

TORRIONE Henri, Solidarité et justice distributive, in : Mengès Le Pape Christine (édit.), La loi de solidarité – Vers une fraternisation selon la théologie et le droit, Toulouse 2021, p. 395-431.

## **SOLIDARITÉ ET JUSTICE DISTRIBUTIVE**

**Henri Torrione,**  
**professeur de droit et de philosophie du droit**  
**université de Fribourg (Suisse)**

### **Introduction**

Notre but est de proposer une approche de la solidarité moins ambitieuse que celle qui repose sur un idéal de fraternité, ou sur une loi de solidarité. Selon l'approche que nous allons expliquer, une obligation de solidarité peut reposer, dans certaines situations de distribution, sur les considérations d'équité qui s'imposent quand un regard impartial est porté sur la situation de distribution en cause et sur ce qu'elle exige.

Ce que nous entendons par là est assez simple en pratique. La dernière section de ce papier décrit une affaire qui a opposé trois étrangers majeurs entrés illégalement en Suisse dans la commune d'Ostermundigen où ils habitaient auprès de leur mère qui avait épousé un citoyen suisse. Comme les trois frères étaient dans un dénuement total et que la commune ne voulait rien entreprendre en leur faveur, ils ont fait un procès à la commune pour obtenir une part des fonds communaux à titre de minimum vital. Le principe selon lequel les citoyens qui sont tombés dans le dénuement économique doivent être soutenus par leur commune d'origine remonte au XVI<sup>e</sup> siècle en droit constitutionnel suisse, mais il n'existait rien sur le cas d'étrangers entrés illégalement en Suisse, et qui ne peuvent plus être expulsés parce qu'ils sont devenus apatrides. Le Tribunal fédéral a donné raison aux trois frères dans un arrêt du 27 octobre 1990<sup>1</sup>, tout en relevant qu'il s'agit dans cette affaire de trancher une question de « répartition de fonds » appartenant à la commune d'Ostermundigen, alors même que les tribunaux n'ont pas en principe « le pouvoir de fixer [aux diverses communes de la Suisse] des priorités » dans l'utilisation de tels fonds communs. Mais comme il s'agit de « sauvegarder une égalité matérielle minimale » entre les personnes en situation de dénuement présentes sur le territoire de la commune et les autres habitants de la commune, et que la prestation en cause n'est rien de plus que la « prestation minimale » permettant aux personnes concernées d'éviter la misère, et que, de plus, cette question d'égalité matérielle minimale se pose ici dans un contexte où des buts constitutionnels élémentaires sont en jeu puisque « la garantie des besoins humains élémentaires comme la nourriture, l'habillement et le logement constitue la condition de l'existence de l'homme... », le Tribunal fédéral a considéré qu'il ne dépassait pas les limites fonctionnelles de sa compétence en imposant à la commune en question,

---

<sup>1</sup> ATF 121 I 367, SJ 1996 389.

dans ce contexte, de faire cette répartition limitée au strict nécessaire à tous les habitants qui sont dans la misère.

# I. L'idée d'une obligation qui n'est pas l'image inversée du droit de quelqu'un d'autre

Sur quoi s'appuyer pour faire comprendre comment la solidarité peut s'imposer comme la solution adéquate dans certaines situations problématiques – ces situations problématiques sont des situations de distribution en raison de la présence de fonds à répartir pour des tâches d'utilité publique ? Bien que simple au niveau pratique quand on fait face à un cas concret, il est difficile de comprendre comment on peut aller dans ce sens au regard des conceptions courantes du droit. L'idée du Tribunal fédéral, qu'il s'agit dans ce cas simplement d'une question de justice matérielle minimale que les tribunaux ont l'obligation de prendre en considération en droit positif suisse, en raison de l'égalité de traitement prescrite par l'article 8 de la Constitution, ne va pas du tout de soi.

Nous allons examiner les conceptions courantes du droit et de la justice en les rapportant à ce cas. Pour le faire, nous proposons d'utiliser le fil conducteur que constitue l'idée d'obligations qui ne sont pas l'image inversée du droit de quelqu'un d'autre. C'est une idée qui vient de Hans Jonas. Il a pris position en faveur de l'existence de telles obligations quand il s'est posé la question de la responsabilité des générations actuelles à l'égard des générations futures en matière d'environnement et de pollution, ou de biotechnologies et de modification du patrimoine génétique de l'être humain. Jonas a relevé que « l'idée traditionnelle des droits et des obligations » échoue<sup>2</sup> quand il s'agit de ce qu'il appelle « notre obligation fondamentale à l'égard des hommes à venir<sup>3</sup> ». Il ajoute : « En effet, il s'agirait... ici d'une obligation qui n'est pas l'image inversée du droit de quelqu'un d'autre<sup>4</sup> ». L'idée traditionnelle – dans la tradition de pensée du contrat social – n'admet en effet que des obligations qui sont l'image inversée du droit de quelqu'un d'autre, c'est-à-dire des obligations qui normalement découlent de droits préexistants.

Nous allons utiliser l'idée d'une telle obligation, en la transposant dans le contexte d'une situation de distribution, par exemple la situation dans laquelle on se pose la question de la répartition de fonds communaux (l'idée d'une telle obligation a cependant été avancée par Hans Jonas dans le contexte d'un autre type de situation, soit une situation d'interaction, et, de surcroît, d'interaction asymétrique<sup>5</sup>). Le but de

<sup>2</sup> Hans JONAS, *Le principe responsabilité. Une éthique pour la civilisation technologique*, trad., Champs Flammarion, Paris 1998, p. 86 : « L'idée traditionnelle des droits et des obligations... échoue face au but que nous nous sommes fixé. Car n'a de revendications que ce qui tout d'abord existe. Ce qui n'existe pas n'élève pas de revendications, c'est pourquoi ses droits ne peuvent pas non plus être lésés... ».

<sup>3</sup> *Ibid.*, p. 93.

<sup>4</sup> *Ibid.*, p. 89.

<sup>5</sup> Nous parlons plus loin des explications d'Amartya SEN sur « les obligations unilatérales induites par l'asymétrie du pouvoir » dans certaines situations d'interaction (*L'idée de justice*, trad. P. Chelma, Paris 2009, p. 257) ; pour une telle situation, A. SEN donne l'exemple de la

cette recherche est de comprendre comment l'obligation de solidarité peut être une question de justice matérielle dans certaines situations de distribution, c'est-à-dire peut s'imposer à la raison comme la solution adéquate dans ces situations, sans être du tout « l'image inversée du droit de quelqu'un d'autre ». Est-ce possible, ou bien au contraire en droit doit-on toujours partir du droit de quelqu'un ? Notons que le Tribunal fédéral dans l'affaire dont on a parlé n'est clairement pas parti de l'hypothèse d'une sorte de droit inné de tout être humain à ce qu'un revenu minimum lui soit versé par la collectivité publique présente à l'endroit où la personne se trouve, et nous n'allons pas du tout explorer cette approche.

Lors des conférences à Montauban en 2019, Michaël Wygoda – « Les lois de solidarité, de la Bible au Talmud » – a expliqué la différence qu'il y a entre une conception du droit et de la justice qui met l'accent sur les droits de l'homme et une approche qui met plutôt l'accent sur les devoirs de l'homme. Il a souligné que dans la Bible, comme l'homme est établi par Dieu dans le jardin d'Eden pour le cultiver et le soigner, cette fonction et ce qu'elle implique viennent en premier. L'obligation et la responsabilité viennent en conséquence avant les droits. Michaël Wygoda a indiqué qu'il s'agit d'une différence importante. Elle sépare les perspectives religieuses de l'approche adoptée dans les démocraties modernes, qui semblent entièrement reposer sur l'idée que la justice exige la primauté des droits de l'individu. Michaël Wygoda a précisé que compte tenu de la primauté des obligations sur les droits dans une perspective religieuse, la solidarité des hommes entre eux est toujours présente dans une telle approche.

C'est vrai que la construction du concept de justice et de droit chez les Modernes présuppose la primauté des droits sur les obligations et donc l'idée que les seules obligations qui peuvent exister sont celles qui dérivent des droits de quelqu'un d'autre. La pensée de John Rawls en témoigne, comme l'a relevé Hart<sup>6</sup>. Cette pensée s'inscrit dans la tradition de pensée du contrat social, une tradition que Rawls et beaucoup d'autres identifient à la modernité elle-même. Notons qu'Amartya Sen n'a pas une vision de la modernité aussi étroite, et il reproche à Rawls de ne pas avoir compris, dans son opposition justifiée à l'utilitarisme, qu'il y a dans la modernité des « approches qui ne sont ni contractuelles ni utilitaristes<sup>7</sup> ». C'est d'ailleurs à cette occasion qu'il y a chez Sen, pour expliquer en quoi consiste une approche ni contractuelle ni utilitariste, le renvoi à la façon qu'a Adam Smith d'illustrer l'objectivité des jugements portés sur les situations concrètes : « Pour reprendre l'exemple d'Adam Smith, dit Sen, celui-ci recourt au mécanisme du "spectateur impartial" afin de fonder les jugements de justice sur des impératifs d'équité<sup>8</sup> ». Prisonnier de l'approche contractualiste de la justice et du droit, Rawls soutient

---

situation de la mère qui prend conscience « qu'elle peut accomplir des choses qui ont un impact sur la vie de l'enfant et que l'enfant lui-même ne peut faire » (p. 256).

<sup>6</sup> Hart dit très bien de la pensée de Rawls sur le rapport entre la justice et la liberté, que pour Rawls « justice requires that liberty may only be limited for the sake of liberty and not for the sake of other social or economic advantages » (H.L.A. HART. « Rawls on Liberty and its Priority », in *University of Chicago Law Review*, 40(3) (1973), p. 534-555, p. 534).

<sup>7</sup> Amartya SEN, *L'idée de justice*, traduit par Paul Chelma, Paris, Flammarion, 2009, p. 102.

<sup>8</sup> *Idem*.

dogmatiquement que « nous pouvons dire qu'un jugement n'est impartial que s'il est rendu en accord avec les principes qui seraient choisis dans la situation originelle<sup>9</sup> », c'est-à-dire s'il s'agit d'un jugement en accord avec la *priorité* de la liberté individuelle, une priorité que Rawls désigne comme « lexicale », absolue. Selon Rawls, « la *priorité* de la liberté signifie que la liberté ne peut être limitée qu'au nom de la liberté elle-même<sup>10</sup> » – s'il s'agit uniquement de la liberté des « autres membres de la société »<sup>11</sup>, il faut exclure qu'il puisse exister des rapports de justice ou d'injustice avec les générations futures<sup>12</sup>. Thomas Hobbes avait précisé que cette liberté originelle, limitée par la même liberté d'autrui seulement dans un contexte de contrat social, est un « droit... [que] chacun a d'user de sa propre puissance, comme il le veut lui-même... » quand il n'est pas dans un contexte social, c'est-à-dire pas face à d'autres membres de la société<sup>13</sup>. Hobbes avait qualifié cette liberté de « DROIT DE NATURE », et, s'agissant de l'obligation et des devoirs, il avait indiqué que pour lui « le DROIT consiste en la liberté de faire ou de ne pas faire, alors que la LOI détermine et contraint dans un sens ou dans un autre, en sorte que la loi et le droit diffèrent autant que l'obligation et la liberté, et se contredisent s'ils sont appliqués à un même objet<sup>14</sup> ». À la base de cette approche du droit et de la justice que le libéralisme adoptera, il y a ce qu'Alan Ryan a décrit comme « la notion de souveraineté individuelle, ou propriété de soi » ; selon cet auteur, « le droit de propriété tel qu'il est conçu par les droits modernes est le paradigme des droits subjectifs. Je peux faire ce qui me plaît avec ce qui m'appartient [...] »<sup>15</sup>. C'est, semble-t-il, une analyse exacte de la position qui consiste à donner la *priorité* aux droits subjectifs. Cette conception du droit et de la justice qui consiste à les définir par une espèce d'exclusivité chez soi ou sur soi est présentée par ses partisans comme relevant d'une haute moralité, une

<sup>9</sup> John RAWLS, *Théorie de la justice*, traduit par Catherine Audard, Paris, Le Seuil, 1987, §30, p. 219.

<sup>10</sup> *Ibid.*, p. 280. Cela correspond en anglais au cri de ralliement libéral suivant : « *Liberty can be restricted only for the sake of liberty* » (John RAWLS, *A Theory of Justice*, Belknap Press - Harvard University Press, revised edition, 1999, p. 250 et 302), ou, suivant la formule semblable de l'art. 4 de la déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 : il n'y a pas d'autres « bornes [à la liberté] que celles qui assurent aux autres membres de la société la jouissance de ces mêmes droits ».

<sup>11</sup> Voir pour cette expression l'art. 4 de la déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 et ses similitudes avec celle qu'utilise Rawls : il n'y a pas, selon l'art. 4, d'autres « bornes [à la liberté] que celles qui assurent aux autres membres de la société la jouissance de ces mêmes droits ».

<sup>12</sup> Voir dans ce sens toute l'argumentation de Gilbert HOTTOIS, *Essais de philosophie bioéthique et biopolitique*, Paris, Vrin, 1999.

<sup>13</sup> Thomas HOBBS, *Léviathan ou Matière, forme et puissance de l'État chrétien et civil*, traduit par Gérard Mairet, Paris, Gallimard, 2000, p. 229.

<sup>14</sup> *Ibid.*, p. 231.

<sup>15</sup> Alan RYAN, *The Making of Modern Liberalism*, Princeton, Princeton University Press, 2012, p. 13-14 (« *the notion of individual sovereignty, or self-ownership* » ; « *modern property rights are paradigms of subjective rights. I may do as I please with what I own [...]* »).

moralité que les autres siècles et les autres civilisations devraient nous envier<sup>16</sup>. C'est cependant, semble-t-il, une moralité juridique qui fait de la solidarité une pièce rapportée, une loi étrangère à la façon dont se présente le monde du droit, selon cette idéologie.

## II. Sur quoi peut reposer une obligation qui n'est pas l'image inversée du droit de quelqu'un d'autre ?

Hans Jonas justifie l'existence d'une obligation qui n'est pas l'image inversée du droit de quelqu'un d'autre, en soutenant qu'à travers ce qu'il appelle « l'heuristique de la peur<sup>17</sup> » on découvre qu'un bien est en jeu, et on le découvre à partir du dommage que pourraient causer les biotechnologies en modifiant inconsidérément le soubassement biologique de l'être humain, son ADN, dans le cadre d'un projet d'homme augmenté. La crainte d'une déformation de l'homme nous permet de pressentir qu'un bien est en jeu, c'est-à-dire une dimension de la réalité qui mérite que l'on en prenne soin, une espèce de patrimoine commun de l'humanité qui devrait être protégé par une déclaration de l'UNESCO et des interdictions correspondantes, en raison de sa valeur éminente<sup>18</sup>. C'est à partir de ces considérations que Jonas explique dans son livre ce qui fonde une obligation qui n'est pas l'image inversée du droit d'un autre membre de la société, quelque chose qui s'impose en dépit du fait qu'il n'y a personne en face qui existe déjà et puisse faire valoir un droit correspondant, essentiellement ce qu'il appelle « l'obligation de l'existence d'une progéniture comme telle », et l'obligation de « l'être-tel » de cette progéniture<sup>19</sup>, dans une situation de base où il n'y a pas de réciprocité, mais interaction asymétrique.

Après avoir publié en 2007 un article de philosophie du droit sur la difficulté qu'examine Hans Jonas<sup>20</sup>, je me suis rendu compte que les questions de justice se posent souvent en relation avec l'exercice d'un pouvoir quand un bien humain est en jeu, et que c'est cela, dans le fond, qui est au cœur de la position de Jonas sur l'existence d'obligations à l'égard des générations futures – des obligations qui ne sont pas l'image inversée du droit de quelqu'un d'autre. Je m'en suis rendu compte quand j'ai pris connaissance en 2012 des remarquables explications d'Amartya Sen

<sup>16</sup> Comme le dit Michael P. ZUCKERT, *Launching Liberalism. On Lockean Political Philosophy*, Lawrence, University Press of Kansas, 2002, p. 194, après avoir relevé que « the first or primary moral fact is self-ownership », « to have property is to have moral inviolability » ; l'auteur relève que les droits de propriété comportent « cette sorte d'exigence morale qui porte en elle une exigence d'exclusivité (*that sort of moral claim that carries with it claims to exclusivity*) ».

<sup>17</sup> Hans JONAS, *Le principe responsabilité. Une éthique pour la civilisation technologique*, trad. J. GREISCH, Champs Flammarion, Paris 1998, p. 65-67.

<sup>18</sup> Voir la déclaration universelle sur le génome humain et les droits de l'homme, de l'Unesco, du 11 novembre 1997, sur le génome humain comme « patrimoine de l'humanité », en tant qu'il « sous-tend l'unité fondamentale de tous les membres de la famille humaine ».

<sup>19</sup> Hans JONAS, *op. cit.*, p. 89.

<sup>20</sup> Henri TORRIONE, « Peut-on se passer de la notion de bien dans la pensée juridique et politique ? » in *État et bien commun*, A. Gavric, G.W. Sienkiewicz (Édit.), 2007, p. 1-60.

sur « les obligations unilatérales induites par l'asymétrie du pouvoir<sup>21</sup> », par exemple, dit-il, dans la situation de la mère qui prend conscience « qu'elle peut accomplir des choses qui ont un impact sur la vie de l'enfant et que l'enfant lui-même ne peut faire » (p. 256). Suivant Sen, « la raison qu'a la mère d'aider l'enfant, selon ce mode de pensée, n'est pas à rechercher dans les récompenses de la coopération, mais justement dans la conscience qu'a la mère de cette asymétrie : ses actes feront une différence énorme pour la vie de l'enfant et celui-ci ne peut les effectuer lui-même » (p. 256). Sen précise que ce n'est pas parce qu'une personne « a le pouvoir d'effectuer un changement dont elle remarque qu'il réduira l'injustice dans le monde » (p. 255) qu'il y a pour cette personne « injonction à agir » (p. 256). Mais cette situation particulière – une action pouvant être librement entreprise est accessible à une personne sans grand effort, et l'action créera une situation plus juste pour d'autres – va « offrir au raisonnement impartial [sur la justice] un important fondement qui dépasse largement la motivation du bénéfice mutuel » (p. 257).

Le lecteur a compris de ce qui précède que A. Sen donne une réponse négative à une question qu'il pose en ces termes : « Le bénéfice mutuel [c'est la position de l'utilitarisme] et la réciprocité [c'est la position de la tradition de pensée du contrat social] sont-ils nécessairement les fondements du raisonnable en politique ?<sup>22</sup> ». D'une part en effet, dit Sen, ce qui est « fondé sur la symétrie et la réciprocité n'est pas la seule base possible pour penser le comportement raisonnable à l'égard des autres » (p. 257). D'autre part, « le comportement raisonnable [...] n'est pas toujours lié à la coopération mutuellement profitable, donc à une logique de l'avantage personnel » (p. 256-257). La « détention du pouvoir effectif [alors qu'un bien est en jeu] et les obligations unilatérales qu'il induit peuvent aussi offrir au raisonnement impartial un important fondement qui dépasse largement la motivation du bénéfice mutuel » (p. 257). Il s'agit de l'asymétrie du pouvoir, et de la responsabilité que cela entraîne, « en proportion exacte de cette asymétrie de pouvoir » (p. 257).

Dans l'article de 2007, j'analysais la position de Gilbert Hottois en faveur de la modification du patrimoine génétique transmissible à la descendance et du transhumanisme et indiquais que la justification donnée par Hottois (la soi-disant nature contractuelle du droit – le droit n'est que symétrie des relations et réciprocité – et l'absence de contrat social avec les générations futures) est une très mauvaise justification. Cette position exclut, pour des raisons idéologiques, que la détention d'un pouvoir effectif puisse entraîner des obligations strictes. Cette position écarte d'emblée toute recherche de ce qui est matériellement justifié (*sachgerecht*), selon l'expression utilisée fréquemment par le Tribunal fédéral (voir *infra* note 32), toute prise en compte des caractéristiques de la situation en cause (le caractère asymétrique du pouvoir en cause et le fait qu'un bien est en jeu). Et j'expliquais dans cet article la position très intéressante de Jürgen Habermas<sup>23</sup>, opposée à celle de Hottois, Habermas prenant parti pour Hans Jonas dans cette dispute. La position d'Habermas illustre bien le travail de la raison pratique dans le contexte d'un raisonnement impartial sur ce qui

<sup>21</sup> Amartya SEN, *op. cit.*, p. 257.

<sup>22</sup> *Ibid.*, p. 255, à la fin d'une section intitulée « Le raisonnement contractuel et sa portée ».

<sup>23</sup> Jürgen HABERMAS, *L'avenir de la nature humaine. Vers un eugénisme libéral ?*, trad. Ch. BOUCHINDHOMME, Paris, Gallimard, 2002.

est matériellement justifié (*sachgerecht*) dans la situation en cause, sur ce qui est adéquat aux caractéristiques objectives de la situation (y compris, parmi ces caractéristiques, la dimension asymétrique du pouvoir des technologies en cause et l'impuissance des générations futures par rapport à des modifications génétiques qui pourraient affecter négativement ce qu'elles seront). Bien que toute sa philosophie soit consacrée au développement et à l'approfondissement du droit dans une optique contractualiste, c'est-à-dire « à cette symétrie des relations » à laquelle il rattache la dignité humaine elle-même (p. 55), Habermas relève qu'une telle conception ne doit pas nous « boucher la vue » (p. 65). Elle ne doit pas nous faire oublier que l'instrumentalisation de l'espèce humaine à laquelle les biotechnologies peuvent donner lieu peut porter atteinte à cet univers de relations et d'interactions interpersonnelles dans lesquelles les sujets de droit s'adressent les uns aux autres ces commandements et ces interdictions qui sont au cœur de l'origine de la morale selon Habermas.

Si l'on utilise les expressions de A. Sen pour décrire le raisonnement d'Habermas, on peut affirmer qu'Habermas, dans un effort pour développer un « raisonnement impartial<sup>24</sup> », a écarté le « cadre limité et limitant du contractualisme » (p. 10). On peut également soutenir qu'il a pleinement reconnu que le caractère asymétrique d'un pouvoir – une caractéristique importante de la situation qu'il examinait – génère des obligations qui ne sont fondées que sur le fait qu'elles apparaissent matériellement justifiées (*sachgerecht*) : il y a donc d'autres obligations que celles qui tiennent « à cette symétrie des relations ». On peut en outre dire qu'Habermas a pleinement admis que « la question de la réalité se pose » (p. 481) et qu'il faut écarter toute approche « idéaliste ». Habermas a en effet considéré que l'on ne peut pas faire comme si cet univers de relations réciproques – et la dignité humaine et la compréhension de nous-même qui en résultent – était « un royaume des fins dans un au-delà nouménal<sup>25</sup> », c'est-à-dire allait de soi quoi que l'on fasse. Pour Habermas, contrairement à Kant, tout cela relève de « constructions fragiles », « ne tombe pas du ciel comme une propriété revenant à des êtres intelligibles » (p. 56). C'est précisément le désir d'Habermas de présenter une version « détranscendalisée » de la volonté libre de Kant qui l'amène à souligner la vulnérabilité fondamentale de tout le monde de la symétrie des relations, et en conséquence l'existence d'une responsabilité, d'une obligation de responsabilité, qui n'est pas nécessairement l'image inversée du droit de quelqu'un d'autre, qui échappe donc à la « symétrie des relations » caractéristique de la tradition de pensée du contrat social. Habermas va même jusqu'à se référer dans une note 25 au chapitre 2 de son livre (p.170) à une philosophe aristotélicienne très proche d'Amartya Sen, Martha Nussbaum, qui reprochait précisément à Kant d'avoir, contrairement à Aristote, méconnu la vulnérabilité humaine et la nécessité de protéger adéquatement ce qui a besoin de protection (Kant a commis une erreur, selon elle, en distinguant absolument « l'existence intelligible et l'existence corporelle de l'être agissant », et c'est pour lui une erreur nécessaire, car c'est la seule façon de faire disparaître toute référence à des biens humains).

<sup>24</sup> Amartya SEN, *L'idée de justice*, traduit par Paul Chelma, Paris, Flammarion, 2009, p. 257.

<sup>25</sup> Jürgen HABERMAS, *op. cit.*, p. 61.

Le fait que des philosophes aussi différents qu'Habermas et Jonas s'orientent tous les deux vers l'idée d'une obligation qui n'est pas l'image inversée du droit de quelqu'un d'autre devrait, me semble-t-il, nous inciter à entreprendre une réflexion approfondie sur les conceptions de la justice et du droit. C'est ce que fait Michaël Wygoda, et il est sans doute juste de souligner le contraste entre une approche démocratique moderne qui met l'accent sur les droits de l'homme et une vision religieuse qui le met au contraire sur les obligations et les devoirs de l'homme. Mais cette différence, quoique bien réelle, ne doit pas nous faire passer à côté d'une autre opposition : la conception de la justice et du droit qui met l'individu et ses droits au centre de la question de la justice et du droit, au point de faire de la liberté individuelle le principe de la justice et du droit, son idée pure – la position de la tradition de pensée du contrat social, l'idée de la symétrie des relations – s'oppose en effet non seulement à une vision religieuse qui met au premier plan les devoirs de l'homme, mais aussi à une autre conception de la justice et du droit – une conception de la justice et du droit aussi laïque que celle du contrat social, mais qui n'identifie pas le juste à la réciprocité, à la symétrie des relations, mais au raisonnable dans la situation en cause.

Comme on va le voir, cette autre conception de la justice et du droit ne place pas les droits avant les obligations, ni non plus les obligations et la loi avant les droits, mais part de quelque chose d'antérieur : l'adéquation d'une solution aux caractéristiques de la situation en cause, plus précisément le travail de la raison pratique dans le contexte d'un raisonnement impartial sur ce qui est adéquat aux caractéristiques objectives de la situation en cause, donc le raisonnable lui-même dans la situation en cause. Selon cette autre conception de la justice et du droit il y a là quelque chose qui s'impose de lui-même. Voilà pourquoi il y a des obligations qui ne sont pas l'image inversée du droit de quelqu'un d'autre. Cela est vrai aussi bien dans le contexte d'interactions – justice commutative – que dans celui de distributions – justice distributive. C'est ce que nous avons voulu dire dans les premières lignes de ce texte, quand nous avons parlé d'une approche de la solidarité moins ambitieuse que celle qui la fait reposer sur un idéal de fraternité ou sur la loi : il s'agit de l'approche qui fait reposer l'obligation de solidarité sur les considérations d'équité qui s'imposent dans certaines situations de distribution.

### III. Une conception de la justice et du droit qui n'est ni contractuelle ni utilitariste

S'intéresser à une autre conception suppose que l'on a d'abord accepté l'hypothèse d'une pluralité de conceptions de la justice et du droit distinctes de l'utilitarisme, au moins deux, très différentes entre elles : celle qu'Amartya Sen critique comme de l'institutionnalisme transcendantal dans son livre *L'idée de justice*, c'est-à-dire la tradition de pensée du contrat social, et celle qui le conduit à adresser cette critique à Hobbes, Rousseau, Kant ou Rawls – comme on l'a vu plus haut, il y fait allusion en parlant du recours, dans cette autre conception, au mécanisme du "spectateur impartial" d'Adam Smith, pour les jugements portés sur les situations sociales. La conception de la justice et du droit soutenue par Amartya Sen est une tradition de pensée qui défend l'idée que tout jugement de justice correct est la « détermination de ce qui est juste » dans le cas ou dans la situation en cause, et qui identifie le droit au



juste ainsi déterminé<sup>26</sup>. Cette philosophie de l'activité judiciaire, qui n'a rien de commun avec l'École de droit naturel moderne de Grotius et ses successeurs, avec laquelle on la confond parfois, vise ainsi essentiellement la détermination de ce qui est *matériellement* juste (*sachgerecht*) dans le cas ou dans la situation en cause, donc une détermination de la solution adéquate aux circonstances du cas particulier ou aux caractéristiques objectives de la situation à régler. Les libéraux qui défendent la conception de la justice mise en avant dans la tradition de pensée du contrat social, ou parfois celle de l'utilitarisme, semblent ne pas pouvoir admettre l'idée d'une réelle pluralité des conceptions de la justice et du droit. Comme le relève Jeremy Walton, des gens aussi avisés que John Rawls, quand ils ont souligné qu'il fallait partir du juste et pas du bien – en raison de la multiplicité des conceptions du bien et des désaccords des hommes à ce propos –, n'ont pas vu qu'il y a aussi plusieurs conceptions du juste<sup>27</sup>. Ils se sont efforcés d'en imposer une – celle selon laquelle le juste est par essence la symétrie des relations –, comme la justice au sens absolu, sans réelle discussion à ce sujet.

Pour faire avancer les choses et abattre ces préjugés, Amartya Sen s'en prend vigoureusement non seulement aux conceptions utilitaristes, mais aussi, et même surtout, à la conception de la justice du courant contractualiste, en particulier à cette idée, caractéristique du libéralisme, qui consiste à penser la justice et le droit exclusivement à partir de la liberté hobbesienne de faire ce que l'on a la volonté et le pouvoir de faire, une liberté elle-même identifiée à l'absence par principe – « dans un état de nature », avant la mise en place du contrat social – de toute interférence

<sup>26</sup> Saint THOMAS d'AQUIN (*Somme théologique*, II-II, question. 60, article. 1, trad. fr. Les éditions du Cerf, T. III, Paris 1999, p. 398) explique ainsi, en effet, la puissance de ce que A. SEN appelle « les jugements de justice » : c'est un jugement qui, dans les cas les meilleurs, « comporte une détermination exacte de cela même qui est juste » (*judicium [...] importat rectam determinationem ejus quod est justum*), « c'est-à-dire du droit » (*sive juris*). Il faut comprendre cette détermination comme le terme d'une recherche qui se fait de façon dialectique, à travers la confrontation des positions et des arguments. Il s'agit de déterminer, à travers cette recherche, quelle est la solution adéquate dans le litige en cause, compte tenu des caractéristiques objectives de la situation.

<sup>27</sup> Jeremy WALDRON commence son livre en affirmant : « Nous sommes nombreux, et en désaccord entre nous à propos de la justice. En d'autres termes, le désaccord entre nous ne porte pas seulement sur l'existence de Dieu et la signification de la vie... (*There are many of us, and we disagree about justice. That is, we not only disagree about the existence of God and the meaning of life...*) ». Selon Waldron, « c'est rare de trouver un philosophe tentant de faire face aux désaccords à propos de la justice dans le contexte de sa propre théorie politique (*it is rare to find a philosopher attempting to come to terms with disagreements about justice within the framework of his own political theory*) » (*Law and Disagreement*, Oxford, Oxford University Press, 1999). Et Patrick Neal note que la position de la tradition du contrat social va plus loin dans cet aveuglement à l'égard des désaccords en matière de justice : Rawls refuse même d'accepter que « des gens raisonnables de bonne volonté s'opposent entre eux à propos de ce que la justice exige d'eux (*reasonable people of good will disagree about what justice requires of us*) », et voit de la mauvaise foi dans les oppositions à ce qu'il présente comme la justice (« *Political liberalism, Public Reason, and the Citizen of Faith* », dans Robert P. GEORGE et Christopher WOLFE (éd.), *Natural Law and Public Reason*, Washington D.C., Georgetown University Press, 2000, p. 178-179.

externe : loi, obligation, devoirs, lien, contrat, etc. Dans une phrase à la tonalité semblable à celle des critiques qu'adresse Aristote à l'absolutisme platonicien, Sen relève que « la définition d'une justice sans tache, même si elle devait émerger clairement, n'apporterait aucune indication sur la façon de comparer et de classer divers écarts par rapport à son éclat immaculé<sup>28</sup> ». Il s'oppose, dans ses critiques détaillées de l'approche transcendantale propre au courant contractualiste, au « choix de l'absolu, du juste transcendantal, plutôt que des relatifs "meilleur" et "le meilleur" » (p. 135). Il privilégie en effet une approche capable d'« effectuer des évaluations comparatives » et de « prendre en compte les réalisations sociales » (p. 102). Il souligne que c'est précisément « l'approche comparative qui est au cœur de la discipline analytique de la « théorie du choix social » inaugurée au XVIII<sup>e</sup> siècle par Condorcet et d'autres mathématiciens français (p. 42). L'impartialité dans l'approche comparative des situations sociales est centrale ; il se réfère, comme on l'a dit au « spectateur impartial » d'Adam Smith, à « une approche ancienne ... de très grande portée » (p. 72), commune à des auteurs comme Condorcet, Wollstonecraft, Bentham, Marx, Mill (p. 33), qui « examinent longuement les situations sociales qui émergent dans la réalité, afin d'évaluer ce qui se passe et de savoir si les dispositifs peuvent ou non être considérés comme justes. » (p. 119).

Cette méthode d'approche des situations sociales en vue de leur évaluation comparative, telle que la met en évidence Amartya Sen, s'apparente beaucoup à la méthode de pensée utilisée par les juges quand ils tranchent les affaires qui leur sont soumises, en particulier lorsqu'il n'y a pas de règles légales claires ou de précédents jurisprudentiels à disposition. C'est à cette méthode que se réfère le droit romain, à travers l'affirmation que *jus non ex regula sumatur, sed ex jure quod est regula fiat*<sup>29</sup>, et c'est cette méthode qui continue de jouer un rôle important aujourd'hui dans la pratique du droit où l'idée d'Aristote « qu'aller vers le juge c'est aller vers le droit<sup>30</sup> » joue un rôle croissant, notamment avec l'abandon du légicentrisme et la mise en place dans les pays européens, dans les années 1950, de cours suprêmes plus ou moins sur le modèle américain, comme la Cour européenne des droits de l'homme, la Cour de justice de l'Union européenne, etc.

En Suisse, le Tribunal fédéral (TF) a expliqué en quoi consiste cette méthode lorsqu'il a commenté l'article 4 du Code civil suisse, qui demande au juge de se prononcer en équité « lorsque la loi réserve son pouvoir d'appréciation ou qu'elle le charge de se prononcer en tenant compte soit des circonstances, soit de justes motifs ». Il l'a fait de la façon suivante : « Le juge doit apprécier d'une manière objective tous les éléments pertinents [du cas ou de la situation en cause] et rechercher la solution adéquate aux circonstances spéciales du cas particulier [ou de la situation en cause]<sup>31</sup> ».

<sup>28</sup> Amartya SEN, *op. cit.*, p. 135.

<sup>29</sup> *Corpus Juris Civilis, Digeste*, 50.17.1 (Paul) : « Le droit ne se prend pas de la règle, mais c'est à partir du droit, qui est, que la règle est produite ».

<sup>30</sup> ARISTOTE, *Éthique à Nicomaque*, traduit par Jules Tricot, Vrin, 3<sup>ème</sup> éd., Paris 1972, V.7, 1132a20, p. 235.

<sup>31</sup> ATF 101 Ia 545, JDT 1976 I 605.

La justice comme équité conduit ainsi, selon le TF, à la *Sachgerechtigkeit*<sup>32</sup>. Cette position du TF sur « rechercher la solution adéquate », découvrir ce qui est *sagerecht*, objectivement justifié, implique de la part du TF une conception de la justice et du droit qui les identifie à un résultat final correct, à une conséquence – *an outcome-oriented conception of justice*, selon l'expression de Martha Nussbaum<sup>33</sup>. Il s'agit de la justice au sens du mot « justice » lorsqu'il est utilisé dans l'expression « rendre justice », c'est-à-dire la justice – le droit – qui existe concrètement entre les parties concernées par un jugement après que justice a été rendue et que la décision a été mise en œuvre. Ce point de vue traite le droit et la justice comme étant en quelque sorte un fait, « le fait réel d'une relation juste entre les hommes agissant en société »<sup>34</sup>. C'est la recherche laborieuse de la solution adéquate aux circonstances du cas particulier ou aux caractéristiques objectives de la situation générale à régler<sup>35</sup> ; cela exige en effet un examen attentif des circonstances et des caractéristiques présentes dans l'affaire à juger, et le droit est, dans cette perspective, non pas ce que Sen appelle un « juste transcendantal » – il utilise cette expression pour critiquer la tradition de pensée du contrat social –, mais ce qui est matériellement justifié au regard des circonstances du cas ou des caractéristiques de la situation, en comparaison d'autres situations ou en comparaison d'autres solutions dans des situations semblables. On va y revenir plus bas.

Bien sûr, dans une telle approche l'appréciation portée sur le caractère plus ou moins adéquat de telle solution par rapport à telle autre, donc un jugement de valeur ou d'estimation à propos de la situation et de sa solution, joue un rôle central. Dans son ouvrage de 2009, Amartya Sen soutient qu'il y a une objectivité possible dans le domaine des jugements, même lorsque c'est le jugement lui-même qui constitue la détermination de ce qui est juste<sup>36</sup>. Selon lui, sont possibles – sans identification préalable des exigences de la justice parfaite, sans donc ce « jeu unique de principes de justice » au centre des préoccupations des positivistes, des contractualistes, des kantien, des partisans de la loi naturelle et aussi de ceux qui pensent que tout tient à la mise en œuvre de l'ensemble des droits individuels<sup>37</sup> –, non seulement « des diagnostics d'injustice »<sup>38</sup>, « l'identification d'une injustice réparable »<sup>39</sup>, des

<sup>32</sup> Voir l'analyse de la notion de justice matérielle (*Sachgerechtigkeit*) dans mon article de 2017 (*Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, Beihefte 154, Stuttgart 2017, p. 173-224), p. 193-206.

<sup>33</sup> Martha NUSSBAUM, *Frontiers of Justice*, 2002, p. 82.

<sup>34</sup> André de MURALT, *L'unité de la philosophie politique, de Scot, Occam et Suarez au libéralisme contemporain*, 2002, p. 87.

<sup>35</sup> J'ai exposé les analyses d'ARISTOTE sur le droit (le chapitre V de l'*Éthique à Nicomaque*) dans un article de 2011 (*Revue de droit suisse* 129 (2010), p. 131-161, intitulé « Justice distributive aristotélécienne en droit fiscal selon la jurisprudence du TF : une étude de philosophie du droit sur la notion de *Sachgerechtigkeit*, qui commente un arrêt du Tribunal fédéral dans lequel la référence à la justice aristotélécienne est explicite.

<sup>36</sup> Je reprends l'expression de THOMAS d'AQUIN, citée *supra* note 26.

<sup>37</sup> Amartya SEN, *op. cit.*, p. 132.

<sup>38</sup> *Ibid.*, p. 12.

<sup>39</sup> *Idem.*

« jugements de justice<sup>40</sup> », mais aussi « l'évaluation des réalisations sociales<sup>41</sup> » et « des comparaisons entre des degrés de justice et d'injustice relatives<sup>42</sup> ». Un philosophe des sciences, Hilary Putnam, a soutenu les recherches d'Amartya Sen sur l'objectivité possible des jugements de justice en décrivant ce qu'il a appelé *The Collapse of the Fact/Value Dichotomy and other Essays*<sup>43</sup> dans le domaine des sciences, par exemple en physique contemporaine.

Amartya Sen affirme même que « en ce qui concerne le postulat tenant cet exercice comparatif pour impossible tant que n'ont pas été préalablement identifiées les exigences de la justice parfaite, on peut démontrer qu'il est erroné de façon générale<sup>44</sup> ». D'ailleurs, dit-il, « on voit mal comment le diagnostic de perfection dans les cadres de pensée de Hobbes... ou Rousseau pourraient nous conduire à des conclusions concluantes entre des options imparfaites<sup>45</sup> ». En matière de justice, tout tient, selon Sen, à « une appréciation raisonnée<sup>46</sup> », à « l'impartialité dans le débat public ouvert<sup>47</sup> », au travail de « la raison pratique sur la justice », au « débat argumenté<sup>48</sup> ». Dans cette perspective, dit-il, « raisonner et examiner la question impartialement est essentiel<sup>49</sup> ». Selon Sen, « il y a des arguments forts pour abandonner » toutes les approches de la justice qui la tiennent pour un simple sentiment subjectif quand on y a recours indépendamment d'un *corpus* de normes préalablement données ou posées<sup>50</sup>. Sen critique en particulier la forme principale qu'a prise cette approche de la justice : la tradition contractualiste de la justice, dans des philosophies comme celle de Hobbes, Rousseau, Kant ou Rawls. Selon lui, « la tradition du contrat social ... finit par fonctionner en partie comme un obstacle à la raison pratique sur la justice<sup>51</sup> ». Sen critique la croyance qu'il n'y a pas de jugement possible si des critères formels ne sont pas préalablement donnés. C'est la position de Kant<sup>52</sup>. Elle est partagée par des positivistes comme Kelsen et tous ceux qui pensent que le contenu du droit « reflète simplement, si l'on va au fond des choses, l'état volitionnel du [législateur ou du juge]<sup>53</sup> » ; elle est aussi partagée par des jusnaturalistes comme Grotius qui voient le critère du droit dans sa conformité à un en-soi, souvent une idée claire et

<sup>40</sup> *Ibid.*, p. 13.

<sup>41</sup> *Ibid.*, p. 484.

<sup>42</sup> *Ibid.*, p. 30.

<sup>43</sup> Hilary PUTNAM, *The Collapse of the Fact/Value Dichotomy and other Essays* Harvard University Press, 2002.

<sup>44</sup> Amartya SEN, *op. cit.*, p. 14.

<sup>45</sup> *Ibid.*, p. 132.

<sup>46</sup> *Ibid.*, p. 22.

<sup>47</sup> *Ibid.*, p. 485.

<sup>48</sup> *Ibid.*, p. 14.

<sup>49</sup> *Ibid.*, p. 15.

<sup>50</sup> *Ibid.*, p. 485.

<sup>51</sup> *Ibid.*, p. 486.

<sup>52</sup> Pour Kant, la justice distributive aristotélicienne n'est pas du droit « proprement dit (strict) », et un juge ne peut pas se prononcer car ce serait décider « selon des conditions indéterminées ». Voir : KANT, *Métaphysique des mœurs II, Appendice à l'introduction à la doctrine du droit*, I, trad. Alain Renaut, Flammarion, Paris 1994, p. 22.

<sup>53</sup> Hilary PUTNAM, *op. cit.*, p. 17.

distincte<sup>54</sup>. A. Sen va dans une tout autre direction avec sa conception du travail de la raison pratique et des jugements en matière de justice. Son approche l'amène à tout centrer sur la prise en compte de la réalité des situations. On l'a vu plus haut quand on a examiné ses explications sur « les obligations unilatérales induites par l'asymétrie du pouvoir » dans une situation d'interaction qui ne laisse aucune place à la réciprocité<sup>55</sup>. Ce sont d'ailleurs des situations de ce genre que relève ce qui est analysé par Jonas et par Habermas quand ils formulent, comme on l'a vu plus haut, l'idée d'une obligation qui n'est pas l'image inversée du droit de quelqu'un d'autre. On va voir plus bas que cela est vrai non seulement dans ce type de situations – des situations d'interaction –, mais aussi dans les situations de distribution – les questions de solidarité relèvent en effet de questions de distribution, y compris la solidarité de plusieurs débiteurs pour une même dette, dont parlent les juristes.

Sen rappelle l'existence de ce qu'il appelle une autre tradition au sein des Lumières, une tradition de pensée qui ne part pas de l'idée que les appréciations sur les situations et les jugements de valeur sont toujours subjectifs, contrairement aux jugements de fait. C'est une tradition qui rejette l'idée qu'entre jugements de fait et jugements de valeur, il n'y a pas seulement une différence, mais un fossé infranchissable. À ce propos, A. Sen écarte la position de Hume sur la raison comme servante des passions en indiquant que « Adam Smith n'était pas de cet avis, même si, comme Hume, il jugeait les émotions importantes et influentes... »<sup>56</sup>. Sen consacre toute une section à l'étude du « spectateur impartial » selon Adam Smith en matière de jugements de justice, en particulier au point central souligné par Smith, l'importance de regarder nos sentiments « à une certaine distance de nous-mêmes »<sup>57</sup>. Il insiste en termes très fermes sur le fait que le transcendantalisme kantien n'est pas la seule façon de comprendre en quoi peut consister l'objectivité des jugements pratiques : « Si Rawls expose une façon de penser l'objectivité des jugements portant sur la justice, Adam Smith, en invoquant le spectateur impartial, en avance une autre »<sup>58</sup>. Dans cette autre tradition au sein des Lumières, il y a plusieurs théoriciens qui, dit Sen, « à l'opposé de l'institutionnalisme transcendantal ... ont adopté toute une série d'approches comparatives qui se préoccupaient des réalisations sociales... Ce qui intéressait souvent au premier chef ces adeptes de la comparaison entre réalisations, c'était d'éliminer certaines injustices manifestes du monde qu'ils avaient sous les yeux »<sup>59</sup>. Dans cette perspective, selon Sen, « un des impératifs d'une théorie de la justice est d'utiliser la

<sup>54</sup> Ce préjugé est en effet commun au volontarisme occamien et à la doctrine scotiste (Duns Scot a été une source d'inspiration pour Guillaume Occam) de « l'objet comme *esse representatum* », une doctrine reprise dans « les notions cartésienne, spinoziste, leibnizienne... », de l'idée de l'entendement humain : « [ce] dont le sujet prend connaissance de la manière naturellement la plus immédiate », c'est « ce qui est, dans l'âme, représenté en tant que tel », l'*esse objectivum* de la chose (André de MURALT, *L'Enjeu de la philosophie médiévale. Études thomistes, scotistes, occamiennes et grégoriennes*, E. J. Brill, 1991, p. 29-31).

