

TORRIONE Henri, *La jurisprudence du Tribunal fédéral sur les limites de la propriété privée face à l'impôt, et la conception de l'Etat et du droit qu'elle implique - Republicanisme et philosophie aristotélicienne du droit vs. libéralisme et philosophie hobbesienne du droit*, in : Winiger Bénédicte / Mahlmann Matthias (édit.), *La propriété et ses limites / Das Eigentum und seine Grenzen*, Stuttgart 2017, p. 175-223.

Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie – Beihefte 154

Franz Steiner Verlag

Sonderdruck aus:

La propriété et ses limites / Das Eigentum und seine Grenzen

Congrès de l'Association Suisse de Philosophie du Droit
et de Philosophie Sociale, 26 septembre 2015, Université
de Genève / Kongress der Schweizerischen Vereinigung
für Rechts- und Sozialphilosophie, 26. September 2015,
Universität Genf

Édité par Bénédicte Winiger, Matthias Mahlmann,
Sophie Clément et Anne Kühler



Franz Steiner Verlag, Stuttgart 2017

Sommaire/Inhalt

<i>Matthias Mahlmann / Bénédicte Winiger / Sophie Clément / Anne Kühler</i> Préface des éditeurs/Vorwort der Herausgeber	9
Index des auteurs/Verzeichnis der Autorinnen und Autoren	11
<i>Peter Garnsey</i> Property and its limits: historical analysis	13
<i>Julia Hänni</i> Platons Konzeption vom Eigentum und ihre Wirkungen in Spätantike und Patristik	39
<i>Nicolas Bernard</i> Les limites de la propriété par les droits de l'homme	55
<i>François Ost / Delphine Misonne / Marie-Sophie de Clippele</i> Propriété et biens communs	131
<i>Henri Torrone</i> La jurisprudence du Tribunal fédéral sur les limites de la propriété privée face à l'impôt, et la conception de l'Etat et du droit qu'elle implique	173
<i>Makane Moïse Mbengue / Elise Ruggeri Abonnat</i> Les limites à la propriété en droit international des investissements	225
<i>Shelly Hiller Marguerat</i> Property limits as per the main source of absolute ownership	239

La jurisprudence du Tribunal fédéral sur les limites de la propriété privée face à l'impôt, et la conception de l'Etat et du droit qu'elle implique

Républicanisme et philosophie aristotélicienne du droit
vs. libéralisme et philosophie hobbesienne du droit

HENRI TORRIONE, FRIBOURG

Introduction	175
I. Le républicanisme du TF sur la question des limites de la propriété privée face à l'impôt	175
1. Cour CEDH et TF : deux points de départ différents du raisonnement juridique sur la question de la propriété face à l'impôt	177
a) Introduction	177
b) Le point de départ du raisonnement de la CourCEDH	178
c) Le point de départ différent du TF	179
2. Pourquoi le TF privilégie-t-il sur la question de la propriété privée face à l'impôt le républicanisme et la philosophie aristotélicienne du droit plutôt que le libéralisme et la conception du droit d'Hobbes ?	184
a) Introduction	184
b) Les raisons du TF de préférer le républicanisme au libéralisme sur la question de la propriété privée face à l'impôt	185
II. La conception de la justice et de l'Etat selon le républicanisme	189
1. Introduction	189
2. Le désaccord entre libéralisme et républicanisme sur la liberté	189
3. La conception de la justice et du droit selon la philosophie aristotélicienne du droit	193
a) Introduction	193
b) En droit privé, la loi n'est pas tout le droit positif: il y a aussi l'équité	197
c) En droit privé, la loi et l'équité ne sont pas tout le droit positif: il y a aussi la justice matérielle (l'équité au sens large)	199

d) Le concept de loi auquel conduit le droit comme équité	200
e) L'analyse de la justice comme équité dans le Livre V de l'Éthique à Nicomaque	202
4. La conception des droits fondamentaux et de l'État selon le républicanisme et la philosophie politique aristotélicienne	206
a) Introduction	206
b) La subjectivité juridique, le contractualisme et l'École de droit naturel moderne sont-ils les courants de pensée à l'origine des droits de l'homme ?	210
c) Indices d'un courant plus ancien que la subjectivité juridique, le contractualisme et l'École de droit naturel moderne, et caractéristiques de ce courant	211
d) L'idée centrale qui a historiquement conduit à la notion de droits fondamentaux	213
e) Quel est le lien avec ce que Michel Villey a appelé « le droit au sens majeur du mot » ?	213
f) Un autre type de règle dans le domaine des droits de l'homme	217
Conclusion	220



Introduction

En Suisse, selon la conception que se fait traditionnellement le Tribunal fédéral (« TF ») des rapports au niveau constitutionnel entre Etat et impôt, d'une part, et propriété privée, de l'autre, ce n'est pas la propriété qui limite la fiscalité, comme le veut la vulgate libérale, mais c'est au contraire la fiscalité qui limite la propriété.

Après avoir décrit et analysé la jurisprudence du TF à cet égard (*infra* I.1 et I.2), le présent article voudrait pouvoir, grâce à elle, mettre en lumière un aspect « paradoxal » de notre conception du droit et de l'Etat en Suisse (*infra* II). Le mot « paradoxal » est mis entre guillemets parce qu'utilisé ici pour désigner une conception, ou un point de vue, qui ne coïncide pas avec ce que l'opinion commune considère comme allant de soi. Pour l'opinion commune, en effet, peu importe que ce soit à gauche, à droite ou au centre de l'échiquier politique, la philosophie politique qui inspire en profondeur notre conception de l'Etat, en Suisse, est le libéralisme.

Au moyen de cette jurisprudence du TF sur les rapports entre impôt et propriété, l'on va découvrir que sur un point au moins, il n'en est rien : face au fisc et aux lois fiscales la propriété n'est pas vraiment en Suisse « un droit inviolable et sacré ».¹ Lorsque l'on examine les choses attentivement, indépendamment de leur recouvrement par l'idéologie libérale ambiante, l'on s'aperçoit que la philosophie politique et juridique – présente implicitement dans les jurisprudences du TF, comme celles que l'on va analyser – est distincte du libéralisme (même si ce mot peut presque tout comprendre, tant il est utilisé de façon lâche). Cette autre philosophie politique et juridique est une tradition de pensée² qui, selon nous, caractérise en profondeur la démocratie suisse ; on peut la désigner par le terme « républicanisme ».³

Nous commençons par attirer l'attention sur la différence que l'on observe, s'agissant de la relation entre impôt et propriété privée, entre l'approche du TF en droit constitu-

- 1 Nous tirons cette expression de l'art. 17 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789. Nous ne voulons cependant pas suggérer que la Déclaration de 1789 défend l'idée que la propriété est un droit « inviolable et sacré » face aux lois fiscales (elle prévoit en effet à son art. 13 qu'une « contribution commune est indispensable » et que cette contribution « doit être également répartie entre tous les citoyens, en raison de leurs facultés »). Nous visons plutôt les courants libéraux contemporains, dont nous parlerons plus loin.
- 2 John Adams la fait remonter au Pacte fédéral de 1291; cf. les passages sur la Suisse in : John Adams, *Defense of the Constitutions of Government of the United States of America against the attack of M. Thurgot in his Letter to Doctor Price*, 1794.
- 3 Pour indiquer d'emblée dans quel sens les termes « républicanisme » et « république » sont entendus, l'on peut citer la remarque ironique suivante : « Je crois déjà entendre le lecteur français se récrier [...] : comment peut-on être républicain, sinon dans les termes posés en France par la Révolution ? La chose est possible, peut-être même nécessaire » (Philip Pettit, *Républicanisme : Une théorie de la liberté et du gouvernement*, traduit de l'anglais par Patrick Savidan et Jean-Fabien Spitz, 2004, 12). En utilisant ces termes, l'on ne va pas viser ce qui est opposé à la monarchie, comme on le fait en France. L'on ne vise pas non plus par ces mots quelque chose de proche du parti républicain aux USA, ou dans tout autre pays. L'on va expliquer plus bas en quoi consiste cette philosophie politique et juridique qui remonte à Aristote, et qu'un auteur américain, Mortimer N. S. Sellers, a caractérisé à juste titre comme « one of the world's oldest and most persistent legal and political philosophies » (Mortimer N. S. Sellers, *Republican Legal Theory. The History, Constitution and Purposes of Law in a Free State*, New York 2003, 5).

tionnel suisse, et celle de la Cour européenne des droits de l'homme (« CourCEDH »), dans la mise en œuvre de la Convention (*infra* I.1).

Cette observation nous permet de mettre en évidence la priorité de l'impôt sur la propriété privée en droit constitutionnel suisse, et surtout les raisons qui justifient cette priorité (section I.2). En Suisse, l'utilité commune visée par les différentes collectivités publiques empilées les unes sur les autres (les communes, les cantons et la Confédération) – une utilité mise plus moins bien en œuvre par ces collectivités à travers l'exécution des différentes tâches d'intérêt public qui leur sont confiées par la population, donc à travers le financement par l'impôt des coûts correspondants (des coûts engagés au bénéfice de tous, si la démocratie directe fonctionne bien) – vient avant la propriété privée.

Le républicanisme, soit la doctrine qui donne la priorité en philosophie politique non pas à la propriété privée, mais à une certaine utilité commune et à son financement par l'impôt (ce qui est d'utilité commune et son financement étant tous deux définis démocratiquement dans le contexte de la démocratie directe, y compris au niveau communal), diffère du libéralisme, qui place la propriété privée avant l'impôt et l'utilité commune. Le libéralisme (au sens épuré et extrême où on l'entend dans cet article) va même jusqu'à défendre « la nature asservissante de l'idée de communauté politique ».⁴ Dans la perspective d'individualisme radical qu'il adopte, son cri de ralliement est « liberty can be restricted only for the sake of liberty »⁵ 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 ». C'est une forme de contractualisme : les obligations, s'il y en a, ne peuvent qu'être l'ombre portée par les droits d'une autre partie au soi-disant pacte social⁶ : hors de cette ombre, pas d'obligations.

Mais pourquoi utiliser le mot « républicanisme » pour la philosophie politique que l'on caractérise par la priorité qu'elle donne à l'utilité commune plutôt qu'à la propriété privée ? Suivant Fustel de Coulanges, les latins ont utilisé l'expression « *res publica* » pour transposer en latin les passages où les grecs utilisaient l'adjectif substantivé « le commun » (τὸ κοινὸν), ou l'expression « utilité commune ».⁷ Il faudrait donc parler de « res-publicanisme » plutôt que de « républicanisme ». Thomas Paine l'a bien compris : « [w]hat is called a *republic*, is not any *particular form* of government. It is wholly characteristic of the purport, matter, or object for which government ought to be instituted, and on which it is to be employed, *res-publica*, the public affairs, or the public good ; or, literally translated, the *public thing* ».⁸

4 Felix Heidenreich / Gary Schaal, *Introduction à la philosophie politique*, 2012, 34.

5 John Rawls, *A Theory of Justice*, 1999, 250, 302.

6 Alan Ryan, *The making of Modern Liberalism*, 2012, 13, où l'auteur dit que « obligations are shadows cast by rights ».

7 Fustel de Coulanges, *La cité antique*, 1928, 376.

8 Thomas Paine, *Rights of Man*, 2004, 162. Cf. aussi Quentin Skinner, (Fn.143), 19.

I. Le républicanisme du TF sur la question des limites de la propriété privée face à l'impôt

1. Cour CEDH et TF : deux points de départ différents du raisonnement juridique sur la question de la propriété face à l'impôt

a) Introduction

Bien que ces deux cours aboutissent finalement, si l'on examine tout le raisonnement et non seulement son point de départ, à une même conception fondamentale (tout est une question d'absence d'arbitraire, de justification raisonnable de la solution qui est ultimement retenue), le point d'où chacune part est totalement différent.

La CourCEDH part de l'idée que l'impôt, privant la personne concernée d'un élément de propriété, est, en principe, une ingérence dans ce que l'art. 1^{er} du Protocole n°1 appelle « le droit au respect de ses biens ». Compte tenu de ce point de départ (l'impôt comme « ingérence dans un droit »), l'imposition fiscale n'est considérée comme acceptable par la CourCEDH que si la limitation qu'elle impose au droit de propriété peut être justifiée, comme les autres limitations au droit de propriété, par exemple l'expropriation, par un intérêt public et par le caractère proportionné de la limitation en cause.

Le TF refuse au contraire de partir de l'idée qu'il y a par principe ingérence, du fait de l'imposition, dans un soi-disant droit au respect de ses biens qui serait garanti à l'encontre du fisc et des lois fiscales par la Constitution, à l'art. 26 al. 1 Cst. (qui prévoit pourtant que « la propriété est garantie »). Cette garantie constitutionnelle ne vaut en effet pas par principe à l'encontre du fisc et des lois fiscales que ce dernier met en œuvre. Selon le TF, l'imposition est peut-être la privation d'un élément de propriété privée (ce n'est pas tout à fait sûr qu'il en soit ainsi, s'il est vrai que la créance fiscale naît simultanément avec la créance en paiement du salaire ou d'autres éléments de revenu), mais, selon le TF, la garantie de la propriété de l'art. 26 al. 1 Cst. n'offre de toute façon pas de protection contre ce genre de privation (la privation par l'impôt).

Les protections prises en compte par le TF face à la fiscalité sont de deux ordres. D'une part une exigence s'agissant du contenu des lois fiscales, à travers l'interdiction de l'arbitraire et le principe d'égalité de traitement (le législateur fiscal doit être attentif à ne pas adopter des règles qui aboutissent à des résultats arbitraires ou injustes, le TF soulignant que l'égalité de traitement « a aussi pour fonction de sauvegarder une justice matérielle minimale », c'est-à-dire qu'elle inclut aussi toute la dimension de la « Sachgerechtigkeit »).⁹ D'autre part une exigence dans la procédure d'adoption de ces

9 Pour la citation sur la fonction du principe de l'égalité de traitement, cf. ATF 121 I 367, SJ 1996, 389, consid. 2.b, 392 ; à propos de la « Sachgerechtigkeit », cf. la jurisprudence du TF en matière de barème dégressif du canton d'Obwald (ATF 133 I 206, RDAF 2007 II 505) étudiée dans mes deux articles de 2010 : Henri Torrione, Justice distributive aristotélicienne en droit fiscal selon la jurisprudence du TF : une étude de philosophie du droit sur la notion de « Sachgerechtigkeit », *Revue de droit suisse* 129 (2010), 131–161, et : Henri Torrione, L'arrêt du TF sur les barèmes dégressifs du Canton d'Obwald (ATF 133 I 206) : une leçon de choses sur la justice fiscale, *Revue de droit suisse* 129 (2010), 247–265. Le TF a, semble-t-il, accepté l'ana-

lois (le caractère fondamentalement démocratique du processus qui aboutit aux lois fiscales, avec notamment le référendum propre à la démocratie directe, aussi bien au niveau fédéral, cantonal que communal). Les membres des communautés politiques en question – la commune, le canton et la Confédération – sont en effet, selon le système suisse, ceux qui décident ultimement de tout, en particulier de la répartition des charges publiques. Il s'agit à la fois de la répartition des charges entre les générations futures et la génération actuelle, à travers le choix entre financement des charges publiques par la dette ou financement par l'impôt,¹⁰ et de répartition de l'impôt au sein de la génération actuelle, en particulier au moyen des types d'impôt et des taux d'impôt.

Le TF n'accepte donc pas la thèse libérale – même pas à titre de simple point de départ du raisonnement – selon laquelle, la propriété est, face aux impôts, un droit qui a rang constitutionnel, et que l'imposition est en soi une ingérence dans un droit fondamental, dans un droit « naturel et imprescriptible », dans un « droit inviolable et sacré » (selon les termes utilisés par la Déclaration de 1789).

b) Le point de départ du raisonnement de la CourCEDH

Quand on lit les arrêts de la CourCEDH et le texte de la Convention, l'on a en général l'impression que les formules utilisées vont de soi, tellement la doxa libérale nous imprègne, avant toute réflexion. La Cour commence en effet toujours en rappelant « que l'imposition fiscale, dont le paiement des redevances locales fait partie, est en principe une ingérence dans le droit garanti par le premier alinéa de l'article 1^{er} du Protocole n° 1 car elle prive la personne concernée d'un élément de propriété, à savoir la somme qu'elle doit payer ».¹¹ La Cour se réfère à l'article 1^{er} du Protocole n° 1 qui prévoit en son premier alinéa que « [t]oute personne physique ou morale a droit au respect de ses biens » et que « [n]ul ne peut être privé de sa propriété que pour cause d'utilité publique et dans les conditions prévues par la loi et les principes généraux du droit international ».

Sans doute, entre le TF et la CourCEDH, seul le point de départ du raisonnement diffère. En effet, la CourCEDH relève ensuite que « cette ingérence se justifie conformément

lyse faite de sa jurisprudence dans ces deux articles, puisque dans un arrêt de 2014 où il se réfère à son arrêt *Obwald*, il rajoute rétroactivement à la doctrine qu'il avait citée en 2007 dans le considérant 7.4, par les mots « cf. en outre... », mes deux articles de 2010 (ATF 140 II 157, consid. 7.2). Cf. en outre *infra* pages 190–191, 197–198, 201–202 et 207–208.

- 10 Suivant une série d'articles donnant les résultats de recherches empiriques, la participation de la population concernée aux décisions sur le financement de la commune et sur le budget communal en général (y compris les dépenses budgétées), à travers la démocratie directe et notamment le référendum en matière communale, a pour conséquence une réduction de l'endettement. La preuve est apportée, semble-t-il, que lorsque les décisions sont prises par les représentants du peuple, sans possibilité pour le peuple d'intervenir directement (démocratie représentative), l'endettement s'accroît, comme si le personnel politique avait tendance à raisonner à court terme, avec une préférence systématique pour le report des problèmes dans un avenir situé au-delà du terme de son mandat, à travers notamment la solution de l'endettement. À ce propos, cf.: Lars P. Feld / Gebhard Kirchgässner, *Does Direct Democracy Reduce Public Debt? Evidence from Swiss Municipalities*, *Public Choice*, 109 (3–4) (2001), 347–370.

- 11 Cour eur. dr. h., *Imbert de Tremiolles c. France* du 4 janvier 2008.

au deuxième alinéa de cet article qui prévoit expressément une exception pour ce qui est le paiement des impôts ou d'autres contributions », ¹² et comme on l'a dit, elle en vient ensuite à appliquer un test d'interdiction de l'arbitraire ou de justification raisonnable assez semblable à ce qui constitue pour TF le test central et unique, c'est-à-dire celui d'une égalité de traitement conçue, comme on l'a dit, comme ayant « aussi pour fonction de sauvegarder une justice matérielle minimale » (une dimension de « *Sachgerechtigkeit* »). La CourCEDH introduit en effet la notion de proportionnalité, ou « juste équilibre », et est ainsi amenée à l'exigence de « base raisonnable », ou absence d'arbitraire du législateur. En effet, « [s]elon la jurisprudence bien établie de la Cour, toute ingérence, y compris celle résultant d'une mesure tendant à assurer le paiement des impôts, doit ménager un « juste équilibre » entre les exigences de l'intérêt général de la communauté et les impératifs de la protection des droits fondamentaux de l'individu [...]. Par conséquent, l'obligation financière née du prélèvement des impôts ou de contributions peut léser la garantie consacrée par cette disposition si elle impose à la personne ou à l'entité en cause une charge excessive ou porte fondamentalement atteinte à leur situation financière ». Pour apprécier ce « juste équilibre », la CourCEDH déclare « respecter l'appréciation portée par le législateur en pareilles matières, sauf si elle est dépourvue de base raisonnable ». ¹³

Il faut aussi relever que la CourCEDH ne peut pas faire autrement que d'adopter le point de départ que l'on a décrit, et cela pour une raison technique, indépendante de la présence de l'idéologie libérale parmi les juges : la Convention lui permet d'appliquer un test d'égalité de traitement qu'indirectement, l'article 14 de la Convention sur l'égalité de traitement ne faisant en effet que « compléter les autres clauses normatives de la Convention et des protocoles ». N'ayant « pas d'existence indépendante », il n'autorise pas la Cour à appliquer le test de l'interdiction de l'arbitraire ou de l'égalité de traitement sans passer par l'idée qu'il y a ingérence dans un droit.

Nous ne voulons pas formuler ici une analyse complète de la jurisprudence de la CourCEDH, mais seulement mettre en évidence le point de départ du raisonnement des juges de la Cour pour mieux souligner, par contraste, la démarche tout à fait différente du TF.

c) Le point de départ différent du TF

Pendant longtemps, le TF a refusé de faire intervenir le principe constitutionnel de la garantie de la propriété en matière fiscale (jusqu'en 1969, ce principe ne faisait pas l'objet d'une formulation dans la Constitution), en parallèle avec d'autres principes constitutionnels reconnus en matière fiscale (la base légale, l'égalité de traitement avec l'universalité de l'imposition et la proportionnalité par rapport à la capacité contributive).

¹² Le second alinéa de l'article prévoit que « les dispositions précédentes ne portent pas atteinte au droit que possèdent les Etats de mettre en vigueur les lois qu'ils jugent nécessaires pour l'usage des biens conformément à l'intérêt général et pour assurer le paiement des impôts ou d'autres contributions ou amendes ».

¹³ Cour eur. dr. h., *Arnaud et autres c. France* du 15 janvier 2015.

Le TF rappelait sans doute que « quelques-uns dans la doctrine considèrent effectivement que la garantie de la propriété peut servir de limite à l'imposition, en ce sens qu'elle permet d'écarter les impositions dites confiscatoires », mais il ne considérerait pas nécessaire d'aller dans cette direction (par exemple : ATF 94 Ia 16 et ATF 99 Ia 638, JdT 1975 290, Weber et consorts c. Bâle-Campagne, 20 juin 1973, consid. 7).

Le TF proclamait haut et fort qu'il n'y avait jamais eu de doutes en Suisse que les impôts ne constituaient pas une ingérence dans un droit garanti par la Constitution, « im Gegensatz zur Bundesrepublik Deutschland, wo sich die Lehre nach der Inkrafttreten des Grundgesetzes mit dem Problem beschäftigte, wie die Besteuerung mit art. 14 GG vereinbar sei ».¹⁴

L'on pourrait penser que cette apparente anomalie dans l'approche du TF (anomalie au regard de la démarche de la CourCEDH, et surtout au regard de la pure doctrine libérale), disparaît quand, en 1979, il accepte que la garantie constitutionnelle de la propriété puisse jouer un rôle en matière fiscale (sans toutefois, dans cette affaire, donner raison au contribuable). Il n'en est rien. L'on s'en aperçoit si l'on est attentif à la façon bien particulière dont il fait désormais intervenir l'art. 26 al. 1 Cst. face aux impôts. Comme l'on va le voir, la singularité de l'approche du TF va au contraire être encore accentuée par ce changement de jurisprudence, qui ne va qu'en apparence dans le sens du libéralisme.

Selon ce revirement de jurisprudence, la garantie de la propriété de l'art. 26 al. 1 Cst. ne va en effet pas du tout être prise en considération comme garantie du maintien de la propriété dans son *état* avant le paiement de l'impôt ou avant la naissance de la dette fiscale (« Eigentums garantie als Bestandesgarantie »), mais seulement comme une garantie protégeant l'institution elle-même qu'est la propriété privée dans l'ordre juridique de la Suisse, la propriété « als fundamentale Einrichtung der schweizerischen Rechtsordnung ».¹⁵

Le TF ne vise donc pas du tout, dans sa jurisprudence appliquant désormais l'art. 26 Cst. en matière fiscale, une protection de principe contre les ingérences dans « le droit au respect de ses biens » ; il n'envisage pas du tout que l'impôt puisse être considéré comme contraire à l'art. 26 Cst. en ce qu'il « prive la personne concernée d'un élément de propriété, à savoir la somme qu'elle doit payer ».¹⁶ L'idée centrale du TF avec ce revirement de jurisprudence est d'offrir une protection contre une loi fiscale ou une combinaison de lois fiscales qui aboliraient l'institution elle-même de la propriété. Cela pourrait être réalisé de façon générale et abstraite, par exemple en fixant pour tout le monde des taux de 100 % en matière d'impôt sur la fortune, combinés avec ensuite, année après année, des taux de 100 %, aussi en matière d'impôt sur le revenu. L'on voit qu'il s'agit de quelque chose de très improbable au niveau général et abstrait. En revanche la suppression de l'institution elle-même peut parfaitement se produire dans un cas d'espèce, s'agissant donc de tel ou tel contribuable, dans telle ou telle situation particulière : la loi fiscale ou la combinaison non prévue de lois fiscales ne doit pas aboutir *de facto* à sup-

14 ATF 106 Ia 342, consid. 6.a.

15 ATF 105 Ia 134.

16 Ce sont des expressions utilisées par la CourCEDH comme on l'a vu plus haut.

primer cette institution juridique dans la situation particulière dans laquelle se trouve tel ou tel contribuable; elle ne doit pas vider l'institution en question de sa substance s'agissant de ce contribuable particulier. C'est cette protection que le TF désigne par l'expression « Eigentumsgarantie als Institutsgarantie ».

Or, l'institution de la propriété privée doit être considérée comme vidée de sa substance dans la situation particulière de tel ou telle contribuable, principalement lorsqu'elle n'est plus en mesure de remplir la fonction qu'elle doit remplir « als fundamentale Einrichtung der schweizerischen Rechtsordnung ». C'est sa fonction selon l'ordre constitutionnel mis en place par la Constitution qui est visée; c'est donc sa fonction selon la finalité d'un tel ordre constitutionnel, selon les objectifs fondamentaux qu'il vise. On est très loin d'un droit formel et absolu. Il est clair, nous semble-t-il, que l'approche du TF après le revirement de jurisprudence de 1979, se dirige vers une conception non formelle de la garantie apportée par l'art. 26 al. 1 Cst. en matière fiscale, puisqu'il s'agit d'une garantie dépendant d'un jugement sur la capacité de l'institution de remplir la fonction que la Constitution lui assigne. C'est pourquoi nous avons indiqué plus haut que l'approche singulière du TF, après ce revirement de jurisprudence, est encore plus orientée dans le sens du républicanisme, vers la *res publica*, en particulier vers l'utilité de couvrir adéquatement, par des impôts notamment, les charges liées aux frais de fonctionnement des collectivités publiques que sont les communes, les cantons et la Confédération, et au financement des tâches qu'elles accomplissent.

Le TF affirme que cette « Institutsgarantie » signifie qu'il « incombe au législateur de conserver la substance du patrimoine du contribuable et de lui laisser la possibilité d'en former du nouveau. Pour juger si une imposition a un effet confiscatoire, le taux de l'impôt exprimé en pourcent n'est pas seul décisif; il faut examiner la charge que représente l'imposition sur une assez longue période, en faisant abstraction des circonstances extraordinaires; à cet effet, il convient de prendre en considération l'ensemble des circonstances concrètes, la durée et la gravité de l'atteinte ainsi que le cumul avec d'autres taxes ou contributions et la possibilité de reporter la charge de l'impôt sur d'autres personnes ».¹⁷

Le seul cas dans lequel la garantie de la propriété au sens de « Institutsgarantie », selon la nouvelle jurisprudence, a été admise, est un arrêt qui date de 1985 (TF 10 mai 1985, ASA 56 439). Les faits de la cause sont les suivants: A. X., née en 1925, a enseigné pendant 24 ans dans une école publique secondaire. En 1976, elle a mis fin à son activité d'enseignante et s'est consacrée principalement à l'assistance de Y, invalide partiel. Y décéda le 29 août 1981. Par disposition successorale, Y a désigné A. X. bénéficiaire d'une rente viagère indexée de 2000.- Fr. par mois. Le 29 août 1981, le jour du décès de Y, cette rente était égale à 2'200.- Fr. par mois. Le 23 septembre 1983, le fisc a réclamé à A. X. 200'252.- Fr. au titre d'impôt sur les successions. En considération de l'expectative de vie (26 ans), le fisc a calculé la valeur capitalisée de la rente à 557'040.- Fr. A. X. a donc été imposée à la fois au moyen de l'impôt sur les successions, et de l'impôt sur le revenu

17 TF 9 mars 2000, 2P.37/1999, consid. 6.a.bb. ATF 106 Ia 342.

(s'agissant de la rente viagère indexée de 2000.- Fr. par mois). Le taux global moyen d'imposition par année, tous impôts confondus et rapportés sur la durée de vie probable d'A. X., s'élevait à 55 % du revenu.

Selon le TF, est en principe compatible avec la garantie de la propriété le fait d'assujettir à l'impôt sur les successions le droit à une rente, et d'imposer ensuite comme revenu chaque rente versée. Toutefois, lorsqu'une personne de condition économique modeste se voit attribuer une rente viagère qui lui permet à peine de pourvoir à son entretien, une imposition de celle-ci (impôt sur les successions et impôt sur le revenu) à raison de 55 % au total est confiscatoire.

Cette jurisprudence du TF aboutit à garantir, face à l'impôt, non pas le droit formel et absolu du propriétaire sur sa chose, même pas à titre de point de départ du raisonnement juridique, mais seulement le contenu *fonctionnellement justifié* d'un tel droit, ce qui, dans le droit de propriété, relève donc de la fonction de base de l'institution de la propriété dans le système constitutionnel suisse. Le TF en arrive à concevoir le contenu de la protection de l'art. 26 Cst. face à l'impôt d'une façon très semblable à ce que propose Giuseppa Ottimofiore dans son ouvrage *Le droit de propriété, un droit fondamental entre inclusion et exclusion* (2012). Le TF ne vise cependant que le contenu de la garantie constitutionnelle face à l'impôt, alors que l'ouvrage cité veut, semble-t-il, définir le contenu de la protection constitutionnelle de la propriété non pas seulement face à l'impôt, mais de façon générale. L'ouvrage donne donc un champ d'application beaucoup plus grand à l'approche fonctionnelle que ne le fait le TF. Malgré cette grande différence, l'on peut utiliser les analyses de cette thèse pour mieux comprendre ce que le TF entend par l'expression « Eigentums garantie als Institutsgarantie », quand il l'utilise en matière fiscale.

Selon l'auteure, si le droit de propriété est un droit fondamental, et même un droit de l'homme, c'est en raison de la fonction de base de l'institution, soit celle de permettre l'usage de choses au service de la satisfaction des besoins élémentaires de l'homme. L'ouvrage a pour but de démontrer, à partir du droit positif privé et du droit constitutionnel, la proposition suivante : ce n'est pas tant le droit de propriété qui justifie l'usage de la chose, mais plutôt, si l'on examine la question dans la perspective des droits fondamentaux, le droit d'usage des biens indissociables de la satisfaction élémentaire des besoins de la personne qui justifie le droit de propriété. Dans une première partie de la thèse (« Du droit romain jusqu'à la fin du XIX^e siècle »), l'auteure établit que les finalités poursuivies par chacun des régimes de propriété à travers l'histoire, si l'on est attentif à ce qui est commun à tous, c'est l'usage de la chose conformément à sa destination et à des fins utiles. Dans une deuxième partie de la thèse (« L'émergence d'un droit fondamental à une propriété minimale garantissant l'épanouissement de la personne »), elle prend les choses par l'autre bout, partant cette fois non plus du droit de propriété examiné à travers les différents régimes de propriété à travers l'histoire, mais de *revendications* au XX^{ème} siècle relatives à l'accès et à la jouissance des biens nécessaires à l'existence et à l'épanouissement humain, par exemple la revendication d'une alimentation suffisante ; l'auteure montre à travers l'étude très fouillée de jurisprudences européennes et suisses, et de législations diverses, que l'on est en train de mettre au centre de ce droit *l'usage de*

la chose et les besoins ; selon l'auteure, l'on considère en effet de plus en plus la propriété comme un droit incompressible si, et seulement si, elle garantit le droit d'usage, exclusif ou en commun, des biens essentiels à la survie et au bien-être de l'individu.

L'on peut opposer à la description de la jurisprudence du TF qui vient d'être faite l'objection suivante : même si le seul arrêt en faveur du contribuable jusqu'à maintenant est relatif à une situation où la propriété en question garantissait le droit d'usage sur des biens essentiels à la survie et au bien-être de l'individu, le TF utilise une formule générale plus flexible et plus ouverte dans sa jurisprudence, et l'on ne peut pas exclure dans l'avenir des jurisprudences où la protection de la propriété ira au-delà de ce minimum fonctionnel. Cette objection est justifiée : les choses sont encore ouverte. Il y a d'ailleurs en cours à l'heure actuelle toute une discussion sur l'impôt sur la fortune comme impôt confiscatoire du point de vue constitutionnel, notamment en lien avec l'idée de bouclier fiscal introduite par certains cantons dans leur législation, par exemple l'art. 60 al. 1 de la loi genevoise sur l'imposition des personnes (LIPP) qui prévoit que « pour les contribuables domiciliés en Suisse, les impôts sur la fortune et le revenu – centimes additionnels cantonaux et communaux compris – ne peuvent excéder au total 60 % du revenu net imposable ».¹⁸ Certains arrêts cantonaux ont pensé pouvoir établir un lien entre les critères formels du bouclier fiscal et les conditions de l'imposition confiscatoire. Cela a notamment été le cas d'un arrêt du 4 décembre 2012 de la Cour de justice, qui a jugé qu'il y avait imposition confiscatoire, en s'inspirant du type de critère utilisé par la législation sur le bouclier fiscal, c'est-à-dire des critères formels (une simple question de pourcentage).¹⁹

Il nous semble que ces questions de bouclier fiscal, et les arrêts cantonaux y relatifs, visent non pas tellement des questions de garantie constitutionnelle de la propriété, et donc d'impôt confiscatoire sur le plan constitutionnel, mais plutôt des questions spécifiques à l'impôt sur la fortune (notamment : est-ce un impôt complémentaire sur le revenu ?). La question de l'impôt confiscatoire est différente. Le TF a d'ailleurs déjà examiné des questions d'impôt sur la fortune à la lumière de sa jurisprudence relative aux impositions confiscatoires, sans faire dépendre l'imposition confiscatoire de simples pourcentages. Ainsi dans l'ATF 106 Ia 342, où le contribuable subissait un impôt sur le revenu et la fortune de 523'551.- Fr., alors que son revenu était de 498'800.- Fr., et sa fortune de 46'852'953.- Fr., le TF a décidé qu'il n'y avait pas d'imposition confiscatoire. Il semble que le TF prenne constamment en compte la possibilité de gains en capital futurs (non imposables en droit fiscal suisse), quand il examine ce qu'il appelle « la charge que représente l'imposition sur une assez longue période ».²⁰

En conclusion, relevons que l'on ne retrouve pas dans cette jurisprudence du TF, même implicitement, la conception libérale de *la propriété comme droit formel et absolu* (on verra *infra* II.2, que cette formule, qui relève du langage juridique, fait écho à la for-

18 La loi précise : « Toutefois, pour ce calcul, le rendement net de la fortune est fixé au moins à 1 % de la fortune nette » (art. 60 al. 1 LIPP).

19 RDAF 2013 II 286.

20 TF 9 mars 2000, 2P.37/1999, consid. 6.a.bb. ATF 106 Ia 342.

mulation philosophique précise du principe suprême du libéralisme, *la propriété de soi et de ses biens comme inviolabilité morale*). Le TF écarte la conception libérale en ne prenant pas en compte ce qu'il désigne comme la « Eigentumsgarantie als Bestandesgarantie » quand il s'agit d'impôts. On ne retrouve donc pas dans la jurisprudence suisse cette idée de la CourCEDH que « l'imposition fiscale [...] est en principe une ingérence dans le droit » de propriété du contribuable. Le TF refuse de considérer comme absolu le droit de propriété face à l'impôt et ne reconnaît que la protection de l'institution dans sa fonction de base.

2. Pourquoi le TF privilégie-t-il sur la question de la propriété privée face à l'impôt le républicanisme et la philosophie aristotélicienne du droit plutôt que le libéralisme et la conception du droit d'Hobbes ?

a) Introduction

Il ne faudrait pas conclure de ce qui précède que le TF n'examine pas la constitutionnalité des lois et des décisions fiscales. Le contrôle de constitutionnalité ne consiste pas seulement à mesurer et juger les lois en fonction des droits, comme l'imagine le libéralisme. Il y a aussi le contrôle en fonction de l'égalité de traitement et de la justice matérielle, que cette égalité a aussi pour fonction de sauvegarder.

Avant d'en parler, soulignons que le TF a joué et joue un rôle considérable dans le contrôle de constitutionnalité des lois cantonales ; sa position de cour suprême dans un Etat fédéral a toujours été centrale dans le fonctionnement du système constitutionnel, comme aux Etats-Unis la Cour suprême. Dans les Etats unitaires, compte tenu de leur constitution, il n'y a en général pas ce sens de l'importance vitale pour le système d'un organe judiciaire aussi indépendant que possible. Dans le contexte du fédéralisme, l'examen judiciaire de constitutionnalité des lois cantonales en fonction de l'égalité de traitement et de la justice matérielle joue un rôle central.

Le TF a joué et joue un rôle considérable s'agissant aussi des lois fédérales, bien qu'il soit tenu par l'art. 191 Cst. de les appliquer. Sa situation est sur ce point sans doute différente de celle de la Cour suprême des Etats-Unis, mais, comme il le rappelle souvent, la Constitution suisse contient « ein Anwendungsgebot und kein Prüfungsverbot ».²¹ Il utilise très largement cette liberté de critique, en particulier dans le domaine fiscal, où cela structure d'une certaine façon toute sa jurisprudence.

Dans ce contrôle de la constitutionnalité des lois fiscales, le TF approche les choses d'une autre façon qu'en partant de droits préexistants qui seraient garantis face à l'impôt par la Constitution, et de l'idée que l'imposition est en soi une ingérence dans ces droits constitutionnels, d'une autre façon donc qu'en se posant ensuite la question de ce que la CourCEDH appelle « le juste équilibre ». Sa méthode d'approche est différente.

21 Par exemple, dans ATF 136 I 49, consid. 3.1, 55.

Toute méthode tient à une philosophie, et celle que le TF écarte est caractéristique de la philosophie politique libérale. Le TF choisit en effet d'approcher la question de la constitutionnalité des lois fiscales exclusivement sous l'angle du principe de l'égalité de traitement, qui, pour lui, comme on l'a dit, « a aussi pour fonction de sauvegarder une justice matérielle minimale », et implique donc une exigence de « Sachgerechtigkeit ». Il y a une jurisprudence très riche du TF s'agissant de ce qu'il désigne comme la question « de la juste répartition des charges [...] entre membres d'une communauté », selon lui « avant tout une question de justice distributive au sens aristotélicien de « *justitia distributiva* » ».²²

L'on va voir plus bas (*infra* II) en quoi le fait d'adopter un examen de constitutionnalité directement sous l'angle de l'égalité de traitement et de la justice matérielle, sans passer par l'idée de l'ingérence dans un droit, est caractéristique d'une philosophie politique que l'on peut désigner comme le « républicanisme », comme le « constitutionnalisme », ou encore comme le « constitutionnalisme républicain ». Toutefois, examinons préalablement si le TF a tort ou a raison d'aborder l'examen de constitutionnalité en matière d'imposition fiscale sous cet angle, et pas à partir des droits fondamentaux ou à partir de l'idée que toute imposition est une ingérence dans un droit, avec ensuite une réflexion sur les ingérences admissibles et non admissibles. La question doit en effet être tranchée pour elle-même, indépendamment des préférences que l'on peut avoir pour telle ou telle philosophie politique.

b) Les raisons du TF de préférer le républicanisme au libéralisme sur la question de la propriété privée face à l'impôt

Le TF a-t-il tort de rejeter la thèse libérale – même comme simple point de départ – suivant laquelle la propriété dans son état est, face aux impôts, un droit qui a rang constitutionnel ? Selon nous, la réponse est négative. Comme on l'a dit, le TF fait en effet ouvertement ce que finit par faire discrètement la CourCEDH. Comme on l'a vu (*supra* I.1), elle reconnaît appliquer en fait un test d'interdiction de l'arbitraire, quand elle indique que dans l'appréciation de ce « juste équilibre », elle va « respecter l'appréciation portée par le législateur en pareilles matières, sauf si elle est dépourvue de base raisonnable ».²³ Le TF le fait directement, et en manifestant ostensiblement son refus de partir d'un soi-disant droit constitutionnel face à l'impôt.

L'utilisation de la distinction entre « Bestandegarantie » et « Institutsgarantie » permet au TF d'écarter la conception libérale et libertarienne de la propriété comme droit naturel absolu face à l'Etat, une conception particulièrement inappropriée dans un pays comme la Suisse où les impôts peuvent être soumis au vote de la population ! Même raisonner comme le fait la CourCEDH, en utilisant cette idée d'un droit en principe absolu face à l'Etat comme simple point de départ, c'est déjà trop ! C'est déjà, en

²² ATF 133 I 206, RDAF 2007 II 505.

²³ Cour eur. dr. h., *Arnaud et autres c. France* du 15 janvier 2015.

effet, entrer volontairement et de plain-pied dans cette philosophie politique que l'excellent ouvrage d'Alexander et Peñalver sur la théorie de la propriété, définit de la façon suivante : « [f]or contemporary Lockean libertarians, unlike Locke, private property rights must be powerful enough to constraint the state, even when the state acts with the consent of the majority ».²⁴ L'idéologie libérale que le TF veut éviter, c'est celle suivant laquelle l'existence du droit constitutionnel relatif à la propriété exige *par principe* l'absence d'impôts :²⁵ dans un Etat bien fait (l'Etat minimal), les services de protections et de respect des droits seraient fournis seulement à ceux qui achètent des polices d'assurance relatives à la protection, et il n'existerait pas d'impôts généraux. Voilà à l'état pur, le libéralisme que rejette implicitement le TF comme une philosophie incompatible avec notre tradition constitutionnelle, tradition qui relève donc d'une autre philosophie politique et juridique.

Que peut-on reprocher à la « Lockean theory of rights » ?²⁶ Premièrement, des fondements théoriques faibles. La thèse de la propriété comme droit absolu face à la communauté politique et à l'Etat, en particulier face aux impôts, a des bases extrêmement fragiles. Elle repose sur une reconstruction, appelée « Lockean theory of rights », qui est un amalgame entre des éléments extraits de Hobbes et de Locke (*infra* II. 2) : il y aurait un droit de nature, ce droit de nature se ramènerait à un droit de propriété sur soi-même et sur les biens qu'on s'est approprié, ce droit serait exclusif (inviolabilité morale) et il consisterait dans « la liberté que chacun a [s'agissant de ses biens et de soi-même] d'user de sa propre puissance, comme il le veut lui-même ».²⁷ Ce droit pourrait de plus être opposé à l'association politique, puisque le but exclusif de cette dernière ne serait précisément que « la conservation des droits naturels et imprescriptibles »²⁸ en question, rien d'autre donc que la conservation de la propriété.

Deuxièmement, l'on peut reprocher à la « Lockean theory of rights » de trahir le projet de Locke, à qui les USA doivent leur philosophie constitutionnelle. La trahison est bien formulée dans l'ouvrage d'Alexander et Peñalver : « Instead of a theory of limited private property rights in the service of an argument for majoritarian government, twentieth century Lockean have offered us a theory of limited majoritarian government in the service of private property rights ».²⁹ En mains des libertariens, « Locke's egalitarian and democratic theory, which he conceived to protect property owners from the arbitrary acts of an absolute monarch and its aristocratic allies, has

24 Gregory S. Alexander / Eduardo M. Peñalver, *An Introduction to Property Theory*, 2012, 51.

25 Ibid., 55 : « Within the minimal state, no redistribution will be permitted ».

26 Pour une présentation de cette théorie, cf. : A. John Simmons, *The Lockean Theory of Rights*, 1992. Pour l'exposé des différences entre libéralisme et républicanisme en matière de philosophie du droit, cf. : Henri Torrione, La philosophie politique d'Aristote, 3^{ème} partie de l'étude intitulée La redécouverte d'Aristote par Marie-Dominique Philippe a-t-elle aussi de l'intérêt dans le domaine de la philosophie politique et de la philosophie du droit, *Aletheia*, 44 (2014), 93-146, en particulier 134-140.

27 Thomas Hobbes, *Leviathan ou Matière, forme et puissance de l'Etat chrétien et civil*, traduction de l'anglais par Gérard Mairet, 2000, chap. 14, 229.

28 Art. 2 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789.

29 Gregory S. Alexander / Eduardo M. Peñalver, (Fn.24), 56.

become a theory for protecting property owners from redistribution acts of a democratic legislature ».³⁰

Toutefois, ce ne sont pas des arguments de ce genre qui ont conduit le TF à rejeter l'idée que l'impôt puisse être en soi, par principe, une ingérence dans le droit constitutionnel qu'est la garantie de la propriété, et à mettre au premier plan, dans l'examen de constitutionnalité des lois et décisions fiscales, l'égalité de traitement et la justice matérielle. Venons-en au troisième reproche : le rejet du libéralisme au profit du républicanisme sur ce point a probablement été motivé par le fait que faire intervenir contre l'impôt « le droit au respect de ses biens » en lui donnant rang constitutionnel, considérer que l'impôt « prive la personne concernée d'un élément de propriété, à savoir la somme qu'elle doit payer »,³¹ conduit à faire apparaître toute imposition comme une redistribution entre plus riches et plus pauvres. Le reproche fondamental à l'encontre de la « Lockean theory of rights » est donc de conduire nécessairement à une idée fausse, l'idée que toute imposition est une redistribution de richesses. Si l'on observe la réalité en fiscalité, il s'agit plutôt, comme le dit le TF, « de la juste répartition des charges [...] entre membres d'une communauté »³² : tout autre chose qu'une redistribution de richesse, même si la répartition des charges de l'Etat à travers l'impôt se fait en fonction de la capacité contributive de chacun, suivant chaque type d'impôt !

Analyser les distributions dans le domaine fiscal sans faire de différences entre distributions et redistributions, ce serait remettre en question la jurisprudence de base en matière d'égalité de traitement dans les distributions, que tout juriste suisse utilise sans cesse : « traiter de la même façon ce qui est semblable et de façon différente ce qui est différent ».³³ Ce serait remettre en question ce principe que le TF, dans un arrêt presque aussi ancien que lui, expliquait de la façon suivante : « pour justifier une inégalité de traitement, la différence dans les circonstances de fait ne peut être quelconque, mais elle doit résider dans des faits qui, en vertu des principes généraux et bien établis du droit en vigueur, puissent être considérés comme essentiels, du point de vue précisément de la réglementation juridique du domaine du droit dont il s'agit ».³⁴ Michael Walzer, dans un ouvrage de 1983 sur les distributions, distingue distribution et redistribution comme deux phénomènes factuellement différents et souligne qu'en matière de

30 Ibid. Comme Richard Ashcraft le souligne très bien, quoique Locke soutienne que des impôts ne peuvent pas être levés « on the Property of the people, without the Consent of the People, given by themselves, or their Deputies », « there is simply no recognition by Locke in the *Two Treaties* of a general problem arising out of a conflict between the government's obligation to secure the individual's < use > of property and its obligation to appropriate that property (through taxation) for the public good» (*Locke's political philosophy*, in : V. Chappell (éd.), *The Cambridge Companion to Locke*, 1994, pp. 226–251, p. 237.

31 Ce sont des expressions utilisées par la CourCEDH, comme on l'a vu plus haut.

32 ATF 133 II 206, consid. 7.4, p. 220, RDAF 2007 II 505.

33 ATF 99 Ia 638, JdT 1975 I 290, consid. 9, 300 et les références : « Gleiches nach Massgabe seiner Gleichheit gleich, Ungleiches nach Massgabe seiner Ungleichheit dagegen ungleich zu behandeln ist ».

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

justice dans les distributions, l'on ne peut jamais tout mesurer en fonction d'un principe unique : les principes sont autres en matière de succession, autres en matière de répartition des deniers dans une faillite, etc. Ils sont évidemment autres quand la distribution porte sur des subventions ou des prestations (p. ex. le minimum vital), ou au contraire sur des charges de l'Etat à travers les impôts. Cette diversité de principes est si grande que M. Walzer va jusqu'à dire : « les biens se distribuent eux-mêmes entre les gens » dans des répartitions « qui doivent être autonomes ».³⁵ Dans la perspective de « Sachgerechtigkeit » dont parle le TF dans l'arrêt Obwald, il est logique que « nicht ein und dasselbe Prinzip für jedes Sachgebiet angemessen oder sachgerecht ist ».³⁶

Au niveau politique, la gauche et la droite favorisent souvent toutes les deux l'idée que toute imposition est une redistribution, chacune pour des raisons de propagande dans des directions opposées. Alexander et Peñalver relèvent le même phénomène à un autre niveau : après avoir noté que certains conservateurs du XX^{ème} siècle « began to paint a picture of Locke as a defender of capitalist accumulation and rights of property », ils soulignent que cette lecture de Locke, qu'ils rejettent, est partagée par la gauche : « in adopting the reading of Locke as proto-capitalist, Lockes's critics from the left, whose interests were in making room for regulation and redistribution, found common ground with the libertarian conservatives, who wanted to protect private owners from that same regulation and redistribution ».³⁷

La gauche met en avant la redistribution par différentes techniques, notamment la technique de l'affectation de l'impôt : par exemple, l'initiative de 2015 en faveur d'un impôt fédéral de 20 % sur les successions de plus de 2 millions et les donations dépassant 20'000 francs, qui aurait directement servi à financer la sécurité sociale (elle a été rejetée en votation populaire le 14 juin 2015). A la question d'un journaliste en faveur de l'affectation d'un impôt sur les successions des riches à la sécurité sociale, donc un impôt exclusivement conçu comme moyen de redistribution, Pascal Broulis, Chef des Finances dans le canton de Vaud, a répondu pertinemment : « [c]e serait contraire à l'idée républicaine de la fiscalité, qui veut que tout ce qui rentre aille dans le pot commun de l'Etat. On peut affecter les recettes des impôts indirects, comme la TVA, mais pas celles des impôts directs ».³⁸ La fiscalité n'est pas fondamentalement de la redistribution, même si elle est parfois utilisée à cette fin, par idéologie, ou en raison de programmes ponctuels ayant pour but de modifier des déséquilibres extraordinaires, comme les redistributions de terres ou les nationalisations. L'on va voir que l'analyse de ce qui amène le TF à rejeter une approche comme celle de la CourCEDH, conduit directement à la philosophie politique et à la philosophie du droit.

35 Michael Walzer, *Spheres of justice – A defense of Pluralism and Equality*, 1983.

36 Sur la « Sachgerechtigkeit », cf. : Henri Torrione, *Justice distributive*, (Fn. 9), 131–161. Cf. en outre *supra* note 9.

37 Gregory S. Alexander / Eduardo M. Peñalver, (Fn.24), 53.

38 *Le Temps* du jeudi 30 avril 2015, 3.

II. La conception de la justice et de l'Etat selon le républicanisme

1. Introduction

Pour expliquer la philosophie que Pascal Broulis désigne avec justesse, en parlant de « l'idée républicaine de la fiscalité », nous allons tout d'abord montrer que le républicanisme n'insiste pas moins que le libéralisme sur l'importance de la liberté, mais qu'il défend une conception différente de la liberté, une conception dans laquelle l'absence d'arbitraire occupe une place centrale (*infra* II.2).

L'on ne peut donc pas faire abstraction de la justice, non seulement en matière fiscale (l'on a vu que le TF contrôle la constitutionnalité des lois fiscales essentiellement sous l'angle de l'égalité de traitement), mais, de façon générale, au niveau constitutionnel et politique : l'absence d'arbitraire suppose en effet la justice, tout au moins une certaine justice, une justice minimale. Il faut donc aborder la conception de la justice et du droit adoptée par le républicanisme, en essayant de mettre en évidence à quel point cette conception est différente du simple renvoi à un sentiment de justice subjectif, bien que cette justice ne se ramène pas entièrement à la loi ; pour le faire, nous partirons à la fois de la notion d'équité en droit privé (art. 4 CC) et de la philosophie du droit d'Aristote (*infra* II.3).

Comme la liberté, au sens où l'entend la philosophie politique qu'est le républicanisme, exige non seulement l'absence d'interférences arbitraires, mais aussi l'absence de la simple possibilité d'interférences arbitraires, l'on ne peut pas faire abstraction de la nécessité d'avoir une loi constitutionnelle (une constitution) et des mécanismes constitutionnels et juridictionnels adéquats. Nous allons aborder l'aspect constitutionnel de cette philosophie politique dans la dernière section (*infra* II.4). L'on expliquera dans cette section que la justice matérielle joue un rôle central *aussi au niveau constitutionnel et politique*, en particulier que l'orientation des structures de base, des institutions et des autorités vers l'utilité commune *est une exigence de justice*, et que *c'est dans cette orientation vers l'utilité commune pour des raisons de justice matérielle que les droits fondamentaux et les droits de l'homme ont leur origine*. C'est donc la mise en œuvre de la justice matérielle au niveau constitutionnel qui est à l'origine des droits. Et si les droits eux-mêmes dépendent de la mise en œuvre de la justice matérielle, il n'est pas surprenant que l'impôt – qui permet de financer les tâches d'utilité commune entreprises selon le jugement des citoyens et citoyennes, dans une démocratie directe – soit avant tout vu comme relevant de la justice matérielle, et pas en tant qu'ingérence dans un droit.

2. Le désaccord entre libéralisme et républicanisme sur la liberté

Le libéralisme et le républicanisme sont en désaccord sur la notion de liberté. Dans son ouvrage sur le républicanisme, Philip Pettit³⁹ a parfaitement expliqué en quoi consiste

39 Philip Pettit, (Fn.3).

ce désaccord. A la base de l'affirmation libérale de Rawls, que l'on a déjà citée (« liberty can be restricted only for the sake of liberty »),⁴⁰ comme à la base de l'art. 4 de la Déclaration française des droits de l'Homme et du Citoyen de 1789 (« l'exercice des droits naturels de chaque homme n'a de bornes que celles qui assurent aux autres membres de la société la jouissance de ces mêmes droits »), il y a l'idée libérale que la liberté est fondamentalement l'absence de toute interférence avec ce que l'on a la volonté de faire, l'absence d'entraves extérieures, notamment l'absence de toute loi (toute loi est conçue, dans la perspective libérale, comme en soi contraire à la liberté).

A la base de cette approche il y a ce qu'un auteur a décrit comme « the notion of individual sovereignty, or self-ownership » – cet auteur précisant en outre que « modern property rights are paradigms of subjective rights (I may do as I please with what I owe [...]) ».⁴¹ Les partisans de cette position sont très nombreux; certains sont utilitaristes et la défendent en soutenant qu'on l'adopte parce qu'elle va dans le sens du principe d'utilité, soit le plus grand bonheur du plus grand nombre; et d'autres, qui ne sont pas utilitaristes, soutiennent qu'on l'adopte parce qu'elle est une conséquence de l'existence de ce que l'art. 2 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789 appelle des « droits naturels et imprescriptibles ».

Thomas Hobbes a définitivement fixé le sens des mots *droit*, *loi* et *liberté*, qui s'impose dans ce type de philosophie politique. S'agissant des deux premiers mots, il affirme que « bien que ceux qui écrivent sur ce sujet aient l'habitude de confondre *jus* et *lex* (*droit* et *loi*), il est néanmoins nécessaire de les distinguer, parce que 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 ». Il précise solennellement: « par LIBERTÉ, conformément à la signification propre du mot, j'entends l'absence d'entraves extérieures [the absence of external Impediments] », et donc « la liberté que chacun a d'user de sa propre puissance, comme il le veut lui-même »⁴² *lorsqu'il s'agit de la propriété de soi et de ses biens* (« self-ownership »). Le passage en italique après la citation de Hobbes n'est pas de Hobbes, il est même contraire à la philosophie de Hobbes: il provient de la reconstruction théorique des origines du libéralisme par « amalgame » de la philosophie de Locke sur la propriété de soi (« every Man has a Property in his own Person. This no body has a right to but himself »), et de celle de Hobbes sur le sens des mots *liberté*, *droit* et *loi*. La reconstruction consiste simplement à remplacer le droit hobbésien de nature (un droit de chacun sur toute chose et toute personne), par le droit lockéen de nature (un droit de chacun sur soi, donc un droit de propriété). Elle consiste simplement, comme l'a bien expliqué Michael P. Zuckert dans un ouvrage sur la mise sur orbite du libéralisme à travers la philosophie politique

40 Ibid., 74. L'auteur cite cette expression de John Rawls en relevant que Rawls adopte ainsi implicitement, comme tous les libéraux, une conception de la liberté et de la loi dans le prolongement de celle de Hobbes.

41 Alan Ryan, (Fn.6), 13.

42 Thomas Hobbes (Fn.27), chap. 14, 229–231.

lockéenne, à « using the langage of property to define the langage of rights », à « using the term property to refer to the realm of natural rights », introduisant ainsi dans le droit de nature « that sort of moral claim that carries along with it claims to exclusivity », de sorte que désormais avoir un droit se ramène toujours à avoir la propriété de soi, et « to have property is to have moral inviolability », en ce sens que la propriété implique précisément l'exclusivité.⁴³

Comme on le voit, c'est ce libéralisme-là qui est à l'œuvre au niveau conceptuel, à titre de modèle opératoire pour le raisonnement juridique, de structure de pensée, quand on considère comme allant de soi que, face à l'impôt, le raisonnement juridique ne peut que partir du droit formel et absolu du propriétaire « au respect de ses biens ». En refusant ce point de départ, le TF remet en question le principe *moral* de base selon lequel « to have property is to have moral inviolability », et développe une jurisprudence impliquant une autre philosophie politique que le libéralisme (le républicanisme), ainsi qu'une autre philosophie du droit que celle d'Hobbes (celle d'Aristote).

Le républicanisme défend en effet une autre conception de la liberté. Au niveau politique, la liberté consiste pour cette philosophie politique plus ancienne que le libéralisme, dans l'absence non pas de toute interférence et entrave extérieure, mais seulement dans l'absence d'interférences *arbitraires*, et aussi dans l'absence de la *possibilité* d'interférences arbitraires. C'est évident : il peut y avoir dépendance et domination même en l'absence de toute interférence actuelle (hypothèse d'un pouvoir absolu qui n'interfère pas, mais peut le faire à tout moment), et il peut y avoir interférence sans qu'il y ait nécessairement dépendance et domination (seules posent problème, en effet, dit Pettit, les interférences arbitraires, celles qui ne sont pas « soumises à contrôle et destinées à servir le bien commun »).⁴⁴ L'on ne peut donc pas faire abstraction de la justice (l'absence d'arbitraire suppose en effet la justice, tout au moins une certaine justice), ni concevoir la loi (notamment la loi constitutionnelle, la constitution) comme étant en soi, par principe, contraire à la liberté. L'absence de la possibilité d'interférences arbitraires ne peut en effet être assurée que par une loi constitutionnelle adéquate, par des mécanismes constitutionnels et juridictionnels adéquats, c'est-à-dire par des structures qui orientent tout (autorités et institutions) vers l'utilité commune, autant que possible (*infra* II.4.e et f).

L'idéal libéral d'absence pure et simple d'interférences, d'entraves extérieures, est sans doute important au niveau moral, dans les relations interindividuelles dans le milieu social ; il peut même constituer l'idéal autour duquel se rassemble un parti politique qui veut défendre l'importance de ce principe dans les relations sociales (au même titre que, pour d'autres partis, la défense de la protection de la nature, par exemple), mais son utilisation comme principe juridique de base au niveau de la constitution de la com-

43 Michael P. Zuckert, *Lauching Liberalism. On Lockean Political Philosophy*, 2002, 194. C'est Zuckert qui cite John Locke (193) (la citation est tirée de *The Second Treatise of Government*, in : *Two Treaties of Government*, ed. Peter Laslett, 1967, section 328).

44 Philip Pettit (Fn.3), 11. À ce propos, cf. aussi : Friederich A. von Hayek, *The Constitution of Liberty*, édité par Ronald Hamowy, 2011, 265, note 13, qui cite l'affirmation suivante de Humphreys : « The very definition of liberty was freedom from arbitrary rule ».

munauté politique dénote une confusion entre le social et le politique.⁴⁵ Ce que Viroli appelle « la libertà dei cittadini, o repubblicana », ⁴⁶ ce que les tunisiens ont cherché à mettre en place avec la nouvelle constitution de 2014, c'est autre chose que l'idéal libéral d'absence d'entraves extérieures s'opposant à ce qu'on a la volonté de faire, mais c'est pourtant la liberté.

La conception libérale de la liberté, et la signification des mots « droit » et « loi » dans le libéralisme, a son origine chez l'anti-républicain Hobbes, qui ne peut pas admettre que la liberté soit définie comme l'absence d'interférences *arbitraires*, donc qu'elle fasse intervenir la justice, ni qu'elle implique l'absence de la *possibilité* de telles interférences, et suppose donc un ordre constitutionnel adéquat. Ce serait en effet mettre la loi (la constitution avec ses normes d'organisation) et la justice à la place de cette « puissance illimitée du souverain », à la place de cet « arbitrary power [qu'il doit y avoir] in every state somewhere ». ⁴⁷ L'admettre, ce serait pour Hobbes abandonner l'absolutisme, qu'il faut défendre (c'est sa conviction profonde). Hobbes développe en effet sa conception contre le républicanisme préexistant et la philosophie du droit d'Aristote parce qu'il est convaincu, comme beaucoup de gens à toute les époques de l'histoire, qu'il n'y a pas d'Etat sans « puissance illimitée du souverain », et donc que « la liberté du sujet » doit être quelque chose de compatible avec l'existence d'un maître. ⁴⁸

45 Cette confusion est caractéristique de Hobbes: Thomas Paine la lui reproche en ces termes: « Some writers have so confounded society with government, as to have little or no distinction between them ». Il faut en effet bien distinguer la communauté politique et ses institutions (« Political Society and Government »), d'une part, et d'autre part l'ensemble des liens sociaux qui existent indépendamment de la communauté politique, dans une certaine mesure avant elle, par exemple les relations familiales, les villages, nations et autres communautés non politique (Thomas Paine, *Common Sens*, 1776, édité par Isaac Kramnick, 1976, 65).

46 Maurizio Viroli, *La libertà dei servi*, 2010, 8.

47 Cf. la description de l'opposition des Américains à la conception anglaise des choses, c'est-à-dire hobbesienne, in: Henri Torrione, *Philosophie des droits de l'homme et républicanisme. Une autre perspective que le libéralisme sur les origines intellectuelles des déclarations de droit*, in: Jean-Baptiste Zufferey / Jacques Dubey / Adriano Previtali (édit.), *L'homme et son droit, Mélanges en l'honneur de Marco Borghi*, 561–590.

48 Hobbes est convaincu que la même liberté existe aussi bien dans une république comme Lucca que dans un Etat gouverné par un despote, comme à Constantinople (Thomas Hobbes, (Fn.27), ch.21, 343). Dans les deux pays « la liberté du sujet est compatible avec la puissance illimitée du souverain » (ibid., 340), et dans les deux pays « la liberté reste la même » (ibid., 343). Cf. aussi Maurizio Viroli (Fn.46), 14. En prenant cette position, Hobbes s'oppose à la liberté dans les républiques, telle que la comprend Cicéron dans le *De re publica* (II, 23): dans une république, « la liberté [...] ne consiste pas à avoir un bon maître, mais à n'en point avoir » (« libertas [...] non est in eo ut justo utamur domino, sed ut nullo », *Œuvres complètes de Cicéron*, sous la direction de M. Nisard, trad. par A. Lorquet, t. IV, Paris 1864 313); cf. aussi Brutus (l'assassin de César) qui, dans la dernière lettre qu'il envoie à Cicéron (I, 16, 7) accuse ce dernier de trahir le républicanisme (voir Luciano Canfora, *Augusto, Filio di Dio*, 2015, 361): « Si pour toi Octave [le fils adoptif de César et futur Auguste, qui va mettre sur pied ce régime impérial à Rome qui durera des siècles, et que Hobbes admire] est celui à qui on doit demander notre préservation, tu n'apparaîtras plus comme celui qui ne veut pas de maître, mais comme celui qui veut un maître ami » (« nam si Octavius tibi placet, a quo de nostra salute petendum sit, non dominum fugisse sed amiciorem dominum quaesisse videberis »). Cette idée d'absence de maître qu'Hobbes rejette même dans une république comme Lucca, Cicéron et Brutus la prennent chez Aristote, selon qui « nous ne laissons pas l'homme nous gouverner, nous voulons que ce soit la loi » (Aristote, *Ethique à Nicomaque*, V.10, 1134a35–1134b1, trad. par Jules Tricot, Paris 2007, 267); deux raisons sont données par Aristote, celle qui se trouve dans la suite du passage que l'on vient de citer (« parce qu'un homme ne le fait que dans son intérêt propre et devient un tyran »), mais aussi celle qui

L'introduction dans la philosophie d'Hobbes, par amalgame avec celle de Locke, de l'idée que le droit naturel est en réalité un droit de propriété sur soi et ses biens, et donc l'introduction de cette idée d'inviolabilité morale (« to have property is to have moral inviolability »), conduit sans doute à l'idée libérale que le but de toute association politique est la conservation de ses droits naturels (art. 2 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789). Mais cela ne modifie pas la signification donnée par Hobbes aux mots « droit » et « loi », et donc cette idée que « la liberté des sujets réside [...] uniquement en ces choses que, dans le règlement de leurs actions, le souverain s'est abstenu de prendre en compte », ⁴⁹ reste inchangée. Simplement, désormais l'abstention du souverain répond à l'exigence morale de respecter l'inviolabilité caractérisant la propriété de soi ; l'abstention du souverain est donc exigée par un « ought », qui, dit Zuckert, est « concluded from an « is » (the fact of self-ownership) ». ⁵⁰

3. La conception de la justice et du droit selon la philosophie aristotélicienne du droit

a) Introduction

Ce qui précède montre que le débat que nous avons imaginé entre la CourCEDH et le TF, s'agissant du point de départ du raisonnement juridique sur les limites de la propriété face à l'impôt, peut être éclairé par la controverse philosophique entre républicanisme et libéralisme s'agissant de la liberté. En particulier, on voit que c'est pour des raisons de principe que ceux qui pensent que tout repose sur l'idée que « to have property is to have moral inviolability », vont adopter le point de départ retenu par la CourCEDH pour tout raisonnement juridique.

Pour expliquer la conception différente de la justice et de l'Etat impliquée par la position du TF sur la question des limites de la propriété face à l'impôt, et aussi pour ex-

se trouve dans la *Politique* : « il n'est pas juste [pour quelque citoyen que ce soit, ou ensemble de citoyens] de gouverner plus que d'être gouverné », et la seule chose juste, par défaut en quelque sorte, c'est un ordre (p. ex., chacun à tour de rôle), « mais cela est déjà une loi, car l'ordre est une loi, et donc le gouvernement de la loi est plus souhaitable... » (Aristote, *Les Politiques*, Livre III, ch. 16, 1287a17–20, trad. Pierre Pellegrin, 267). Plutôt que par « gouvernement de la loi », Jules Tricot traduit l'expression d'Aristote par « règne de la loi » (*La Politique*, Paris 1970, 247). Les traducteurs anglais ont trouvé une expression parfaitement fidèle au texte grec, celle de « rule of law », par exemple Richard Robinson (Aristote, *Politics*, Book III and IV, 1289a19, Oxford 1995, 58), expression qui, d'ailleurs, s'était imposée comme concept de droit positif en droit anglais grâce à des juristes lecteurs d'Aristote, avant les traductions modernes. C'est l'exigence qu'une constitution droite gouverne la cité, qu'un ordre constitutionnel adéquat y règne ; c'est l'exigence du « ἀρχὴν δὲ τὸν νόμον » qui revient sans cesse dans le texte d'Aristote (par exemple en Pol. IV.3, 1292a2). Comme on le verra plus loin, John Adams, fidèle à la pensée d'Aristote et au républicanisme de Cicéron, affirme dans un texte qui a influencé la formation des constitutions modernes et du constitutionnalisme contemporain, que « the very definition of a Republic is an Empire of laws, not of men » (*infra* note 140). Hobbes aurait totalement rejeté l'approche d'Adams, deuxième président des USA.

⁴⁹ Thomas Hobbes, (Fn.27), chap. 21, 340.

⁵⁰ Michael P. Zuckert (Fn.43), 194. Cet auteur exprime la même idée en disant que « the core of this philosophy » c'est « the notion of human beings as rights bearers by nature because they are self-owners » (192).

pliquer ce qui est présupposé dans le concept de liberté défendu par le républicanisme, il faut maintenant en venir à des questions plus philosophiques.

Dans la présente section, l'on va examiner ce qu'est le droit entendu dans un sens tout différent de la signification retenue par Hobbes : l'on va en effet aborder l'étude du droit pris au sens d'équité, de justice matérielle (une conception du droit impliquée par le concept républicain de liberté, que l'on vient de présenter dans la section précédente), et l'on va le faire en s'appuyant à la fois sur la jurisprudence du TF en droit privé relative au droit au sens d'équité (art. 4 CC), et, simultanément, sur la philosophie du droit d'Aristote.

Puis, dans la section suivante (*infra* II.4), l'on examinera comment le républicanisme rejette l'idée libérale selon laquelle le but de toute association politique est la conservation des droits naturels de l'homme, c'est-à-dire la conservation de la propriété de soi. Selon le républicanisme le phénomène originaire, s'agissant des droits fondamentaux et de l'inviolabilité morale qu'ils consacrent, n'est pas le droit de propriété sur soi (*self-ownership*), mais *l'orientation des institutions vers l'utilité commune pour des raisons de justice matérielle*. L'on verra dans cette section que la justice matérielle, et l'orientation vers l'utilité commune qu'elle exige, sont la véritable origine intellectuelle des droits fondamentaux et des droits de l'homme, et aussi de l'ensemble des mécanismes constitutionnels.

L'orientation vers l'utilité commune et donc vers les biens humains à laquelle cette utilité profite (le *Rapport Mondial sur le développement humain de 1990* du « Programme des Nations Unies pour le développement » explique de façon très précise tout ce qu'implique « l'idée selon laquelle les structures sociales doivent être jugées à l'aune de l'épanouissement humain »), mais aussi le coût de cette orientation et des tâches qu'elle implique, sa traduction dans l'impôt, *tout cela vient avant les droits*. Il n'est donc pas exact, selon le républicanisme, d'assigner comme but à l'association politique « la conservation des droits naturels de l'homme ». Le TF a donc raison de se concentrer, lorsqu'il examine la constitutionnalité des lois fiscales, sur la question de la justice matérielle, et non pas sur la protection du droit de propriété.

Mais avant d'aborder le niveau constitutionnel, il faut mieux comprendre ce qu'est le droit au sens d'équité, ce qu'est la justice matérielle, s'il est vrai que tout ne se ramène pas toujours à la loi. Est-ce seulement un sentiment subjectif ?

Cette question a retenu l'attention d'Aristote. Pour comprendre qu'il l'a abordée de front, il faut d'abord noter qu'il n'a pas laissé, « contrairement à d'autres philosophes anciens, [...] d'ouvrages consacrés aux lois, des *Nomoi* ou un *De legibus* ». Cette constatation de Pierre Aubenque, au début de son article sur *La loi selon Aristote*,⁵¹ l'on n'en comprend toute la portée que si l'on précise simultanément qu'Aristote nous a en revanche laissé un traité consacré à la « justice comme équité »,⁵² ainsi qu'à la capacité qu'a l'es-

51 Pierre Aubenque, *Problèmes aristotéliens, II. Philosophie pratique*, 2011, 79.

52 Cette formule figure déjà dans le titre d'un des premiers articles de John Rawls (*Justice as Fairness, Philosophical Review*, vol. 67, 1958, pp. 164–194). Elle exprime, dit Sen, « l'idée fondatrice de Rawls : il faut concevoir la justice en termes de *fairness*, d'exigences d'équité [...] ». Dans sa vision des choses, la notion d'équité

prit humain de la discerner dans un jugement d'appréciation porté sur le cas à trancher, au terme d'un débat contradictoire. La « justice comme équité » peut être définie comme « la solution adéquate aux circonstances spéciales du cas » en cause.⁵³ S'il ne s'agit pas d'un cas particulier présentant des circonstances spéciales, mais d'une situation-type, la « justice comme équité » peut être définie comme la solution adéquate aux caractéristiques objectives de cette situation. Pour trouver la solution, l'on procède de façon analogue à ce que l'on fait dans un cas particulier avec des circonstances spéciales, où l'on découvre la solution, c'est-à-dire la « justice comme équité » dans le cas en question, uniquement en recherchant la solution qui s'ajuste au cas, compte tenu des circonstances spéciales, indépendamment de toute norme. Comme nous l'avons expliqué dans un article de 2014,⁵⁴ cette adéquation ou ajustement aux circonstances spéciales du cas particulier ou aux caractéristiques objectives de la situation en cause est abordée dans une perspective d'égalité de traitement 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 », « des situations semblables doivent [...] conduire à des appréciations semblables ».⁵⁵ 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),⁵⁶ en vue de tester l'égalité de traitement à ce niveau, comme dans une situation d'évaluation de copies d'examens.⁵⁷ Comme on le verra, Aristote caractérise même ce type de juste par cette 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). Il ne s'agit pas du tout, avec l'expression τὸ ἴσον, de suggérer le recours à une norme d'égalité formelle, mais de renvoyer à quelque chose qui tient seulement à l'usage de raisons, d'arguments, à la raison discursive, à la justification matérielle. 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

sert vraiment de base, et il la tient, en quelque sorte, pour « antérieure » au développement des principes de justice. Je vais montrer qu'il faut suivre Rawls quand il affirme que la recherche de la justice doit être liée à l'idée d'équité et, en un sens, dérivée de cette idée. 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 » (Amartya Sen, *L'Idée de justice*, traduit de l'anglais par Paul Chelma, 2010, 83). Ce que dit Sen vaut aussi pour la conception exposée dans la présente contribution.

53 ATF 101 Ia 545, JdT 1976 I 605.

54 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, pp. 311–333, en particulier: 323–330.

55 Paul-Henri Steinauer, *Le Titre préliminaire du Code civil – Traité de droit privé suisse*, t. II/1, 2009, 150.

56 Aristote, *Ethique à Nicomaque*, traduit par Jules Tricot, 2007, IX.2, 1165a32–33, 471, [Eth. Nic.].

57 Nous avons déjà eu occasion d'expliquer qu'il y a un aspect distributif dans la jurisprudence des tribunaux, qui tient au rapprochement des différents jugements rendus et à la comparaison des solutions, compte tenu des caractéristiques de chaque cas, si bien que cet aspect distributif est présent même lorsque les décisions portent sur des situations d'interaction (Henri Torrione, *Justice distributive*, (Fn.9), 131–161, en particulier 144, note 73).

avoids ».⁵⁸ L'égalité de traitement à ce niveau prénormatif, et la justice correspondante, est bien décrite par Kolm, suivant lequel, à ce niveau, « justice is justification, and hence rationality in the normal sense of the term : for a valid reason, or < justified > ».⁵⁹ Kolm rajoute de façon éclairante en ce qui concerne ce niveau, que « justice is bound by this rationality as much as it is by arithmetic when I have to give you back due change ».⁶⁰

Cela conduit à une conception modeste de la loi : ce n'est que la formulation de la bonne solution selon le jugement d'appréciation auquel le législateur s'est arrêté au terme d'une démarche analogue à celle du juge, à propos de la situation qu'il a considérée. « Par rapport à Platon, [...] on peut dire qu'Aristote désacralise le domaine de la loi », remarque Pierre Aubenque,⁶¹ et contribue ainsi, avec les sophistes, à ce qui constitue, à mon avis, un apport essentiel des lumières grecques : les lois sont en effet « œuvres de la politique (τῆς πολιτικῆς ἔργοις) ».⁶² La loi n'est pas révélée,⁶³ ni engendrée par un mécanisme comme le contrat social. Garante de l'ordre social, elle n'a point de garant dont elle puisse se réclamer, autre que la justesse de la solution à laquelle la délibération politique ou constitutionnelle (s'il s'agit d'une disposition constitutionnelle) a conduit.⁶⁴ Aubenque souligne bien qu'« Aristote s'oppose à tout déplacement métaphorique de la notion politique de loi », notamment à toute « métaphore cosmo-politique », comme l'on en trouve dans certains textes platoniciens, et chez les stoïciens, qui « seront les premiers à parler d'une *lex naturae* ».⁶⁵ Aristote insiste : « les choses [...] ne sont pas naturellement, mais humainement justes ».⁶⁶ Il va plus loin que les sophistes, parce qu'il voit qu'il n'y a pas que des conventions et habitudes humaines, mais aussi ce qui est humainement juste (τὰ [...] ἀνθρώπινα δίκαια), et qu'il a la force de dire : « l'un et l'autre [sont] passibles de changement ».⁶⁷

L'ouvrage, déjà cité, de l'économiste et philosophe indien Amartya Sen, *L'idée de justice*, va peut-être contribuer à une meilleure compréhension de l'approche aristotélicienne. L'auteur reproche à John Rawls et à toute la tradition contractualiste moderne (Hobbes, Rousseau, Kant, Fichte, etc.), la même chose qu'Aristote reprochait à Platon : un déplacement métaphorique de la notion politique de loi (réalisé par les Modernes à travers l'usage de la notion de contrat social), ainsi que la dissimulation correspondante du caractère central de la délibération et du jugement à propos du matériellement juste.⁶⁸ Selon Sen, le paradigme du contrat social « finit par fonctionner en partie comme un

58 Serge-Christophe Kolm, *Modern Theories of Justice*, 1996, 9.

59 Ibid., 7 ; cf. aussi, 10 : « justice as justness and justification ».

60 Ibid., 4.

61 Pierre Aubenque, (Fn.51), 83.

62 Ibid., 81, où Pierre Aubenque cite l'*Eth. Nic.*, X.10, 1181a23.

63 Ibid., 81, où Pierre Aubenque renvoie à Jacqueline de Romilly, qui relève la différence avec la loi juive.

64 « [L]a loi ou même la législation en général ne possèdent pas en elles-mêmes leur propre justification, mais [...] il faut la chercher plus haut dans une délibération qui relève de la [...] politique » (Ibid., 81-82).

65 Ibid., 82.

66 Ibid., 88, où Aubenque traduit *Eth. Nic.*, (Fn.56), V.10, 1135a 3-5 (τὰ μὴ φυσικὰ ἀλλ' ἀνθρώπινα δίκαια).

67 Ibid., 88, où Aubenque traduit *Eth. Nic.*, (Fn.56), V.10, 1134b32 (ἀμφω κινητὰ). Nous préférons toutefois l'expression « passibles de changement » utilisée par Tricot, 270.

68 Amartya Sen, (Fn.52), 83.

obstacle à la raison pratique sur la justice ».⁶⁹ Le préjugé fondamental contre lequel Sen lutte, c'est la croyance qu'il n'y a pas de jugement objectif possible si des critères formels ne sont pas préalablement donnés. C'est la position de Kant.⁷⁰ Elle est partagée par les positivistes aussi bien que par des jusnaturalistes comme Grotius. L'on a compris que Sen et Aristote sont d'un tout autre avis. Nous allons à présent voir que c'est clairement vers leur position que conduit l'expérience en matière de pratique actuelle du droit privé.

b) En droit privé, la loi n'est pas tout le droit positif: il y a aussi l'équité

Comme l'a constaté Portalis, en pratique « une foule de choses sont [...] nécessairement abandonnées à l'empire de l'usage, à la discussion des hommes instruits, à l'arbitrage des juges »⁷¹; Portalis reprenait une constatation faite par Aristote qui, comme d'autres théoriciens qui réfléchissaient à ces questions à Athènes il y a plus de 2300 ans, était pourtant favorable à une législation aussi précise que possible afin de réduire le risque d'arbitraire des tribunaux.⁷² Même celui qui estime qu'il faudrait aller exclusivement vers la loi pour trouver le droit positif, doit constater que la loi elle-même renvoie souvent au juge, à l'appréciation du juge. C'est ce qui se passe lorsqu'elle contient des expressions qui réservent le pouvoir d'appréciation du juge, des expressions qui l'invitent à tenir compte des circonstances (« spéciales », « particulières », « exceptionnelles », ou « extraordinaires »), qui lui demandent de tenir compte de « justes motifs », ou des expressions comme « si l'équité l'exige », « équitable », « excessif », « hors de proportion », « disproportion », « convenable », « raisonnable », etc.⁷³ C'est cette pratique concrète du droit que nous aimerions prendre comme point de départ pour comprendre ce qu'est la « justice comme équité ».

En Suisse, le législateur du Code civil (CC) de 1907, « alarmé peut-être par le nombre de dispositions qui renvoyait à l'appréciation du juge »,⁷⁴ a décidé d'introduire une disposition traitant expressément de la question du recours à l'appréciation du juge plutôt qu'à la loi, dans tous ces cas où la loi elle-même impose cette approche. Selon cet article (art. 4 CC), « le juge applique les règles [...] de l'équité lorsque la loi réserve son pouvoir d'appréciation ou qu'elle le charge de prononcer en tenant compte soit des circonstances, soit de justes motifs ». Selon le Tribunal fédéral, l'objectivité du juge dans ces situations, soit dans la détermination du contenu exact du droit positif, ne tient bien

69 Ibid., 486.

70 Pour Kant, la justice distributive aristotélicienne, dont on a vu l'importance pour le TF en matière fiscale (Fn.22), n'est pas du droit « proprement dit (strict) », et un juge ne peut pas se prononcer car ce serait décider « selon des conditions indéterminées » (Emmanuel Kant, *Métaphysique des mœurs II – Doctrine du droit*, traduit de l'allemand par Alain Renaut, 1994, *Appendice à l'introduction à la doctrine du droit*, I, 22.

71 Jean-Etienne-Marie Portalis, *Discours préliminaire sur le projet de Code Civil présenté le 1^{er} Pluviose An IX par la commission nommée par le gouvernement consulaire*, p. 8, in: Frédéric Portalis (édit.), *Discours, rapports et travaux inédits sur le Code Civil*, Paris 1844.

72 Henri Torrione, *Réalité économique*, (Fn.54), 315, n. 19.

73 Paul-Henri Steinauer, (Fn.55), 146–150.

74 Henri Deschenaux, *Le titre préliminaire du Code civil*, 1969, 123.

évidemment pas à l'application d'une norme préalable, mais à la méthode suivante : dans l'exercice du pouvoir traité à l'art. 4 CC, « le juge doit apprécier d'une manière objective tous les éléments pertinents et rechercher la solution adéquate aux circonstances spéciales du cas particulier ».⁷⁵ C'est la rigueur qui s'impose dans tous les systèmes dans lesquels le « judge made law » est cruciale pour le fonctionnement du système juridique et politique : le juge doit dégager dans les circonstances de l'espèce les éléments qui « lui permettront de fonder objectivement sa décision », « il doit rendre un jugement [...] matériellement fondé » (« sachgerecht »).⁷⁶ En matière d'équité, le juge ne doit « pas se laisser guider par ses sentiments subjectifs »,⁷⁷ sa décision devant être au contraire « fondée sur des critères objectifs qui relèvent [...] de la seule recherche de la justice dans le cas particulier à trancher [...] ; son jugement peut donner lieu à recours ».⁷⁸

Ces brèves remarques sur la pratique conduisent, je crois, à une constatation assez simple : la loi n'est pas tout le droit positif : il y a aussi l'équité, et l'équité n'est pas un idéal par rapport au droit positif, mais c'est du droit positif adapté au cas précis en question avec ses circonstances spéciales, lorsque le droit général et abstrait formulé par un législateur a renvoyé au juge du cas. Dans les cas avec circonstances spéciales, le contenu du droit positif n'est donc pas donné par la loi, mais tient à un processus « non formel, plus large, de recherche du droit (*Rechtsfindung*) » de la part du juge.⁷⁹ L'objet de l'appréhension n'est alors plus une norme, mais ce que le TF désigne régulièrement comme la « justice matérielle minimale » dans la situation en cause.⁸⁰ Comme le précise un auteur de doctrine en matière de Code civil, il « ne faut [...] pas opposer droit [positif] et équité, mais plutôt voir l'équité comme étant l'expression du droit [positif] dans les hypothèses de l'art. 4 ».⁸¹

Comme ce type de droit positif dépend d'une appréciation portée sur les circonstances spéciales du cas particulier auquel on a affaire (par exemple s'agissant de justes motifs), et de la recherche d'une solution qui leur est ajustée, l'on découvre ce droit en allant vers le juge, en recourant donc au « jugement » de celui-ci – un jugement qui dans les cas les meilleurs « comporte une détermination exacte de cela même qui est juste »⁸² dans le cas, « c'est-à-dire du droit » (« *sive juris* ») dans le cas. Ainsi, quand on définit le jugement comme la « détermination de ce qui est juste », et que l'on identifie le droit au juste ainsi déterminé,⁸³ l'on pense, dans cette philosophie de l'activité judiciaire, à la

75 ATF 101 Ia 545, JdT 1976 I 605.

76 Henri Deschenaux, (Fn.74), 123.

77 Paul-Henri Steinauer, (Fn.55), 144.

78 Ibid., 145.

79 Ibid., 14.

80 L'on a déjà cité l'ATF 121 I 367, SJ 1996 389, cons. 2.b., selon lequel « [l]e principe de l'égalité de traitement [...] a aussi pour fonction de sauvegarder une justice matérielle minimale ».

81 Paul-Henri Steinauer, (Fn.55), 148.

82 Thomas d'Aquin, *Somme théologique*, trad. fr. Les Editions du Cerf, Paris 1999, II-II, q. 60, a. 1, 361 : « judicium [...] importat rectam determinationem ejus quod est justum ». Il faut bien sûr comprendre cette détermination comme le terme d'une recherche qui se fait de façon dialectique, à travers la confrontation des positions et des arguments.

83 Ibid., II-II, q. 60, a. 1, 398.

détermination de ce qui est *matériellement* juste, *sachgerecht*, donc à une détermination de la solution *adéquate* aux circonstances spéciales du cas particulier.

*c) En droit privé, la loi et l'équité ne sont pas tout le droit positif:
il y a aussi la justice matérielle (l'équité au sens large)*

Le droit positif comprend certes la loi et l'équité, comme l'on vient de l'expliquer, mais il faut aller encore plus loin si l'on veut rendre compte de la pratique en droit privé suisse. En matière de « judge made law », au-delà des arrêts relevant de l'équité au sens étroit (recherche d'une « solution adéquate aux circonstances spéciales du cas particulier », selon l'expression déjà souvent citée du TF que j'ai étudiée dans un article de 2013),⁸⁴ il y a tous les arrêts dans lesquels il ne s'agit pas d'un cas particulier avec circonstances spéciales, mais d'une situation générale. Le tribunal doit alors rendre, comme en cas d'équité au sens étroit, un jugement « matériellement fondé (*sachlich begründet*) ».⁸⁵ En effet, dans toutes les situations où le droit est découvert au terme d'un processus d'appréciation ou de détermination, comme le juge ne peut pas se référer à la loi ou à d'autres critères à caractère général et abstrait, il recourt à ce qui est matériellement justifié (*sachgerecht*) dans la situation en cause. Il recourt à la *Sachgerechtigkeit*. Dans l'arrêt Obwald,⁸⁶ le Tribunal fédéral a utilisé ce terme dans une situation où il ne pouvait pas trancher sur la base d'une norme la question qui lui était soumise (il ne s'agissait toutefois pas de justice individuelle comme dans les hypothèses de l'art. 4 CC, mais de contrôle abstrait de la constitutionnalité de la loi fiscale cantonale adoptant des barèmes dégressifs – ce qui montre que la méthode casuistique a plus de potentialité que l'on ne l'imagine parfois). Pour rattacher cette approche à la philosophie du droit qui en a fait la théorie, le TF a utilisé dans cet arrêt l'expression déjà mentionnée plus haut dans le contexte de l'analyse fiscale, de « justice distributive au sens aristotélicien de « *justitia distributiva* » ». Les interventions du TF ne se limitent pas au domaine de la justice distributive. En matière de justice corrective, dans le domaine contractuel, il a par exemple recherché ce qui est matériellement juste dans une situation où la solution prévue par la loi en cas de lésion (art. 21 CO) n'aboutissait, en raison des caractéristiques objectives de la situation en cause, qu'à replacer la personne lésée dans la gêne dont elle a tenté de sortir en invoquant l'article 21 CO sur la lésion. Là aussi, il a rattaché son approche à la philosophie du droit qui en a fait la théorie : selon le TF, le « but bien compris d'un système juridique interprété dans le sens d'une justice contractuelle matérielle », conduit à corriger les « interactions défectueuses » entre parties, indépendamment du remède prévu par la loi en cas de lésion.⁸⁷

84 Henri Torriente, Les articles 1, 2 al. 2 et 4 du Titre préliminaire du Code civil, et la philosophie du droit, in : Alexandra Rumo-Jungo / Pascal Pichonnaz / Bettina Hürlimann-Kaup / Christina Fountoulakis (édit.), *Une empreinte sur le Code civil, Mélanges en l'honneur de Paul-Henri Steinauer*, 2013, 65–80.

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

86 ATF 133 I 206, RDAF 2007 II 50.

87 ATF 123 III 292, JdT 1998 I 586, cons. 2.e.bb.

d) *Le concept de loi auquel conduit le droit comme équité*

Ce qu'enseigne la pratique du droit s'agissant du droit positif lorsque le cas ou la situation tombe « en dehors de la règle », ⁸⁸ soit cette dépendance du droit à l'égard du jugement qui arrête la solution adéquate aux circonstances spéciales du cas particulier ou aux caractéristiques objectives de la situation en cause, rétroagit sur la conception de la loi en droit privé, selon cette approche centrée sur la pratique du droit privé que nous présentons ici. L'on est en effet inévitablement conduit à considérer la loi, par exemple l'art. 130 al. 2 du CC, qui prévoit que « sauf convention contraire, elle [l'obligation d'entretien en faveur de l'époux dont on ne peut raisonnablement attendre qu'il pourvoie lui-même à son entretien convenable] s'éteint [...] lors du remariage du créancier », comme une formule qui n'a pas directement et immédiatement pour objet de régler un comportement, mais qui exprime un jugement, qui se veut impartial et objectif, sur ce qui est juste dans la situation déterminée qui est visée : selon le jugement du législateur, l'extinction de la créance est la solution matériellement adéquate aux circonstances objectives de la situation constituée notamment par le remariage du créancier. ⁸⁹

A partir de l'analyse du même phénomène dans la pratique du droit de son époque, Aristote a conclu que la loi est « dans la dépendance de [...] l'intelligence » du législateur. ⁹⁰ Bentham comprend que cette approche de la loi relève d'une « logic of the understanding », mais il veut développer une « logic of the will » à propos de la loi, logique restée, dit-il, « untouched by Aristotle ». ⁹¹ Aristote voit bien que la loi a un pouvoir contraignant (1180a 21–22), mais il refuse de la définir par référence à une logique de la volonté, ou de la caractériser par le pouvoir de contraindre (selon le mot d'Aubenque, pour Aristote le pouvoir de contraindre « s'ajoute à elle du dehors », c'est « ce que l'Etat ajoute à la loi »). ⁹²

Thomas d'Aquin précisera que, puisque la loi est l'expression du jugement que porte le législateur sur le matériellement juste dans la situation en cause, c'est « une certaine œuvre de la raison », c'est « quelque chose de constitué par la raison ». ⁹³ Là où Aristote utilise le mot « λόγος », Thomas d'Aquin va utiliser le mot « ratio », et il va préciser que « la loi n'est pas le droit lui-même, au sens propre du terme », « mais un certain être-dit du droit (sed aliquis ratio juris) ». ⁹⁴ André de Muralt, qui propose pour « ratio juris »

88 C'est Pierre Aubenque, (Fn.51), 89, qui cite *Eth. Nic.*, (Fn.56), V.14, 1137b20.

89 Philippe Jestaz, *Le droit*, 4^{ème} éd., Paris 2002, 7–9. L'auteur étudie la même règle en droit français, et affirme en conséquence qu'il vaut « mieux dire que le droit délimite, attribue, organise », plutôt que de voir « dans le droit une prescription de conduites ou de comportements » (ibid., 8). Il relève à propos de cette règle : « si nous voulons voir dans toute règle de droit une prescription de conduite, celle-là va nous plonger dans l'embarras ! » (ibid.).

90 *Eth. Nic.*, (Fn.56), X.10, 1180a21–22. La formule complète est : « λόγος ὡν ἀπὸ τινος φρονήσεως καὶ νοῦ ». Tricot traduit par « règle qui émane d'une certaine prudence et d'une certaine intelligence » (563).

91 Herbert L. A. Hart, *Essays on Bentham*, 1982, 112.

92 Pierre Aubenque, (Fn.51), 152.

93 Thomas d'Aquin, (Fn.82), I–II, q. 90, a. 1 : « quodam opus rationis » ; I–II, q. 94, a. 1 : « aliquid per rationem constitutum ».

94 Thomas d'Aquin (Fn.82), II–II q. 57 a.1 ad 2 : « lex non est ipsum jus, proprie loquendo, sed aliquis ratio juris ».

la traduction « être-dit du droit » que je viens d'utiliser, souligne en conséquence que « le droit n'a donc de soi rien de normatif, contrairement à la loi, qui, en effet, étant l'être-dit du droit, revêt évidemment une fonction normative et constitue de ce fait la mise en œuvre politique du droit en tant que juste ».⁹⁵

La loi n'est pas seulement « dans la dépendance [...] de l'intelligence » du législateur, elle est aussi « dans la dépendance d'une certaine prudence » de sa part.⁹⁶ En effet, la loi ne se ramène pas sans reste, de loin pas, à la saisie intellectuelle et l'expression du matériellement juste dans la situation envisagée par le législateur. Il y a de nombreuses autres questions à régler, par exemple les délais pour faire valoir la solution adéquate en cause, les procédures applicables, le lien avec d'autres dispositions, et d'abord, bien sûr, la question de savoir s'il faut une loi ou non. Tous ces points, et bien d'autres encore, relèvent de la prudence du législateur. Mais il faut être prudent s'agissant de la prudence en matière de justice : la scolastique décadente a oublié que la justice n'est pas fondamentalement une question de prudence, pas plus que la vérité. Habermas a bien raison de considérer qu'en matière de justice la *phronesis* a acquis « un statut plus que douteux », et que cette approche « nous apparaît aujourd'hui à tous étrangère », « désespérément démodée », et s'est, selon lui, totalement éteinte.⁹⁷ Il oublie cependant que le texte d'Aristote que l'on vient de rappeler ne défendait pas cette position. C'est d'ailleurs ce qui nous permet de présenter l'approche du droit et de la justice d'Aristote comme une alternative à celle du libéralisme centré sur les droits.

Cette caractéristique de la loi d'être « dans la dépendance [...] de l'intelligence » du législateur, entraîne une conséquence remarquable : alors que l'on tend à considérer aujourd'hui que l'obligation tient à la loi ou au contrat social, Thomas d'Aquin renverse les choses, et soutient à l'inverse que c'est parce que la solution formulée par la loi s'impose d'elle-même (la solution que constitue l'extinction de l'obligation d'entretien en

95 André de Mural, *L'enjeu de la philosophie médiévale*, 1991, 12. Alain Sériaux traduit « *aliqualis ratio juris* » par « une certaine mesure du droit », en affirmant sans hésiter que « pour saint Thomas, la loi est [...] < *aliqualis ratio iuris* », ce que l'on peut traduire sans trop d'audace par « une certaine mesure de ce qui est juste », du droit » (Alain Sériaux, Contribution à la théorie de la loi : comment traduire le concept thomiste d'ordinatio ?, in : *Archives de Philosophie du Droit*, t. 38, 1993, 291–295). Cette traduction reprend la position de John Finnis, qui considère aussi, contrairement à tout ce que nous expliquons ici, qu'il faut comprendre par « *ratio juris* » la référence à des normes, plus précisément aux normes du droit naturel : « the ratio of the *jus* which is the object of justice is primarily the *lex naturalis* », dit-il (John Finnis, *Natural Law and Natural Rights*, 1980, 194). Cet auteur reproche à Michel Villey « an exaggerated distinction between *jus* and *lex* » (ibid., 228). Alain Sériaux non seulement écarte la position de Michel Villey, mais l'écarte d'autorité en affirmant que ce débat est « parfaitement stérile ». Dans un article paru en 2013 (Henri Torriente, *Le lien entre bien et droit et le rejet de la primauté du normatif en matière de justice*, 2^{ème} partie d'une étude intitulée : La redécouverte d'Aristote par Marie-Dominique Philippe a-t-elle aussi de l'intérêt dans le domaine de la philosophie politique et de la philosophie du droit, *Aletheia* 43 (2013), 143–184), consacré aux raisons de rejeter le primat du normatif (férocement défendu par John Finnis et Alain Sériaux), nous avons analysé ce légicentrisme aveugle, aussi bien chez les partisans du contrat social, chez ceux de la loi naturelle comme John Finnis et Alain Sériaux, chez les positivistes, chez les kantien, ainsi que dans toutes les autres formes de ce que Amartya Sen condamne comme « institutionnalisme transcendantal », (Fn.52). Sur la position de Michel Villey contre la « religion de la loi », auteur que nous suivons en matière de loi en droit privé, cf. : Michel Villey, *Philosophie du droit*, 1986 (réédition), n. 32, 47 ss., et 275–312.

96 *Eth. Nic.*, (Fn.56), X.10, 1180a21–22.

97 Jürgen Habermas, *Théorie et pratique*, traduit de l'allemand par Gérard Raulet, 2006, 73ss.

cas de remariage du créancier, par exemple), indépendamment de la loi et avant elle, que la loi en fait son objet : il s'agit en effet « de quelque chose qui doit se produire », ⁹⁸ qu'il y ait loi ou pas, tout simplement parce c'est la solution adéquate dans cette situation – donc elle doit se produire pour une question de justice. ⁹⁹ L'on va revenir sur la question de la loi quand on examinera plus loin (*infra* II.4.f) un autre type de règle (des règles d'un autre type que la règle de l'article 130 al. 2 CC), ¹⁰⁰ notamment les règles relatives aux droits de l'homme, et celles qui mettent en place l'ordre constitutionnel du pays en question.

e) L'analyse de la justice comme équité dans le Livre V de l'Éthique à Nicomaque

Les considérations d'Aristote sur la justice et le droit constituent une explication du phénomène qui vient d'être présenté en droit privé actuel, un phénomène qui existait déjà en droit grec et qu'Aristote a pu observer et analyser. Selon nous, il est en effet possible de mettre en relation la pratique actuelle du droit en droit privé, et la justice aristotélicienne.

L'on s'en rend compte si l'on examine ce traité sur la justice et le droit (Livre V de l'*Éthique à Nicomaque*) qui occupe chez Aristote, comme on l'a dit, la place des ouvrages que d'autres philosophes de l'Antiquité ont consacré aux lois. Aristote commence son traité par des considérations générales sur le fait que les termes utilisés dans ce domaine (justice, droit, etc.) sont dits en plusieurs sens, et ces considérations sont immédiatement suivies (1129a35, p. 233) ¹⁰¹, par la division du droit en deux (« le droit, c'est le normatif (τὸ νόμιμον), et c'est l'égal (τὸ ἴσον) »), cette division constituant elle-même la thèse fondamentale du traité, soit l'affirmation que « la justice comme équité » (John Rawls), le droit « au sens majeur du mot » (Michel Villey), c'est autre chose que du normatif, que des règles de comportement. Le phénomène sur lequel on a attiré l'attention ci-dessus en droit privé actuel, en lien avec l'art. 4 CC, en donnant de multiples exemples tirés de la pratique actuelle du droit privé, ne relève en effet pas vraiment du normatif (τὸ νόμιμον), mais du matériellement égal (τὸ ἴσον). D'ailleurs, dans le domaine du droit privé dont on parle ici, même les lois que l'on y trouve (comme l'art. 130 al. 2 CC) ne relèvent pas totalement du normatif ! Le jurisconsulte romain Paulus l'a dit il y a plus de 1700 ans, et cela est encore valable aujourd'hui pour les juristes soucieux de comprendre et d'interpréter avec efficacité des règles comme celles qui figurent dans

⁹⁸ Thomas d'Aquin, (Fn.81), I-II q. 99, a. 1 : « de aliquo quod fieri debet ».

⁹⁹ Selon Thomas d'Aquin, (Fn.81), « justitia maxime respicit rationem debiti, quod requiritur ad praeceptum ; quia justitia est ad reddendum debitum alteri » (II-II 56 a. 2).

¹⁰⁰ Thomas d'Aquin, dans son *Commentaire de l'Éthique à Nicomaque*, n. 924, désigne les règles comme celle de l'art. 130 al. 2 CC, comme des règles « quae [...] pertinent directe [...] ad aliquam dispositionem exteriorum bonorum ».

¹⁰¹ Pour les nombreuses citations de l'*Eth. Nic.*, dans cette page et les suivantes, nous indiquons dans le corps du texte chaque fois la référence à l'édition Bekker avec la ligne, et ensuite la page dans la traduction de Jules Tricot, (Fn.56) ; parfois nous modifions cette traduction.

l'art. 130 al. 2 CC (en cas de remariage du créancier d'une obligation d'entretien, le droit à l'entretien s'éteint) : « ce n'est pas de la règle qu'est tiré le droit, mais c'est à partir du droit, qui existe, qu'est produite la règle ».¹⁰²

Le droit dans ce sens, le « sachgerecht »,¹⁰³ relève selon Aristote de la vertu de justice particulière : « [...] il existe une vertu de justice de cette sorte, comme nous le disons » (1130a19, p. 237). « Elle déploie ses effets dans ce qui relève des rapports à autrui [...] quand il s'agit d'honneur, de richesses ou de sécurité, de toutes les choses de cet ordre si l'on pouvait les comprendre sous un seul et même terme [...] » (1130b1–4, p. 239). Après avoir donné des explications sur la justice générale et son objet, soit tout ce qui relève de normes (τὸ νόμιμον), Aristote revient au droit au sens de « sachgerecht » : « pour ce qui est [...] de la vertu de justice particulière et du droit qui y correspond, une première forme est le droit dans les distributions des honneurs, ou des richesses, ou des autres choses divisibles entre les membres de la communauté politique ; c'est en effet dans ces choses qu'il est possible d'avoir aussi bien du [matériellement] égal que du [matériellement] inégal. Une seconde forme est le droit qui est correctif dans les interactions. Pour celui-ci, il y a deux parties : car parmi les interactions, les unes sont de plein gré, et les autres, malgré soi. Sont de plein gré par exemple la vente, l'achat, le prêt [...]. Parmi les interactions malgré soi, les unes sont [...] » (1130b30–1131a6, pp. 241–243).

Aristote précise ensuite quelles sont les deux formes d'égal mises en œuvre par l'esprit humain, qui tient ainsi compte, spontanément, d'une différence objective entre ces deux types de situations : « [1]e droit dans les interactions (τὸ δ' ἐν τοῖς συναλλάγμασι δίκαιον), est un certain égal, et ce qui est injuste, un certain inégal [...], mais suivant une proportion arithmétique » (1131b34–1132a2, p. 249), c'est-à-dire suivant une égalité ou inégalité de deux quantités en valeur absolue. « Le droit répartitif de ce qui est commun (τὸ [...] διανεμητικὸν δίκαιον τῶν κοινῶν [qu'il appelle aussi le droit dans les répartitions, τὸ ἐν διανομῇ δίκαιόν]) est toujours selon la proportion dont nous avons parlé (si la distribution se fait à partir de fonds communs, elle se fera suivant le même rapport que celui des apports entre eux), et l'injuste qui est opposé à ce juste-là est le non proportionnel » (1131b27–33, p. 249) ; « les mathématiciens désignent la proportion de ce genre du nom de géométrique ; en effet, dans la proportion géométrique, la somme est à la somme, ce que l'élément est à l'élément » (1131b12–15, p. 247–248).

Puisque toute question de droit « au sens majeur du terme », c'est-à-dire toute question de « justice comme équité », « c'est « attribuer » quelque chose à quelqu'un »,¹⁰⁴ et que « tout le monde pense que le droit c'est un certain égal (δοκεῖ δὴ πᾶσιν ἴσον τι τὸ

102 *Digeste* 50.17.1 : « *Non ut ex regula jus sumatur, sed ex jure, quod est, regula fiat* ». La position de Thomas d'Aquin indiquée dans le dernier paragraphe de la section précédente, est donc parfaitement en accord avec l'approche du droit romain.

103 Les expressions « sachgerecht » et « sachlich begründet » sont utilisées par le Tribunal fédéral dans l'arrêt Obwald, (Fn.86), et elles nous paraissent plus expressives que l'équivalent français (matériellement juste, et matériellement fondé).

104 Aristote, *Les politiques*, [Pol.], III.12, 1282b21, trad. P. Pellegrin, 2^{ème} éd., Paris 1993, 246. Aristote dit simplement : « puisque le droit c'est quelque chose à quelqu'un (τὸ γὰρ καὶ τισὶ τὸ δίκαιον) » ; le mot « attribuer » est ajouté par Pellegrin.

δίκαιον εἶναι) », ¹⁰⁵ « on dit avoir « le sien » quand on a reçu ce qui est [matériellement] égal » (1132a29, p. 252). ¹⁰⁶ Il est important d'expliquer le passage du matériellement égal (le « sachgerecht ») au « sien », parce que c'est l'opération qui permet d'atteindre ce résultat (« avoir le sien [ἔχειν τὸ αὐτοῦ] ») qui définit la justice, comme le dit la maxime « suum cuique tribuere ». ¹⁰⁷ Plus largement, il faut expliquer comment en partant du « sachgerecht », en passant par « avoir « le sien » » (celui dont parle Aristote et la formule d'Ulpien), l'on arrive à ce qui nous est dû (donc à l'obligation d'une ou plusieurs personnes à notre égard, d'une part, et, d'autre part, éventuellement, aux droits subjectifs que l'on a si l'on est la personne à qui quelque chose est dû).

Le passage du matériellement égal à « avoir le sien [ἔχειν τὸ αὐτοῦ] » est expliqué de la façon suivante par Aristote. L'on sait que « l'injuste est quelque chose de [matériellement] inégal que le juge s'efforce d'égaliser [...] » (1132a7, p. 250), et aussi que « le [matériellement] égal est milieu entre trop et trop peu [...] » (1132a15, p. 251). C'est pourquoi, dit Aristote, « en cas de contestation, on a recours au juge. Aller vers le juge, c'est aller vers le droit : car le juge veut être comme le droit vivant ; et on cherche un juge comme un milieu, et quelques-uns les appellent médiateurs, comme si en trouvant le milieu, on trouvait le droit [...]. Or, le juge égalise, et comme s'il s'agissait d'une ligne divisée en parties inégales, et où la portion la plus grande dépasse la moitié, il retranche la partie qui l'excède, et l'ajoute à la plus petite portion. Puis, quand le tout a été divisé [...], alors on dit avoir « le sien » quand on a reçu ce qui est [matériellement] égal » (1132a20–29, p. 252).

L'on voit de quel genre d'expressions Ulpien s'est inspiré. Pour comprendre que dans les formules d'Ulpien « attribuer à chacun le sien » est équivalent à « attribuer à chacun son droit » (il parle aussi bien de « suum cuique tribuere » et que de « voluntas jus suum cuique tribuendi »), il faut se souvenir de l'explication d'Aristote que l'on vient de rappeler : c'est parce qu'« avoir « le sien » [ἔχειν τὸ αὐτοῦ] » suppose préalablement la détermination du « [matériellement] égal [à travers un jugement d'appréciation], c'est-à-dire la détermination de quelque chose que nous identifions au droit (τὸ ἴσον, ὃ λέγομεν εἶναι δίκαιον) » (1132a17–18, p. 25). Il ne faut donc pas réintroduire la notion de droit comme norme ou ordre, en soutenant par exemple qu'on aurait « le sien » parce que l'on a reçu ce qui est conforme à la loi (positive, religieuse, transcendante, etc.), à l'ordre du monde ou des choses, ou à l'ordre moral ¹⁰⁸ : ce serait un contresens. ¹⁰⁹

¹⁰⁵ Ibid., 1282b18, 247 ; *Eth. Nic.*, (Fn.56), V.6, 1131a13–15, 244, contient la même affirmation : « le droit c'est ce qui est égal, et c'est là, sans autre raisonnement, une opinion unanime ».

¹⁰⁶ *Eth. Nic.*, (Fn.56), « τότε φασὶν ἔχειν τὸ αὐτοῦ ὅταν λάβωσι τὸ ἴσον », suivant une bonne traduction anglaise : « people then say that they < have their own >, having got what is equal », (V.7, 1132a29, trad. par H. Rackham, nouvelle éd. révisée, Londres 1934, 277). Traduire « ὅταν » par « c'est-à-dire » comme Jules Tricot, crée un contresens.

¹⁰⁷ *Corpus Iuris Civilis, Institutiones*, I.1.3 ; cf. aussi la formule « Iustitia est constans et perpetua voluntas ius suum cuique tribuens ».

¹⁰⁸ Dans Henri Torrione, (Fn.84), 78ss., j'ai fait la différence, et j'ai expliqué qu'il ne fallait pas comprendre dans le sens d'un renvoi à un ordre du monde ou à un ordre moral, les auteurs (par exemple Henri Deschenaux, (Fn.74), 123), qui parlent de « considération [...] directe de la nature des choses », ou les décisions judiciaires (par exemple l'ATF 45 I 14, consid. 2), qui se réfèrent à une approche où ce qui compte c'est

Passons à l'étape suivante, maintenant que l'on a vu comment l'on arrive, selon Aristote, jusqu'à « avoir le sien [ἔχειν τὸ αὐτοῦ] ». Pour cette nouvelle étape, il faut se souvenir de la correspondance entre « avoir « le sien » » et « détenir le droit de... ou avoir droit à... », donc du passage du « sien » aux droits subjectifs, tel que l'a expliqué Hugo Grotius, le père des droits subjectifs modernes : « les jurisconsultes [Ulpian, par exemple] désignent la *faculté* [le droit subjectif] [...] par l'expression *sien* [...] » ; « pour nous, nous l'appellerons désormais *droit proprement* ou *strictement dit*, qui embrasse la puissance tant sur soi-même – qu'on appelle liberté – [...], que le droit de créance [...] ».¹⁰⁹ Thomas d'Aquin, quand il reprend la formule d'Ulpian en parlant de « reddere uniuscuique quod suum est », l'explique comme Grotius le fera, mais en utilisant l'autre face du rapport d'obligation (c'est préférable, car il peut y avoir obligation sans droit subjectif correspondant) : ce qu'il dit suggère que « le sien » de la personne qui dit « avoir « le sien » », permet de déterminer, par voie de conséquence, « ce qui lui est dû [...] » par autrui.¹¹⁰

Nous terminons cette liste des points principaux discutés dans le traité d'Aristote sur le droit et la justice par la façon dont Aristote explicite ce que nous avons visé plus haut par le terme « matériellement », dans l'expression « matériellement juste » ou « matériellement égal ». L'égal dont la recherche constitue le point le départ de toute la démarche, comme l'on vient de le voir (par exemple l'égal en matière de charges d'impôt s'agissant de contribuables à capacité contributive différente les uns par rapport aux autres, quand on discute de taux et de barèmes d'impôt – égal appelé « vertical » dans la doctrine fiscale suisse), est déterminée, dit Aristote, en partant des deux extrêmes : ce qui est trop (trop d'impôt pour ce niveau de revenu comparé aux impôts aux autres niveaux de revenu), et à l'opposé ce qui est trop peu (trop peu d'impôt pour ce niveau de revenu comparé à ce que doivent payer les contribuables aux autres niveaux de revenu) ; et, dit Aristote, c'est en fonction des choses mêmes sur lesquelles porte la dispute que l'on détermine, dans un jugement d'appréciation, ce qui est trop et ce qui est trop peu, donc les deux points extrêmes où commence l'inégalité (par exemple pour chaque niveau de capacité contributive), et donc aussi le « milieu » qui sépare ces points, dont relève l'égal, et donc le droit.¹¹¹ L'égal, et donc le droit, est en conséquence, dit Aristote,

« mehr die Natur der Sache als die äußere Form ». Il s'agit là d'équivalents du renvoi à la « réalité économique », une autre désignation de la « nature des choses », plus moderne (Henri Torrione, (Fn.54)).

109 Il ne faut pas oublier que la tradition de pensée depuis Aristote au moins, selon laquelle faire d'un point une question de justice, c'est le confier entièrement à la délibération humaine, une délibération aussi critique, contradictoire et approfondie que possible. A notre avis, cette tradition de pensée offre la seule façon de ne pas « soumet[tre] à l'empire de la force ce qui ne devrait l'être qu'à la raison et à la justice », suivant la belle expression de Condorcet (*De l'influence de la révolution d'Amérique sur l'Europe*, Tome XI des *Œuvres complètes de Condorcet*, publiées par A. Brunswick, 1847, 240). Cette exigence reprise par les Lumières, on le voit, est au centre de la justice aristotélicienne !

110 Hugo Grotius, *Le droit de la guerre et de la paix*, traduit par Paul Pradier-Fodéré, 2005, L. I, ch. 1, para. IV et V, 35ss. (« Facultatem iurisconsulti nomine Sui appellat : nos posthac ius proprie aut stricte dictum appellabitur [...] »).

111 Thomas d'Aquin, (Fn.82), II-II q. 58, a 11 : « quod est ei [...] debetur ».

112 Le terme « milieu (μέσον) » est lié à partir d'*Eth. Nic.*, (Fn.56), V. 6, 1131a11, (243), à la question du juste et du droit. Il fait l'objet en *Eth. Nic.*, II,5, 1106a25–1106b7, 110–111, d'une distinction, qui permet de préciser

« milieu de la chose », ¹¹³ un milieu qui se prend « selon la chose elle-même ». ¹¹⁴ Dépendant ainsi des circonstances spéciales du cas ou des caractéristiques objectives de la situation en cause, le milieu « est quelque chose d'unique [pour chaque situation en cause], et c'est le même [s'agissant du cas ou de la situation en cause] aux yeux de tous ». ¹¹⁵ Et comme trop pour l'un entraîne trop peu pour l'autre, et inversement, c'est un milieu relativement aux personnes, entre trop pour l'un et trop pour l'autre. Thomas d'Aquin précise que le processus cognitif impliqué par la formule « reddere unicuique quod suum est », s'applique dans tous les cas, même quand il s'agit d'une action dommageable comme un homicide : en effet, la formule implique qu'il est aussi possible de rendre à quelqu'un moins que l'égal, qui définit ce qui est sien, et tout ce qui est moins est appelé lésion. ¹¹⁶

4. La conception des droits fondamentaux et de l'Etat selon le républicanisme et la philosophie politique aristotélicienne

a) Introduction

Maintenant que l'on a cerné la notion de justice matérielle en droit privé et en droit fiscal, l'on peut passer à l'analyse de la façon dont cette justice matérielle est mise en œuvre au niveau constitutionnel, et expliquer en conséquence quelle est la conception des droits fondamentaux et de l'Etat qui est défendue par le républicanisme et la philosophie politique aristotélicienne – cette conception, selon nous, sous-tend l'approche du TF sur la question de la propriété privée face à l'impôt. Il est nécessaire de passer au niveau constitutionnel, s'agissant de la justice. L'on a vu en effet (*supra* II.2) que la liberté politique suppose l'absence d'interférences arbitraires ; nous allons donc parler de la façon dont la question de la justice matérielle se pose au niveau constitutionnel (*infra* II.4.e). De plus, comme on l'a dit, la liberté selon l'idée que s'en fait le républicanisme suppose l'absence de la possibilité d'interférences arbitraires, et exige donc une loi constitutionnelle, et des mécanismes constitutionnels et juridictionnels adéquats ; nous allons aussi en parler (*infra* II.4.f ; cf. en outre *supra* note 48).

Il y a plus. En analysant ces questions, l'on va découvrir dans cette section que les droits fondamentaux trouvent leur origine intellectuelle précisément dans la mise en œuvre de cette justice matérielle au niveau constitutionnel. Ce n'est pas la justice qui

qu'en matière de justice, contrairement aux autres vertus, il s'agit d'un milieu *par rapport aux choses elles-mêmes en dispute*. En *Eth. Nic.*, IX.10, 1170b35, Aristote explique que le milieu n'est pas toujours un point ou « un nombre nettement déterminé, mais un nombre quelconque compris entre certaines limites définies » (1170b35 ; 504). Il y a donc une diversité de solutions possibles entre ces « limites définies », avant que l'on ne tombe d'un côté ou d'un autre par rapport à une espèce de ligne de crête (c'est plutôt une bande qu'une ligne).

113 Ibid., 1006a30, 110 : « τοῦ μὲν πράγματος μέσον ».

114 Ibid., 1006a28, 110 : « κατ' αὐτὸ τὸ πρᾶγμα ».

115 Ibid., 1006a31, 110 : « ἐστὶν ἓν καὶ τὸ αὐτὸ πᾶσιν ».

116 Thomas d'Aquin, (Fn.82), II-II q. 58, a 11.

dépend de la mise en œuvre des droits, comme le suppose le libéralisme, *mais c'est au contraire les droits fondamentaux qui naissent avec la mise en œuvre de la justice matérielle au niveau constitutionnel* : la justice matérielle est leur mère !

L'on propose d'aborder ces questions complexes en commençant par l'examen du rapport entre droits fondamentaux et droit objectif. Les droits fondamentaux sont manifestement des droits subjectifs (le droit de pratiquer sa religion ou de n'en avoir aucune, par exemple, est un droit subjectif). Ont-ils aussi un rapport avec le droit objectif ? Par droit objectif, l'on entend ici non seulement la loi, mais aussi ce que Michel Villey appelait le droit « au sens majeur du mot »,¹¹⁷ c'est-à-dire ce qui est matériellement juste dans la situation en cause, notamment l'équitable (la solution adéquate aux circonstances spéciales du cas particulier, comme on l'a vu), mais aussi, au-delà de l'équitable dans ce sens étroit, la solution adéquate aux caractéristiques objectives de la situation générale en cause. Dans la section précédente (*supra* II.3), l'on a expliqué en quoi consiste la pratique en droit privé actuel en Suisse s'agissant de ce type de droit et de justice,¹¹⁸ et comment cette pratique peut être mise en relation avec les explications d'Aristote sur le droit objectif qu'est « le [matériellement] égal » (τὸ ἴσον) dans les situations d'interaction (égalité de deux quantités en valeur absolue) et dans celles de distribution (égalité de proportion). Comme on l'a vu, selon cette conception, ce droit objectif fait l'objet du discernement du juge ou du législateur, et ce discernement peut en constituer, s'il n'y a pas d'erreur de jugement, la détermination exacte ; l'objectivité est possible dans ce domaine, bien que, dit Aristote, les choses ne soient pas « naturellement, mais humainement justes », et que, de plus, ce droit assimilable à une solution adéquate soit « passible de changements » : les situations elles-mêmes changent, par exemple la durée moyenne de la vie humaine, et le droit change aussi en conséquence, par exemple ce qui est matériellement juste en matière de succession.

Michel Villey n'a pas envisagé que ce type de droit objectif, autre que du normatif (ce n'est en effet pas ce qu'Aristote appelle « τὸ νόμιμον »), puisse jouer un rôle dans le domaine des droits de l'homme. Il n'a pas vu de lien entre les droits de l'homme et ce qu'il appelle le droit « au sens majeur du mot ». Pour lui, les droits de l'homme ne se trouvent pas entre droit subjectif et droit objectif, mais entièrement du côté des droits subjectifs. Il a en effet rejeté ces droits comme étant exclusivement liés à la valorisation sans limite de la subjectivité humaine, validant, par ce rejet, l'analyse de ceux qui voient l'origine intellectuelle des droits précisément dans la consécration, sur le plan juridique, de la primauté de cette subjectivité. Il a eu tort, selon nous, de ne pas aller voir de près ce qui s'est passé en Amérique entre 1776 et 1780 en matière de déclarations de droits, environ treize ans avant la première déclaration française, et de ne pas étudier la tradition de pensée radicale liée aux révolutions anglaises du XVII^{ème} siècle, véritable origine des déclarations américaines. Il s'est contenté de ce que Montesquieu, et surtout Vol-

117 Michel Villey, (Fn.95), 53.

118 L'on a pris comme exemples des décisions du Tribunal fédéral suisse (TF), mais on aurait pu puiser dans les décisions de la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE) ou dans celles de la Cour européenne des droits de l'homme (CourCEDH).

taire, avaient extrait de l'histoire anglaise, admettant un peu hâtivement que l'Angleterre n'avait apporté au monde que la monarchie parlementaire (avec la *Glorious Revolution*) et le libéralisme.¹¹⁹

Michel Villey n'a surtout pas tenu compte d'un passage fondamental de la *Politique* d'Aristote en matière de constitution et de philosophie du droit, un passage qui a joué un rôle important à plusieurs moments dans l'histoire dans la formation de la philosophie politique propre au républicanisme : notamment pour Cicéron, mais aussi pour cette pensée radicale anglaise pendant ces deux guerres civiles du XVII^{ème} siècle (un tract politique de cette période parle ainsi de « a state that puts the supreme power in the hands of the people, to place it as they will and [...] as they see fit for the public utility »),¹²⁰ puis en Amérique, au moment de la Révolution américaine (celle-ci a été conduite par les héritiers intellectuels des radicaux anglais durant les deux guerres civiles du siècle précédent). Je n'ai pas le souvenir, en effet, que Villey ait relevé l'affirmation solennelle d'Aristote en *Pol.* III.12, que « le bien politique, c'est ce qui est juste, à savoir l'avantage commun », ¹²¹ Aristote prenant de plus la peine de préciser que *ce juste auquel il attribue un rôle central en matière d'ordre constitutionnel, c'est précisément* « le [matériellement] égal (τὸ ἴσον) » dont il a parlé dans le livre V de l'*Ethique à Nicomaque*, c'est-à-dire le « *sachgerecht* » dans la situation en cause, donc ce que Villey a appelé le droit « au sens majeur du mot », à l'élucidation duquel il a consacré les efforts admirables que l'on sait, toutefois strictement limités au domaine du droit privé.

Cet aspect de la philosophie du droit d'Aristote que l'on trouve dans la *Politique* a en revanche été très bien compris par un auteur américain, Mortimer Sellers, qui a vu que pour Aristote le matériellement juste consiste, s'agissant d'une communauté politique et de ses institutions, « in government for the common good ». ¹²² C'est cela qu'Aristote vise avec l'expression que l'on vient de rappeler : « le bien politique [...], ce qui est juste, à savoir l'avantage commun ». Pour commenter ce passage de *Pol.* III.12, Sellers parle

119 Voltaire, en Angleterre de 1726 à 1729, ne s'intéresse qu'à la *Glorious Revolution*, révolution pacifique qui établit la monarchie parlementaire en 1688, avec le Bill of Rights de 1689. Il est normal que quelqu'un comme Voltaire (« Il est à propos que le peuple soit guidé, et non pas qu'il soit instruit; il n'est pas digne de l'être », dit-il dans une lettre à Étienne Noël Damilaville, du 19 mars 1766, dans *Œuvres de Voltaire*, t. 31, 1862, 164), ne se soit pas intéressé au mouvement politique des *Levellers* pendant la première guerre civile anglaise (à partir de 1642), et n'ait pas du tout considéré la deuxième guerre civile anglaise (à partir de 1670), à laquelle Locke doit être entièrement rattaché (Locke ne doit pas être rattaché à la *Glorious Revolution*, comme on le croit trop souvent : cf. le livre fondamental de Richard Ashcraft, *Revolutionary Politics and Locke's Two Treatises of Government*, 1986). La lecture de cet ouvrage fait comprendre à quel point la pensée démocratique et constitutionnelle anglaise du XVII^{ème} siècle était avancée, bien que l'on soit plus de cent ans avant la Révolution française (elle était même très en avance par rapport au niveau qui sera atteint par les Lumières françaises une cinquantaine d'années plus tard, par exemple par rapport à la pensée politique de Voltaire). La pensée française n'a pas pris la mesure de la pensée politique anglaise, comme on peut le voir avec Paul Hazard, qui, dans *La Crise de la conscience européenne* (1935), met sans doute en évidence que l'origine des « Lumières » est à rechercher à la charnière des deux siècles, en Angleterre aussi, mais il a comme Voltaire la *Glorious Revolution* en tête, et ne remonte pas au-delà de celle-ci (1688).

120 Richard Ashcraft, (Fn.119), 563.

121 Aristote, *Pol.*, (Fn.104), III.12, 1282b18, 246.

122 Mortimer N. S. Sellers, (Fn.3), 10.

aussi de « republican identification of justice with the common good »;¹²³ il utilise également l'expression de « common good conception of justice ».¹²⁴ C'est cette approche d'Aristote, avec en particulier ce lien entre *Pol.* III.12 et *Eth. Nic.* V, qui va nous permettre d'expliquer la façon dont la justice matérielle est mise en œuvre au niveau constitutionnel, et de montrer comment c'est cette mise en œuvre qui est à l'origine à la fois de la philosophie politique propre au républicanisme, et aussi des droits de l'homme.

Les deux aspects sont liés. Si l'on suit attentivement ce qui s'est passé en Amérique en lien avec les premières déclarations de droits entre 1776 et 1780, dans la Déclaration d'indépendance et dans les constitutions de divers Etats, il faut reconnaître à notre avis que c'est dans cette orientation des institutions vers l'utilité commune – pour des raisons de justice matérielle minimale – que se trouve réellement l'origine intellectuelle des droits de l'homme (qui sont découverts comme des droits fondamentaux). *Il suffit en effet de donner aux gens le droit de se plaindre (devant un tribunal) du fait qu'à leur égard, dans telle ou telle situation, il n'y a pas eu cette orientation des institutions, des lois ou des décisions vers l'utilité commune, pour qu'apparaissent les droits de l'homme.* Portant ces premières déclarations de droits, il y a selon nous un courant plus ancien que la subjectivité juridique et le contractualisme, un courant que l'on a désigné plus haut comme « le constitutionalisme » ou « le républicanisme »,¹²⁵ et qui remonte jusqu'à Aristote et à sa philosophie des constitutions (*La Politique*), en particulier à travers la lecture que Polybe et Cicéron en ont faite quand il l'ont utilisée comme cadre conceptuel pour expliquer (Polybe) et défendre contre l'empire en train de naître (Cicéron) les institutions de la République romaine. Sellers l'a caractérisée à juste titre comme « one of the world's oldest and most persistent legal and political philosophies ».¹²⁶

Rien d'autre qu'un jugement d'appréciation sur ce qui est matériellement juste dans la situation, un jugement comme celui qui est à la base de l'art. 130 al. 2 CC s'agissant du sort de l'obligation d'entretien en cas de remariage du créancier, mais bien plus complexe, serait ainsi à la base d'un ordre constitutionnel qui vise effectivement l'utilité commune (il la vise en mettant en place, par exemple, la séparation des pouvoirs, la démocratie, l'indépendance des tribunaux, le bicaméralisme et d'autres structures adéquates de ce genre). Le matériellement juste, s'agissant de l'ordre constitutionnel de tout un pays, par exemple l'ordre constitutionnel de la Tunisie mis en place à travers l'élaboration et l'adoption de la constitution de 2014, qui a tranché notamment la question délicate de savoir si la loi islamique était la source du droit positif, s'identifie en réalité, quand la constitution est droite, avec l'orientation vers l'utilité commune, imposée par la constitution aux diverses institutions, en particulier au pouvoir politique. L'orientation vers l'utilité ou l'avantage commun, cela signifie, dit Aristote, non pas l'orientation

¹²³ Ibid., 121.

¹²⁴ Mortimer N. S. Sellers, *The Influence on Marcus Tullius Cicero on Modern Legal and Political Ideas*, in : *Ciceroniana, the Atti of Colloquium Tullianum Anni*, MMVIII 20 février 2009. Disponible à l'adresse : SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1354102> (29.09.2015), 17.

¹²⁵ Henri Torrione, (Fn.47), 561–590, en particulier 563, note 8.

¹²⁶ Mortimer N. S. Sellers, (Fn.3), 5. Ce courant est aussi présent dans la liberté des communes en Italie au XIII^e siècle (Quentin Skinner, (Fn.143), 34–38, 59 et 87–109).

« vers ce qui est utile aux meilleurs ou à la majorité (πρὸς τὸ τῶν βελτιόνων συμφέρον ἢ πρὸς τὸ τῶν πλειόνων) », mais l'orientation « vers ce qui est utile à la cité toute entière, c'est-à-dire vers l'utilité commune aux citoyens (πρὸς τὸ τῆς πόλεως ὅλης συμφέρον καὶ πρὸς τὸ κοινὸν τὸ τῶν πολιτῶν) ».¹²⁷ L'on reviendra plus loin sur cet aspect surprenant : la « justice comme équité », le matériellement juste au sens de la solution adéquate à la situation compte tenu des caractéristiques objectives de cette situation, le « sachgerecht », joue un rôle fondamental aussi au niveau de la mise en commun politique, lorsqu'il s'agit de savoir ce qu'est une constitution droite. L'orientation des institutions vers l'utilité commune, est donc une question de justice matérielle minimale. L'on reviendra plus bas sur ce point, en quelque sorte le point central de toute la philosophie politique aristotélicienne, l'objet même de l'*induction*, qui en constitue le centre.

b) La subjectivité juridique, le contractualisme et l'Ecole de droit naturel moderne sont-ils les courants de pensée à l'origine des droits de l'homme ?

Dans un article de 2011,¹²⁸ je me suis demandé si les déclarations qui apparaissaient à la fin du XVIII^{ème} siècle (notamment les déclarations américaines à partir de 1776, treize ans avant la première déclaration française), étaient nécessairement associées à ce qu'Alain Renaut et Luc Ferry décrivent comme le « contexte – par définition moderne – d'une représentation de l'humanité comme subjectivité ». Ces auteurs affirment qu'en dehors de ce contexte, « il n'est point de véritable pensée du droit qui puisse opposer aux phénomènes totalitaires les valeurs [...] de l'égalité et de la liberté ».¹²⁹ C'est la thèse de la « subjectivité juridique »¹³⁰ comme fondement de toute la construction des droits de l'homme et des constitutions modernes. Il y a de nombreuses variantes du récit relatif au droit de nature dans l'état de nature ; l'on a particulièrement examiné ci-dessus (*supra* II.2), celle qui est proposée sous l'étiquette de « Lockean Theory of Rights », bien qu'elle n'ait que peu de rapport avec la philosophie politique de Locke.¹³¹ Selon cette version des origines, très en vogue dans les pays anglo-saxons, le droit de nature doit être conçu comme un droit de propriété absolu sur soi-même.

Ma conclusion dans l'article de 2011 est sans ambiguïté : la France en 1789 a repris les déclarations américaines en les modifiant pour y introduire la subjectivité juridique, qui n'en faisait pas partie à l'origine, notamment à travers l'art. 4 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789, le cri de ralliement du parti de la subjectivité juridique, comme on l'a dit (*supra* II, 2). Je vais plus loin : je soutiens que les déclarations américaines ont une origine intellectuelle indépendante non seulement de la

¹²⁷ Aristote, *Pol.*, (Fn.104), III.13, 1283b37–4.

¹²⁸ Torrione, *Philosophie des droits de l'homme* (Fn. 47).

¹²⁹ Luc Ferry / Alain Renaut, *Philosophie politique III. Des droits de l'homme à l'idée républicaine*, 1996, 69.

¹³⁰ *Ibid.*, 71.

¹³¹ Le titre de l'ouvrage de A. John Simmons, (Fn.26), est précisément *The Lockean Theory of Rights*, et Gregory S. Alexander / Eduardo M. Peñalver (Fn.24), 52–56, expliquent bien que la conception de la propriété de Locke est très différente.

thèse de la subjectivité juridique et du contrat social, mais aussi de l'idée de l'Ecole du droit naturel moderne, de droits « qui appartiennent originairement et essentiellement à l'homme, qui sont inhérents à sa nature, dont il jouit par cela même qu'il est homme, indépendamment d'aucun fait particulier de sa part ».¹³² Si l'on examine la situation en Amérique treize ans avant la Révolution française, l'on note que le contexte intellectuel dans lequel baignent alors les premières formulations de droits est très différent de toute approche qui pose l'existence de ce que Hobbes appelle un « droit [subjectif] de nature » (élément commun au parti de la subjectivité juridique et à l'Ecole de droit naturel moderne). Ces déclarations sont plutôt portées par « l'idée selon laquelle les structures sociales doivent être jugées à l'aune de l'épanouissement des hommes », un principe qui « remonte au moins à Aristote ».¹³³ Il s'agit très précisément de l'idée de base de ce courant de philosophie politique que Sellers désigne comme « one of the world's oldest and most persistent legal and political philosophies », qui a joué un rôle si important en Angleterre durant les deux guerres civiles du XVII^{ème} siècle, dans tous les tracts politiques de cette époque, et aussi chez les penseurs politiques qui ont réfléchi à ce qui se passait, ou qui ont milité, comme John Locke.

Benjamin Constant, trop conditionné par la situation française, oublie, lorsqu'il oppose, comme on le sait, « la liberté des Modernes » (elle fixe une limite infranchissable à l'autorité du souverain), et « la liberté des Anciens » (c'est la liberté de la cité dont les citoyens déterminent ensemble la conduite), que l'utilisation critique de l'orientation vers l'utilité commune,¹³⁴ qu'exprime bien la citation faite dans le paragraphe précédent (*supra* note 133), était déjà au cœur de la réflexion des Anciens. Le courant que l'on appelle le « constitutionalisme » ou « républicanisme » (Aristote, Cicéron, Locke, etc.) est ainsi habilement écarté, et cette dissimulation permet de ne pas voir que « la liberté des Modernes » est (si toutefois on la conçoit indépendamment de la thèse de la subjectivité juridique et du contrat social), un développement à l'intérieur de ce courant, et non pas une rupture avec lui. *C'est en quelque sorte un perfectionnement du concept d'orientation vers l'utilité commune, une efficacité plus grande qui lui est donnée à travers une construction nouvelle.*

c) Indices d'un courant plus ancien que la subjectivité juridique, le contractualisme et l'Ecole de droit naturel moderne, et caractéristiques de ce courant

Un indice de l'existence et de la force de ce courant à l'époque est fourni par Thomas Jefferson, troisième président des Etats-Unis d'Amérique ; dans une lettre de 1825, il

¹³² Frédéric Sudre, *Droit européen et international des droits de l'homme*, 1989, 39, qui cite Burlamaqui. Les ouvrages attribués à l'Ecole du droit naturel moderne ont été publiés entre 1625 et 1750.

¹³³ *Rapport mondial sur le développement humain 1990*, préparé pour le Programme des Nations Unies pour le développement (PNUD), 9.

¹³⁴ L'utilisation critique du principe est bien mise en évidence par le spécialiste de Locke, Richard Ashcraft, (Fn.119), 320, qui affirme que « [L]ike Shaftesbury and the radical Whigs, Locke adheres to a < purpose of government > critical standard, expressed as the common good ».

dit que « all its authority [il parle de la Déclaration d'indépendance américaine, qu'il a rédigé en 1776, et qui contient une des toutes premières déclaration de droits] rests [...] on the harmonizing sentiments of the day, whether expressed in conversation, in letters, printed essays, or in the elementary books of public right, as Aristotle, Cicero, Locke, Sidney [...] ».¹³⁵ L'affirmation suivante de John Adams, deuxième président des États-Unis d'Amérique, va dans le même sens : les principes de la révolution « are the principles of Aristotle [...], of Livy and Cicero, and Sidney, Harrington and Locke ».¹³⁶ Locke lui-même indique, quand on lui demande des livres qui donnent « an insight into the constitution of government », la *Politique* d'Aristote, à quoi, dit-il, il faut rajouter Hooker pour la « true notion of law in general », et *Two Treatises of Government* (son propre ouvrage, publié de façon anonyme) pour des explications sur les « bona civilia » que constituent la vie, la liberté et les biens.¹³⁷

Ces acteurs politiques (même Locke l'était) se réfèrent à Aristote et Cicéron, et à des philosophes politiques liés aux révolutions anglaises du XVII^{ème} siècle, et veulent ainsi désigner cette longue tradition de réflexion politique et juridique que l'on peut caractériser par les traits suivants :

- le rejet de l'absolutisme (« the evil to be avoided is tyranny ; that is to say, the summa imperii, or unlimited power, solely in the hands of the one, the few, or the many »);¹³⁸
- à sa place : (1) le « règne de la loi »,¹³⁹ c'est-à-dire d'un ordre constitutionnel élaboré et adopté librement par tout un pays (démocratie), et (2) l'orientation des autorités et institutions politiques vers l'utilité commune, mise en place par la constitution.

L'on affirme en effet simultanément que « the very definition of a Republic is an Empire of laws, and not of men »,¹⁴⁰ et que « Republican government is no other than the government established and conducted for interest of the public, as well individually as collectively ».¹⁴¹ La loi qui « règne », l'ordre constitutionnel, n'est donc pas n'importe lequel, mais celui qui garantit la réalisation de la justice et l'égalité (« le rôle de ce qui gouverne est en effet de garder la justice, et, partant, l'égalité »),¹⁴² et, par-là, assure l'orientation vers l'utilité commune.

135 Thomas Jefferson, *Lettre à Henry Lee*, 8 mai 1825, reproduite partiellement in : Alan Axelrod, *The Complete Idiot's Guide to the American Revolution*, 2000, 166.

136 John Adams, *Novanglus or a history of the dispute with America from its origin, in 1754, to the present time*, N.1, in : Charles Francis Adams (édit.), *The Works of John Adams, Second President of the United States*, v. IV, Boston 1851, 15.

137 John Locke, *Lettre au Révérent Richard King*, du 25. août 1703, in : *The Works of John Locke*, vol. X, 1801, 305. Suivant cette lettre de Locke, « Aristotle is allowed a master in this science, and few enter upon the consideration of government, without reading his Politics ».

138 John Adams, *Defense of the Constitutions of Government of the United States of America against the attack of M. Thurgot in his Letter to Doctor Price*, vol. I, 1794, 99.

139 L'expression « règne de la loi » est utilisée dans la traduction de Jules Tricot (Aristote, *La Politique*, 1970, 247). Cf. *supra* note 48.

140 John Adams, *Thoughts on Government*, 1776, in : Jack N. Rakove, *Founding America. Documents from the Revolution to the Bill of Rights*, 2006, 79–86, 80.

141 Thomas Paine, (Fn.8), 162.

142 *Eth. Nic.*, (Fn.56), V.10, 1134b2, 267.

On peut en outre découvrir, grâce aux travaux de Quentin Skinner,¹⁴³ que cette philosophie politique reprise d'Aristote et de Cicéron par toute la scolastique, a été adoptée par les calvinistes et s'est ainsi répandue en Angleterre (elle est très présente dans le courant radical des deux guerres civiles anglaises du XVII^{ème} siècle), puis en Amérique, où elle a accompagné la Révolution et la construction des divers États, puis des États-Unis d'Amérique.

d) L'idée centrale qui a historiquement conduit à la notion de droits fondamentaux

L'idée centrale qui a conduit aux déclarations américaines des droits – une idée dont certains aspects ont été puisés dans Locke et dans les tracts politiques des deux guerres civiles anglaises du XVII^{ème} siècle – a été la suivante : l'orientation vers l'utilité commune et « l'épanouissement de hommes » est non seulement la perspective qui anime la constitution de la communauté politique et le développement des structures constitutionnelles, juridiques et sociales, ainsi que les activités et décisions des autorités et des institutions politiques qui agissent dans le cadre de telles structures, mais c'est aussi ce qui les limite et ce qui permet de les juger. Comme le dit Locke s'agissant de cette idée d'une limite tirée de la fin elle-même des institutions : « the power [...] can never be supposed to extend farther than the common good ».¹⁴⁴ Et ce que le pouvoir ne peut pas faire, à cause de cette limite inhérente à l'usage critique de la notion de bien commun, les Américains ont eu l'idée d'en faire, pour les gens, un droit positif : le droit d'exiger devant un tribunal indépendant, à la fois que le pouvoir ne fasse pas ce qui va au-delà de cette limite, et qu'il fasse ce qui est la raison de son instauration. C'est ce droit d'exiger devant un tribunal totalement indépendant, *ce en vue de quoi les institutions sont mises en place*, qui est la racine intellectuelle des droits de l'homme, qui sont donc d'abord apparus comme des droits fondamentaux.

e) Quel est le lien avec ce que Michel Villey a appelé « le droit au sens majeur du mot » ?

L'idée de reconnaître un tel droit au niveau constitutionnel – le droit d'exiger devant un tribunal indépendant *ce en vue de quoi les institutions sont mises en place* – ne peut germer, c'est évident, que dans le contexte d'une philosophie politique qui met au centre de la constitution l'orientation des institutions et du pouvoir politique vers ce que le Tribunal fédéral de la Suisse décrit comme « des buts constitutionnels élémentaires »,¹⁴⁵ comme

¹⁴³ Quentin Skinner, *Les fondements de la pensée politique moderne*, traduit de l'anglais par Jérôme Grossman / Jean-Yves Pouilloux, 2001, 14. Cf. toute la partie III intitulée *Calvinisme et théorie de la révolution*, 615–817, en particulier 783 où l'auteur affirme que Bèze, Mornay et les autres dirigeants huguenots « se tournèrent vers la scolastique et les traditions de constitutionnalisme radical issues du droit romain ».

¹⁴⁴ John Locke, *Two Treatises of Government*, édité par Peter Laslett, 1963, II, para. 131.

¹⁴⁵ ATF 115 Ia 234, JdT 1991 I 194. Le texte de l'arrêt en allemand parle de « elementare Verfassungsziele » (consid. 10.b, 269).

« l'existence de l'homme et aussi [...] son épanouissement ».¹⁴⁶ Elle ne peut germer, de plus, que dans le contexte d'une philosophie politique qui considère que cette orientation, au niveau constitutionnel, est une question de justice matérielle minimale, en ce sens que cette orientation est la seule solution adéquate dans la situation en cause.

Historiquement, ces deux idées étaient vraiment présentes au moment de la Révolution américaine, ainsi que l'idée qu'il ne faut pas que ce soit un homme qui gouverne, mais un ordre constitutionnel, c'est-à-dire la loi (la constitution).¹⁴⁷ Il ne s'agissait pas pour les révolutionnaires américains de références seulement livresques à Aristote et à des auteurs du courant constitutionnaliste anglais du XVII^{ème} siècle comme James Harrington (1611–1677), Algernon Sidney (1622–1683) et John Locke (1632–1704). Entièrement engagés dans la délibération de questions constitutionnelles difficiles et dans le combat, les révolutionnaires américains se sont heurtés à la difficulté suivante dans l'élaboration de ce nouvel ordre constitutionnel : sur quoi allaient-ils faire reposer les droits dont on a parlé (ces droits d'exiger devant un tribunal indépendant, *ce en vue de quoi les institutions sont mise en place*, c'est-à-dire la liberté, la vie, la sécurité) ? Sur quoi pouvaient en effet reposer ces droits, puisque ce ne pouvait pas être sur l'acte gracieux d'un roi ou d'une majorité démocratique, sur une concession émanant de cet « arbitrary power [qu'il devrait nécessairement y avoir selon les Anglais] in every state somewhere » ?¹⁴⁸ Les révolutionnaires américains ont été conduits, par les expériences négatives accumulées avec l'Angleterre (elles les avaient menés à la Révolution), à faire reposer ces droits, selon les analyses de l'historien Bernard Bailyn, que j'utilise, sur ce qu'implique la fonction de toute personne ou institution exerçant un pouvoir dans la cité, sur ce que vise par exemple le mémoire d'accusation lors du procès contre Charles I^{er}, quand il affirme que le roi était « by his trust, oath and office, [...] obliged to use the power committed to him for the good and benefit of the people ».¹⁴⁹ Cette justification des droits s'est donc faite en fonction d'une appréciation de ce qui est matériellement juste s'agissant du pouvoir et des institutions mises en place par la constitution, comme une question de « right reason » à propos de la situation en cause.¹⁵⁰ Voilà le lien avec le droit « au sens majeur du mot », avec le droit au sens d'équité et de justice matérielle.

A l'expérience et aux réflexions des révolutionnaires américains, l'on peut faire correspondre, à mon avis, l'analyse approfondie que fait Aristote du discernement qui, selon lui, joue un rôle dans la détermination de la structure de base de la communauté politique, soit le discernement de ce qui est matériellement juste en matière de pouvoir sur l'homme et sa communauté. L'on a déjà cité un court extrait du texte qui se trouve au début de *Pol.* III.12, qui est le sommet de la philosophie politique d'Aristote.¹⁵¹ Le passage entier a la teneur suivante : « Puisque dans toutes les sciences et les arts la fin [que se propose de réaliser l'art ou la science en question] est un bien, que le plus grand

146 ATF 121 I 367, SJ 1996, 389, en particulier 390 et 392 pour les citations.

147 *Eth. Nic.*, (Fn.56), V.10, 1134a35–1134b1, 267.

148 Bernard Bailyn, *The Ideological Origins of the American Revolution*, 1992, 202. Cf. aussi, 200, 202 et 222.

149 Geoffrey Robertson, *The Tyrannicide Brief. The Story of the Man who sent Charles I to the Scaffold*, 2005, 147.

150 Bernard Bailyn, (Fn.148), 188.

151 Cf. à ce sujet : Henri Torrione, *La philosophie politique d'Aristote*, (Fn.26), 93–146.

bien réside essentiellement dans < la science > la plus souveraine de toutes, et que c'est la science ou capacité politique, et que *le bien politique c'est le juste, à savoir l'avantage commun*, < il faut chercher ce qu'est le juste >. Or tout le monde pense que le juste c'est un certain égal, et cela s'accorde jusqu'à un certain point avec les traités philosophiques consacrés à l'éthique. On dit, en effet, que le juste c'est < d'attribuer > quelque chose à quelqu'un [...] ».¹⁵²

Aristote avait déjà suggéré à la fin de *Pol.* I.2, qu'il y a un lien entre l'ordre ou la structure de base de la communauté politique (dont la mise en commun est constitutive de la cité), et la justice: « [I]a vertu de justice c'est quelque chose de politique; en effet, les rapports de justice constituent l'ordre concernant la communauté politique, et la vertu de justice c'est le discernement de ce qui est juste ».¹⁵³ Il n'y a pas seulement dans ce texte l'idée d'un lien entre structure fondamentale de la cité et justice. Ce qu'apporte de nouveau Aristote dans ce texte par rapport à Protagoras, qui dit dans le dialogue de Platon que c'est la faculté politique et son objet (la justice) qui ont été apportés aux hommes « pour constituer l'ordre des cités », c'est l'idée que la justice en question implique un discernement de ce qui est juste (« la vertu de justice c'est notamment le discernement de ce qui est juste, du droit »), un discernement (relatif aux situations) qui s'effectue à travers ce qu'Amartya Sen désignera comme le travail de « la raison pratique sur la justice ».¹⁵⁴ C'est au caractère politiquement central de ce qui constitue l'objet même de ce discernement, soit ce qui est matériellement juste, que fait référence *Pol.* III.12 à travers l'affirmation que « le bien politique c'est le juste ».

Locke a parfaitement compris ce qu'Aristote apporte en plus par rapport à Protagoras en matière de justice (la notion de « discernement de ce qui est juste » comme activité de la raison), et il va utiliser cet aspect, comme Aristote l'a fait en *Pol.* III.12, pour expliquer en quoi consistent « the Ends of Political Society and Government » tels que mis en place par les hommes. Il parle sans doute sans cesse de « Law of Nature », et pas de discernement de ce qui est matériellement juste dans la situation en cause, mais il va souligner que cette loi n'est rien d'autre que la raison elle-même, cette raison « which God has given to be the Rule betwixt Man and Man, and the common bond whereby humane kind is united [...] », cette raison « which is that Law ». Selon nous, en disant que la raison est cette loi de nature, il vise la raison *dans son activité* (de discernement relatif aux situations). Et quand il affirme que la « Law of Nature » n'est en réalité pas « another Rule than that of reason and common Equity, which is that measure God has set to the actions of Men, for their mutual security », il faut comprendre, semble-t-il,

152 Aristote, *Pol.*, (Fn.104), III.12, 1282b14–23, 246 (c'est nous qui avons rajouté les parties entre grands crochets). Francis Wolff traduit: « le bien en politique, c'est la justice, et la justice, c'est l'intérêt général », (Francis Wolff, L'unité structurelle du Livre III, in: Pierre Aubenque / Alonso Tordesillas (édit.), *Aristote politique. Études sur la Politique d'Aristote*, Paris 1993, 307), et Richard Robinson traduit: « the political good is justice, and this is the common advantage » (*Aristotle Politics*, book III and IV, Oxford 1995, 41).

153 Aristote, *Pol.*, (Fn.104), I.2, 1253a37–40. Pour la traduction de l'expression « l'ordre concernant la communauté politique », cf. l'article de Pierre Aubenque, *Problèmes aristotéliens. Philosophie pratique*, 2011, 171–172). Mais Aubenque n'a pas compris qu'Aristote met au centre de sa conception du droit et du juste une dimension de discernement et de jugement.

154 Amartya Sen, (Fn.52), 14.

que la loi de nature n'est rien d'autre que la suprématie (« rule ») de la raison dans son activité de discernement, donc la suprématie de la « common Equity ».¹⁵⁵

Le matériellement juste en matière politique s'identifie, selon *Pol.* III.12, à l'utilité commune (« le juste, à savoir l'avantage commun », dit Aristote). Plus haut (*supra* II.3), l'on a expliqué qu'Aristote distingue le matériellement juste dans les situations d'interaction, et le matériellement juste dans les situations de distribution. La communauté politique et ses institutions présentent un aspect qui relève d'une situation d'interaction, et un autre qui relève simultanément d'une situation de distribution. En matière politique, il y a l'interaction entre, d'une part, les autorités et institutions politiques, et, d'autre part, la population. Cette situation est caractérisée par une asymétrie de pouvoir. Amartya Sen a donné de remarquables explications sur « les obligations unilatérales induites par l'asymétrie de pouvoir »,¹⁵⁶ par exemple dans la situation de la mère qui prend conscience « qu'elle peut accomplir des choses qui ont un impact sur la vie de l'enfant et que l'enfant lui-même ne peut faire ». ¹⁵⁷ L'on voit bien comment l'attention de la mère au bien de l'enfant, l'assistance et les soins, sont souvent la seule solution adéquate aux caractéristiques objectives de la situation. Il en va de même des institutions et autorités politiques, et c'est cette asymétrie qui conduit un observateur impartial à retenir, comme exigence de justice (c'est-à-dire comme seule solution adéquate dans la situation en cause), l'utilité commune, l'orientation vers l'utilité commune.

S'agissant non plus d'orientation vers l'utilité commune considérée en elle-même, mais de la question de savoir qui bénéficie de l'utilité « commune » (tous les citoyens, ou tous les habitants, etc.), il est manifeste qu'il y a là une question de droit dans une distribution (quelle est la bonne distribution, qu'est-ce qui est matériellement juste dans ce domaine ?), et nous renvoyons à notre article de 2011, dans lequel nous avons traité ce sujet en montrant que le principe de l'universalité des droits de l'homme est en réalité la réponse à une question de distribution.¹⁵⁸

Le reproche que Necker adresse en 1791 à la Révolution française en la comparant désavantageusement au « précédent américain » en matière de déclaration de droits, va exactement dans le sens de ce que nous venons d'expliquer sur l'origine intellectuelle des droits au moment de la Révolution américaine, entre 1776 et 1780, bien que Necker n'identifie pas, comme nous venons de le faire dans la présente section, en quoi consiste la substance même de l'expérience et des réflexions qui ont conduit aux droits de l'homme, mais indique seulement que les déclarations en sont « l'extrait et le résultat » : « [l]a déclaration des droits des Américains se trouvait à la tête de leur code constitutionnel [voir l'exemple de la constitution du Massachusetts] ; et nous avons dès lors regardé cette déclaration comme le commencement, en quelque manière de leur nature politique, tandis qu'elle en était plutôt l'extrait et le résultat [...]. Nos légis-

155 John Locke, (Fn.144) II, para. 123, 395. pour la première citation, et II, para. 172, 429, pour la deuxième, para. 6, 311, pour la troisième et para. 8, 312, pour la dernière.

156 Amartya Sen, (Fn.52), 257.

157 Ibid., 256.

158 Henri Torrione, (Fn.47), 578ss.

lateurs, cependant, ont vu cette déclaration des droits comme la cause efficiente de la liberté des Américains, et comme un principe universel de régénération [...] et, n'observant aucune mesure, ils ont soumis la marche grave et circonspecte du législateur à des amplifications philosophiques ».¹⁵⁹

Gauchet, qui cite ce passage de Necker, considère qu'il « vit pour une bonne part *juste* quand il reproche aux constituants d'avoir voulu faire de la Déclaration la « cause efficiente de la liberté » sur la foi d'une appréciation erronée du précédent américain [...] ».¹⁶⁰

f) Un autre type de règle dans le domaine des droits de l'homme

L'on va terminer cette étude sur la façon dont la justice matérielle est mise en œuvre au niveau constitutionnel et sur le rapport entre cette justice et les droits de l'homme, en nous demandant s'il ne faut pas reconnaître qu'il y a là un autre type de règles que celles que l'on a examinées plus haut (*supra* II.3.d), en prenant l'exemple de l'art. 130 al. 2 CC. Les normes constitutionnelles relatives aux droits de l'homme, ainsi que les normes d'organisation de niveau constitutionnel qui mettent en place, par exemple, des tribunaux indépendants devant lesquels les gens peuvent se plaindre que tel ou tel droit n'a pas été respecté à leur égard, par telle ou telle décision ou telle ou telle loi, ne sont-elles pas structurellement différentes de l'art. 130 al. 2 CC ? Comme on l'a vu, la règle de l'art. 130 al. 2 CC exprime un jugement sur ce qui est matériellement juste dans la situation envisagée par le législateur, soit la situation où l'ex-conjoint bénéficiaire d'une contribution d'entretien se remarie (ce qui est *sachgerecht* dans la situation : que l'obligation d'entretien s'éteigne).

Voyons quelques caractéristiques des règles relatives aux droits de l'homme, afin de mettre en évidence les différences avec une règle comme celle formulée par l'art 130 al. 2 CC.

1. Comme le relève Louis Favoreu, « les droits fondamentaux au sens le plus étroit sont des normes de permission », ¹⁶¹ c'est-à-dire des normes qui visent certaines actions humaines, non pas sur le mode de l'interdiction ou de l'obligation, mais sur celui de la permission ou de la liberté d'agir, et créent des sphères de liberté, qui peuvent d'ailleurs être renforcées par des obligations accessoires diverses de l'Etat (avec des droits de créance en faveur du bénéficiaire, comme par exemple le droit au minimum vital).

2. Les activités visées par les normes en cause sur le mode de la permission sont décrites dans les premières constitutions qui ont inclus de telles normes (les constitutions des Etats américains à partir de 1776), comme des activités consistant à « [...] enjoying

¹⁵⁹ Jacques Necker, *Du pouvoir exécutif dans les grands Etats*, 1792, *Œuvres complètes*, t. VIII 1821, 320.

¹⁶⁰ Marcel Gauchet, *La Révolution des droits de l'homme*, 1989, 46.

¹⁶¹ Louis Favoreu, Patrick Gaia, Richard Ghevontian, Ferdinand Mélin-Soucramanien, Otto Pfersmann, Joseph Pini, André Roux, Guy Scoffoni, Jérôme Tremeau, *Droit des libertés fondamentales*, 2^{ème} éd., Paris 2002, 83.

[...] life and liberty; [...] and pursuing [...] happiness and safety », ¹⁶² et presque toutes ces constitutions, avant d'affirmer que ces activités sont des « droits », commencent par en parler comme des « fins » (« these great ends of government », selon le début du préambule de la Constitution de Pennsylvanie). Ces déclarations ne soutiennent donc pas comme semble le faire au contraire la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789, que le but de toute association politique n'est que la conservation des droits naturels : pour elles, ce but est avant tout des activités humaines, aspects divers et multiples de l'épanouissement humain, que les droits de l'homme servent à protéger.

3. Les Américains ont conçu l'utilisation de ces règles comme ce que Cicéron avait appelé des « lois de lois » (« legum leges »), ¹⁶³ c'est-à-dire des lois en fonction desquelles il est possible de juger de la justice de la loi, et ils vont ainsi développer peu à peu l'idée que la constitution – grâce à la combinaison d'un mécanisme de contrôle de la loi par les tribunaux et de « lois de lois » – « could be conceived of as a limitation on the power of law-making bodies », du fait que le juge exerce le pouvoir « to pass such acts [des lois contraire à la constitution] into disuse ». ¹⁶⁴

Pour comprendre le phénomène que représente cet autre type de règle (autre que les règles analysées *supra* II.3.d), il est nécessaire de rappeler la division du droit en deux, présentée par Aristote dans l'*Ethique à Nicomaque* en V.1, 1129b1 : « le droit, c'est le normatif (τὸ νόμιμον), et c'est l'égal (τὸ ἴσον) ». Nous avons dit (*supra* II.3.e) que cette division constitue elle-même la thèse fondamentale du traité d'Aristote sur la justice et le droit, et nous ne nous sommes ensuite intéressés qu'à la partie qu'Aristote appelle l'égal (τὸ ἴσον), ce que Rawls appellera « la justice comme équité » et Villey « le droit au sens majeur du mot », objet de la vertu de justice particulière ; même les règles et lois que nous avons examinées (*supra* II.3.d), par exemple l'art. 130 al. 2 CC., relèvent de la vertu de justice particulière, parce qu'elles sont l'être-dit de ce droit, c'est-à-dire de l'égal dans la situation en cause, et doivent être comprises dans son prolongement.

Mais maintenant, pour comprendre la nature des règles relatives aux droits de l'homme, il faut s'intéresser à l'autre partie de la division d'Aristote, le normatif (τὸ νόμιμον), un domaine dominé selon Aristote par la vertu de justice générale. L'on a d'ailleurs déjà commencé à en parler en établissant dans les paragraphes précédents une liste énumérant quelques caractéristiques des règles relatives aux droits de l'homme. Il en ressort essentiellement que les normes en question sont relatives à des activités (par exemple « [...] enjoying [...] life and liberty; [...] pursuing [...] happiness [...] »), érigées en fin des institutions politiques (« these great ends of government », dit Locke, comme on l'a vu). Dans l'explication du type de règle qui relève du νόμιμον, c'est précisément cet aspect de la fin qui est mis au premier plan par le courant que Sellers désigne comme « one

¹⁶² Cf. l'art. 1 de la Declaration of Rights qui se trouve dans la constitution du 28 septembre 1776 de la Pennsylvanie. Il y a des termes assez semblables dans l'art. 1 du Bill of Rights du 12 juin 1776 de la Virginie et dans l'art. 1 de la Declaration of Rights qui constitue la première partie de la constitution du 15 juin 1780 du Massachusetts.

¹⁶³ Cicéron, De Legibus, Livre II, 7, in : *Œuvres complètes de Cicéron*, sous la direction de M. Nisard, trad. par Ch. de Rémusat, t. IV, Paris 1864 382. Il utilise cependant l'expression dans un tout autre contexte.

¹⁶⁴ Bernard Bailyn, (Fn.148), 176.

of the world's oldest and most persistent legal and political philosophies ». C'est pour cela que Locke renvoie à Hooker s'agissant de la « true notion of law in general », dans cette lettre citée sous note 137.¹⁶⁵ Selon ce courant, ce que la loi impose par ses diverses prescriptions (par exemple cette non interférence dans une sphère de liberté), ou, de façon générale, met en place (par exemple un tribunal, une procédure de recours, etc.), elle l'impose ou le met en place en raison de *la nécessité d'une certaine fin* qui s'impose, c'est-à-dire comme ce qui est utile en fonction de cette fin (la fin est constituée, comme on l'a dit, par des activités humaines, considérées comme des biens fondamentaux).

Les normes qui s'articulent sur des fins peuvent être soit des normes matérielles (les droits de l'homme), soit des normes d'organisation (les normes constitutionnelles relatives à la séparation des pouvoirs, à la démocratie, etc.). Alors que les droits de l'homme sont des normes relatives au « but de toute association politique »¹⁶⁶ (les déclarations de droits donnent plus de force à ce but – des activités humaines comme « [...] enjoying [...] life and liberty » – en s'y référant et en mettant en place un droit d'agir en justice, devant un tribunal indépendant), les normes d'organisation sont relatives non pas au but lui-même, mais exclusivement aux moyens mis en œuvre.¹⁶⁷ La question principale, s'agissant de normes mettant en place des moyens, c'est celle de la proportionnalité des moyens à la fin. C'est là une question de prudence, et c'est ce type de norme qui est visé par Aristote dans le *Protreptique*, où il définit la loi exclusivement par la prudence, comme une conception dans la dépendance de la prudence.¹⁶⁸ Comme on le voit, c'est un tout autre type de règle que celles que l'on a examinées (*supra* II.3.d) en prenant l'exemple de l'art. 130 al. 2 CC : ce sont des règles qui empêchent les interférences arbitraires.

Le traitement complet de cette sorte de règle excède les limites de cet article. Nous voulons toutefois attirer l'attention sur un dernier point : le lien entre cette sorte de règle et le matériellement juste au niveau constitutionnel (c'est ce type de juste et de droit qui intéresse surtout Aristote, notamment pour la raison expliquée par Pierre Aubenque, que nous avons indiquée *supra* II.3.a). Selon Aristote, il y a en effet deux niveaux différents, et une articulation entre les deux : la nécessité d'une certaine fin, dont nous discutons dans le présent point et qui est propre au normatif (cette fin est constituée par des activités décrites comme « [...] enjoying [...] life and liberty ; [...] and pursuing [...] happiness ») – une nécessité qui est à la source de toute une série de normes –

165 Hooker est un théologien anglican qui reprend les analyses de la loi faites par Thomas d'Aquin dans une perspective aristotélicienne, principalement cette idée à propos de la loi, que « ce qui règle et mesure les actes humains, c'est la raison, qui en est le principe premier », et qu'elle le fait parce que c'est à elle « qu'il appartient d'ordonner quelque chose en vue d'une fin », et que « la fin est le principe premier de l'action » (Thomas d'Aquin (Fn.82), I-II q. 90 a.1). Ashcraft relève que « the radicals [en 1680] so frequently dragged Hooker into the debate on their side [...] » (Richard Ashcraft, (Fn.119), 571).

166 L'expression entre guillemets est tirée de l'art. 2 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789, que nous détournons de son sens, puisque selon cette déclaration le but de toute association politique est la conservation des droits et non pas, comme le prétend le républicanisme et la philosophie politique aristotélicienne, les activités humaines que les droits en question ont pour fin de protéger. Ces normes, c'est ce que Thomas d'Aquin appelle des normes « quae sunt circa finem » (Thomas d'Aquin, (Fn.82), II-II, q. 56, a. 8), qui portent sur un agir « per se debitum » (ibid., q. 44, a.1).

167 Il s'agit de normes « quae sunt circa ea quae sunt ad finem » (ibid., q. 56, a.1).

168 Pierre Aubenque, (Fn.51), 152, qui cite *Protreptique* (fr. 52 R).

s'exerce dans un cadre (la cité) où l'orientation vers cette fin, de la part des autorités et institutions politiques, s'impose fondamentalement comme une question de justice matérielle minimale.

Le premier niveau distingué par Aristote est celui du législateur en train de faire une loi : Aristote précise que le législateur met en place telles ou telles dispositions légales en recherchant ce qui est d'utilité commune, ce qui relève de l'avantage commun (« c'est lui en effet que les législateurs ont en point de mire (τούτου γὰρ καὶ οἱ νομοθέται στοχάζονται) »¹⁶⁹ et, dit Aristote, ils « appellent [droit] juste ce qui est à l'avantage de tous (καὶ δίκαιόν φασιν εἶναι τὸ κοινῇ συμφέρον) »¹⁷⁰. Le second niveau distingué par Aristote relève de la structure de base des communautés politiques ; c'est le niveau fondamental de la constitution ou ordre constitutionnel de tout le pays, avec la question de savoir ce qui est juste à ce niveau, s'agissant donc des dispositions constitutionnelles ; et la réponse d'Aristote en philosophie politique (cette réponse est le sommet de son analyse des communautés politiques), est la suivante : ce qui est juste pour cet ordre constitutionnel, compte tenu de l'asymétrie de pouvoir,¹⁷¹ c'est toujours « viser l'avantage commun (τὸ κοινῇ συμφέρον σκοπεῖν) »¹⁷², c'est-à-dire ultimement le bien des gens. Selon les mots d'Aristote en *Polit.* III.12 (on a cité *supra* II.4.e le passage entier), « le bien en politique, c'est la justice, et la justice, c'est l'utilité commune (ἔστι δὲ τὸ πολιτικὸν ἀγαθὸν τὸ δίκαιον, τοῦτο δ' ἐστὶ τὸ κοινῇ συμφέρον) »¹⁷³. Dans cette philosophie politique, la priorité revient donc manifestement à la justice matérielle, non pas aux normes relatives aux droits, ou aux droits eux-mêmes, à la protection de droits comme le droit de propriété. C'est cela dont témoigne clairement la jurisprudence du TF examinée dans la première partie de cette contribution. Le chemin que nous avons choisi pour l'expliquer, soit l'analyse détaillée de cette philosophie politique qui se retrouve implicitement dans cette jurisprudence du TF, voudrait rendre la chose évidente.

Conclusion

Le résultat de la confrontation *républicanisme et philosophie aristotélicienne du droit vs. libéralisme et philosophie hobbesienne du droit* sur la question de la propriété face à l'impôt, est claire : il y a deux points de départ différents du raisonnement juridique selon que la question est examinée par le TF ou par la Cour CEDH, parce qu'il y a deux conceptions distinctes des droits de l'homme et des droits fondamentaux.

¹⁶⁹ Aristote, *Ethique à Nicomaque*, traduit par Richard Bodéüs, 2004, VIII.11, 1160a13, 434.

¹⁷⁰ Aristote, *Eth. Nic.*, (Fn.56), VIII.11, 1160a13, 439.

¹⁷¹ Comme on a vu (*supra* II.4.e), il y a pour Amartya Sen des obligations qui découlent de la détention du pouvoir effectif dans une situation donnée, en raison donc de l'asymétrie de pouvoir dans la situation en question (voir *supra* note 156). S'il en est ainsi, c'est selon nous parce que c'est la seule solution adéquate à la situation, compte tenu de ses caractéristiques objectives.

¹⁷² Aristote, *Pol.*, (Fn.104), III.6, 1279a17, 227.

¹⁷³ L'on a cité le passage complet (*supra* II.4.e), y compris, en note 152, la traduction de Francis Wolff que nous reprenons ici (en modifiant cependant les deux derniers mots (« intérêt général » remplacé par « utilité commune »).

Le libéralisme conçoit les droits de l'homme et les droits fondamentaux à partir du concept d'exclusivité et d'inviolabilité propre au droit de propriété que chacun a sur soi et ses biens, et il soutient que cette inviolabilité de propriétaire est le principe moral en fonction duquel la société et sa nature politique doivent être organisées. Pour le libéralisme, l'idéal visé est en conséquence une association politique dont le but est exclusivement la conservation de droits entendus en ce sens possessif. Le libéralisme voit dans cette conception des choses la cause efficiente de la liberté, selon le sens particulier qu'il donne à ce terme de liberté, comme on l'a vu.

Pour le républicanisme au contraire les droits de l'homme ne sont pas un principe d'organisation : ils ne sont pas, suivant l'expression de Necker à propos de ce que les Américains ont mis en place avec la Déclaration d'indépendance de 1776 (puis la création des différents Etats de l'Union, puis celle des Etats-Unis), « le commencement [...] de leur nature politique » ; ils en sont, comme le dit encore Necker dans le texte que l'on a cité plus haut, « plutôt l'extrait et le résultat ». Comme l'a proclamé le manifeste du Printemps Républicain lancé en 2016 en France (voir le site du club « *Politique autrement* »), « pour nous, l'universalisme se déduit des aspirations à une humanité commune, des luttes pour la même liberté au sein de chaque peuple, dans chaque société, en faveur de chacun. Il ne vient jamais s'imposer en surplomb et uniformément, partout et à tous. » Les droits constituent pour le républicanisme un perfectionnement de *l'orientation des institutions et des autorités vers l'utilité commune*, orientation qui est, elle, au centre de la pensée politique propre au républicanisme. Ils permettent de donner une efficacité plus grande à cette orientation, à travers une construction nouvelle. Il s'agit, comme on l'a vu, d'une construction nouvelle que l'on peut décrire de la façon suivante : ce que le pouvoir ne peut pas faire à cause de cette limite inhérente à l'usage critique de la notion de bien commun, qu'a bien mise en évidence Locke, les Américains ont eu l'idée d'en faire, pour les gens, un *droit individuel* : le droit d'exiger devant un tribunal indépendant, à la fois que le pouvoir ne fasse pas ce qui va au-delà de cette limite, et qu'il fasse ce qui est la raison de son instauration, c'est-à-dire ce qu'exige l'orientation vers l'utilité commune (cela est déterminé démocratiquement à travers une délibération publique sur les tâches qui doivent être prises en charge par la communauté politique en question, par exemple en matière d'enseignement, de santé, de sécurité). C'est ce droit concret d'exiger devant un tribunal indépendant *ce en vue de quoi les institutions et les autorités sont mises en place*, qui est la racine intellectuelle des droits de l'homme, qui sont donc d'abord apparus comme des droits procéduraux dans le contexte d'un système constitutionnel instituant des tribunaux indépendants. En témoigne déjà la constitution de certains Etats américains avant la création des USA, par exemple celle du Massachusetts de 1779, rédigée par John Adams et toujours en vigueur aujourd'hui, qui contient dans sa première partie une liste des droits fondamentaux, dont certains ont donné lieu à jurisprudence, déjà deux ou trois ans après l'entrée en vigueur du texte.

Necker a raison d'attirer l'attention sur le problème lié à la compréhension qu'en ont eue les Français : alors que les Américains avaient conçu et mis en place les droits comme le *moyen* d'assurer à chacun que les institutions et les autorités visent et atteignent, à son égard aussi, le but pour lequel elles sont instituées (ils les avaient donc conçu comme *des*

droits dérivant du but qu'est l'utilité commune, c'est-à-dire le bien des gens), les Français, non seulement en ont fait « le but de toute association politique » (art. 2 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789), mais simultanément ils les ont dépouillés de tout caractère de droit positif pour les réduire à un simple *idéal* non contraignant pour le législateur. Ils ont en outre mis en branle le mouvement philosophique qui va en appauvrir la notion jusqu'à considérer que l'exclusivité caractéristique du propriétaire en est le cœur, l'inviolabilité morale qu'ils supposent n'étant rien d'autre, ainsi, que l'exclusivité ou la souveraineté d'un individu conscient défini essentiellement par son droit de propriété « over himself, his talent and his property ». ¹⁷⁴

Le libéralisme, cette idéologie de la « privatisation » du bien, de sa réduction à la propriété, qui s'est répandue dès le début du XIX^e siècle, ¹⁷⁵ s'est greffé sur les éléments de base de la constitution des États modernes (en particulier sur la présence dans ces constitutions de déclarations de droits). Ces éléments de base, notamment des déclarations de droit, ont été mis en place dans les années 1776 à 1787 en Amérique, sous l'influence du républicanisme et d'une philosophie constitutionnelle d'origine aristotélicienne rejetant la « privatisation » du bien. Comme expliqué dans mon article de 2011 (*supra* sous note 47), les déclarations de droits datant de ces années ont une autre origine que le libéralisme, qui ne s'est appuyé sur elles et ne les a saisies comme étendard (en les réorientant à sa façon), qu'après qu'elles soient apparues dans le contexte de cette philosophie constitutionnelle d'origine aristotélicienne, dans laquelle la justice et l'utilité commune jouent un rôle central, et qui définit la liberté comme absence de toute interférence arbitraire et de toute possibilité d'interférences arbitraires, et non pas comme absence de toute interférence avec ce que l'on a la volonté de faire. Cette dernière conception de la liberté (absence de toute interférence avec ce que l'on a la volonté de faire) est précisément celle qui a conduit au principe fondamental du libéralisme, que John Rawls, comme on l'a dit (*supra* note 5), formule ainsi : « *liberty can be restricted only for the sake of liberty* », un principe que l'on peut d'ailleurs tout aussi bien exprimer ainsi : « *property can be restricted only for the sake of property* ».

Comprendre ce qu'est vraiment le républicanisme n'est possible qu'en écartant ce qu'Amartya Sen critique justement comme un « institutionalisme transcendantal », ¹⁷⁶ un biais que l'on retrouve dans les philosophies politiques contractualistes (Hobbes, Rousseau, Kant, Rawls ou Nozick, par exemple). En se libérant de ce biais, l'on s'ouvre l'accès à l'expérience et à l'observation des communautés politiques existantes. Il n'y a pas d'autre point de départ en philosophie politique que cette expérience. Partir de cette expérience permet de découvrir le lien entre bien et droit autrement qu'à partir de situations de réciprocité, et donne accès à la compréhension du droit dans toute son am-

¹⁷⁴ Alan Ryan, (Fn. 6), 34.

¹⁷⁵ Ryan note que : « it was only in the 1860s that the more radical members of the Whigs called themselves the Liberal Party » (ibid., 28).

¹⁷⁶ Amartya Sen, (Fn.52), 30; cf. aussi tous les renvois dans l'index thématique de l'ouvrage, sous l'entrée « théorie transcendantale et justice parfaite ». J'ai développé le même genre de critique, en parlant non pas de rejet de l'institutionnalisme transcendantal comme Sen, mais de « rejet du primat du normatif », dans un article de 2013 intitulé *Le lien entre le bien et le droit, et le rejet du primat du normatif*, cité *supra* (Fn.94).

pleur (comme on l'a vu, ce qui est matériellement juste, soit rendre à chacun le sien sans réserve de réciprocité,¹⁷⁷ et indépendamment de toute procédure d'universalisation).¹⁷⁸

Pour faire comprendre ce lien entre bien et droit de façon imagée, un auteur dans la tradition de pensée du constitutionnalisme aristotélicien a caractérisé la conception d'Aristote, avec raison, de « common good conception of justice ».¹⁷⁹ Tout repose dans cette conception 1) sur l'identification entre *matériellement juste au niveau constitutionnel et orientation des institutions vers l'utilité commune* (c'est-à-dire vers « ce qui est utile à la vie toute entière »¹⁸⁰ non seulement d'un « seul homme menant une vie solitaire, mais aussi [...] ses parents, ses enfants, sa femme, tous ses amis et concitoyens »),¹⁸¹ et 2) sur l'*articulation* entre cette *orientation des institutions vers l'utilité commune* (celle de tous et de chacun), et le *bien humain* auquel elle conduit, c'est-à-dire l'épanouissement des gens.¹⁸² Toute la conception du républicanisme repose sur la grande perspective critique qui consiste à « juger les structures sociales à l'aune de l'épanouissement des hommes », selon la formule heureuse utilisée par le Rapport mondial sur le développement humain 1990. Comme en témoigne la jurisprudence fiscale que l'on a analysée dans la première partie de cette contribution, la priorité revient donc à la justice matérielle qui exige cette orientation vers l'utilité commune dans une situation caractérisée par une asymétrie de pouvoir, et non aux normes relatives aux droits, encore moins aux droits eux-mêmes, *qui ne sont donc pas la fin de l'association politique, mais des moyens en vue de cette fin*.

HENRI TORRIONE, PROFESSEUR ORDINAIRE

Av. de Beauregard 13, 1700 Fribourg CH

177 En partant d'une approche contractualiste comme John Rawls, l'on n'arrive à concevoir le droit que « sous réserve de réciprocité » (pour cette expression, voir Catherine Audard, *Quest-ce que le libéralisme ?*, Paris 2009, 436).

178 John Finnis relève que Kant « overlooks the intelligible goodness of the specific, substantive aspects of human flourishing, and seeks to make do with reason's power of universalizing » (*Fundamentals of Ethics*, Oxford 1983, 74).

179 Mortimer N. S. Sellers, (Fn.124), 17.

180 *Eth. Nic.*, (Fn.56), VIII.9, 1160a21, 409.

181 *Ibid.*, 1097b9–11, 56.

182 L'on traite de ce second point dans un article à publier prochainement dans la même revue que les articles indiqués *supra* sous notes 26 et 95, intitulé *La question du bien qui réunit les gens en communautés politiques, de la fin en vue de laquelle elles sont constituées et maintenues en existence*. La question des biens fondamentaux visés par les communautés politiques est une question centrale. Il est difficile de la situer, et le plus souvent elle est oubliée : même lorsque l'on va jusqu'au point le plus extrême que l'on puisse atteindre en se concentrant sur la justice de la structure de base des communautés politiques, c'est-à-dire sur leur orientation vers l'utilité commune, l'on s'arrête à la lisière de la question du bien humain. Ce point extrême dans l'ordre de la justice, c'est la découverte pratique que l'être humain est « fin ultime » de la mise en commun politique, qui lui est entièrement ordonnée quand l'ordre constitutionnel mis en commun est adéquat. Le Rapport mondial sur le développement humain 1990, parle, pour cette raison, de « l'être humain en tant que fin ultime ». Mais la question du bien humain est une question différente : saisir que l'être humain est un bien en tant que fin ultime pour la communauté politique et toutes ses institutions, voir clairement comment se présente la question de la dignité humaine, ce n'est pas encore saisir en quoi consiste le bien pour cet être (le bien d'un être qui est lui-même, comme l'on vient de le dire, le bien ultime auquel tend la communauté politique et toutes ses institutions, qui lui sont donc ordonnées) !