

S'agit-il de prélever des impôts, ou d'attribuer l'autorité parentale à l'un des conjoints, ou de vote et de droits politiques, ou d'aliments, de logement et de

138 WEINRIB (note 128), p. 407.

139 ARISTOTE (note 83), 1282b20–22.

140 ATF 99 Ia 638, JT 1975 290, consid. 9 p. 300 et les références: «Gleiches nach Massgabe seiner Gleichheit gleich, Ungleiches nach Massgabe seiner Ungleichheit ungleich ... behandeln».

141 TIPKE (note 6), p. 274.

142 Ibidem., p. 273.

143 ATF 133 I 206, consid. 8.2.

144 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 Rechts- und Staatsordnung für die Normierung gerade des bestimmten Rechtsgebietes um welches es sich handelt, von Erheblichkeit sein können».

145 ATF 121 I 367, SJ 1996 389, consid. 2.b. Voir texte en regard de la note 92.

soins élémentaires à une personne qui n'a rien? Dans chaque situation, certaines raisons objectives tendent à s'imposer, compte tenu des caractéristiques de la situation en cause. On les découvre souvent avec peine, à travers des controverses, après avoir mis en parallèle, à des fins critiques, investigatoires et probatoires, les rapports en cause. La méthode consiste à approcher le problème en considérant, dans le cadre d'une appréciation globale synoptique, l'ensemble des rapports en jeu dans la distribution en cause (par exemple les rapports entre revenu et charge fiscale pour toute l'échelle des revenus), et en examinant si des différences dans ces rapports reposent sur des raisons objectives. On ne procède donc pas d'abord par la définition préalable de critères, que l'on applique ensuite, même si les critères pertinents qui émergent dans cet examen inductif sont ensuite systématiquement utilisés pour revoir la cohérence de l'approche.

Les faits mentionnés fournissent-ils une raison pour laquelle, en admettant le but qui est en jeu dans la situation, il y a lieu de faire une différence, ou, au contraire, de ne pas en faire? C'est au juriste (législateur, mais aussi juge prenant une décision, avocat conseillant son client ou donnant un avis de droit) de découvrir le droit par une suite de tâtonnements¹⁴⁶ visant à atteindre la relation d'égalité entre les rapports en cause, c'est-à-dire en faisant varier les termes de ces rapports, ajoutant ici et retranchant là, faisant aussi varier en intensité les éléments qualitatifs pour déterminer le seuil à partir duquel la relation d'égalité entre les rapport bascule, ou au contraire se confirme. Pascal disait du droit que c'est un «point si subtil que nos instruments sont trop mousses pour y toucher exactement»¹⁴⁷. L'approche d'Aristote est différente. On a vu que pour lui l'égalité matérielle est découverte à partir des deux points extrêmes où commence l'inégalité (ce qui est trop d'un côté, et ce qui est trop peu de l'autre), qu'on écarte pour ne garder que ce qui est dans l'intervalle. Le milieu n'est en conséquence pas toujours un point ou un nombre nettement déterminé, comme pourraient le laisser croire des exemples tirés de l'arithmétique. Comme le dit Aristote, quand on recherche une quantité, dans certains cas, «la quantité que l'on recherche n'est pas un nombre nettement déterminé, mais un nombre quelconque compris entre certaines limites définies»¹⁴⁸. Il en va de même souvent de l'égal qu'est le droit. L'égalité peut se trouver réalisée en plusieurs points, en tous les points qui sont compris dans l'intervalle¹⁴⁹.

La dialectique et la controverse joue un rôle essentiel dans les tâtonnements qui sont en conséquence nécessaires. Suivant Michel Villey, cette notion de milieu que l'on vient d'expliquer indique que c'est elle «la *méthode* utilisée par la

146 VILLEY (note 38), p. 52: «C'est au juriste de la découvrir par une suite de tâtonnements dont le texte de l'*Éthique* fait comprendre la nécessité».

147 BLAISE PASCAL, *Pensées*, frgt. 43, Gallimard Folio Classique, 1977, p. 80.

148 ARISTOTE (note 28), 1170b35.

149 Ibid., 1138b19 et 1106a25.

science du droit»¹⁵⁰. Si l'on recherche un milieu entre trop et trop peu, en effet, «rien de plus naturel [...] si l'art juridique use d'une méthode dialectique, procédant par confrontation d'exemples, et d'opinions contradictoires, parce que chaque opinion reflète quelque aspect de la réalité»¹⁵¹. Comme on l'a vu, cela n'empêche pas le juge d'atteindre, à travers les opinions, une dimension objective présente dans l'affaire qui est soumise au tribunal, soit le droit comme ce qui est égal et juste dans l'affaire en cause¹⁵².

E. Conclusion: quelques critiques contre la notion aristotélicienne de droit dans les distributions

Les critiques les plus radicales contre l'approche aristotélicienne du droit dans les distributions viennent de ce qui est au cœur de la philosophie de Hobbes, Rousseau, Kant et Fichte: l'idée que la justice est purement procédurale, que ce qui est juste est exclusivement défini par le résultat de la procédure, et que le modèle de mécanisme procédural produisant du juste, c'est l'échange réciproque des manifestations de volonté des parties au moment de la formation d'un contrat (constructivisme procédural qui prend la forme d'un contractualisme¹⁵³).