<sup>55</sup> Amartya SEN, *op. cit.*, p. 257.

<sup>56</sup> *Ibid.*, p. 78.

<sup>57</sup> *Ibid.*, p. 71-74.

<sup>58</sup> *Ibid.*, p. 71-72.

<sup>59</sup> *Ibid.*, p. 32.

raison pour diagnostiquer la justice et l'injustice<sup>60</sup> ». Il s'agit vraiment d'une tradition qui reconnaît aux jugements de justice une puissance de discernement, s'agissant de la solution adéquate, du matériellement juste dans le cas ou dans la situation en cause.

Il faut toutefois être conscient, selon Amartya Sen, que « les évaluations en termes de justice peuvent être tout sauf évidentes<sup>61</sup> », et que « ce qui plaide pour l'examen argumenté n'est pas qu'il constitue un moyen infallible d'atteindre la vérité parfaite – il n'en existe probablement pas –, mais qu'il nous permet d'être aussi objectif qu'il est raisonnablement possible de l'être<sup>62</sup> ».

Selon Sen,

« un des grands soucis méthodologiques d'Adam Smith est de préconiser l'usage d'une gamme très variée de points de vue et de perspectives fondés sur des expériences diverses, très éloignées ou très proches, au lieu de se contenter de joutes – réelles ou supposées – avec des interlocuteurs de même milieu social, de même origine culturelle, qui ont le même type d'expérience, de préjugés et de convictions sur ce, qui est raisonnable ou non<sup>63</sup>. »

Smith insiste sur l'obligation, si l'on veut bien raisonner, d'éviter le localisme « que fait courir la négligence des voix venues d'ailleurs<sup>64</sup> ». Selon Smith, dit Sen, il faut tenir compte de ces voix et points de vue extérieurs « parce que l'objectivité exige un examen sérieux et l'intégration de points de vue différents provenant d'autres horizons et reflétant l'influence d'autres expériences empiriques. Un point de vue différent interroge, et, s'il apparaît souvent que sa question mérite d'être écartée après mûre réflexion, ce n'est pas systématiquement le cas. Nous vivons dans un monde local de croyances immuables et de pratiques spécifiques, où l'étroitesse d'esprit menace<sup>65</sup> ».

Il y a un autre aspect dans l'approche de Smith et de Sen, qui contribue aussi à mettre en valeur l'aspect positif du débat et de la controverse. C'est la thèse de l'incomplétude de toute approche de la justice. Si large que soit l'examen critique, si riche que soit la diversité de points de vue qui s'expriment et qui sont examinés, les principes qui survivront à l'examen « ne constituent pas forcément un ensemble unique<sup>66</sup> ». Sen soutient en effet la thèse d'une incomplétude – pas seulement provisoire – de toute approche de la justice : « Je soutiens que des positions contraires peuvent survivre simultanément sans qu'il soit possible, par une chirurgie radicale de toutes les ranger dans une boîte d'exigences complètes et bien assorties...<sup>67</sup> ». Suivant Sen, Smith a attaqué

« les écoles de pensée qui affirment, implicitement ou explicitement, qu'il faut en dernière analyse ramener toutes les valeurs distinctes à une source unique qui fonde leur importance. La quête de cette source est en partie

<sup>60</sup> *Ibid.*, p. 29.

<sup>61</sup> *Idem.*

<sup>62</sup> *Ibid.*, p. 67.

<sup>63</sup> *Ibid.*, p. 72.

<sup>64</sup> *Ibid.*, p. 170.

<sup>65</sup> *Idem.*

<sup>66</sup> *Ibid.*, p. 73.

<sup>67</sup> *Idem.*

stimulée par la peur panique de l'"incommensurabilité" – de l'irréductibilité d'objets de valeur distincts... [Mais] cette angoisse fait oublier que la quasi-totalité des appréciations effectuées dans la vie courante consistent à classer par ordre de priorité et d'importance des préoccupations distinctes<sup>68</sup>. »

Selon Sen,

« ceux qui assurent que les êtres humains ne peuvent parvenir à déterminer ce qu'il faut faire que si, d'une façon ou d'une autre, toutes les valeurs sont réduites à une et à une seulement, sont évidemment à l'aise quand il s'agit de compter... mais pas de juger<sup>69</sup>. »

Cela signifie, selon Sen, qu'une théorie de la justice, même complète, ne peut nous donner qu'« un classement incomplet des options entre lesquelles il faut choisir ». Cela signifie aussi qu'« un classement partiel qui fait consensus nous dit sans ambiguïté quelque chose sur certains sujets et reste muet sur d'autres<sup>70</sup> ». En conséquence, « les débats sur la justice – s'ils doivent toucher à des questions pratiques – ne peuvent porter que sur des comparaisons<sup>71</sup> ».

#### IV. L'objet propre des jugements de justice dans cette conception, c'est la solution adéquate dans le cas en cause, ce qui est matériellement juste, équitable, égal

Pour qu'on comprenne comment est conçue une obligation qui n'est pas l'image inversée du droit de quelqu'un d'autre, et pour qu'on puisse montrer comment la solidarité peut résulter de ce type d'obligation, il nous faut encore préciser que l'objet propre des jugements de justice, dans cette conception, n'est pas constitué par les droits, ni par les obligations, ni par les droits et les obligations ensemble – par cette « cette symétrie des relations », selon l'expression d'Habermas –, ni non plus par des normes, mais par une autre dimension, antérieure aux droits, aux obligations et aux normes. Il s'agit du matériellement juste dans le cas ou dans la situation en cause, de la justesse du rapport juridique, de ce que Michel Villey désignait comme le droit « au sens majeur du mot<sup>72</sup> » et Thomas d'Aquin comme *jus sive justum*<sup>73</sup>.

Pour expliquer en quoi consiste l'objet des jugements de justice, nous partons de la façon dont se présente cette dimension dans la pratique du droit en Suisse, concrètement, dans le traitement des cas par les tribunaux. Puis nous présentons l'analyse de philosophes du droit à ce sujet, c'est-à-dire à propos de ce qui constitue l'objet même des jugements de justice. On va partir de la jurisprudence de la plus haute juridiction en Suisse. Selon le TF, « le principe de l'égalité de traitement », qui est formulé dans la Constitution à l'art. 8, et qui donc fait manifestement partie du

<sup>68</sup> *Ibid.*, p. 468-469.

<sup>69</sup> *Ibid.*, p. 469.

<sup>70</sup> *Ibid.*, p. 472.

<sup>71</sup> *Ibid.*, p. 475.

<sup>72</sup> Michel VILLEY, *Philosophie du droit. Définition des fonctions du droit. Les moyens du droit*, Réédition, Paris 2001, p. 53.

<sup>73</sup> THOMAS d'AQUIN, *Somme théologique*, II-II, question 57, article. 2, trad.fr., t. III, Paris, Cerf, 1999, p. 379.

droit positif, « a aussi pour fonction de sauvegarder une justice matérielle minimale<sup>74</sup> ». La justice matérielle minimale est ainsi un élément du droit positif, une dimension que les juges doivent nécessairement prendre en considération lorsqu'ils tranchent les affaires qui leur sont soumises. La méthode à utiliser, quand cette dimension centrale du droit est en jeu dans un cas, est présentée de façon extrêmement précise par ce même tribunal – comme on l'a dit plus haut, il s'agit pour le juge d'« apprécier d'une manière objective tous les éléments pertinents et rechercher la solution adéquate aux circonstances spéciales du cas particulier<sup>75</sup> ». Cette méthode n'implique donc pas de déduction à partir de la loi, ni à partir de droits originaires qui découleraient de la nature de l'homme et/ou du contrat social. Dans certaines décisions, quand la nature de l'affaire l'exige, notamment dans les hypothèses visées par l'art. 4 du Code civil, le TF et la doctrine traitent expressément cette dimension comme le droit positif applicable. Ainsi, P.-H. Steinauer, un commentateur reconnu en matière de Code civil, précise qu'en droit privé suisse il « ne faut [...] pas opposer droit et équité, mais plutôt voir l'équité comme étant l'expression du droit dans les hypothèses de l'art. 4<sup>76</sup> ». De son côté, le TF a affirmé dans une décision de 1976, reprise constamment ensuite, que « le point de savoir si une loi [...] 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<sup>77</sup> ».

Voyons maintenant comment Amartya Sen et certains autres philosophes ont présenté et analysé l'objet propre des jugements de justice. Nous allons voir qu'il y a convergence avec l'approche pratique du TF : ce qui constitue cet objet, ce ne sont pas d'abord des droits ou des obligations ni non plus des normes.

Amartya Sen va, comme on le sait, s'opposer à Rawls, mais avant de le faire il reconnaît tout ce qu'on doit à Rawls pour avoir souligné dans un article de 1958 l'importance de partir en philosophie du droit du « sens usuel de la justice, selon lequel on vise essentiellement l'élimination des distinctions arbitraires<sup>78</sup> ». Partir de la justice entendue dans ce sens c'est selon Amartya Sen l'idée fondatrice de Rawls, et c'est en raison de cette idée qu'Amartya Sen a continué de considérer Rawls comme son maître, au moment même où Amartya Sen affirmait pourtant que « certaines poutres maîtresses de la théorie rawlsienne [lui] paraissent...gravement défectueuses<sup>79</sup> ». Selon Sen, le mérite de Rawls, avec ce départ basé sur le sens usuel de la justice, « c'est d'avoir trouvé un ancrage solide pour toute la question de la justice<sup>80</sup> ». L'article de Rawls de 1958 dans lequel est développé ce sens ordinaire de la justice (*Justice as Fairness*) a représenté pour le jeune étudiant qu'était Sen, dit-il, « une

<sup>74</sup> ATF 121 I 367, SJ 1996 369, consid. 2b.

<sup>75</sup> *Supra* note 31.

<sup>76</sup> P.-H. STEINAUER, *Le Titre préliminaire du Code civil*, in *Traité de droit privé suisse*, t. II/1, p. 148, Bâle, 2009. Et cet auteur indique que « lorsqu'il exerce son pouvoir d'appréciation selon l'art. 4, le tribunal doit [...] rechercher la décision juste ; son jugement peut donner lieu à recours » (p. 145).

<sup>77</sup> ATF 110 IA 7, consid. 2b, p. 40.

<sup>78</sup> John RAWLS, *Justice as Reciprocity* (1970), in : *Collected Papers*, éd. S. Freeman, Harvard University Press 1999, p. 190-224, p. 191.

<sup>79</sup> Amartya SEN, *op. cit.*, p. 82.

<sup>80</sup> *Idem*.



illumination soudaine que j'aurais du mal à décrire aujourd'hui avec exactitude<sup>81</sup>. Selon Amartya Sen, « la notion la plus essentielle pour bien comprendre la justice est probablement l'idée fondatrice de Rawls : il faut concevoir la justice en termes de *fairness*, d'exigences d'équité<sup>82</sup> ». Selon Sen, dans la vision des choses de Rawls, « la notion d'équité sert vraiment de base, et [Rawls] la tient, en quelque sorte, pour "antérieure" au développement des principes de justice<sup>83</sup> ». Sen va montrer que s'il ne faut pas du tout suivre Rawls sur le développement des principes de justice et la tradition de pensée du contrat social, il faut le suivre en revanche quand il affirme que la recherche de la justice doit être liée à l'idée d'équité – et, en un sens, dériver de cette idée. Sen rajoute : « Ce point crucial ne vaut pas seulement pour sa théorie, il est aussi de première importance pour la plupart des analyses de la justice, dont celle que j'essaie d'exposer dans ce livre<sup>84</sup> ». Selon Sen, l'idée de mettre « l'équité au cœur de la justice... est une affirmation de portée majeure, qui nous mène bien au-delà de la compréhension à laquelle avait abouti la littérature antérieure sur la question de la justice<sup>85</sup> ». Sen mentionne Bentham pour faire comprendre en quoi consiste ce qu'il écarte comme la « littérature antérieure » ; pour Bentham, la justice d'un arrangement des choses ne découle pas de l'équité de l'arrangement, mais de son utilité en termes d'avantages sociaux et économiques.

Qu'est-ce que la justice comme équité ? Amartya Sen, qui écarte totalement, comme on le sait, les développements de Rawls sur les principes de justice, soutient que

« cette idée fondatrice [la justice comme équité] peut revêtir différentes formes, mais en son cœur, on trouvera nécessairement une exigence : évitons d'être partiaux dans nos évaluations, tenons compte des intérêts et préoccupations des autres ; et, notamment, ne nous laissons pas influencer par nos propres intérêts ni par nos priorités, excentricités et préjugés personnels. On peut, à gros traits, concevoir l'équité comme un impératif d'impartialité<sup>86</sup>. »

Sen ne mentionne pas l'analyse par Aristote du droit comme équité dans le Livre V de l'*Éthique à Nicomaque*, dans les chapitres 1 à 7. Dans ce texte, Aristote désigne l'objet propre des jugements de justice par l'expression *τὸ ἴσον*, c'est-à-dire le matériellement égal. Nous renvoyons aux explications pénétrantes d'André de Muralt à ce sujet<sup>87</sup>. Ce dernier souligne « l'origine inductive [de la justice et] du droit » compris au sens d'équité (p. 87). Et il va indiquer que cette dimension qui constitue l'objet même des jugements de justice, et que nous avons mis en évidence dans les paragraphes précédents essentiellement à travers l'activité judiciaire, est à la base de l'activité législative aussi, qui n'est pas tellement, dans cette perspective, une question

<sup>81</sup> *Idem.*

<sup>82</sup> *Ibid.*, p. 83.

<sup>83</sup> *Idem.*

<sup>84</sup> *Idem.*

<sup>85</sup> *Ibid.*, p. 93.

<sup>86</sup> *Ibid.*, p. 84.

<sup>87</sup> André de MURALT, *L'unité de la philosophie politique. De Scot, Occam et Suarez au libéralisme contemporain*, Vrin, 2002.

de volonté comme on le prétend souvent, mais avant tout une question d'intelligence – il s'agit d'« utiliser la raison pour diagnostiquer la justice et l'injustice » des situations sociales<sup>88</sup> – et, précisément, de jugements de justice – la loi est l'expression du jugement que porte le législateur sur le matériellement juste dans la situation qui est examinée, sur la solution adéquate dans cette situation. Comme le dit André de Muralt, le droit pris en ce sens est

« d'abord le fait réel d'une relation [adéquante] des hommes agissant en société, selon les exigences de leur nature intelligente, et ce fait, reconnu inductivement comme tel par l'expérience contrôlée, rectifiée, affirmée des hommes au fil de leur histoire, *jus in causa positum*, constitue le droit naturel objectif, dont il n'est d'exercice ni de formulation que dans la loi posée par le législateur, dans la loi positive par conséquent [...] »,

en particulier dans la loi fondamentale qu'est la constitution (p. 87). Le droit et la justice, et leur formulation dans la loi – la constitution est la loi relative à la structure de base de la communauté politique en question – ne sont pas un « objet de déduction comme dans la perspective du *jusnaturalisme* classique. Selon André de Muralt, le droit « peut être considéré lui aussi comme objet d'induction ; [...] il doit même l'être pour assurer parmi les hommes une justice vivante » (87).

Aristote a caractérisé ce qui fait l'objet des jugements de justice par l'égalité de traitement de cas à cas, en utilisant le mot *τὸ ἴσον* – le matériellement égal – pour le désigner, en l'opposant au normatif *τὸ νόμιμον*<sup>89</sup>. Avec l'expression *τὸ ἴσον*, il ne s'agit pas seulement de suggérer le recours à une norme d'égalité formelle, mais avant tout de renvoyer dans la solution des cas en litige à quelque chose qui tient seulement à l'usage de raisons, d'arguments, à la raison discursive, à la justification matérielle dans le rapport à autrui<sup>90</sup>. En effet, comme le dit S. Kolm : dans une approche raisonnable, même si elle est indépendante de toute norme antérieure, on rejette ce qui *implies a lack of reason – or arbitrariness – which equality only avoids*<sup>91</sup>. Le terme qu'Aristote met au centre de son analyse souligne que c'est dans une perspective d'égalité qu'intervient la recherche de la solution adéquate aux circonstances du cas ou aux caractéristiques de la situation. Ce terme souligne en outre que cette recherche intervient dans un contexte de rapport à autrui. Aristote souligne en effet que la justice implique le rapport à autrui que suppose l'égalité. La justice est pour lui, essentiellement, *πρὸς ἕτερον*, quelque chose qui est « rapport à autrui », qui est « pour autrui<sup>92</sup> ». On ne comprend toute l'importance qu'a donné Aristote à son traité sur le matériellement égal dans ce sens que si l'on se souvient qu'il n'a pas laissé, comme le dit bien Pierre Aubenque dans son article sur *La loi selon Aristote*, « contrairement

<sup>88</sup> Quand Amartya SEN dit cela (*op. cit.*, p. 29), il adopte la position aristotélicienne en matière de justice que Thomas d'Aquin développera.

<sup>89</sup> ARISTOTE, *Éthique à Nicomaque*, *op. cit.*, V.2, 1129a35-1129b1, p. 216.

<sup>90</sup> De façon générale, il s'agit de ce qu'Amartya SEN désigne comme « utiliser la raison pour diagnostiquer la justice et l'injustice » dans les situations sociales, *op. cit.*, p. 29.

<sup>91</sup> Serge-Christophe KOLM, *Modern Theories of Justice*, 1996, p. 9.

<sup>92</sup> ARISTOTE, *Éthique à Nicomaque*, *op. cit.*, V, 1, 1229b30-1130a1, p. 219.

à d'autres philosophes anciens, [...] d'ouvrages consacrés aux lois, des *Nomoi* ou un *De legibus*<sup>93</sup> ».

Thomas d'Aquin commence son traité sur la justice et le droit dans la *Somme théologique* – nous ne parlons pas ici du traité sur les lois, qui se trouve dans une tout autre partie – en confirmant que l'objet de la vertu de justice, et donc des jugements de justice, est le droit (*ius*)<sup>94</sup>, que ce terme doit être compris comme « la chose juste elle-même<sup>95</sup> » dans le cas ou dans la situation en cause, et que tout cela – les jugements de justice, la vertu de justice, le matériellement juste qui est leur objet, etc. – est pertinent quand on se demande en quoi consiste l'activité humaine raisonnable « dans ce qui est relatif à autrui<sup>96</sup> ». On parle alors nécessairement d'égalité – matérielle –, parce que « ce qui s'égale s'ajuste, dit-on communément<sup>97</sup> », parce que « l'égalité est [en soi] en rapport à autrui<sup>98</sup> », vers autrui. Dès lors, « nous appelons juste dans notre action [ou dans la solution du litige qui nous oppose à autrui] ce qui correspond à autre chose selon une certaine égalité, par exemple le paiement du salaire qui est dû en raison du service<sup>99</sup> ». Donc il y a « droit c'est-à-dire juste » (*ius sive iustum*) s'agissant d'une certaine activité ou réalisation humaine – toutes les activités et réalisations qui se situent « dans [le champ] de ce qui est relatif à autrui » –, dans la mesure où cette activité ou réalisation est « ajustée à autrui sous un certain mode d'égalité<sup>100</sup> ».

Notons que dans cette idée de quelque chose qui est « ajusté à autrui sous un certain mode d'égalité », on retrouve l'idée que l'égalité, c'est en soi par rapport à autrui – le *ad alterum*, le *πρὸς ἕτερον* –, mais aussi l'idée que l'égalité c'est l'égalité matérielle interne à la justesse du rapport en cause, par exemple l'égalité de la prestation et de la contre-prestation, et aussi, comme nous l'avons expliqué dans un article de 2014<sup>101</sup>, l'idée que l'adéquation ou l'ajustement de la solution aux circonstances spéciales du cas particulier ou aux caractéristiques objectives de la situation en cause est abordée dans une perspective d'égalité de traitement entre les divers cas. Cette dernière égalité est bien indiquée par un spécialiste du droit civil suisse, Paul-Henri Steinauer, quand il affirme que, bien que « la décision en équité tende à une justice individuelle, à laquelle la sécurité du droit est en partie sacrifiée »,

<sup>93</sup> Pierre AUBENQUE, *Problèmes aristotéliens, II. Philosophie pratique*, 2011, p. 79.

<sup>94</sup> THOMAS d'AQUIN, *Somme théologique*, II-II, q. 57, a. 1, traduction française, Paris, Cerf, 1999, tome 3, p. 378 ; la question posée est suivante : « Est-ce que le droit est l'objet de la justice ? ».

<sup>95</sup> THOMAS d'AQUIN, *Somme théologique*, II-II, q. 57, a. 1, traduction française, Paris, Cerf, 1999, tome 3, p. 378 : *ipsam rem iustam*.

<sup>96</sup> *Idem*: *in his quae sunt ad alterum*.

<sup>97</sup> *Idem*: *dicuntur enim vulgariter ea quae adaequantur iustari*.

<sup>98</sup> *Idem*: *Aequalitas autem ad alterum est*.

<sup>99</sup> *Idem*: *illud enim in opere nostro dicitur esse iustum quod respondet secundum aliquam aequalitatem alteri, puta recompensatio mercedis debitae pro servitio impenso*.

<sup>100</sup> *Ibid.*, II-II, q. 57, a. 2, p. 379: *ius sive iustum, et aliquod opus adaequatum alteri secundum aliquam aequalitatis modum*.

<sup>101</sup> Henri TORRIONE, « L'approche selon la réalité économique (Die wirtschaftliche Betrachtungsweise) en droit fiscal et en philosophie du droit », in: Marc AMSTUTZ / Isabelle CHABLOZ / Michel HEINZMANN / Inge HOCHREUTENER (édit.), *Mélanges en l'honneur de Walter Stoffel*, 2014, p. 311-333, en particulier, p. 323-330.

« des situations semblables doivent [...] conduire à des appréciations semblables<sup>102</sup> ». L'examen de la solution qui est matériellement justifiée dans le cas en cause s'insère en effet toujours dans une vue synoptique portée sur une diversité de cas semblables et différents, dans une perspective transversale de comparaison de cas à cas – Aristote parle de *σύγκρισις*<sup>103</sup> à propos du discernement qui est mis en œuvre en vue de tester l'égalité de traitement à ce niveau (on est comme dans une situation d'évaluation de copies d'examens).

#### V. De la compréhension du matériellement juste – *sachgerecht* –, objet propre du jugement de justice, à la formulation des droits et obligations des personnes concernées

Quand on aborde pour la première fois cette conception de la justice et du droit qui n'est ni contractuelle ni utilitariste et qui n'a rien de commun avec l'École de droit naturel moderne de Grotius<sup>104</sup>, on comprend souvent mal ses analyses de l'objet propre des jugements de justice. Beaucoup ont en effet l'impression qu'il faut nécessairement partir des droits de la personne qui nous fait face, pour arriver ensuite à découvrir nos obligations à son égard. La raison en est peut-être la fascination qu'exercent aujourd'hui les droits individuels. Ce seraient donc les droits d'autrui, croit-on souvent, qui nous conduiraient, nécessairement et toujours, à découvrir quelles sont nos obligations à son égard, et ce sont eux qui détermineraient ce qui est juste et injuste. Ce seraient les droits d'autrui qui constitueraient l'objet propre des jugements de justice !

À Fribourg, quand j'étudiais la philosophie, des professeurs enseignaient cela à propos de l'objet des jugements de justice, alors même qu'ils pensaient présenter la pensée de Thomas d'Aquin en philosophie du droit. Cette idée est aussi considérée comme allant de soi dans de nombreux textes de l'Église catholique, par exemple dans des encycliques de Benoît XVI. C'est aussi ce qu'affirme John Finnis dans son livre *Aquinas* : « The object of particular justice (henceforth simply « justice ») is the other person's right(s) [jus]<sup>105</sup> ». Mes professeurs à Fribourg disaient dans le même sens que la vertu de justice permet de respecter les droits d'autrui, plus « précisément respecter ses droits personnels à l'égard de sa vie, de ses biens extérieurs, de ses jugements

<sup>102</sup> Paul-Henri STEINAUER, *Le Titre préliminaire du Code civil – Traité de droit privé suisse*, t. II/1, 2009, p. 150.

<sup>103</sup> ARISTOTE, *Éthique à Nicomaque*, op. cit., IX.2, 1165a32–33, p. 438.

<sup>104</sup> Voir *supra* les notes 54 et 80 pour la différence entre le rationalisme du jusnaturalisme de Hugo Grotius, qui culminera chez Kant avec une idée pure du droit – l'idée de « cette symétrie de relations » au centre de la tradition de pensée du contrat social –, et le recours dans le jusnaturalisme d'Aristote, de Thomas d'Aquin et d'Amartya Sen, au raisonnable en matière de jugements de justice quand « la raison [est utilisée] pour diagnostiquer la justice et l'injustice » d'une situation sociale en comparaison d'une autre. (A. SEN, op. cit., p. 29). Voir l'idée de « la comparaison entre réalisations sociales » (A. SEN, op. cit., p. 32), l'idée de la recherche de la solution plus adéquate dans le cas ou dans la situation en cause (TF, voir *supra* note 31 et THOMAS d'AQUIN, voir *supra* note 26).

<sup>105</sup> John FINNIS, *Aquinas: Moral, Political, and Legal Theory*, Oxford University Press, 1998, p. 133.

propres », et « ce droit de l'autre qui spécifie l'acte juste » tient donc à « la relation de *dominium* que [chacun] possède à l'égard de telle ou telle activité », à « ces capacités que je découvre en moi, en ma nature, [et] que je dois respecter chez tous ceux qui ont même nature humaine que moi ».

Il n'est pas faux de soutenir que la justice d'un comportement dépend du respect des droits des différentes personnes concernées par ce comportement. Mais la précision de l'analyse d'Aristote, de Thomas d'Aquin et d'Amartya Sen ne permet pas d'assimiler l'objet véritable des jugements de justice, c'est-à-dire la solution adéquate dans la situation ou le cas en cause<sup>106</sup>, et les droits des différentes personnes concernées par cette action, des droits qui dépendent certes du jugement de justice portée sur le cas ou dans la situation en question, mais n'en constituent néanmoins pas l'objet. L'objet propre du jugement de justice dans un cas ou une situation, c'est-à-dire la solution adéquate dans la situation ou le cas en cause, est quelque chose de logiquement antérieur aux droits des différentes personnes concernées, et non pas les droits en question eux-mêmes. Garrett Barden et Tim Murphy ont admirablement mis en évidence l'erreur commise par ceux qui confondent les deux<sup>107</sup>. Ils expliquent dans leur livre (c'est la section intitulée « *Discovering the Just* »<sup>108</sup>) que pour la personne qui est juste et honnête et tient à respecter avec exactitude les droits d'autrui, il est nécessaire de connaître d'abord ce qui est dû à autrui, et savoir cela n'est pas toujours facile : cela exige de se demander : « What in this situation is just ? », une question qui exige parfois des procédures judiciaires de plusieurs années, jusqu'au tribunal suprême du pays.

Examinons attentivement les formules d'Aristote et de Thomas d'Aquin sur cette distinction : « Quand ils ont détecté ce qui est égal [dans la situation ou le cas en cause], alors chacun dit avoir "le sien" », dit Aristote<sup>109</sup>. Thomas d'Aquin, de son côté, précise que « peu importe de qui il s'agit, toujours est-il que ce qui lui est dû selon un rapport d'égalité, on dit que c'est le sien<sup>110</sup> ». C'est fondamental : avoir "le sien", avoir ce à quoi on a droit, avoir le droit de... ne s'imposent pas comme ce sur quoi porte précisément le jugement de justice, mais comme dérivé (« Quand ils ont détecté ce qui est égal [dans la situation ou le cas en cause], alors ... », dit Aristote) : il faut d'abord un jugement (de justice) qui détermine quelle est la solution juste dans la situation problématique en cause – un accident de voiture, par exemple –, un jugement qui, comme on l'a dit plusieurs fois, « implique la détermination de ce qui est juste,

<sup>106</sup> Voir *supra* les notes 90, 100 et 101.

<sup>107</sup> Garrett BARDEN, Tim MURPHY, *Law and Justice in Community*, Oxford University Press, Oxford, 2010.

<sup>108</sup> *Ibid.*, p. 49-52.

<sup>109</sup> *Éthique à Nicomaque*, *op. cit.*, V.7, 1132a25, p. 252 : τότε φασιν ἔχειν τὸ αὐτοῦ όταν λάβωσι τὸ ἴσον. Tricot traduit : « ...C'est alors que les plaideurs déclarent qu'ils ont ce qui est proprement leur bien, ... quand ils ont reçu l'égal ». Ce passage est repris par THOMAS d'AQUIN dans *In Decem Libros Ethicorum Aristotelis ad Nicomachum*, 3<sup>ème</sup> éd., Marietti, Milan 1964, VII, n° 957, p. 263 : ... tunc dicunt, quod unusquisque habet quod suum est, in quantum scilicet accipiunt aequale.

<sup>110</sup> THOMAS d'AQUIN, *Somme théologique*, II-II, q. 58, a. 11, traduction française, Paris, Cerf, 1999, tome 3, p. 393 (on a modifié la traduction) : hoc autem dicitur esse suum uniuscuique personae [être le sien, être son droit] quod est ei secundum proportionem aequalitatis debatur.

c'est-à-dire du droit » dans la situation en question (voir *supra* note 26). Quand on se préoccupe de la justice pour l'action concrète qu'on s'apprête à accomplir<sup>111</sup>, on a certes l'impression qu'on part de la prise en compte des droits d'autrui. C'est même presque vrai dans l'absolu, quand le mouvement de pensée qui conduit aux droits, en partant du jugement sur ce qui est adéquat ou « égal » dans la situation en cause, est quasi immédiat, ce qui arrive le plus souvent dans la vie courante<sup>112</sup>. Mais si l'on confond ce raccourci avec l'approche correcte de ce qui constitue l'objet même des jugements de justice, on obscurcit toute l'analyse de la question chez Aristote, et aussi en droit romain, et également chez Thomas d'Aquin et chez Amartya Sen.

Clarifions donc en quoi consiste le passage de la saisie – intellectuelle – de ce qui constitue la solution adéquate du cas, à état ultérieur où chacune des personnes impliquées (par exemple dans un accident de voiture), après la décision judiciaire de dernière instance, va proclamer avoir le *sien*, grâce à cette détermination du juste ou de l'égal dans les circonstances précises du cas tranché par la décision. Il ne faut pas laisser dans l'ombre ce point central, à l'origine de beaucoup de confusions. C'est important, parce que c'est par le fait d'avoir le « sien », ou plutôt d'avoir reçu le « sien », ce qu'on appelle désormais « son droit », qu'on définit habituellement la justice, comme dans la maxime de droit romain « attribuer à chacun le sien (*sum cuique tribuere*)<sup>113</sup> ». Encore aujourd'hui on trouve ce genre d'approche : par exemple, P.-H. Steinauer, qui donne de la justice la définition suivante : « L'équité [...] doit d'abord être au service de la justice, c'est-à-dire accorder à chacun ce qui lui revient objectivement...<sup>114</sup> » Le passage de l'égal au sien, à ce qui revient à chacun dans la situation en cause, est extrêmement clair dans la pensée d'Aristote – et dans la pratique du droit à l'époque d'Aristote comme aujourd'hui –, et c'est quelque chose de tout-à-fait central<sup>115</sup>. Ce ne sont pas des droits subjectifs qui constituent l'objet des jugements de justice, mais plutôt ce qui est matériellement justifié ou injustifié dans les circonstances concrètes en cause : les droits de chacun, on y arrive plutôt qu'on en part, et on y arrive après avoir recherché ce qu'exigent les circonstances particulières du cas et /ou les caractéristiques objectives de la situation, au terme donc de l'analyse que l'on a décrite dans les sections précédentes.

<sup>111</sup> Thomas d'Aquin dit : « in applicatione ad opus, quod est finis practicae rationis. »

<sup>112</sup> Thomas d'Aquin utilise le terme *statim* pour ce qui se passe dans les cas – ce sont les cas les plus fréquents, bien sûr – où le passage est immédiat, notamment, dit-il, pour les situations traitées par les préceptes du Décalogue, qui relèvent effectivement, selon lui, de jugements de justice (*Somme théologique*, *op. cit.*, II-II q. 122 a. 1). Même dans les cas où le passage aux droits d'autrui est quasi immédiat, on peut préciser la place occupée par le jugement de justice, l'instant d'un éclair.

<sup>113</sup> *Corpus Iuris Civilis, Institutiones*, I.1.3. Voir aussi la formule qui se trouve au début du premier livre des *Institutiones* : *Iustitia est constans et perpetua voluntas ius suum cuique tribuens*. Thomas d'Aquin parle de cette formule de droit romain dans *Somme théologique*, *op. cit.*, II-II, q. 58, a. 11.

<sup>114</sup> STEINAUER, *op. cit.*, p. 148.

<sup>115</sup> Suivant une bonne traduction anglaise: *People then say that they "have their own", having got what is equal*. ARISTOTE, *Éthique à Nicomaque*, V.7, 1132a29, trad. par H. Rackham, Londres, nouvelle éd. révisée 1934, p. 277.

Les explications de Hugo Grotius, lui qui a vraiment accompli le processus d'évolution qui a abouti à la pleine formulation de la notion technique de droit subjectif, permettent d'établir un pont entre le langage des droits subjectifs – comme élément de technique juridique aujourd'hui –, et ce qui est atteint par la méthode d'analyse du TF dont on vient de parler, ce qui constitue donc l'objet même des jugements de justice, la solution adéquate, le matériellement justifié ou égal dans le cas ou dans la situation en cause. Grotius indique en effet que ce qu'il va appeler « droit attaché à la personne », « faculté » d'exiger, comme « le droit de créance », ou encore d'imposer, comme le droit de propriété, « les jurisconsultes [c'est-à-dire les juristes romains] [le] désignent [...] par l'expression *sien*... »<sup>116</sup> Ainsi, il y a bien cette correspondance entre « avoir le sien » dont parlent les formules de droit romain, et aussi celles d'Aristote et de Thomas d'Aquin, et « détenir le droit de... ou avoir droit à... » – qui sont les expressions les plus courantes en langage juridique dans les droits modernes. On peut donc, après avoir procédé à la détermination de la solution adéquate, utiliser le langage des droits subjectifs (« cette victime a droit à ... ou détient le droit de... ») pour expliciter en quoi consistent les différentes facettes de ce qui a fait l'objet même du jugement de justice, soit la solution adéquate – *τὸ ὁρθόν* – dans le cas ou dans la situation en cause<sup>117</sup>.

Mais si l'on soutient que le langage moderne des droits n'est pas simplement un progrès au niveau technique de la formulation des choses, mais un changement qui affecte ce que l'on considère comme l'objet même des jugements de justice, on change de monde juridique<sup>118</sup>. Les philosophies modernes de la justice et du droit sont les filles de ce déplacement au niveau de ce que l'on considère comme l'objet des jugements de justice, elles résultent en quelque sorte d'un raccourci transformé en vérité absolue, quelque chose de dramatique d'un point de vue intellectuel si l'on se soucie de rendre compte exactement de la façon dont on procède dans la pratique du droit, en matière de jugements de justice. C'est Suarez qui fait le pas, et il déclare avec éclat qu'il le fait, en affirmant haut et fort ce qui suit : « Nous avons dit en effet que le droit (*jus*) désigne parfois la loi, et parfois la maîtrise (*dominium*) ou bien la maîtrise pour ainsi dire sur une chose particulière ou bien l'action pour en faire usage<sup>119</sup> ». Son affirmation s'oppose frontalement à la première distinction faite par Aristote, tout au

<sup>116</sup> Hugo GROTIUS, *Le droit de la guerre et de la paix*, L. I, ch. 1, par. IV et V, trad. P. Pradier-Fodéré, Paris 2005, p. 35-36.

<sup>117</sup> Sur l'apport de l'École du droit naturel moderne en matière de langage technique juridique, voir John FINNIS, *Natural Law and Natural Rights*, Oxford 1980, p. 205-210.

<sup>118</sup> Je crois qu'on le change en introduisant une nouvelle idéologie à travers laquelle il faudrait voir désormais la pratique du droit ; je ne crois pas, en effet, que la pratique du droit soit elle-même modifiée. Vingt ans de pratique dans les différents domaines du droit, notamment le droit des affaires et le droit fiscal, au niveau national et au niveau international, m'ont convaincu que ce n'est pas le cas : face à une affaire difficile, rien n'a remplacé la méthode casuistique, ni le recours à la loi, ni l'utilisation d'approches statistiques ou de l'intelligence artificielle.

<sup>119</sup> Francisco SUAREZ, *Des lois et du Dieu législateur, Livres I-II*, trad. J.-P. Coujou, Dalloz, Paris, 2003, II, 14, n° 16, p. 545. Voir la version latine dans Francisco SUAREZ, *Tractatus de legibus ac Deo legislatore*, 1612, publié par l'Instituto de estudios políticos, Madrid 1967, tome I, p. 159 : « *Diximus enim jus aliquando significare legem ; aliquando vero significare dominium, vel quasi dominium alicui rei, seu actionem ad utendum illa* ».

début du Livre V de l'*Éthique à Nicomaque* : le droit, dit Aristote, ce sont les préceptes dans les lois (*τὸ νόμιμον*) et c'est aussi l'égal (*τὸ ἴσον*)<sup>120</sup>. C'est cette distinction qui domine tout le traité sur le droit et la justice au livre V de l'*Éthique à Nicomaque*, Aristote traitant dans ce livre avant tout du droit au sens de ce qui est matériellement égal (*τὸ ἴσον*)<sup>121</sup>, et seulement marginalement de la loi.

En comparant l'affirmation d'Aristote et celle de Suarez, on voit que Suarez reprend la division en deux d'Aristote, mais remplace le *τὸ ἴσον* aristotélicien par le *dominium* – au sens de droit de l'homme sur lui-même et sur ses biens, donc de droits subjectifs compris sur le modèle de la propriété sur une chose. Suarez insiste beaucoup sur cette partie de sa distinction, en précisant notamment que ce *dominium* doit être conçu comme une certaine faculté morale – *facultas quaedam moralis* –, et que c'est cela le *jus* proprement dit – *proprie jus* –, selon la signification stricte du mot – *strictam juris significationem*. C'est en effet, dit Suarez, « une certaine faculté morale que chacun a sur ce qui lui appartient ou sur ce qui lui est dû ; ainsi le propriétaire est dit avoir sur sa chose un *jus in re*, et le travailleur est dit avoir un *jus ad stipendium* en raison de sa prestation<sup>122</sup> ». Suarez affirme même qu'il faut comprendre la maxime de droit romain à propos de la justice – soit *suum cuique tribuere* – comme signifiant que la justice est la vertu

« qui attribue à chacun son droit – *quae ius suum unicuique tribuit* –, c'est-à-dire la vertu attribuant à chacun précisément cela qui le regarde – *id est, id tribuens unicuique quod ad illum spectat* ; en conséquence cette emprise active, ce pouvoir moral que chacun a sur sa chose et sur toute réalité qui relève de lui est appelé droit, et cela est proprement vu comme étant l'objet de la justice – *illa ergo actio, seu moralis facultas, quam unusquisque habet ad rem suam, vel ad rem ad se aliquo modo pertinentem vocatur ius, et illud proprie videtur esse objectum iustitiae* <sup>123</sup>. »

On voit donc qu'avec Suarez, partir des droits individuels n'est pas un raccourci, mais que cela s'impose, et s'impose même de façon originaire, en raison de la nature interne de l'homme<sup>124</sup>.

<sup>120</sup> *Éthique à Nicomaque*, op. cit., V.1, 1129a35- 1129b1, p. 233 : *τὸ μὲν δίκαιον ἄρα τὸ νόμιμον καὶ τὸ ἴσον*.

<sup>121</sup> Comme on l'a dit plus haut, selon nous le TF désigne le *τὸ ἴσον* aristotélicien comme « une justice matérielle minimale », que le principe de l'égalité de traitement « a aussi pour fonction de sauvegarder » (TF, 27 octobre 1995, consid. 2.b, SJ 1996 389, 392). On soutient dans ce papier que Amartya Sen utilise aussi implicitement le *τὸ ἴσον* aristotélicien quand il affirme – en parlant de Rawls aussi bien que pour lui – que « dans sa vision des choses, la notion d'équité sert vraiment de base... » à l'approche de la justice et des jugements de justice (*L'idée de justice*, p. 83).

<sup>122</sup> Francisco SUAREZ, *Tractatus de legibus ac Deo legislatore*, 1612, publié par l'Instituto de estudios políticos, Madrid 1967, I, 2, n. 5, tome 1, p. 11.

<sup>123</sup> *Idem*. Voir aussi un passage semblable en II, 14, n. 16, p. 159.

<sup>124</sup> Une telle faculté (un tel droit subjectif) peut exister sur la base d'une disposition du droit positif, dit Suarez, mais aussi comme *jus naturale*, ce qui est le cas de la liberté (*verum est libertatem esse de jure naturali...*) », « parce que la nature elle-même a donné à l'homme le véritable *dominium* de sa liberté (*quia ipsa natura verum dominium contulit homini suae*



Bien sûr, si l'on veut faire une philosophie du droit fondée sur l'idée que le droit doit par principe être essentiellement une question de volonté et pas de raison et de raisonnable, il n'y a pas de meilleur point de départ que de partir du *dominium* que chacun a sur lui-même et ses biens, considéré comme l'essence même des droits subjectifs ; d'ensuite greffer là-dessus l'idée d'un mécanisme d'échange de manifestations de volonté concordantes entre individus – le contrat social, qui aboutit à la symétrie des relations, une symétrie pacifique comparée à celle de la guerre – ; et de rajouter enfin la loi à différents niveaux – du niveau positiviste de la volonté du législateur, jusqu'au niveau transcendantal d'une loi de la raison qui rend compte de l'idée de « cette symétrie [pacifique] des relations » entre personnes maîtresses d'elles-mêmes<sup>125</sup>.

Selon J.-P. Coujou, par les positions sur *jus* que l'on vient de décrire brièvement, Suarez va soustraire le droit « à sa soumission à un ordre universel », à une « ontologie de la nature ». Coujou interprète en effet comme une soumission à l'ordre de la nature ce qu'Aristote, Thomas d'Aquin ou Amartya Sen disent des jugements de justice et de l'exercice de la raison. Cette interprétation n'est pas exacte. Quand Amartya Sen propose d'utiliser la raison pour diagnostiquer la justice et l'injustice dans les situations ou dans les cas en cause, il ne parle pas du tout d'une raison qui partirait de la nature ou de l'univers, de ses lois ou de son ordre, et il n'y a pas du tout l'idée que le droit devrait être soumis à « un ordre universel ».

De plus, cette affirmation de Coujou ne tient pas compte de la position expresse de Thomas d'Aquin qu'en philosophie du droit il s'agit d'un ordre *quem ratio considerando facit in operationibus voluntatis*, et qu'un tel ordre se distingue nettement d'un ordre *quem ratio non facit, sed solum considerat, sicut est ordo rerum naturalium*<sup>126</sup>. C'est à tout le moins le programme de Thomas d'Aquin ; on peut sans doute se demander s'il s'y est tenu ou pas, mais on ne peut pas ignorer le programme de Thomas d'Aquin, et mettre en avant contre lui un de ses coreligionnaires, qui n'a pas, même au niveau du simple programme, une ambition comme celle de Thomas d'Aquin, bien au contraire.

Certes, il y a le recours à la « nature des choses » chez Aristote et Thomas d'Aquin, mais il faut bien voir que cela n'a rien à voir avec la structure métaphysique du réel. Michel Villey ne peut pas être suivi quand il parle « de la métaphysique qui fonde le droit naturel<sup>127</sup> », en entendant par-là « la métaphysique classique de l'ordre

*libertatis*) ; en effet, *natura fecit homines positive...liberos cum intrinseco jure libertatis... Similiter contulit communiter dominium rerum omnium... »* (*De legibus ac Deo legislatore*, I, 2, n° 4). Ainsi, la liberté peut être dite de droit naturel (*libertas dici potest ex jure naturale*), parce que *ab ipsa natura datur*, c'est-à-dire par la nature de l'homme elle-même (*De legibus ac Deo legislatore*, II, 17, n. 2).

<sup>125</sup> HABERMAS, *op. cit.*, p. 55.

<sup>126</sup> THOMAS d'AQUIN, *In Decem Libros Ethicorum Aristotelis ad Nicomachum*, 3<sup>ème</sup> éd., Marietti, Milan 1964, I.1, p. 3 (voir en français *Commentaire de l'Éthique à Nicomaque d'Aristote*, par. 1, trad. Yvan Pelletier, 2000, éd. numérique, <http://docteurangelique.free.fr>).

<sup>127</sup> Michel VILLEY, *La formation de la pensée juridique moderne. Cours d'histoire de la philosophie du droit*, Les éditions Montchrestien, Paris 1975, p. 162.

naturel<sup>128</sup> », qui consiste, selon lui, à « accorder aussi la réalité aux genres, aux espèces, aux natures<sup>129</sup> », si bien qu'on peut parler, selon lui, d'« extraire... [le droit naturel] de la nature cosmique<sup>130</sup> ». C'est chez Michel Villey, selon nous, une vue complètement erronée de la position d'Aristote, de Thomas d'Aquin et d'Amartya Sen en matière de jugements de justice.

Pour bien comprendre le recours à la « la nature des choses », il faut en effet partir, là aussi, de la pratique du droit par les professions juridiques. Un commentateur du droit privé suisse, H. Deschenaux, faisait référence à la « nature des choses » dans le contexte de l'art. 4 du Code civil, en soulignant que le législateur impose dans ces situations « la méthode dite casuistique », et que selon cette méthode, « c'est une considération plus directe de la « nature des choses » qui [...] dictera [au juge] la solution<sup>131</sup> ». On retrouve donc ce qu'on a dit plus haut sur la méthode décrite par le Tribunal fédéral. J'ai moi-même souligné l'importance du recours à la nature des choses, en utilisant toutefois l'expression « réalité économique » – une autre expression désignant dans la pratique du droit la même chose, que la « nature des choses » –, dans les situations d'abus de droit sur le plan fiscal, c'est-à-dire dans des situations qui relèvent de l'art. 2 al. 2 du Code civil, appliqué analogiquement en matière de droit public<sup>132</sup>. On retrouve ainsi ce concept de « réalité » ou « nature des choses » dans tout le champ de ce que les art. 1, 2 al. 2 et 4 Code civil confient au pouvoir du juge. Il est vrai que cette dimension de « réalité » a été progressivement mal comprise, et travestie par toute sortes de dérives moralisantes, reprises par les traditions les plus conservatrices. On a perdu de vue que ce qui est visé par les juristes avec ces notions, c'est la dimension du *matériellement* juste, du *sachgerecht*, en somme du simplement raisonnable, compte tenu des éléments pertinents du cas ou de la situation, c'est-à-dire des circonstances particulières du cas singulier ou des caractéristiques objectives de la situation, abordées dans l'esprit le plus critique possible<sup>133</sup>. C'est une dimension qui n'a rien à voir avec ce que certains désignent parfois comme « l'ordre social qui se met généralement en place spontanément<sup>134</sup> », mais plutôt avec le travail de la raison pratique et l'esprit critique. C'est ainsi à la

<sup>128</sup> *Ibid.*, p. 168.

<sup>129</sup> *Ibid.*, p. 271.

<sup>130</sup> *Ibid.*, p. 270.

<sup>131</sup> Henri DESCHENAUX, *Le Titre préliminaire du Code civil*, in : *Traité de droit privé suisse*, T. II/2, Fribourg 1969, p. 126.

<sup>132</sup> Henri TORRIONE, *Abus de droit, fraude et soustraction fiscale en droit suisse*, in : Pierre-Marie GLAUSER (éd.), *Évasion fiscale – Une approche théorique et pratique de l'évasion fiscale*, Lausanne 2010, p. 149-191. Je montre comment la pratique de l'imposition selon la réalité économique dans les cas d'abus de droit (*Die wirtschaftliche Betrachtungsweise in der Praxis zur Steuerumgehung*, selon arrêt du TF du 25.11.1983, Archives 53, 54) repose sur l'idée aristotélicienne de découvrir le droit en partant des choses mêmes en cause, en partant donc de ce que l'art. 18 CO appelle leur « nature véritable » (l'ATF 45 I 26 dit qu'il faut prendre en compte *mehr die Natur der Sache als die äussere Form*). J'explique que cette pratique constitue « une sorte de recours extraordinaire, qui doit assurer le respect de la justice » (Message du CF concernant le projet de CC suisse du 28 mai 1904, in : FF IV 1, p. 14.)

<sup>133</sup> Voir l'article cité dans la note précédente.

<sup>134</sup> P.-H. STEINAUER, *op. cit.*, p. 141, note 87.

nature des choses en matière de contrat que l'art. 18 al. 1 du Code des obligations renvoie lorsqu'il envisage que les parties aient pu « déguiser la nature véritable de la convention » qui les lie. On peut se référer à Amartya Sen qui donne un rôle à la réalité des choses en matière de justice, notamment lorsqu'on a affaire à des situations qui impliquent en elles une asymétrie de pouvoir. La nature de la situation – ses caractéristiques – va avoir des conséquences dans le jugement de justice portant sur la solution adéquate dans l'affaire en question<sup>135</sup>.

La réalité « ontologique » en arrière-fond de cette notion, c'est ce que l'on appelle parfois « l'expérience générale de la vie », c'est-à-dire ce qui arrive le plus souvent dans les choses humaines, mais pas toujours, et est donc seulement vraisemblable. C'est là-dessus que reposent les faisceaux d'indices en matière de preuves de faits, dans une affaire pénale, civile ou administrative, quand aucune expertise scientifique, aucun témoignage, aucune pièce à conviction n'indique directement ce qui s'est passé. C'est aussi là-dessus que reposent presque toujours les arguments de droit quand la méthode casuistique est utilisée pour traiter le cas. C'est dans les ouvrages sur l'argumentation et la rhétorique que sont traitées ces questions, si importantes quand on a affaire à de la pensée discursive non déductive, comme en droit et en histoire<sup>136</sup>. C'est tout le domaine des présomptions, si centrales dans la pratique du droit.

#### **VI. La distinction entre les situations d'interaction et les situations de distribution, et la question de la solidarité**

On a expliqué que les jugements de justice portent sur ce qui est matériellement juste, et donc adéquat dans le cas concret en cause. Ils ont pour objet un rapport juridique envisagé en fonction de son adéquation aux circonstances spéciales du cas ou aux caractéristiques de la situation en question. Établir la liste des droits et des obligations est une façon d'explicitier ce qu'implique la solution donnée au litige – par exemple pour un contrat la correction judiciaire du rapport juridique en question –, telle qu'elle a été préalablement déterminée dans un jugement de justice. Il n'y a pas par principe de priorité des droits dans l'opération de détermination de la solution adéquate, et peuvent donc apparaître avant les droits des obligations qui ne sont pas l'image inversée du droit de quelqu'un d'autre. Tout dépend du rapport juridique adéquat selon le jugement de justice dans l'affaire en cause. Ainsi, des obligations qui ne sont pas l'image inversée du droit de quelqu'un d'autre peuvent apparaître avant les droits dans certaines situations d'interaction, notamment les situations d'interaction asymétriques dont on a parlé plus haut, dans lesquelles rentrent les

<sup>135</sup> Henri BATIFFOL, *Aspects philosophiques du droit international privé*, réimpr. de l'éd. de 1956, Paris 2002, p. 166 et s., précise qu'avec « la nature des choses » comprise dans le sens que l'on vient d'expliquer, « on se trouve bien loin de la nature de l'homme dont on déduirait l'ensemble de la construction juridique » (p. 167).

<sup>136</sup> Voir mes recherches à ce sujet : Henri TORRIONE, "Le poids des arguments. Discursivité non déductive dans la pensée juridique, et utilisation des ressources de la rhétorique et de la dialectique" (in: *Gauch Welt : Recht, Vertragsrecht und Baurecht*, Zürich, Schulthess, 2004, p.275-299), et Henri TORRIONE, "Argumenter et convaincre aujourd'hui selon les enseignements de la rhétorique des Anciens" in: Bernard N. SCHUMACHER (édit.), *Et si le verbe revenait dans la chaire ?* Paris, Cerf, 2020, p. 119-173.

situations sur lesquelles Jonas et Habermas ont réfléchi, comme on l'a vu. Jonas et Habermas ont ainsi parlé d'obligations à l'égard des générations futures, c'est-à-dire de gens qui n'existent pas encore et qui donc ne peuvent pas avoir de droits. Mais il n'y a pas seulement des situations d'interactions, il y a également des situations de distribution. Et il en va de même pour ces situations : il peut y avoir dans ces situations aussi des obligations qui ne sont pas l'image inversée du droit préexistant de quelqu'un d'autre. Dans ces situations, ce sont au contraire les obligations qui sont à l'origine de ces droits.

Les questions de solidarité, s'agissant de personnes dans le besoin, relèvent, s'il y a des fonds communs, de situations de distribution<sup>137</sup>. Il s'agit de situations dans lesquelles s'impose comme seule solution adéquate et raisonnable la distribution d'une partie de fonds communs en fonction du besoin, comme l'exemple que l'on va voir ci-après le montrera. Nous allons d'abord donner quelques explications sur la distinction entre situations de distribution et situations d'interaction, ainsi que sur la distinction entre le droit dans les distributions et le droit dans les interactions, ou, comme on l'appelle en général, la justice distributive et la justice commutative.

Selon Aristote, il y en effet deux formes de droit, deux formes d'égalité matérielle. Ces deux formes tiennent au fait que l'on rencontre deux types de 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, qu'Aristote désigne comme « le droit dans les distributions »<sup>138</sup> et qu'il caractérise comme étant une égalité entre des rapports – égalité géométrique, suivant la terminologie en mathématiques grecques. Dans les situations d'interaction, il y a une autre forme de droit qu'Aristote désigne comme « le droit dans les interactions »<sup>139</sup> et qu'il caractérise comme étant une égalité de quantités considérées en valeur absolue – égalité arithmétique.

Suivant Tipke, cette distinction continue d'être faite aujourd'hui dans la littérature juridique, « *weil sie sich offenbar bewährt hat* »<sup>140</sup>. 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 justice matérielle –

<sup>137</sup> S'il n'y a rien de commun, si tout est privé ou a été privatisé, il n'y a donc plus de distribution possible, ce que certains envisagent comme un idéal, compte tenu de la thèse qu'ils défendent, de « la nature asservissante de l'idée de communauté » et de commun (voir pour cette expression, Félix HEIDENREICH, Gary SCHAAL, *Introduction à la philosophie politique*, Paris 2012, p. 34).

<sup>138</sup> ARISTOTE, *Éthique à Nicomaque*, V.6, 1131a25, traduit par Jules Tricot, Vrin, 3<sup>ème</sup> éd., Paris 1972, p. 228. (Tricot traduit par *la justice dans la distribution*).

<sup>139</sup> *Ibid.*, V.6, 1131b33, p. 232 (Tricot traduit : *le juste dans les transactions privées*).

<sup>140</sup> Klaus TIPKE, *Die Steuerrechtsordnung*, Band I, 2<sup>nde</sup> éd., Cologne 2000, p. 261. Cet auteur consacre presque 200 pages de son ouvrage à une étude du matériellement juste, dont dépend la distinction entre le juste dans les distributions et le juste dans les interactions. Pour une position identique chez un privatiste, voir James GORDLEY, *Foundations of Private Law. Property, Tort, Contract, Unjust Enrichment*, Oxford 2006, 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.*

*Sachgerechtigkeit* –, la distinction tient à la diversité des situations – situations d'interaction et situations de distribution – et porte sur le droit dans ces situations. 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 situations<sup>141</sup>. C'est inverser les choses. Dans une approche aristotélicienne, qui veut situer les choses dans une dépendance complète *von den zu regelnden Sache*<sup>142</sup> et caractérise le cas en cause par la situation de distribution ou par la situation d'interaction dont il relève, le type d'égalité dépend du type de situation dans lequel on se trouve.

#### *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 la responsabilité, et Ernest Weinrib précise que c'est Aristote qui a attiré l'attention sur le caractère bipolaire de la relation dans toutes ces situations<sup>143</sup>.

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 ...<sup>144</sup> ». 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 correctif<sup>145</sup>. C'est le cas aussi en matière contractuelle : lorsque l'égalité effective entre la prestation et la contre-prestation est trop atteinte, il peut y avoir correction dans certains cas. Le TF désigne cette correction comme une *richterliche Inhaltskorrektur fehlerhafte*

<sup>141</sup> 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.*

<sup>142</sup> Klaus TIPKE, *op. cit.*, p. 273.

<sup>143</sup> James GORDLEY, *op. cit.*, p. 12 et WEINRIB, *op. cit.*, p. 409-411.

<sup>144</sup> ARISTOTE, *op. cit.*, V.7, 1132a2, p. 232-233.

<sup>145</sup> *Ibid.*, V.6, 1131a1, p. 225.

*Kontakte*<sup>146</sup>. C'est, comme on l'a dit, de ce qui est matériellement juste dans une situation d'interaction asymétrique que relève ce que Amartya Sen désigne comme « les obligations unilatérales induites par l'asymétrie de pouvoir ».

### ***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 le bénéfice d'une société simple entre associés (art. 533 du Code des obligations suisse) ou des charges (par exemple les charges des collectivités publiques réparties par la fiscalité, ou les charges d'une copropriété entre les propriétaires). Aristote vise d'ailleurs la répartition de charges sous l'expression de répartition de quelque chose de négatif<sup>147</sup>.

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 l'analogie de proportionnalité dans toute sa philosophie. Comment penser qu'il aurait pu passer 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 distribution aussi diverses que l'on voudra les unes par rapport aux autres, qui ne se ramènent jamais à des redistributions 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.

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'ils existent –, 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 ».

<sup>146</sup> 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 à laquelle renvoie ainsi cet auteur, voir notes 105 et 92.

<sup>147</sup> ARISTOTE, *op. cit.*, V.2, 1129b4, p. 233, et 1131b29, p. 249.

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 à chacun dans la distribution sont identiques – 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 choses qui lui est attribuée. Par exemple, en matière de partenariat dans une société simple, 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 synoptique<sup>148</sup>.

Cet équilibre, cette égalité, cette équité<sup>149</sup> 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*<sup>150</sup> 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 choses en cause, et ce sont d'une certaine manière les choses et les situations qui imposent les critères<sup>151</sup>. Comme l'indique à juste titre Weinrib, Aristote est *non committed to any criteria*<sup>152</sup>.

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<sup>153</sup> » –, 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<sup>154</sup> ».

<sup>148</sup> ARISTOTE, *op. cit.*, IX.2, 1165a32–33, p. 470. Aristote parle de *sunkrisis*, c'est-à-dire d'un jugement, d'un discernement, qui consiste à prendre en considération, pour en apprécier l'équilibre, l'ensemble des rapports en cause. (Tricot traduit différemment).

<sup>149</sup> WEINRIB, *op. cit.*, p. 404, relève que *justice, both corrective and distributive, involves the achievement of "to ison", which in Greek signifies both fairness and equality*.

<sup>150</sup> TIPKE, *op. cit.*, p. 273.

<sup>151</sup> Voir à ce propos Michael WALZER, *Sphères de justice. Une défense du pluralisme et de l'égalité*, Seuil 1997.

<sup>152</sup> WEINRIB, *op. cit.*, p. 407.

<sup>153</sup> ARISTOTE, *Les Politiques*, III.12, 1282b20–22, trad. par Pierre PELLEGRIN, GF Flammarion, Paris 2015, p. 259 (nous avons modifié la traduction).

<sup>154</sup> 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*.

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*<sup>155</sup>, *angemessen oder sachgerecht*<sup>156</sup>, *sachlich begründet*<sup>157</sup>. 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<sup>158</sup>. »

Parfois le critère pertinent dans le cas en cause est la capacité – par exemple la capacité financière en matière de distribution du poids des charges de l'État à travers des impôts avec taux progressifs –, parfois c'est la contribution respective des partenaires – par exemple lorsqu'il s'agit de la distribution du bénéfice global d'une association d'avocats –, parfois c'est le besoin – en cas de répartition de fonds commun affectés à des but d'utilité commune.

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 sont en jeu, comme dans l'arrêt du TF sur le minimum vital<sup>159</sup> que l'on va voir dans la section suivante.

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

<sup>155</sup> TIPKE, *op. cit.*, p. 274.

<sup>156</sup> *Ibid.*, p. 273.

<sup>157</sup> ATF 133 I 206, consid. 8.2.

<sup>158</sup> ATF 6 I 171, 174 : « Um eine Ungleichheit in der rechtlichen Behandlung der Bürger zu rechtfertigen, muss Verschiedenheit der Verhältnisse nicht in irgendwelchen, sondern in solchen tatsächlichen Momenten vorliegen, welche nach anerkannten Grundsätzen der geltenden Recht- und Staatsordnung für die Normierung gerade des bestimmten Rechtsgebietes um welches es sich handelt, von Erheblichkeit sein können ».

<sup>159</sup> ATF 121 I 367, SJ 1996 389, consid. 2.b.



émergent de cet examen inductif sont ensuite systématiquement utilisés pour tester 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 tâtonnements<sup>160</sup> 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 rapports 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<sup>161</sup> ». L'approche d'Aristote est différente. Selon 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 – que l'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 dans un autre contexte, 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<sup>162</sup> ». 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'intervalle<sup>163</sup>.

La dialectique et la controverse jouent 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 dialectique, « la méthode utilisée par la science du droit »<sup>164</sup>. 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 »<sup>165</sup>. 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 cause<sup>166</sup>.

<sup>160</sup> Michel VILLEY, *Philosophie du droit. Définition des fonctions du droit. Les moyens du droit*, Réédition, Paris 2001, p. 52 : « C'est au juriste de la découvrir par une suite de tâtonnements dont le texte de l'*Éthique* fait comprendre la nécessité ».

<sup>161</sup> Blaise PASCAL, *Pensées*, frgt. 43, Gallimard Folio Classique, 1977, p. 80.

<sup>162</sup> ARISTOTE, *Éthique à Nicomaque*, op. cit., IX.9, 1170b35, p. 469.

<sup>163</sup> *Ibid.*, VI.1, 1138b19, p. 273 et 1106a28-30, p. 103.

<sup>164</sup> Michel VILLEY, *Philosophie du droit. Définition des fonctions du droit. Les moyens du droit*, Réédition, Paris 2001, p. 52.

<sup>165</sup> *Ibid.*, p. 53.

<sup>166</sup> Voir les remarques de Garrett BARDEN, Le dialogue qu'est la « Common Law », *Archives de philosophie du droit*, 29, Paris 1984, p. 95-100. Barden relève que 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 ». Voir Henri TORRIONE, les articles sur la rhétorique cités *supra* sous note 136.

**VII. Quand il s'agit d'une situation de distribution (l'utilisation de fonds communaux), l'égalité de traitement dans la distribution impose à une collectivité publique de prendre en considération toutes les personnes dans le dénuement présentes sur le territoire communal, quel que soit le statut juridique de ces personnes**

Pour conclure ce parcours à travers une philosophie du droit qui souligne le caractère central des diagnostics de justice et d'injustice dans les diverses situations sociales dans lesquelles le droit intervient, donc des jugements de justice, nous allons examiner cette décision du Tribunal fédéral de 1996 sur le minimum vital dont on a parlé brièvement plus haut. Elle a été prise essentiellement en considération 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<sup>167</sup> », et que cela doit être le point de départ du raisonnement juridique dans un pays dans lequel « l'existence de l'homme et aussi son épanouissement » constituent des buts constitutionnels élémentaires. De tels buts impliquent inévitablement que, quand c'est nécessaire, des fonds communs aux mains de collectivités publiques soient utilisés dans des répartitions qui se font en fonction des situations de détresse.

Au moment où l'arrêt a été rendu, la constitution ne contenait aucune disposition reconnaissant le droit au minimum vital. Le principe selon lequel les citoyens qui sont tombés dans le dénuement économique doivent être soutenus par leur commune d'origine remonte au XVI<sup>e</sup> siècle en Suisse, mais ne faisait pas l'objet d'une disposition constitutionnelle. À la suite de cet arrêt, l'article suivant a été introduit dans la constitution (art. 12) : « Quiconque est dans une situation de détresse et n'est pas en mesure de subvenir à son entretien a le droit d'être aidé et assisté et de recevoir les moyens indispensables pour mener une existence conforme à la dignité humaine ».

Dans cette affaire, le Tribunal fédéral a estimé que des moyens financiers de la commune d'Ostermundigen devaient revenir aux *recourants* à titre de minimum vital (ceux-ci avaient attaqué la commune jusqu'au Tribunal fédéral). Ce qu'a fait le Tribunal fédéral dans ce contexte, c'est de porter une appréciation sur ce qui est juste et égal dans l'opération de « répartition des fonds » de la commune – c'est l'expression du TF –, et de trancher ainsi une question de droit dans les distributions, d'égalité matérielle selon la proportion. Le jugement du tribunal porte sur la détermination exacte du rapport juridique adéquat entre les personnes en situation de détresse qui habitent sur le territoire de la commune et la commune elle-même. Le Tribunal fédéral relève non seulement la nature de la problématique – « répartition de fonds » de la commune –, mais indique aussi le point de vue sous lequel il l'aborde – « sauvegarder une égalité matérielle minimale ». Certes, il soulève la question de la répartition des fonds communaux pour indiquer qu'il n'a pas en principe « le pouvoir de fixer des priorités » dans l'utilisation de ces fonds, mais dans la mesure où il s'agit seulement d'une « prestation minimale », il considère qu'il ne dépasse pas les limites fonctionnelles de sa compétence en intervenant comme il le fait.

<sup>167</sup> ATF 121 I 367, SJ 1996 389, consid. 2.b, p. 390.

Il s'agit de frères nés en 1955, 1958 et 1960 qui ont vécu depuis 1980 avec leur mère dans la commune, avec le statut officiel de réfugiés. Ils ont cependant été condamnés par décision du juge pénal du 29 octobre 1987 à une peine d'emprisonnement conditionnel et à l'expulsion du territoire suisse pendant une durée de trois ans. Cette expulsion n'a pas pu être exécutée immédiatement. Ils n'ont en effet obtenu des papiers de l'ambassade de la République Tchèque que le 7 novembre 1990. Avec l'expulsion effectuée à cette date, il a été mis fin à leur statut de réfugiés. Cependant, en septembre 1991, ils sont entrés à nouveau en Suisse, illégalement. Ils habitent depuis cette date avec leur mère, qui a épousé entre-temps un citoyen suisse. Une nouvelle expulsion vers la République Tchèque n'est plus possible, parce que ce pays les a privés de leur nationalité.

Après leur retour en Suisse, les trois frères ont demandé à la commune d'Ostermundigen de pouvoir bénéficier d'une aide sociale, ce que la commune a refusé. Saisi d'un recours, le Conseil d'État du canton de Berne a considéré que le refus de la commune était justifié. Il a soutenu que le statut juridique des trois frères n'était pas réglé et que les autorités fédérales étaient en train de l'examiner. Le Conseil d'État du canton de Berne a considéré que la situation d'indigence dans laquelle ils se trouvaient en Suisse était provoquée par leur refus d'effectuer des démarches leur permettant de réintégrer leur nationalité tchèque et de repartir dans leur pays. Ce refus constituait un abus de droit, qui justifiait la privation de toute assistance par la commune.

Un tel arrêt invite à réfléchir au rapport, sur le plan philosophique et logique, entre :

- une norme juridique qui affirme l'existence d'une obligation de la commune en matière de minimum vital, et donc reconnaît un droit correspondant de la personne qui se trouve dans un état de besoin – l'art.12 Cst., par exemple, constitue la formulation d'une telle norme, mais, comme on l'a dit, cette disposition n'existait pas encore au moment de l'arrêt du TF –, et

- le jugement d'appréciation – jugement de valeur – du juge, qui est au fondement d'une telle norme, dans cette situation particulière où aucune norme légale ou constitutionnelle n'existait : en l'occurrence, tout repose sur le jugement du TF, un jugement qui a pour objet ce qui est matériellement juste dans cette situation, donc la justice matérielle, et

- les arguments sur lesquels repose l'appréciation du juge.

Suivant Georges Kalinowski qui nous sert de guide dans cette étude, il s'agit de distinguer entre les normes *au sens propre* [les jugements normatifs, dans la terminologie utilisée par G. Kalinowski, par exemple quand une personne est dans une situation de détresse et de besoin, la commune a l'obligation d'intervenir pour lui fournir une assistance] et les estimations, les jugements de valeur, car ceux-ci en tant que fondement des normes – c'est parce que telle ou telle action est bonne qu'on doit la faire – peuvent être appelées "normes" *par métonymie*<sup>168</sup>.

Les jugements normatifs, suivant cet auteur, reposent donc sur des estimations (jugements de valeur) : c'est parce qu'on juge que cette action-ci est

<sup>168</sup> Georges KALINOWSKI, *La logique des normes*, PUF, 1972, p. 21-22.

mauvaise que l'on adoptera peut-être la position normative suivante : elle est interdite ; c'est parce qu'on juge qu'il est bien d'être fidèle envers ses amis que l'on adoptera peut-être la position normative suivante : la fidélité est un devoir. Dans le domaine du droit, l'approche de G. Kalinowski conduit à considérer, par exemple, que c'est parce qu'on juge (jugement de valeur) qu'est juste la répartition qui attribue des moyens correspondant au minimum vital à tous ceux qui sont la même situation de détresse – c'est là, estime-t-on, répartir les fonds publics de façon égale, selon « une justice matérielle minimale » conçue comme une égalité de proportion – que l'on adoptera le jugement prescriptif suivant : la commune d'Ostermundigen a l'obligation de fournir aide et assistance à toutes les personnes qui sont dans la même situation, et il y a en conséquence pour les demandeurs qui sont en situation de détresse un « droit d'être aidé et assisté et de recevoir les moyens indispensables pour mener une existence conforme à la dignité humaine ». Derrière toute norme juridique, peu importe que celle-ci formule une obligation ou un devoir, un droit ou une interdiction, il y a l'appréciation portée sur la justesse de telle répartition, de telle interaction, de telle délimitation, en un mot sur le rapport juridique adéquat dans la situation en cause, ou dans le cas particulier en question, avec les circonstances spéciales qui lui sont propres.

La question centrale s'agissant de ce jugement de valeur est la suivante : qu'est-ce qui conduit à juger qu'est juste la répartition qui attribue des moyens correspondant au minimum vital à toutes les personnes qui sont la même situation de détresse ? L'alternative aurait été de traiter différemment les étrangers et les citoyens suisses, ou les personnes en situation régulière en Suisse du point de vue de la police des étrangers – les Suisses et les étrangers avec permis, et les personnes qui ne le sont pas. Mais utiliser une telle différence dans les circonstances de fait pour justifier une inégalité de traitement en matière de minimum vital, compte tenu des conséquences dramatiques de l'absence d'aide pour la personne en situation de détresse, n'est-ce pas utiliser une différence dans les circonstances de fait qui est quelconque par rapport à l'enjeu réel de la distribution ? En effet, avec la distribution en question, il y a des buts constitutionnels élémentaires qui sont en jeu – ils sont manifestes, puisque, comme le dit le TF, « la garantie des besoins humains élémentaires comme la nourriture, l'habillement et le logement constitue la condition de l'existence de l'homme...<sup>169</sup> ».

Une telle distribution, compte tenu de son enjeu, soulève donc des questions qui relèvent de la finalité même pour laquelle une communauté politique a été mise en place à un certain moment par les gens, sur un certain territoire, et maintenue ensuite en existence, parfois pendant des siècles. On peut relever ici, en effet, que l'approche du TF est téléologique, il raisonne à partir de la « nécessité qui vient de la fin<sup>170</sup> ». C'est à cette dimension que se réfère d'ailleurs l'un des premiers arrêts du TF en matière de droit dans les distributions (il date de 1880), avec beaucoup de discrétion. Bien qu'on ait déjà cité ce passage, on va rappeler ici une partie du texte, pour bien

<sup>169</sup> ATF 121 I 367, SJ 1996 389, consid. 2.b, p. 390.

<sup>170</sup> *Ex necessitatis finis*, selon l'expression de Thomas d'Aquin, *Somme théologique*, II-II question 58, article 3, ad 2, traduction française, Paris, Cerf, 1999, tome 3, p. 386.

souligner comment apparaît la finalité dans une question juridique de distribution – la finalité pour laquelle la communauté politique a été constituée :

« Pour justifier une inégalité de traitement, la différence dans les circonstances de fait ... 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 <sup>171</sup>. »

Comme on l'a dit plus haut, l'approche du droit et de la justice que nous présentons ici, à travers ces analyses de jurisprudence en matière de solidarité, est parfaitement laïque. Ce n'est pas parce qu'elle inclut une réflexion sur la finalité pour laquelle les communautés politiques ont été constituées et sont maintenues en existence qu'elle ne le serait pas. Ce n'est pas parce que cette finalité très différente de celle dont fait état la Déclaration des Droits de l'homme et du citoyen, du 26 août 1789 (« art. 2 : Le but de toute association politique est la conservation des droits naturels et imprescriptibles de l'Homme ») que la position que nous présentons n'est pas laïque. Comme Amartya Sen le répète sans cesse, il n'y a pas que la conception de la justice et les droits de la tradition de pensée du contrat social dans la modernité.

---

<sup>171</sup> ATF 6 I 171, 174.