La philosophie du droit qui se trouve au Chapitre V de l'*Éthique à Nicomaque* n'a rien de comparable avec ce que veulent réaliser ces philosophies quand elles essaient de construire de toutes pièces rien de moins que les mécanismes par lesquels la subjectivité individuelle de chacun s'auto-constitue, en même temps que surgit un «droit» défini comme loi de coexistence d'une multiplicité de subjectivités individuelles en relations réciproques les unes avec les autres¹⁵⁴. Elle est totalement étrangère à cette idée fondatrice chez Rousseau, qu'il y a un «problème fondamental dont le contrat social donne la solution»¹⁵⁵. Elle n'a rien de comparable avec la recherche de Rawls, d'une justice procédurale pure¹⁵⁶. Aristote veut simplement décrire et clarifier, comme Socrate le faisait en interrogeant les différents corps de métiers, la pratique des juristes (législateur, mais aussi juges et avocats) dans leur métier de juriste, et la nature du droit effectivement en jeu dans cette pratique. Tout part du principe selon lequel l'ex-

150 VILLEY (note 38), p. 52.

151 Ibid., p. 53.

152 Voir les citations de BARDEN (note 41). Voir TORRIONE (note 22).

153 PARIJS (note 62), p. 260: «En un sens très large toute théorie constructiviste est contactualiste [...]: il suffit, pour cela, qu'elle accorde un rôle crucial à ce à quoi les acteurs consentiraient dans une situation hypothétique».

154 Voir note 64.

155 ROUSSEAU, *Du Contrat social*, I, 6.

156 Voir section C.II.

périence (en particulier l'expérience professionnelle du juriste), et l'esprit critique qui s'exerce sur cette expérience, jouent un rôle central.

Hans Kelsen a critiqué la position d'Aristote sur la justice distributive de façon très directe. Weinrib examine en détail ces critiques¹⁵⁷. Il relève que pour Kelsen «Aristotle's mathematical formula of distributive justice has no answer» à la question décisive en matière de justice, qui est selon Kelsen: «which differences are relevant?». Pour Kelsen, la *justitia distributiva* aristotélicienne «is only another way of presenting the problem».

Selon Weinrib, «these criticisms [...] are [...] misguided»¹⁵⁸. La philosophie ne donne pas la solution de tel ou tel litige (elle ne rend pas les juges inutiles!), mais vise seulement à mieux faire comprendre de quel ordre relève cette solution. C'est aux juristes de déterminer la solution des litiges, pas au philosophe qui réfléchit sur leur travail. Pour Weinrib, plutôt que de reprocher à Aristote de ne pas donner la solution à des problèmes de droit, Kelsen aurait dû se demander s'il posait bien le problème. Et en particulier, selon Weinrieb, Kelsen aurait dû mieux profiter des réflexions d'Aristote, pour comprendre qu'il y a deux problèmes distincts, et non pas un seul: celui qui se pose dans les distributions, et celui qui se pose dans les interactions¹⁵⁹. Le simple fait qu'il y ait deux problèmes distincts, parce que les situations (interactions et distributions) sont différentes, nous met sur la bonne piste, celle qui conduit à la notion de «Sachgerechtigkeit»¹⁶⁰, si importante dans la pratique la plus courante du juriste et du fiscaliste.

Resume:

Le TF affirme dans l'arrêt consacré aux barèmes dégressifs d'Obwald que «la justice en matière fiscale est avant tout une question de justice distributive au sens de la *justitia distributiva* aristotélicienne. Il s'agit de la juste répartition des charges [...] entre membres d'une communauté». La présente contribution explique en détail la philosophie qui analyse la pratique des tribunaux qui donnent un rôle central en droit positif à la recherche de la justice matérielle («Sachgerechtigkeit»). Le droit dans la distribution (par exemple dans la distribution de cas charges fiscales) n'y est pas considéré comme un phénomène normatif, mais comme une égalité matérielle complexe à découvrir et à constituer dans la dépendance des caractéristiques objectives de la situation en cause dans la distribution. Trouver le droit ou l'égalité (art. 8 Cst.) dans la distribution en question, c'est trouver une solution adéquate aux circonstances spéciales du cas particulier, ou aux caractéristiques objectives de la situation générale en cause dans la distribution. Nous montrons dans un article publié plus loin que c'est ce que fait le TF dans l'arrêt Obwald. C'est d'ailleurs le

157 WEINRIB (note 126), p. 411–413.

158 Ibid., p. 412.

159 Ibid., p. 413.

160 TIPKE (note 6), p. 259–274.

sens philosophique de la formule aristotélicienne du TF «traiter de la même façon ce qui est semblable et de façon différente ce qui est différent». Suivant cette philosophie, bien qu'indépendant de toute genèse procédurale (y compris la genèse procédurale du juste visée par la formule «contractuel, donc juste»), le droit dans la distribution est du droit strict, et non pas une question de morale indépendante du droit strict, contrairement aux positions prises par Grotius, Hobbes ou Kant.

Zusammenfassung:

